



**HAL**  
open science

## Обмеження прав в'язнів: правова природа та обґрунтування • Монографія

Vadym / Вадим Chovgan / Човган

### ► To cite this version:

Vadym / Вадим Chovgan / Човган. Обмеження прав в'язнів: правова природа та обґрунтування • Монографія. 2017. <hal-01635040>

**HAL Id: hal-01635040**

**<https://hal.science/hal-01635040>**

Submitted on 23 Nov 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

---

**ЧОВГАН**  
**Вадим Олександрович**

**ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ В'ЯЗНІВ:  
ПРАВОВА ПРИРОДА  
ТА ОБҐРУНТУВАННЯ**

•

*Монографія*

**ХАРКІВ**  
**«ПРАВА ЛЮДИНИ»**  
**2017**

УДК 343.261-052:343.263](100)  
ББК 67.9(0)408+67.9(0)400.7  
Ч-75

**Рецензенти:**

**Степанюк Анатолій Хомич**, декан факультету підготовки кадрів для Державної пенітенціарної служби України Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого, доктор юридичних наук, професор

**Яковець Ірина Станіславівна**, завідувач відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник



Ця публікація здійснена  
за фінансової підтримки Європейського Союзу.  
За зміст публікації відповідає лише  
Харківська правозахисна група, і його ні за яких обставин  
не можна вважати таким, що відображає позицію Європейського Союзу

This document has been published  
with the financial assistance of the European Union.  
The contents of this document are the sole responsibility of  
Kharkiv Human Rights Protection Group and can under no circumstances  
be regarded as reflecting the position of the European Union

**Човган В. О.**

**Ч-75 Обмеження прав в'язнів: правова природа та обґрунтування.**  
Монографія / В. О. Човган; ГО «Харківська правозахисна група». —  
Харків: Права людини, 2017. — 608 с.

ISBN 978-617-7266-94-4.

У монографії пропонується авторське розуміння правової природи обмежень прав в'язнів та започатковується багатоаспектна теоретична дискусія з цього приводу. Проаналізовано та критично оцінено відповідні міжнародні стандарти: практиці ЄСПЛ, стандарти Європейського комітету з запобігання катуванням, м'яке право ООН та Ради Європи. Розглянуто та прокоментовано існуючі стандарти обмежень прав в'язнів Франції, США, Канади, Великобританії, Бельгії та Нідерландів. Висвітлено процес та проблеми впровадження стандартів обмежень прав в'язнів у нормативно-правовій базі України. У роботі пропонуються та захищаються декілька тез автора стосовно підстав та порядку обґрунтування правообмежень, які застосовуються до засуджених.

Для вчених у сфері кримінально-виконавчого права та прав людини, працівників пенітенціарної системи і в'язнів, правозахисників, студентів юридичних навчальних закладів та всіх, хто цікавиться правовими питаннями виконання покарань.

**УДК 343.261-052:343.263](100)**  
**ББК 67.9(0)408+67.9(0)400.7**

ISBN 978-617-7266-94-4

© В. О. Човган, 2017

---

# ЗМІСТ

ПОДЯКИ .....	10
ПРО АВТОРА .....	13
СПИСОК СКОРОЧЕНЬ, АБРЕВІАТУР ТА СПЕЦІАЛЬНИХ ТЕРМІНІВ.....	14
ВСТУП .....	17
Частина I	
ПРАВОВА ПРИРОДА ОБМЕЖЕНЬ ПРАВ В'ЯЗНІВ .....	53
1.1. Поняття та ознаки правового обмеження .....	54
1.1.1. Звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод людини .....	57
1.1.1.1. Зміст права .....	57
1.1.1.2. Обсяг права .....	63
1.1.1.3. Співвідношення змісту та обсягу права.....	64
1.1.2. Формальна визначеність обмеження.....	68
1.1.3. Встановлення обмеження з певними цілями.....	74
1.1.4. Застосування обмеження державою.....	77
1.1.5. Поняття обмежень прав засуджених. Співвідношення категорій «обмеження прав» та «правові обмеження» («правообмеження») .....	78
Висновок до розділу 1.1 .....	81
1.2. Форми обмежень прав .....	82
1.2.1. Форми нормативних обмежень .....	83
1.2.1.1. Позбавлення суб'єктивного права як форма обмеження права .....	83
1.2.1.2. Заборона як форма обмеження права .....	85
1.2.1.3. Обов'язок як форма обмеження права .....	88

---

1.2.1.4. Закріплення специфічного суб'єктивного права засуджених як форма обмеження права.....	92
1.2.1.4.1. Загальний та спеціальний правовий статус .....	92
1.2.1.4.2. Специфічні суб'єктивні права.....	93
1.2.1.4.3. Додаткові специфічні права.....	99
1.2.1.5. Встановлення специфічної відповідальності як форма обмеження права .....	100
1.2.2. Форми правозастосовних обмежень.....	106
Висновок до розділу 1.2.....	108
1.3. Класифікація обмежень прав.....	110
1.3.1. Класифікація в залежності від наявності дискреції щодо застосування.....	110
Висновок до підрозділу 1.3.1 .....	113
1.3.2. Класифікація за джерелом походження обмеження. Правообмеження, що обумовлені ізоляцією .....	113
1.3.2.1. Неоднозначність змісту ізоляції.....	125
1.3.2.2. Ізоляція як зміст покарання в Кримінальному кодексі України.....	130
Висновок до підрозділу 1.3.2.....	137
1.3.3. Класифікація в залежності від карального характеру правообмежень.....	138
Висновок до підрозділу 1.3.3.....	142
1.3.4. Класифікація в залежності від джерела закріплення обмеження.....	142
1.3.5. Інші класифікації обмежень прав засуджених .....	143
Висновок до розділу 1.3.....	144
1.4. Межі суб'єктивних прав .....	145
Висновок розділу 1.4.....	151
1.5. Філософські начала правової природи обмежень прав в'язнів .....	152
1.5.1. Базові ідеї філософії обмежень прав в'язнів.....	152
1.5.2. Межі наближення прав засуджених до прав вільних громадян .....	158
Висновок до розділу 1.5.....	179
Висновок (Частина I).....	181

## Частина II

МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ В'ЯЗНІВ .....	184
2.1. Стандарти ООН щодо обмежень прав в'язнів .....	184
2.1.1. Обмеження прав в'язнів у Мінімальних стандартних правилах поведження із ув'язненими 1957 року (МСП) та 2015 року (МСП Мандели) .....	186
2.1.1.1. Обмеження в МСП .....	186
2.1.1.2. Правила Мандели .....	191
2.1.2. Базові принципи поведження з в'язнями .....	193
2.1.3. Звід захисту всіх осіб, що піддаються затриманню або ув'язненню в будь-якій формі .....	194
Висновок до розділу 2.1 .....	195
2.2. Стандарти Ради Європи .....	197
2.2.1. Обмеження прав засуджених у практиці ЄСПЛ .....	197
2.2.1.1. Доктрина неминучих в ув'язненні обмежень та специфіка стандарту обмежень прав в'язнів .....	197
2.2.1.1.1. Розвиток доктрини неминучих в ув'язненні обмежень .....	197
2.2.1.1.2. Сучасність доктрини невід'ємних в ув'язненні обмежень .....	201
2.2.1.1.2.1. Невід'ємність обмежень та стаття 3 Конвенції .....	201
2.2.1.1.2.2. Невід'ємність обмежень та інші статті Конвенції .....	206
2.2.1.1.3. Додаткові свідчення специфіки підходу ЄСПЛ у справах про обмеження прав в'язнів .....	208
Висновок до підрозділу 2.2.1.1 .....	214
2.2.1.2. Вимоги Конвенції до обґрунтованих обмежень .....	215
2.2.1.2.1. Передбаченість законом .....	216
2.2.1.2.2. Обґрунтованість цілей .....	228
2.2.1.2.2.1. Узгодження цілей обмежень у світлі різних нормативних актів .....	232
2.2.1.2.2.1.1. Цілі обмежень у Конвенції і Конституції України .....	232
2.2.1.2.2.1.2. Цілі обмежень у Конвенції і Кримінальний кодекс України .....	235

2.2.1.2.3. Необхідність у демократичному суспільстві (пропорційність) .....	239
2.2.1.2.3.1. Пропорційність у рішеннях ЄСПЛ по справах в'язнів .....	247
2.2.1.2.3.2. Автоматичність обмежень як порушення пропорційності .....	253
Висновок до підрозділу 2.2.1.2. ....	264
2.2.2. М'яке право Ради Європи .....	267
2.2.2.1. Стандарти КЗК щодо обмежень прав в'язнів .....	267
Висновок до підрозділу 2.2.2.1 .....	287
2.2.2.2. Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи .....	288
2.2.2.2.1. Європейські в'язничні правила .....	288
2.2.2.2.2. Стандарти обмежень прав в'язнів у інших рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи .....	297
Висновок до підрозділу 2.2.2.2 .....	300
Висновок (Частина II) .....	302
Частина III	
ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ В'ЯЗНІВ: ДОСВІД ОКРЕМИХ КРАЇН .....	305
3.1. Франція .....	305
3.1.1. Декларація про права людини і громадянина 1789 року .....	305
3.1.2. Пенітенціарний закон 2009 року .....	309
3.1.2.1. Загальна лімітативна клаузула (стаття 22 Пенітенціарного закону) .....	310
3.1.2.1.1. Критика статті 22 Пенітенціарного закону .....	310
3.1.2.1.1.1. Неминучі в ув'язненні обмеження як допустимий відступ від принципу законності .....	317
3.1.2.1.1.2. Безпека та порядок як підстави (цілі) обмежень прав засуджених .....	318
3.1.2.2. Лімітативні клаузули інших прав, передбачених Пенітенціарним законом .....	323

---

3.1.2.2.1. Питання співвідношення цілей, з якими можуть застосовуватись обмеження, у статті 22 та в лімітативних клаузулах інших статей.....	324
3.1.2.3. Судова практика, пов'язана із застосуванням статті 22 .....	330
Висновок до підрозділу 3.1.2 .....	336
3.1.3. Французька доктрина щодо обмежень прав.....	338
3.1.3.1. Засуджений – повноправний громадянин.....	338
3.1.3.1.1. Супротив повноцінному визнанню прав в'язнів .....	344
Висновок до підрозділу 3.1.3.1.....	349
3.1.3.2. Засуджений позбавляється тільки свободи «піти і прийти» .....	350
Висновок до підрозділу 3.1.3.2.....	355
3.1.3.3. Доктрина зближення із загальним правовим режимом “droit commun” .....	356
Висновок до підрозділу 3.1.3.3.....	369
3.1.4. Юридизація пенітенціарної сфери .....	370
3.1.4.1. Юридизація і розвиток французького пенітенціарного права .....	370
3.1.4.2. Конструювання норм-гарантій звернення засуджених до суду.....	382
3.1.4.3. Додаткові чинники покращення впливу судової практики на практику виконання покарань.....	394
Висновок до підрозділу 3.1.4.....	397
Висновок до розділу 3.1.....	398
3.2. США.....	401
3.2.1. Суди та обмеження прав в'язнів .....	401
3.2.2. Судові стандарти обмежень .....	405
3.2.2.1. Тест Тюрнера та Мартінеза.....	405
3.2.2.2. Листування .....	409
3.2.2.3. Контакти із зовнішнім світом .....	412



---

3.2.2.4. Доступ до друкованих матеріалів (рішення у справі Бенкса) .....	415
3.2.2.5. Свобода релігії .....	418
3.2.2.6. Свобода об'єднань.....	420
3.2.2.7. Випадки незастосування тесту Тюрнера.....	421
3.2.2.7.1. Теорія «належного в'язничного адміністрування» .....	422
3.2.2.7.2. Стандарт жорсткої перевірки (strict scrutiny standard) .....	424
Висновок до розділу 3.2.....	425
3.3. Велика Британія .....	427
3.3.1. Доктрина та судова практика .....	427
3.3.2. Політика заохочень та привілеїв .....	436
Висновок до розділу 3.3.....	442
3.4. Канада.....	443
3.4.1. Пенітенціарний закон.....	443
3.4.1.1. Робоча група.....	443
3.4.1.2. Обмеження в Законі.....	449
Висновок до підрозділу 3.4.1 .....	458
3.4.2. Практика Верховного Суду Канади та обмеження прав в'язнів.....	459
3.4.2.1. Справа Солоскі .....	460
3.4.2.2. Справа Оукса .....	462
3.4.2.3. Справа Сове.....	465
3.4.2.4. Інші рішення щодо обмежень прав в'язнів.....	474
Висновок до підрозділу 3.4.2.....	481
Висновок до розділу 3.4.....	482
3.5. Бельгія.....	484
3.5.1. Пенітенціарний закон.....	484
Висновок до розділу 3.5.....	493
3.6. Нідерланди.....	495
3.6.1. Акт в'язничних принципів.....	495
Висновок до розділу 3.6.....	503

---

3.7. Україна (сучасний розвиток законодавства щодо обмежень прав в'язнів) .....	504
3.7.1. Законопроекти щодо обмежень прав в'язнів.....	504
3.7.2. План дій у сфері прав людини .....	526
Висновок до розділу 3.7 .....	539
Висновок (Частина III) .....	541
ЗАГАЛЬНИЙ ВИСНОВОК .....	543
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	551
Французькою .....	551
Англійською.....	566
Французькою та англійською .....	583
Українською та російською.....	586
РІШЕННЯ СУДОВИХ ОРГАНІВ .....	600

---

## ПОДЯКИ

**Б**удь-яка книга, яка пишеться тривалий час, не може бути самостійною у широкому розумінні цього слова. Неминуче є люди, які впливають на її зміст та долю. Є й такі, без яких не доходить навіть до етапу задуму роботи. Тому, перш за все, я вдячний своїм батькам — Човгану Олександровичу та Човган Ользі Анатоліївні за виховання, моральну та матеріальну підтримку першого в родині юриста.

Так само ця робота не була б можливою, якби я навчався в якомусь іншому навчальному закладі, ніж Національній юридичній академії України імені Ярослава Мудрого (назва року вступу). Незважаючи на її окремі недоліки, пов'язані із консервативністю адміністрації, навчанням та викладанням у ній великої кількості «випадкових» людей, Академії дивним чином вдається зберігати талановитих, навіть геніальних, викладачів-професіоналів своєї справи. Також їй вдається зберігати дух та традиції, які мотивують сягнути вершин юриспруденції та орієнтуватися на найвищі стандарти, — це знаходить особливий прояв у науках кримінально-правового циклу. Саме окремі викладачі та дух цього закладу збудили в мені підвищений інтерес до права. Саме Академія спонукала як до завчання юридичних догм, так і до особливого критичного осмислення юриспруденції та її конструкцій, що й дало початок цього дослідження.

Мої перші кроки у юридичній науці відбулися на гуртку кафедри кримінального права № 1 Академії. Дякую його керівнику — Юрію Анатолійовичу Пономаренку, моему неймовірному викладачу кримінального права. Юрій Анатолійович є прикладом того, як одна людина може виправляти недоліки всієї системи, як любов кожним своєї справи, відданість їй, неминуче, нехай і не відразу, приносить плоди. Він надихнув мене на математичну увагу до норм права та, водночас, на пошук та формування альтернативних, іноді зовсім протилежних усталеним, точок зору. Дякую також його відданій учениці Новіковій (Бордюговій) Катерині Андріївні за те, що залучила мене до академічної спільноти та мотивувала і навчала тому, як бути активним дослідником.

Я особливо вдячний моему науковому керівнику, декану факультету підготовки кадрів для Державної пенітенціарної служби України Ака-

демії, проф. Анатолію Хомичу Степанюку — людині, без якої я не займався б кримінально-виконавчим правом. Глибина його філософської думки щодо виконання покарань встановила для мене високу планку у вивченні цієї галузі. Його наставництво та безумовна підтримка усіх ініціатив допомогли мені набратись достатньої впевненості для вступу в аспірантуру. Але найголовніше — Анатолій Хомич, окрім того, що став моїм наставником, став моїм другом. Він морально підтримував та допомагав мені на найскладніших етапах мого професійного життя. Дякую Вам, Анатолію Хомичу, за цю підтримку та теплоту нашого спілкування.

Я надзвичайно вдячний моєму вчителеві — Ірині Станіславівні Яковець, доктору юридичних наук, завідувачу відділу дослідження проблем кримінального та кримінально-виконавчого права Інституту вивчення проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса Національної академії правових наук України, за те, що дозволила доторкнутися та перейняти частину її справді неймовірних практичних та теоретичних знань про кримінально-виконавчу систему. Саме вона навчила мене тонкощів українського кримінально-виконавчого законодавства та системи виконання покарань. Саме вона вміло давала мені впевненість у моєму потенціалі і, водночас, своїм прикладом демонструвала мою обмеженість, що й досі спонукає мене до розвитку. На додаток, я дякую Ірині Станіславівні за демонстрацію прикладу невтомної продуктивності, а також за цінні поради щодо моїх робіт. До речі, ця подяка стосується й влучних порад до цієї монографії.

Безмежна вдячність моєму французькому вчителеві — Мартін Ерцог-Еванс (Martine Herzog-Evans), професору Університету м. Реймс, за згоду бути моїм науковим керівником та віру у мене, не дивлячись на мою лінгвістичну обмеженість на перших порах нашого знайомства. Дякую за справжню боротьбу з важким випадком французької бюрократії заради того, щоб я отримав можливість приїхати навчатися до Вас всупереч усім формальним перепонам. Дякую за неймовірний багаж знань у сфері пенітенціарного права та криминології, яким Ви зі мною ділитесь й до тепер. Дякую за можливість познайомитися із живою легендою французького права та за те, що активно вживали заходів для мого навчання у відповідності до Ваших найвищих стандартів. Досі не віриться, що мені так унікально пощастило — навчатись у найвідоміших фахівців з кримінально-виконавчого права в Україні (А. Х. Степанюка та І. С. Яковець), а потім, майже випадково опинитись під керівництвом найвідомішого фахівця з пенітенціарного права у Франції!

Я вдячний іще одному міжнародному авторитету пенітенціарного права — Дірку Ван Зіль Сміту (Dirk van Zyl Smit), професору Університету Ноттінгема (Англія), батькові Європейських в'язничних правил, за цікаві дискусії з приводу моєї роботи, а також за надані для неї коментарі.

Також дякую людям, без яких ця книга не була б повноцінною:

- Євгену Юхимовичу Захарову, директору Харківської правозахисної групи, за залучення мене до правозахисної діяльності, незмінну підтримку моїх ініціатив, у тому числі щодо публікації цієї роботи;
- Юрію Романовичу Мірошніченку, народному депутату, Голові підкомітету з питань реформування пенітенціарної системи, діяльності органів виконання покарань та пробації Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, та його на диво проактивній помічниці Юні Абдулвагабівні Шайхалієвій за створення майданчика, на якому обговорювались деякі ідеї цієї роботи, і за сприяння їх подальшої об'єктивної у нормах законодавства;
- Івану Миколайовичу Остренку, колишньому начальнику Управління режиму, нагляду і безпеки Державної пенітенціарної служби України, за корисні дискусії щодо практичних, так би мовити, «режимних» аспектів ідей щодо лібералізації обмежень прав;
- Богдану Миколайовичу Плахотному, старшому інспектору відділу нагляду і безпеки Піщанської виправної колонії № 59, а також іншим численним співробітникам пенітенціарних установ в Україні та за кордоном, з якими я мав нагоду дискутувати та отримати фідбек щодо тематики цієї книги.

Дякую Французькому інституту в Україні та Уряду Франції за те, що обрали мене стипендіатом Уряду Франції для навчання у докторантурі у цій прекрасній країні; проф. Анатолію Павловичу Гетьману, проректору з наукової роботи Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого, за доброзичливе сприяння у подоланні адміністративних перепон, пов'язаних із одночасним навчанням у двох навчальних закладах; проф. Олів'є Дюперону (Olivier Duperon), декану юридичного факультету Університету Реймса (Франція), за незамінну адміністративну підтримку в процесі вступу до університету, де здійснювалась значна частина цього дослідження.

Нарешті, дякую Ніні Дмитрівні Залімській за таку потрібну значну допомогу у редагуванні української версії цієї роботи, а також Олегу Анатолійовичу Мірошніченку за професійність й інтерактивну співпрацю в процесі її комп'ютерного оформлення.

---

## ПРО АВТОРА

Човган Вадим Олександрович народився в смт Літин Вінницької області. У 2012 р. закінчив Факультет підготовки кадрів для Державної пенітенціарної служби України Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого та отримав диплом магістра права з відзнакою. З 2012 по 2015 р. навчався в аспірантурі цього ж університету на кафедрі кримінології та кримінально-виконавчого права. З 2014 р. до тепер — докторант Центру юридичних досліджень ефективності континентальних систем (CEJESCO) Університету м. Реймс (Франція), стипендіат програми подвійного наукового керівництва над дисертацією (doctorat en cotutelle) Уряду Франції.

З 2012 по 2014 р. член Обласної спостережної комісії при Харківській обласній державній адміністрації та громадської ради при Управлінні Державної пенітенціарної служби України в Харківській області. З 2014 по 2016 р. член Громадської ради при Державній пенітенціарній службі України. Входить до чотирьох робочих груп Міністерства юстиції з питань пенітенціарної реформи.

З початку 2015 року до тепер працює у Консультативній місії Європейського Союзу з реформування сектору цивільної безпеки України, де він відповідає за консультування української влади щодо стратегічних питань пенітенціарної реформи. Є автором та співавтором низки законопроектів і вже чинних законів та інших нормативно-правових актів стосовно прав людини та реформи пенітенціарної системи. Серед них законопроекти про пенітенціарних суддів, пенітенціарну систему, соціальне забезпечення пенітенціарного персоналу, захист прав засуджених та попередньо ув'язнених та інші проекти з в'язничної тематики.

Працював юристом Всеукраїнського правозахисного руху «Гідність», а також юрисконсультом та координатором проекту у сфері кримінально-виконавчого і міжнародного права Харківської правозахисної групи.

Є автором та співавтором семи монографій, багатьох статей та інших публікацій на тематику прав людини, кримінально-виконавчого права та пенітенціарної реформи українською, російською, англійською та французькою мовами.

---

# СПИСОК СКОРОЧЕНЬ, АБРЕВІАТУР ТА СПЕЦІАЛЬНИХ ТЕРМІНІВ

Конвенція	• Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод
КВК, КВК України	• Кримінально-виконавчий кодекс України
КК, КК України	• Кримінальний кодекс України
КПК КПК України	• Кримінальний процесуальний кодекс
ДПтС, ДПтС України	• Державна пенітенціарна служба України
ПВР	• Правила внутрішнього розпорядку
СІЗО	• Слідчий ізолятор
ЄСПЛ	• Європейський суд з прав людини
ЄКЗК, КЗК, Комітет	• Європейський комітет з питань запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню
ЄВП	• Європейські в'язничні (тюремні) правила
МСП	• Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями
Пенітенціарні установи	• установи виконання покарань та/або (залежно від контексту) установи попереднього ув'язнення

---

В'язні	<ul style="list-style-type: none"><li>• засуджені до покарань, пов'язаних із позбавленням волі, та/або (залежно від контексту) взяті під варту особи</li></ul>
Клаузула/ лімітативна клаузула	<ul style="list-style-type: none"><li>• частина норми права, яка передбачає підстави, умови або будь-які інші вказівки щодо підстав та порядку обмеження суб'єктивного права особи</li></ul>
ДІЗО	<ul style="list-style-type: none"><li>• дисциплінарний ізолятор</li></ul>
ПКТ	<ul style="list-style-type: none"><li>• приміщення камерного типу</li></ul>



*«Чим більше суспільство відгороджує від себе засуджених і колишніх засуджених, тим більше воно готове до того, щоб обмежити права інших членів суспільства»<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> *Cnaan R. A., Draine J. N., Frazier B., Sinha J. W.* The Limits of Citizenship: Rights of Prisoners and ex-Prisoners in USA // *Journal of Policy Practice*. — 2008. — Vol. 7. — Issue 2–3. — P. 178.

---

## ВСТУП

Ідея цієї роботи з'явилася шість років тому. Тоді, готуючись стати співробітником пенітенціарної системи в найближчому майбутньому, я уважно вивчав деталі режимних вимог у тогочасних Правилах внутрішнього розпорядку установ виконання покарань. Мою увагу привернув перелік заборонених предметів для засуджених. Серед об'ємного списку містилася заборона зберігати та користуватися кольоровими ручками, олівцями, фарбами, копіювальним папером. Виняток становили ручки чорного, синього або фіолетового кольорів та прості олівці.

Така заборона не могла не викликати закономірних питань: звідки вона взялася, навіщо вона потрібна, чим загрожує її порушення і, врешті, чи не безглузда вона? Почався пошук відповіді або хоча б якихось міркувань з цього приводу. Спочатку в літературі, потім серед представників академічної спільноти, а пізніше серед практиків. Виявилось, що хоч які-небудь думки стосовно цих питань можна було знайти саме серед практиків. Вони висловлювались у формі припущень, адже ніхто не міг стверджувати напевно. Припущення базувалися на моделюванні практичних ситуацій, спираючись на професійний досвід. Про юридичне обґрунтування годі було й казати, бо ж так записано у ПВР, які сприймалися мало не як священні, адже кожне їхнє речення було «написано кров'ю не одного покоління в'язничних співробітників та засуджених»<sup>2</sup>.

Отже, серед головних обґрунтувань були: фарби можуть містити одурманюючі речовини, що можуть бути вжиті засудженими; кольорові олівці, фарби та копіювальний папір можна використати для підробки грошей, документів та виготовлення гральних карт; копіювальний папір може використовуватись для підготовки копій розроблених планів втечі. Чи могли ці обґрунтування бути сприйняті як раціональні в сучасну епоху? В епоху, коли банкноти мають надзвичайно високий ступінь захисту, який складно підробити, навіть маючи доступ до високоякісного друку принтерами, коли засуджені на практиці часто володіють мобільними телефонами (в т. ч. із доступом до GPS), а перевірка фарб на вміст одурманюючих речовин не надто відрізняється від перевірки

---

<sup>2</sup> Так висловився один із наших тогочасних співрозмовників.

будь-якої іншої дозволеної речовини, яка передається засудженим із зовнішнього світу.

Перші розмірковування пенітенціарних співробітників на свої ж припущення відверто свідчили про те, що їхнє внутрішнє переконання було таким самим — заборона кольорових олівців, фарб та копіювального паперу засудженим явно не мала сенсу. Таке обмеження було банально безглуздом. Між іншим, з часом ця заборона була частково скасована для засуджених<sup>3</sup>, проте залишилася для осіб, узятих під варту<sup>4</sup>.

Наш підвищений інтерес до такого, на перший погляд, несуттєвого питання як заборона кольорових олівців та фарб насправді був спрямований на більш глобальну проблему — обґрунтування обмежень прав засуджених. У подальшому через призму раціональності ми почали аналізувати інші обмеження у КВК України. Чи доцільною була заборона побачень, телефонних розмов, посилок і передач, та навіть книг під час перебування засудженого в дисциплінарному ізоляторі? Чому побачення із рідними дозволяється суворо раз на місяць (або раз на кілька місяців в окремих випадках)? Чи виваженою є норма про те, що всі короткострокові побачення відбуваються через скляну перегородку? Чи є обґрунтованою неможливістю для засуджених, які утримуються в установах максимального рівня безпеки, відвідати похорони матері чи батька хоча б і в супроводі кількох співробітників в'язниці? Схожих питань було набагато більше, і всі вони були та є лише симптомами більш глобальної проблеми — відсутності загального стандарту обґрунтування обмежень прав в'язнів в українському кримінально-виконавчому праві<sup>5</sup>.

Конституціоналісти вважають, що діяльність держави щодо встановлення обмежень як і обмежуваність прав сама по собі повинна мати межі. Це обумовлюється природою конституційних прав<sup>6</sup>. Міжнародна юридична думка та практика розвинених країн доволі далеко просунулась

---

<sup>3</sup> Додаток 6 до Правил внутрішнього розпорядку установ виконання покарань 2014 року передбачає лише заборону зберігання копіювального паперу і не передбачає заборони щодо кольорових олівців та фарб. Ще на етапі розробки цього документа за посередництва Офісу Омбудсмана, який організував захід із обговорення Правил, нам випала нагода особисто переконувати керівництво ДПтС у безглуздісті як заборони олівців та кольорових фарб, так і копіювального паперу. Однак, як видно, переконати вдалося тільки частково — щодо олівців та фарб.

<sup>4</sup> Пункт 4.5 ПВР слідчих ізоляторів 2013 року.

<sup>5</sup> Ми використовуємо термін «в'язні» як категорію, що об'єднує засуджених до покарань, пов'язаних із позбавленням волі, та осіб, взятих під варту. Однак, в залежності від контексту ми також використовуватимемо його для позначення однієї з цих категорій осіб.

<sup>6</sup> *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers. — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 192.

у цьому напрямку, взявши на озброєння стандарт пропорційності обмежень. Він надавав деякі орієнтири обґрунтування обмежень, щоправда був та залишається далеким від усталеності та надання чітких вказівок пенітенціарній практиці. Тому в нас виник інтерес до вивчення специфіки стандартів обмежень, що застосовуються в пенітенціарній сфері. У зв'язку з цим виникло неминуче питання щодо правової природи обмежень прав в'язнів та їх обґрунтованості в широкому контексті.

Вказане питання виявилось складним, адже з одного боку, засуджений — член суспільства та як і будь-яка людина володіє правами. З іншого, він відбуває покарання та перебуває в ізоляції від цього суспільства, а тому обмежується в них. Ці обмеження є відмінними саме через їхнє походження — вони застосовуються як наслідок покарання, а їх застосування до вільних осіб не має сенсу та правових підстав.

Між обсягом прав на волі та в пенітенціарній установі з неминучістю існує різниця. Те ж саме стосується обмежень прав. Відсутність цієї різниці означала б руйнування в'язничних murів та відсутність в'язниці як такої. Навіть найгуманніша пенітенціарна установа із найм'якішим режимом передбачає деякі обмеження свободи пересування і побуту, яких немає на волі. У такого роду обмеженнях і полягають головні відмінності життя в установі та поза нею. Саме вони визначають «дизайн пенітенціарного життя». Вони також стають причиною відмінностей іншого характеру — створення субкультури та інших закономірних явищ замкнутого середовища. Висловлюючись більш загально, в'язниця і є одним комплексним обмеженням. Суть в'язниці — обмеження. Тому відповідь на те, якими повинні бути обмеження прав в'язнів безпосередньо є відповіддю на питання, якою має бути сама в'язниця. Саме через це ми переконані, що обрана тема є особливо актуальною для в'язничної науки.

Обмеження в пенітенціарних установах сприймаються в порівнянні з обмеженнями, які існують на волі. Останні є точкою відліку для суджень щодо наявності «пенітенціарних» обмежень. Відштовхуючись від цієї відправної точки, ми (суспільство) також частково формуємо свої висновки про обґрунтованість обмежень прав в'язнів. При цьому толерування таких обмежень є більшим, ніж на волі, тобто ми допускаємо суворіші обмеження в ув'язненні.

Можна вказувати на одну із відмінностей обмежень прав в'язнів від вільних громадян, адже у випадку права в'язня є свого роду «еталон» — існуючий рівень обмеження права вільної людини. Інакше кажучи, ми аналізуємо обмеження в'язнів, співвідносячи їх обсяг та зміст із існуючим обсягом та змістом прав та обмежень вільних громадян. Звідси випливає твердження, що різниця між вказаними обмеженнями є принциповим фактом, який береться до уваги в обґрунтуванні обмежень прав у пенітенціарній сфері. Водночас цим не заперечується можливість аналізу право-

вої природи обмежень прав в'язів безвідносно до прав вільних осіб. Наприклад, цілком допустимим є аналіз обґрунтованості обмежень у порівнянні із відповідними обмеженнями в минулому або в інших країнах.

Популярна в сучасній академічній думці доктрина нормалізації стверджує, що умови та правила життя в пенітенціарній установі повинні, наскільки це можливо, нагадувати правила та умови життя на волі. Однак що потрібно розуміти під «наскільки це можливо», як визначити межі наближення між обмеженнями в'язнів та вільних осіб? — це залишається найбільш складним питанням. Саме воно знаходиться в центрі нашого дослідження.

На наш погляд, оскільки судження про обґрунтованість обмежень в'язнів на сьогодні формуються виходячи з їхнього співвідношення із обмеженням прав вільних осіб, то й дослідження їхньої обґрунтованості краще здійснювати саме з цієї перспективи, однак, не обмежуючись нею. З огляду на це, ми **сформулювали головну мету цього дослідження** — встановити, як обґрунтовувати допустиме наближення (та різницю) між правами в'язнів та правами вільних осіб. Ця мета може бути трансформована у головне **дослідницьке питання**: якими є юридичні та доктринальні підходи встановлення допустимого обмеження прав в'язнів та їх зближення із правами вільних осіб?

Для кращого орієнтування на мету ми ставимо перед собою ключові **допоміжні питання**, що дають можливість окреслити **предмет** цього дослідження:

- Як далеко може заходити держава, обмежуючи права в'язнів?
- У чому полягає правова природа та особливості обмежень прав в'язнів, якими є їхні види та форми?
- Які є міжнародні стандарти обґрунтованості обмежень прав в'язнів та яка їх специфіка?
- Які є головні доктринальні правові та філософські підходи до обмежень прав в'язнів?
- Який зміст, переваги та недоліки стандартів обґрунтованості прав в'язнів у Франції, США, Канаді, Сполученому Королівстві, Бельгії та Нідерландах?
- Який сучасний стан стандартів обмежень прав в українському кримінально-виконавчому праві?

Порушені нами питання є провідниками в цьому дослідженні та тісно пов'язані між собою. Просування в пошуку відповіді на кожне з них часто було необхідною умовою для знаходження відповідей на інші питання. Наприклад, без розуміння правової природи обмежень прав в'язнів неможливо було просуватись у питанні щодо лімітів діяльності держави з їх застосування. Так само вивчення стану обмежень прав в українському кримінально-виконавчому праві не було б належним, якби ми не мали

на увазі досвід та стандарти інших країн, а також практику та стандарти міжнародних органів та інституцій.

З урахуванням зазначених рамок дослідження в цій роботі ми стверджуватимемо такі **головні тези**:

- i. Міжнародно визнаний стандарт, у відповідності до якого «в'язні зберігають усі права за винятком тих, які є несумісними з ув'язненням», є контрпродуктивним з точки зору захисту прав людини.
- ii. Застосування стандарту пропорційності до обмежень прав в'язнів має неминучу специфіку, пов'язану із особливостями їхньої правової природи у світлі відбування особою покарання. Зокрема, з огляду на необхідність підпорядкування обмежень цілям покарання та його виконання
- iii. Обґрунтування обмежень у в'язничному контексті потребує використання не тільки юридичного та логічного міркування, а й емпіричних або інших схожих даних (національний та міжнародний досвід) щодо наслідків обмежень та досягнення ними поставлених цілей, особливо що стосується цілей безпеки.
- iv. Судовий контроль за обґрунтованістю обмежень прав є необхідною умовою розвитку та дієвості стандарту пропорційності у в'язничному середовищі.
- v. Стандарти обмежень прав в'язнів у досліджуваних країнах (Франція, США, Канада, Великобританія, Бельгія, Нідерланди, Україна) є недосконалими з юридичної точки зору та точки зору захисту прав людини.

Наше дослідження з самого початку було заплановане як теоретичне. Тому відповідною була і **методологія**.

Для встановлення правової природи правових обмежень, їхніх видів та форм нами було використано розробки в галузі теорії права та конституційного права. На додаток, деякі специфічні підходи до обмежень прав у в'язничній сфері були знайдені в радянських роботах з кримінально-виконавчого права. У цій загальнотеоретичній частині ми обмежились головним чином українським підходом. Наше спостереження свідчить про те, що в Україні приділялася достатня увага загальнотеоретичним тонкощам правової природи обмежень прав. Існуючі напрацювання є достатніми для базового аналізу правової природи обмежень прав в'язнів.

У вивченні міжнародних стандартів ми керувалися текстами міжнародних документів, підготовченими документами до них, практикою їхнього застосування та відповідною доктриною. Суттєву увагу було приділено практиці міжнародних інституцій у цій сфері, як-то рішенням Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) та рекомендаціям Європейського комітету з питань запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню (КЗК). Доступ до цих та ін-

ших міжнародно-правових документів був отриманий переважно за допомогою мережі Інтернет. Разом з тим ми вивчали коментарі до вказаних документів, рішень та стандартів, які були доступними в доктрині. Необхідно зауважити, що кількість та деталізованість цих коментарів була досить обмеженою. Нами не було ідентифіковано жодної роботи, яка була б присвячена саме дослідженню питання обмежень прав в'язнів у міжнародних стандартах<sup>7</sup>. Такий стан справ змушував шукати фрагментарні коментарі до релевантних стандартів, а також вдаватись до власного юридичного та логічного аналізу останніх.

Що стосується дослідження обмежень у пенітенціарній сфері в таких країнах як Франція, США, Канада, Сполучене Королівство, Королівство Бельгія та Королівство Нідерланди, то головним предметом дослідження досвіду цих країн були їхні законодавчі тексти, судова практика, а також доктрина, яка стосується обмежень прав в'язнів. Тут треба зробити низку методологічних зауважень.

Перш за все наше дослідження навряд чи можна назвати справді компаративним. На відміну від прикладів об'ємних компаративних досліджень у пенітенціарній сфері з класичною методологією<sup>8</sup>, у нашій праці не здійснюється паралельне порівнювання кількох національних систем. Причин відсутності паралельного порівняння було декілька:

- а) Інше завдання цієї роботи. Нашим завданням був пошук знань, які стосуються обмежень прав в'язнів у вказаних країнах, для конкретних цілей:
  - 1) застосування зібраного матеріалу для підтримки чи заперечення тез цього дослідження, які не мають компаративного характеру;
  - 2) вивчення права різних країн з метою виділення позитивних та негативних аспектів національних підходів до питання об-

---

<sup>7</sup> Нечисленні, але часткові винятки становлять такі праці, як *Van Zyl Smit D., Snacken S. Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights.* — New York: Oxford University Press, 2009; *Lazarus L. Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England.* — New York: Oxford University Press, 2004; *Belda B. Les droits de l'homme des personnes privées de liberté: contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.* — Bruxelles: Etablissements Evile Bruylant, 2010; *Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire*, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. У них автори зробили неоціненний вклад у дослідження міжнародних стандартів обмежень прав у пенітенціарній сфері, а тому їхні роботи без перебільшення стали настільними книгами для здійснення цього дослідження. Проте вони не мали своїм завданням дослідження специфічно питання обмежень прав в'язнів. Вони переважно фокусувалися на питанні обґрунтування окремих обмежень, приділяючи значно менше уваги природі та рисам стандарту обмежень цих прав загалом.

<sup>8</sup> Див., наприклад: *Falxa J. Le droit disciplinaire pénitentiaire: une approche européenne. Analyse des systèmes anglo-gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme.* Thèse. — Pau : Université de Pau et des pays de l'Adour, 2014.

межень прав у пенітенціарних установах. Висловлюючись словами відомих компаративістів Рене Давіда та Джона Бріерлі, ми використовуємо компаративний метод для полегшення досягнення наших особистих специфічних цілей, а тому не претендуємо на титул компаративіста, який «готує ґрунт» для того, щоб інші юристи з вигодою могли застосувати компаративний метод у власних сферах<sup>9</sup>. Крім того, ми розглядаємо вивчення досвіду інших країн як «еквівалент того, чим є метод експерименту в природничих науках»<sup>10</sup> та використовуємо його для «експериментального» підтвердження тих чи інших висновків у юридичній сфері. Це не означає, що зібрана нами інформація не може бути надбанням кримінально-виконавчого права сама по собі. Навпаки, вона може стати в нагоді для майбутніх досліджень та розробок у сфері прав в'язнів як в Україні, так і інших країнах<sup>11</sup>;

- б) Надто велика кількість країн для належного порівняння. Навіть порівняння трьох країн вимагає неабияких методологічних зусиль та об'ємів роботи<sup>12</sup>. Можна лише здогадуватись, які труднощі могли б виникнути при спробі паралельного порівнювання шістьох країн. Тим більше, якщо враховувати їхню належність до різних правових систем. Наприклад, навряд чи вдалим було б порівняння стандарту обмежень прав в'язнів у США, який цілковито базується на судовій практиці, із відповідним стандартом Франції, в якій він відображається в законодавстві та в доктринальних джерелах<sup>13</sup>. Крім того, перелік мов, якими ми володіємо, не охоплював нідерландську, а тому завдання вичерпного порівняння було б обмеженим стосовно Нідерландів, а також частково щодо Бельгії;
- в) Відсутність чіткого спільного предмета порівняння. Ця причина впливає із зазначеної вище відмінності правових систем країн,

---

<sup>9</sup> David R., Brierley J. *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*. 2<sup>nd</sup> ed. — New York: The Free Press, 1978. — P. 11.

<sup>10</sup> David R. *Le droit comparé, enseignement de culture générale // Revue internationale de droit comparé*. — 1950. — Vol. 2. — No. 4. — P. 684.

<sup>11</sup> Особливо перспективними у цьому сенсі вбачаються країни пострадянського простору, в яких, як і в Україні, розробки у цій сфері є доволі бідними. Саме тому передбачається переклад цієї роботи на російську мову.

<sup>12</sup> Наприклад, згадана раніше дисертація Ж. Фалкси (J. Falxa), у якій порівнюється дисциплінарне в'язничне право у трьох країнах, налічує 656 сторінок стиснутого тексту (без бібліографії та додатків) та 3066 зносок.

<sup>13</sup> Ідеться, наприклад, про впливову ідею доктрини французького в'язничного права у відповідності до якої засуджений позбавляється лише свободи пересування (*liberté d'aller et de venir*).



які досліджуються. В одних лімітативна клаузула<sup>14</sup> закріплюється в законі, а в інших вона взагалі відсутня (США, Сполучене Королівство). Натомість у них використовується стандарт пропорційності, який розвинений судовою практикою та ґрунтується на балансуванні індивідуальних і суспільних інтересів. З іншого боку, у країнах, де пенітенціарне законодавство містить лімітативну клаузулу (Франція, Бельгія, Нідерланди), факультативне значення має також балансувальний стандарт, розвинений у практиці ЄСПЛ. Канада становить виняток, адже вона має риси обох груп країн — лімітативну клаузулу в законодавстві та балансувальний стандарт розвинений судовою практикою. Отже, порівняння їхніх стандартів навряд чи було б послідовним, адже йдеться про відмінні за правовою природою явища — законодавчий та судовий стандарт.

Для цілей цієї роботи ми також застосовували метод, який важко назвати. Позначимо його умовно як метод «адвокаційного фідбеку».

Протягом виконання дослідження ми мали змогу працювати в неурядових правозахисних організаціях, а також у міжнародній організації, яка займається стратегічним консультуванням Українського Уряду. У межах цієї роботи ми неодноразово адвокатували за необхідність розробки нормативних актів або безпосередньо розробляли їх. Значна частина наших розробок була присвячена вирішенню проблеми з необґрунтованими правообмеженнями в'язнів в Україні, в тому числі через закріплення стандарту обмежень.

Ми опинились у цікавій ситуації — попередні, іноді не готові спостереження та висновки цього дослідження, необхідно було терміново застосовувати для формування пенітенціарної політики та практики. Це вимагало обережного й зваженого підходу до закріплення відповідних законодавчих положень. У формуванні такого підходу нам допомогли експертні зауваження правозахисників, теоретиків, міжнародних експертів та вітчизняних практиків<sup>15</sup>. Їхня реакція та коментарі до пропонуван

---

<sup>14</sup> Під лімітативною клаузулою в цій роботі ми розуміємо ту частину норми права, яка передбачає підстави, умови або будь-які інші вказівки щодо можливостей та порядку обмеження суб'єктивного права особи. Лімітативна клаузула не встановлює обмежень, а лише закріплює можливість їх застосування владою. Тому такі норми ще називають «нормами компетенції», адже вони створюють у держави повноваження для застосування обмежень (*Alexy R. A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers. — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 182).

<sup>15</sup> Наприклад, складні, але конструктивні дискусії щодо балансування прав в'язнів із вимогами безпеки й режиму в пенітенціарних установах розгорнулись під час обговорення кількох наших законопроектів у Державній пенітенціарній службі (ДПтС). Зокрема, надзвичайно цінними були детальні практичні зауваження тодішнього начальника Управління режиму, нагляду і безпеки ДПтС І. М. Остренка щодо пропонуванних у проектах підстав та порядку застосування обмежень прав у попередньому ув'язненні та під час

нами норми права щодо обмежень прав суттєво вплинули на хід цього дослідження. Маючи їх на увазі, а також прогнозуючи практичні труднощі реалізації прав, ми корегували розстановку акцентів як у загальнотеоретичній частині цієї праці, так і в частинах щодо міжнародних стандартів та досвіду інших країн.

Водночас варто зробити важливе методологічне зауваження. Наша безпосередня участь у процесі вироблення стандартів обмежень прав в'язнів на національному рівні не могла не призводити до методологічних недоліків у подальшому дослідженні цих же стандартів. Тому ми припускаємо, що в розділі стосовно питання сучасного розвитку стандартів обмежень прав в'язнів в Україні неминуче страждатиме об'єктивність нашого аналізу та оцінки.

Як зазначалося вище, ключові питання, які стоять перед нами, стосуються встановлення допустимих меж наближення (і меж відмінностей) прав в'язнів та прав вільних осіб.

На початку нашого дослідження планувалося вивчити питання обмежень прав тільки засуджених осіб, тому що додаткове вивчення обмежень прав осіб, узятих під варту, має відмінності й мало б стати предметом окремого дослідження. Однак з часом стало зрозуміло, що існуючі підходи до проблем обмежень прав у пенітенціарній сфері схожим чином стосуються як засуджених, так і осіб, взятих під варту. І хоча велика кількість принципів відмінностей між цими категоріями в'язнів справді обумовлює потребу окремого вивчення питання застосування обмежень до осіб, взятих під варту, ми вважаємо, що наші висновки щодо засуджених багато в чому *mutatis mutandis* підходять і до їхніх обмежень прав.

---

виконання покарання. Корисними були й особливо відверті дискусії щодо балансу обмежень прав із безпекою в установах, які проводилися зі співробітниками пенітенціарних установ по всій Україні.

Так само цінними були зауваження експертів проекту Ради Європи «Подальша підтримка пенітенціарної реформи в Україні», які надавали свої експертні висновки у письмовій формі. Ними були, наприклад, Е. Сванідзе (E. Svanidze), колишній член КЗК та заступник Міністра юстиції з пенітенціарних питань Грузії, Дж. МакГакін (J. McGuckin), експерт Ради Європи та ірландський пенітенціарний практик. Крім того, багато корисних зауважень було взято із засідань парламентського Підкомітету реформування пенітенціарної системи, діяльності органів виконання покарань та пробації, а також із правок, які надійшли до наших законопроектів під час другого читання. Ці зауваження надходили від правозахисників, представників низки органів державної влади, в тому числі Омбудсмена, науковців.

Велика кількість зауважень щодо пропонованих нами варіантів вирішення проблем обмежень прав в'язнів висловлювались з боку представників Міністерства юстиції під час розробки Плану дій до Національної стратегії у сфері прав людини. Активісти-правозахисники, з якими нам доводилось працювати, також подавали нові ідеї щодо нашої проблематики. Детальніше див. розділ 3.7 «Україна (сучасний розвиток законодавства щодо обмежень прав в'язнів)».

Головною відмінністю між вказаними обмеженнями прав є їхня правова природа, яка впливає з їхнього цільового характеру. Так, якщо обмеження засуджених є змістом покарання та підпорядковуються його цілям та цілям його виконання, то обмеження прав осіб, узятих під варту, підпорядковуються цілям попереднього ув'язнення, які пов'язуються із необхідністю забезпечення потреб правосуддя та слідства. На практиці потреби слідства й порядок тримання в попередньому ув'язненні часто можуть спричиняти більше обмежень прав невинних осіб (у відповідності до презумпції невинуватості), аніж покарання спричиняє обмежень прав засуджених, чия вина доведена<sup>16</sup>. Це суперечить логіці, оскільки обмеження прав попередньо ув'язнених мають набагато більше юридичних підстав бути м'якшими за обмеження засуджених.

У будь-якому разі обмеження обох категорій осіб піддаються вимогам до обмежень прав вільних осіб, але мають свою специфіку, обумовлену чинниками, пов'язаними з їхнім утриманням у пенітенціарних установах. Встановленню цієї специфіки ми приділяємо увагу окремо.

Зазначена тематика має безпосередній зв'язок із таким важливим питанням, як межі індивідуальної свободи та межі кримінальної репресії держави проти індивіда. Згадуючи про межі кримінальної репресії, вітчизняна доктрина кримінального права тяжіє до визнання безумовної цінності принципу економії кримінальної репресії. Зміст цього принципу в кримінальному праві має дві складових: правозастосовну та політичну. Правозастосовна складова полягає в тому, що покарання, яке призначається злочинцеві, має зводитись до необхідного мінімуму, мають максимально застосовуватися альтернативи ув'язненню. Політична складова передбачає тенденцію до максимально можливої гуманізації кримінально-правової політики, в тому числі через декриміналізацію кримінального законодавства.

Цей принцип, як правило, не поширюють на кримінально-виконавче право. Хоча у в'язничному контексті його продовження можна спостерігати в принципі мінімальності, який є серцевиною принципу пропорційності, та передбачає ту ж саму вимогу мінімізації репресії держави. При

---

<sup>16</sup> Це є особливо виразним в Україні, де непропорційно обмежуються права осіб, узятих під варту. Див.: *Ащенко О. М., Човган В. О.* Українське пенітенціарне законодавство у світлі стандартів Комітетів проти катувань ООН та Ради Європи. Передм. *М. М. Гнатівського*; за заг. ред. Є. Ю. Захарова. — Харків: Права людини, 2014. — С. 61–67; *Ashchenko O., Chovgan V.* Ukrainian Penitentiary Legislation in the Light of the Standards of the UN and Council of Europe Anti-Torture Committees. Preface by *M. Gnatovskyy*. Ed. by E. Zakharov. — Kharkiv: Prava Ludyny, 2014. — pp. 59–65; *Човган В.* Розділ «Нагальні проблеми застосування правообмежень до осіб, взятих під варту» // Дотримання прав людини у пенітенціарній системі України / К. А. Автухов, А. П. Гель, М. В. Романов, В. О. Човган, І. С. Яковець; за заг. ред. М. В. Романова; ГО «Харківська правозахисна група». — Харків: Права людини, 2015. — С. 146–157.

цьому під сутністю репресії держави розуміється ніщо інше, як обмеження прав людини. Отже, принцип мінімізації обмежень прав можна розглядати як продовження принципу економії кримінальної репресії держави.

Недоцільність застосування державою зайвих обмежень помічалася вже давно.

Приміром, Дж. Бентам задавався питаннями позбавлень, яким повинні були піддаватись особи під час перебування в тюрмі. Він розглядав їх через призму необхідності для досягнення цілей покарання, таких, наприклад, як ціль виправлення. Особлива увага приділялась позбавленню «задовольень» та завданню «позбавлень» чи «болею»<sup>17</sup> під час виконання покарання. Побиття ув'язненого, наприклад, має вважатись таким, що завдавало зайвих «болею», які заважають особі приділяти увагу, необхідну для осмислення зв'язку цього покарання зі своїм злочином. Крім того, наслідок цього міг бути прямо протилежним бажаній цілі покарання<sup>18</sup>. Дж. Бентам вказував, що покарання повинні мати таку властивість, як «помірність», що вимагає обмежити непотрібне страждання, тобто «не робити його більшим, ніж потрібно»<sup>19</sup>.

Ідеї, що ставили під сумнів обґрунтованість окремих правообмежень засуджених, хвилювали й одного із батьків тюремних реформ у всьому світі Е. Вайнса, комісара США, президента Міжнародної пенітенціарної комісії, який співорганізував у Лондоні перший пенітенціарний конгрес із тюремної дисципліни (1872), а потім організував і другий конгрес у Стокгольмі (1878). Описуючи національні тюремні системи, він приділяв особливу увагу обмеженням права на листування, контакти із зовнішнім світом, отримання та читання літератури. І хоча ним і не було розроблено універсальних положень, які в подальшому використовувалися б для обґрунтування правообмежень, уже тоді висловлювались зауваження щодо того, на чому може базуватись раціоналізація таких обмежень. При цьому до уваги бралися психологічні аспекти сприйняття засудженими обмежень, їх обумовленість вимогами безпеки, проблематика реінтеграції в суспільство після звільнення.

---

<sup>17</sup> Серед таких «позбавлень» та «болею» розглядались, наприклад, самотність, темрява та обмеження в їжі.

<sup>18</sup> *Bentham J. Principles of Penal law. Book II // The works of Jeremy Bentham, now first collected: under the superintendence of His Executor, John Bowring. — Edinburgh: William Tait, 78 Prince's Street, 1838. — pp. 424–429.*

<sup>19</sup> *Easton S. Prisoners' Rights: Principles and Practice. — New York: Routledge, 2011. — P. 6; Бентам И. Введение в основания нравственности и законодательства. — М.: Российская политическая энциклопедия, 1998. — С. 231–241.: Цит. за: Тепляшин П. В. Истоки и развитие английского тюремоведения: Монография. — Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России, 2005. — С. 69.*

Наприклад, вказувалося, що обмеження листування чи контактів засуджених лише колом родичів і друзів загалом можна вважати розумним обмеженням<sup>20</sup>. Він зазначав, що питання обмежень кореспонденції та побачень засуджених розглядалось Лондонським тюремним конгресом, який визначив, що ці обмеження мають бути поміркованими (належними), адже як листування, так і візити мають позитивний моральний вплив на засуджених. При цьому Вайнс звертав увагу на те, що складність виникає якраз у визначенні того, якими є «належні» обмеження. Якщо щодо необхідності перевірки вхідних і вихідних листів засуджених, а також щодо того, що візити повинні обмежуватись колом осіб, які мають належні риси характеру, — проблем не виникало, то, наприклад, частота таких обмежень залишалась «точкою складності»<sup>21</sup>. Однак це не завадило розробці орієнтирів такого обґрунтування.

Він зазначав, що періоди між дозволеними візитами, які варіюються від одного до трьох місяців («періоди затишшя»), є шкідливими для засуджених і того почуття добра, що все ще залишається в них. Тому обґрунтувалась ідея, що дружини, матері, сестри і діти засуджених повинні мати можливість контактувати із ними за допомогою листів чи візитів так часто, як вони того хочуть. У зв'язку з цим було поставлено питання: «Чи може бути дійсно розумним, чи може бути в інтересах суспільства, закривати ув'язнених від детального пізнання ними сорому, горя та страждання, яким вчинені ними злочини піддали найдорожчих їм людей або послабити, якщо не розірвати ті зв'язки, які, за умови їх підтримання, могли б допомогти їхньому поверненню до суспільства і стимулювати їхні прагнення до цього?»<sup>22</sup>. Відповідь вказувала на те, що заборона комунікації націлена на обтяження страждань засуджених, але в більшості випадків вона виявляється скоріше полегшенням для них через уникнення морального засудження з боку родичів. В результаті нерідко це карає люблячих і турботливих родичів більше, ніж самих засуджених<sup>23</sup>. Остання думка є актуальною і по сьогодні, адже обґрунтування обмежень прав в'язнів рідко коли розглядається через призму родичів, яких ці обмеження часто стосуються «рикошетом» та є свого роду паралельним покаранням, при чому здебільшого для жінок<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> *Wines E. C.* The State of Prisons and of Child-Saving Institutions in the Civilized World. — Cambridge: Harvard University Press, 1880. — P. 336.

<sup>21</sup> *Wines E. C.* Ibid. — P. 638.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> *Ganja R.* Beyond Prison Walls: The Experiences of Prisoners' Relatives and Meanings Associated with Imprisonment // Probation Journal. — 2016. — Vol. 63 (3). — P. 288.

Багато із зазначених думок Е. Вайнса були почерпнуті з матеріалів, презентованих під час першого конгресу. Питання доцільності певних обмежень прав в'язнів неодноразово поставало як під час цього, так і під час інших міжнародних пенітенціарних конгресів. Однак у ті часи не спостерігалось приділення спеціальної уваги питанню обґрунтування обмежень. Хіба що час від часу уривчасто дискутувалась обґрунтованість обмежень окремих прав, які практикувались у тогочасних тюрмах та стосувались таких аспектів як кореспонденція та побачення.

У підготовчих анкетах, які були попередньо надіслані до урядів країн-учасниць першого Лондонського конгресу, містилися питання, що безпосередньо стосувались об'єму та обґрунтування обмежень. Наприклад, порушувалися питання щодо практики цих країн: як часто в'язням дозволяється писати та отримувати листи? Чи дозволяється їм отримувати побачення із друзями? Як регулюється проведення побачення, чи прослуховуються розмови співробітником тюрми, чи, може, він уповноважений тільки спостерігати, не втручаючись у приватність?<sup>25</sup> Цікаво, що практично всі країни-учасниці висловились щодо позитивного впливу на в'язнів контактів із зовнішнім світом.

У звіті цього Конгресу містяться й зауваження з приводу обмежень як таких. Наприклад, М. Карпентер (Carpenter), представниця з Англії, вказувала, що безпека суспільства є головним міркуванням, а тому чим безпечнішим є місце утримання в'язня, тим меншою є необхідність піддавати його надокучливим обмеженням і постійно нагадувати йому про його становище<sup>26</sup>. М. Стевенс (Stevens), бельгійський тюремний інспектор, зазначав, що «правове виправлення» в'язнів може мати місце, якщо звільнити в'язня від усіх обмежень, за винятком тих, яким піддаються вільні громадяни. Наприклад, зробити втрату політичних прав наслідком ув'язнення означає причепити зайвий вантаж до в'язня, який і так має проблеми із відновленням статусу<sup>27</sup>.

Під час Паризького пенітенціарного конгресу жваво дискутувалось питання щодо допустимості позбавлення волі, в якому праця не була б обов'язковою. Переважна більшість делегатів виключила таку можливість, хоча й мали місце кілька незгодних голосів. Разом з тим вказувалось і на характеристики, яким повинна відповідати праця в'язнів. Ідеалом вважалось піддавати всіх в'язнів таким заняттям, які адаптовані

---

<sup>25</sup> International Congress on the Prevention and Repression of Crime, Penal and Reformatory Treatment: Preliminary Report of the Commissioner. — Washington: Government Printing Office, 1872. — P. 13–15.

<sup>26</sup> Report on the International Penitentiary Congress of London, held July 3–13, 1872. By E. C. Wines, US Commissioner. — Washington: Government Printing Office, 1873. — P. 352.

<sup>27</sup> Ibid. — P. 148.

до їхніх здібностей та пригодяться після звільнення. Адже якщо праця матиме такі характеристики, то й питання її обов'язковості більше не обговорюватиметься<sup>28</sup>.

Справжні дебати розгорілись стосовно того, чи зберігають в'язні право на зарплату? Додаткова дискусія з цього приводу була стосовно того, чи мають в'язні право на заохочення у вигляді нагороди за їхню роботу. На Генеральну Асамблею конгресу із секції, яка опрацьовувала це питання, було подана пропозиція резолюції, що в'язні не володіють правом на зарплату, однак влада має дискреційні повноваження надавати йому заохочення у вигляді нагороди у відповідності до індивідуальних заслуг<sup>29</sup>. Головною мотивацією заперечення права на зарплату було те, що в'язнів не можна зрівнювати із вільними та «чесними» громадянами в отриманні зарплати, а також те, що держава зобов'язана виділяти кошти на їх утримання, одяг та харчування. Єдиним незгодним голосом був голос М. Поньон (M. Rognon), яка відстоювала позицію, що ув'язнені особи мають право на зарплату. Одним із головних її аргументів було те, що віднесення надання винагороди за працю до дискреції влади призведе до зловживань. Крім того, можливість отримання такої нагороди може залежати від дотримання тюремної дисципліни, а в'язень може конфліктувати із дисципліною і при цьому належно працювати. З іншого боку, нею визнавалось раціональним, що в'язні повинні сплачувати лише частину своєї зарплати для компенсації витрат на їхнє утримання<sup>30</sup>.

Загалом же в обговоренні питання обґрунтованості обмеження (а точніше позбавлення) права на заробітну плату доповідачі опирались на філософські (питання справедливості), юридичні (можливе зловживання повноваженнями) та економічні (відшкодування вартості утримання в пенітенціарній установі) аргументи. Подібні аргументи використовуються і під час сучасних дискусій щодо обмежень прав.

Питання, які стосуються лімітів обмежень права на працю, порушувались і на інших конгресах. Наприклад, під час конгресу в Будапешті (1905) делегати висловлювались позитивно під час дискусії та проголосували за ствердну відповідь на питання, чи повинні виплачуватись компенсації засудженим або їхнім сім'ям у разі, якщо під час праці в тюрмі трапляється інцидент, який зашкоджує здоров'ю<sup>31</sup>. Більше того, у країнах,

---

<sup>28</sup> 5ème Congrès pénitentiaire international. Paris-1895. — Melun: Imprimerie Administrative, 1897. — P. 29.

<sup>29</sup> Ibid. — P. 33.

<sup>30</sup> Ibid. — pp. 31–35.

<sup>31</sup> Actes du Congrès pénitentiaire international de Budapest. Septembre 1905. Procès-verbaux des séances. Volume I. Publiées sous la direction de J. Rickl de Belle par Dr. Guillaume. — Budapest et Berne: Imprimerie Stampfli & Cie., 1907. — pp. 160–173.

де такі виплати передбачені для вільних осіб, має існувати окремий закон, що регулює право засуджених на їх виплату<sup>32</sup>.

Під час конгресу в Римі (1885 рік) було порушено більш глобальне питання щодо сумісності покарання у вигляді заборони користуватись громадянськими та політичними правами із виправною орієнтацією пенітенціарної системи. Більшість учасників погодилися із такою сумісністю: позбавлення окремих прав (як-от право голосу) є цілком виправданим та сумісним із виправленням особи<sup>33</sup>.

Незгодні учасники відстоювали позицію, що така сумісність є спірною, адже позбавлення права дає неправильний моральний урок і, більше того, замість об'єднання засудженого з суспільством ще далі віддаляє його. Як зазначав проф. Польс (Pols), головуєчий на відповідному засіданні Конгресу, позбавляючи засудженого права, ми завдаємо удару не тільки йому, але й суспільному інтересу, на гарантування якого це право спрямовано. На його погляд, права не варто було обмежувати для заподіяння страждання, а тільки з превентивною метою. Тобто обмеження допустиме тільки тоді, коли здійснення права може завдати шкоди інтересу, якому воно служить. У зв'язку з цим застосування обмеження варто відносити на розсуд суду як додаткове покарання на противагу автоматичному застосуванню як обов'язкового покарання<sup>34</sup>. Тим не менш колективна позиція залишилась незмінною.

Цікаво, що за рік до цього, під час конгресу в Стокгольмі учасники обговорення цього питання у контексті Швеції скоріше схилились до іншої думки — позбавлення прав як покарання, а тим більше після звільнення особи з в'язниці, негативно впливала на реінтеграцію особи в суспільство<sup>35</sup>. Однак однозначної відповіді на питання доцільності обмеження (позбавлення) окремих прав тоді дано не було.

Матеріали конгресів добре демонструють зачатки дискусії щодо раціональності окремих обмежень прав. Однак проблема обґрунтування обмежень прав виникала не системно, а лише з огляду на окремі аспекти тюремного життя. Йшлося про ті аспекти, які вважались такими, що

---

<sup>32</sup> Actes du Congrès pénitentiaire international de Budapest. Septembre 1905. Procès-verbaux des séances. Volume I. Publiées sous la direction de J. Rickl de Belle par Dr. Guillaume. — Budapest et Berne: Imprimerie Stampfli & Cie., 1907. — P. 172.

<sup>33</sup> Actes du Congrès pénitentiaire international de Rome. Novembre 1885. Tome Premier. — Rome: Imprimerie des "Mantellate", 1887. — pp. 61–86.

<sup>34</sup> Ibid. — pp. 65–66.

<sup>35</sup> Le Congrès pénitentiaire international de Stockholm. 15–26 Août 1878. Comptes-Rendus des séances. Publiés sous la Direction de la Commission pénitentiaire internationale par le Dr. Guillaume. — Stockholm: Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1879. — pp. 489–499.



є найбільш дискусійними на практиці (якими вони, до речі, залишаються і по сьогодні), але багато залишалось поза увагою.

Природа аргументів, які використовувалися у матеріалах конгресів щодо обмежень прав, залишається актуальною і тепер. Право, філософія та економіка залишаються тими площинами, у яких дебатуються обґрунтованість обмежень і в нинішній час. Щоправда, у сучасний період суттєву, якщо не визначальну, роль набуває також площина безпеки та захисту суспільства. Вона стає дедалі важливішим мірилом обґрунтованості тюремних обмежень.

Отже цілісний підхід до обмежень прав в'язнів у ХІХ ст. не простежується, так само як не простежується в цей час чіткого дискурсу прав людини в тюремному контексті.

Однак уже тоді зароджувалася доктрина пропорційності, яка передбачала недопустимість надмірних і зайвих обмежень та яка через сотню років набуває особливої ваги для обґрунтування таких обмежень прав. Батьківщиною пропорційності називають Німеччину, де в другій половині ХІХ століття адміністративні суди встановлювали необхідність тих чи інших заходів, вжитих поліцією в конкретних ситуаціях.

Вжиті заходи не повинні були перевищувати того рівня, який був необхідним для досягнення їхніх цілей. Тоді принцип пропорційності вже посідав надійне місце в німецькому адміністративному праві<sup>36</sup>. Ф. Флайнер метафорично описував зміст цього принципу: «Поліція не повинна стріляти в горобців із гармат»<sup>37</sup>. Однак дискусії щодо пропорційності обмежень прав тоді ще зупинялись перед в'язничними воротами, хоча, як зазначалося, дискусія щодо зайвого характеру окремих обмежень уже існувала.

З іншого боку, питання пропорційності традиційно обговорювалось у іншій сфері — кримінальному праві. В рамках дискусії щодо співмірності (пропорційності) злочину та покарання вчені торкалися питання меж кримінальної репресії держави щодо індивіда. Встановлення співмірності було складним завданням, яке часто ставилося в межах теорії відплати. Для цього пропонувались найрізноманітніші способи<sup>38</sup>. Серед них навіть мав місце математичний спосіб, який передбачав, що «образа» (злочин) і відплата (покарання) можуть вимірюватися та співвідноситися

---

<sup>36</sup> Mathews J., Stone Sweet A. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism // Columbia Journal of Transnational Law. — 2009. — No. 47. — pp. 73–165.

<sup>37</sup> Fleiner F. Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. — Tübingen: 8. neubearbeiteten Auflage, 1928. — P. 404 : Цит. за Barak A. Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations. — Cambridge: Cambridge University Press, 2012. — P. 179.

<sup>38</sup> Фойницький И. Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. — Санкт-Петербург: Типография министерства путей сообщения, 1889. — С. 17–24.

в математичних величинах. При цьому відплата має бути точно такого обчислюваного розміру, як і «образа»<sup>39</sup>.

Зазначене встановлення пропорційності включало в себе не тільки розрахунок допустимої тривалості та виду покарання, а й встановлення допустимих складових його змісту — позбавлень та обмежень, які може застосовувати держава<sup>40</sup> та їх змісту<sup>41</sup>. Природно, що дискусії про пропорційність покарання мали хоча б побічно стосуватись і обмежень під час його виконання, адже саме в обмеженнях містився зміст покарання.

Однак обмеження прав засуджених не стали предметом спеціальної уваги ні у XIX, ні навіть на початку XX століття. Тільки період Другої світової війни змусив звернути більш пильну увагу до прав в'язнів<sup>42</sup>, хоча перші важливі ініціативи з'являлись уже після Першої світової війни<sup>43</sup>. Як на міжнародному, так і на національних рівнях розпочалася активна адвокація за збереження особою прав, незважаючи на її ув'язнення. І хоча такого роду ідеї мали місце й раніше<sup>44</sup>, початок серйозної дискусії щодо збереження прав в'язнями можна віднести саме до післявоєнного періоду.

Загальна декларація прав людини закріпила в статті 29, що «при здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві». Ця норма була розрахована як на вільних осіб, так і на в'язнів. Словосполучення «кожна людина» не залишило жодних можливостей їх виключення із кола осіб, здійснення прав яких можуть обмежуватись виключно на вказаних підставах. З іншого боку, за-

---

<sup>39</sup> Фойницький И. Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. — Санкт-Петербург: Типография министерства путей сообщения, 1889. — С. 17–18.

<sup>40</sup> Див. напр. розділ «Границы карательной деятельности (государства)» у виданні: Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. Том I. Изд. Второе, пересмотренное и дополненное. — СПб: Гос. Тип., 1902. — С. 598–622.

<sup>41</sup> А. Лохвицький називає одним із двох «великих питань для законодавця при встановленні покарань» питання того, у чому має полягати покарання, те страждання, яке призначається за злочин (Курсь Русскаго уголовного права. Соч. А. Лохвицкого. — СПб.: Типография правительствующаго сената, 1867. — С. 41).

<sup>42</sup> Abels D. Prisoners of the International Community: The Legal Position of Persons Detained at International Criminal Tribunals. — The Hague: Asser Press, 2012. — P. 15.

<sup>43</sup> Відповідні стандарти зарпкіплювалися ще у 1934 р. Лігою Націй (Abels D. Ibid.).

<sup>44</sup> Наприклад, у рішенні Верховного Суду США 1892 року вказувалось, що в'язні продовжують користуватися правами, які закріплені в конституції та законах США. Держава, маючи повне право тримати таких осіб в ув'язненні, так само має обов'язок їх захищати (*Logan v. United States*. Opinion of the court delivered by Mr. Justice Gray, 144 U.S. 263 (12 S.Ct. 617, 36 L.Ed. 429)).

стосування однакового стандарту обмежень до вільних та ув'язнених осіб з самого початку мало об'єктивні труднощі. Вимога ізоляції в'язнів очевидно виключала застосування однакових обмежень на волі та в ув'язненні. До того ж обсяг їхніх прав відрізнявся настільки, що складно було спекулювати задля узгодження декларації про уніфікацію стандарту обмежень прав та рівність прав із практичними реаліями пенітенціарних установ.

Як наслідок, стаття 29 Загальної декларації почала набувати конкретного значення для в'язниць шляхом прийняття Мінімальних стандартних правил ООН поводження з в'язнями (МСП). Ці Правила не закріпили спеціальних норм, які містили б стандарти обмежень, але вони включали загальні орієнтири, які мали безпосередній стосунок до обґрунтування обмежень у тюрмах. Наприклад, важливим принципом було положення, що ув'язнення є обтяженням саме по собі через факт відбирання в особи права на самовизначення через позбавлення волі, а тому в'язнична система не повинна погіршувати страждань, які є неминучими в такій ситуації (п. 57). Пункт 37 вказував, що дисципліна і порядок мають підтримуватися із суворістю, застосовуючи, однак, тільки ті обмеження, які потрібні для забезпечення надійного нагляду і дотримання належних правил спільного життя в установі. У цьому положенні простежувався принцип пропорційності, що полягав у недопустимості застосування обмежень, які не є обґрунтовані раціональними цілями. Втім з цього правила не випливало з очевидністю, що обмеження мають бути мінімальними чи пропорційними. Тому навряд чи можна говорити про повноцінне закріплення принципу пропорційності обмежень щодо в'язнів у МСП чи безпосередній вплив Загальної декларації на формування стандарту прав в'язнів.

Однак пізніше Міжнародний пакт ООН про громадянські та політичні права вказав на пенітенціарну специфіку, хоча й не встановлював окремих вимог до обмежень прав. У ч. 3 ст. 10 Пакту вказувалось: «пенітенціарна система має передбачати таке поводження, ключовою метою якого має бути виправлення та соціальна реабілітація». Проте офіційне тлумачення цієї статті свідчить про її суттєву роль у створенні стандарту обмежень прав.

У відповідності до п. 3 Загального коментаря до статті 10 Пакту, який був розроблений Комітетом ООН з прав людини: «особи, які позбавлені волі, не можуть бути суб'єктом поводження або обмежень інших, ніж результат обмеження їхньої волі», а «особи, позбавлені волі, користуються всіма правами, які встановлені в Пакті, вони є суб'єктами лише тих обмежень, які неминучі в закритому середовищі»<sup>45</sup>. Тлумачення, згідно

<sup>45</sup> General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Art. 10): 10.04.1992. CCPR General Comment No. 21. (General Comments) Forty-fourth session, 1992 //

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f4731&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f4731&Lang=en) (останній доступ 26.07.2016).

з яким стаття 10 Пакту передбачає вимоги до обмежень прав в'язнів, у подальшому застосовувалось у практиці квазісудових органів ООН. У майбутньому такий підхід до обмежень був відображений і в м'якому праві (soft law) ООН.

Європейська конвенція про захист прав та основоположних свобод, подібно до Загальної декларації, закріпила положення, які допускали обмеження прав за умови дотримання пропорційності. Її конструкція була більш конкретною, адже майже кожне право, яке закріплене в ній, супроводжується нормою про можливість та підстави для винятків з нього, тобто підстави для обмежень прав. Разом з тим Конвенція так само не містила специфічних норм, що стосувалися б обмежень прав в'язнів<sup>46</sup>.

У той же час, об'єктивний фактор позбавлення волі не міг ігноруватися при застосуванні стандарту обмежень. Можливо саме це стало однією із передумов того, що перша судова практика Європейської комісії — органу, який існував до створення Європейського суду, практично позбавила їх рівного із вільними особами захисту Конвенцією. Формальним аргументом було те, що в'язень в силу свого статусу піддається так званим неминучим (невід'ємним) в ув'язненні обмеженням (фр. *limitations implicites*, англ. *implied limitations*). Справжньою ж причиною цієї практики були побоювання, що страсбурзький арбітр не зможе справитись із великою кількістю справ засуджених, які тоді складали близько 60 відсотків від усіх справ<sup>47</sup>. Тільки через 20 років у справі Голдера проти Сполученого Королівства<sup>48</sup> Комісія змінила цей підхід<sup>49</sup> та визнала, що права в'язнів повинні піддаватись тим самим вимогам до обмежень, що й вільні особи. Між іншим, ідея «неминучих обмежень» використовується та є доволі популярною і сьогодні, хоч і змінила свій зміст<sup>50</sup>. Вона є об'єктом критики в цій роботі.

---

<sup>46</sup> Свого роду винятком є вказівка у статті 4 Конвенції на те, що не вважається забороненою примусовою чи обов'язковою працею робота, виконання якої вимагається під час звичайного ув'язнення у відповідності до ст. 5 Конвенції. Див. рішення ЄСПЛ: *Stummer v. Austria* [GC] (no. 37452/02, 07.07.2011), *Van Droogenbroeck v. Belgium* (no. 7906/77, 24.06.1982), *Floroiu v. Romania* (no. 15303/10, 12.03.2013).

<sup>47</sup> *Jacq C. Vers un droit commun de la sanction — l'incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, Thèse de doctorat en droit. — Paris: Université de Paris-Sud, 1989. — pp. 348–349.

<sup>48</sup> *Golder v. United Kingdom* § 44 (no. 4451/70, 21.02.1975).

<sup>49</sup> Щодо детальнішого історичного аналізу: див. *Jacq C. Vers un droit commun de la sanction — l'incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, Thèse de doctorat en droit. Paris: Université de Paris-Sud, 1989. — spéc. pp. 348–349.

<sup>50</sup> Якщо у той час ідея «неминучих обмежень» використовувалася для обґрунтування послаблення захисту прав, то з часом вона почала використовуватися з метою кращого

Рішенням у справі Голдера знаменується початок активного розвитку прецедентного права ЄСПЛ щодо прав в'язнів. Починає розвиватися і стандарт їх обмежень. Рішення у справах Кемпбела і Фела<sup>51</sup> (обмеження кореспонденції та побачень), Хьорста<sup>52</sup> (обмеження права голосу засуджених) та Діксона<sup>53</sup> (обмеження права на зачаття дитини) стануть базовими в розвитку цього стандарту. У них було здійснено намагання збереження стандарту обмежень таким самим, як і для вільних осіб. Однак уже в рішенні Голдера Суд визнав допустимість застосування до засуджених більш об'ємних обмежень, ніж для вільних осіб<sup>54</sup>. Як буде продемонстровано в нашій роботі, у процесі розвитку практики стандарт не уникнув певної специфіки, яка була пов'язана із особливим становищем особи, позбавленої волі.

Наголос на необхідності застосування принципу пропорційності у в'язничній сфері було зроблено у правилі 3 Європейських в'язничних правил (ЄВП) 2006 року. Вперше в міжнародно-правовому документі був закріпленний стандарт пропорційності обмежень прав у в'язничному контексті. Зокрема, у п. 3 вказується, що обмеження, які застосовані до осіб, позбавлених волі, мають бути мінімально необхідними та відповідати тій обґрунтованій меті, з якою вони застосовувалися. Попередня версія Правил 1987 року містила окремі положення, які дещо нагадували МСП та рекомендували, щоб обмеження були мінімальними<sup>55</sup>, однак не містили загального стандарту, який застосовувався б до всіх без винятку прав. Правила 2006 року, закріпивши загальний підхід до обмежень, що застосовуються до позбавлених волі осіб, пішли навіть далі своєї матері — Європейської конвенції, та практики ЄСПЛ. У вказаному правилі 3 принцип пропорційності був рекомендований для всіх обмежень прав, які застосо-

---

захисту прав. Зокрема, міжнародні стандарти вказують на те, що до в'язнів не повинні застосовуватися інші обмеження, ніж ті, які «впливають» з ув'язнення. Див. наші критичні зауваження: *Chovgan V. Le principe des limitations inhérentes à la détention: la valeur incertaine des Règles Mandela* // *Actualité juridique penal.* — 2015. — No. 12. — pp. 576–578; *Човган В. О. Стандарт «правообмежень обумовлених ізоляцією» // Дотримання прав людини у пенітенціарній системі України / К. А. Автухов, А. П. Гель, М. В. Романов, В. О. Човган, І. С. Яковець; за заг. ред. М. В. Романова; ГО «Харківська правозахисна група».* — Харків: Права людини, 2015. — С. 146–157.

<sup>51</sup> *Campbell and Fell v. United Kingdom* (no. 7819/77, 28.06.1984).

<sup>52</sup> *Hirst v. the United Kingdom* (No. 2) (GC) (no. 74025/01, 06.10.2005).

<sup>53</sup> *Dickson v. United Kingdom* (GC) (no. 44362/04, 02.12.2007).

<sup>54</sup> *Golder* § 45.

<sup>55</sup> Наприклад, у пункті 64 Правил 1987 року вказувалося: «ув'язнення у вигляді позбавлення волі є покаранням само по собі. Тому умови ув'язнення та пенітенціарні режими не повинні погіршувати спричинені ним страждання, якщо тільки ізоляція або дисципліна обґрунтовує таку необхідність».

вуються до в'язнів, у той час як Конвенція закріпила цей принцип тільки щодо тих прав, які відображені в ній<sup>56</sup>.

Таким чином ЄВП у правилі 3 заклали фундамент для розвитку самостійної теорії обмежень прав осіб, позбавлених волі. Однак значного інтересу до цього питання в міжнародно-правовій літературі нами не було помічено. Радше окремі рішення ЄСПЛ щодо обмежень прав засуджених стали предметом активного обговорення та суспільного резонансу як серед академічної спільноти, так і серед суспільства загалом, а деякі і взагалі поставили під загрозу існування Європейського суду в сучасному вигляді<sup>57</sup>.

Незважаючи на те, що розвиток теорії обмежень прав в'язнів відбувався паралельно із розвитком вищезазначених стандартів, нам не вдалося відшукати жодної праці, яка б була повністю присвячена питанню обмежень прав в'язнів. Часткові винятки можна було знайти в роботах, присвячених правам цих осіб. Однак їхній фокус не був спрямований на детальний аналіз обмежень прав. Ці роботи могли зосереджуватись на обґрунтованості обмежень окремих прав (як-то право голосувати чи право на побачення), але обділяли увагою загальну теорію таких обмежень. Спроби виділити певні загальні риси обґрунтування обмежень у пенітенціарному середовищі та проаналізувати їх правову природу мали відривчастий характер. Самі ж такі роботи були нечисленими.

Серед радянських праць варто окремо виділити дисертацію В. І. Селіверстова<sup>58</sup>. У ній правові обмеження аналізувалися з точки зору правового статусу осіб, позбавлених волі. Автор задавався питаннями правової природи обмежень цих прав, розуміння так званих «специфічних» прав

---

<sup>56</sup> За винятком абсолютних прав, які не підлягають жодним обмеженням — право не бути підданим катуванням та право не бути підданим рабській праці (згідно зі ст. 15 Конвенції).

<sup>57</sup> Рішення у справі Хьорста (Hirst) щодо недопустимості автоматичного позбавлення активних виборчих прав засуджених за тяжкі злочини викликав у британському суспільстві справжній резонанс. Як наслідок, керівництво держави відмовилось його виконувати. Однак Європейський суд продовжує приймати рішення-клони. В тому числі, в останньому рішенні у справі Мак Х'юга (*McHugh and others v. the United Kingdom* (no. 51987/08, 10.02.2015)) Суд встановив порушення статті 3 Протоколу № 1 Конвенції щодо більш ніж одної тисячі в'язнів. Через небажання виконувати вказані рішення британські політики вже неодноразово порушували питання про вихід з-під юрисдикції ЄСПЛ (що до того ж наклалося на дискурс про вихід з ЄС). Існують думки, що вихід Сполученого Королівства з-під юрисдикції ЄСПЛ може створити небезпечний прецедент для інших країн, які не матимуть бажання виконувати певні політично «незручні» рішення Суду.

<sup>58</sup> *Селиверстов В. И.* Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. — М.: Акад. МВД РФ, 1992. Хоча дисертація була захищена у 1992 році з її змісту та джерел очевидно, що суттєва частина її підготовки здійснювалася до розпаду Радянського Союзу.

і обов'язків та їхнє співвідношення з правами та обов'язками вільних осіб, їхніх джерел (закон чи підзаконний акт, ізоляція як джерело обмежень) та ін. Ці теоретичні аспекти спеціально дискутувались і іншими відомими радянськими фахівцями, однак дещо в меншій мірі<sup>59</sup>.

У радянську добу обмеження прав засуджених часто аналізувались через призму кари. Що є карою? Якими є межі кари? Які обмеження обумовлюються карою, а які ні? Ці питання були характерними для багатьох робіт того часу. Їх детальний підсумок та значення для процесу виконання-відбування покарання були охарактеризовані А. Х. Степанюком<sup>60</sup>.

Українські та російські роботи в пострадянський період не виходили помітно за межі вказаного звичного в радянську добу кола питань стосовно обмежень прав в'язнів. На наш погляд, головною причиною цього була недостатність (якщо не відсутність) спроб проаналізувати цю проблему в закордонних тюремних системах. Зокрема, особливу роль у розвитку проблеми могло б відіграти дослідження закріплення та застосування принципу пропорційності обмежень. Через це ми фокусуємось на стандарті пропорційності в зарубіжних пенітенціарних системах. При цьому ми враховуємо вітчизняні теоретичні напрацювання щодо правової природи обмежень прав в'язнів<sup>61</sup>.

Такий підхід надасть можливість ефективного взаємодоповнення вітчизняних теоретичних розробок щодо правової природи обмежень прав

---

<sup>59</sup> Напр. див. *Иоффе О. С.* Гражданско-правовое положение заключенных в исправительно-трудовых учреждениях. — М., 1959; *Беляев А. А.* Правовое положение осужденных к лишению свободы. — Горький: Горьковская высшая школа МВД СССР, 1976; *Наташев А. Е., Стручков Н. А.* Основы теории исправительно-трудового права. — М., 1967; *Стручков Н. А.* Курс исправительно-трудового права. Проблемы общей части. — М.: Юрид. лит., 1984; *Сундуrow Ф. Р.* Лишение свободы и социально-психологические предпосылки его эффективности. — Казань: Издательство Казанского университета, 1980.

<sup>60</sup> *Степанюк А. Ф.* Сущность исполнения наказания / Худож.-оформитель Д. Е. Гапчинский. — Харьков: Фолио, 1999.

<sup>61</sup> Працюючи над цим питанням, нами використовувалися не тільки напрацювання в галузі радянського виправно-трудового та сучасного кримінально-виконавчого права. Базовими були і роботи з загальної теорії права та конституційного права. Наприклад, значний загальнотеоретичний внесок у розвиток теорії обмежень прав зробили П. М. Рабінович та, І. М. Панкевич, їхня робота була взята нами за основу (Рабінович П. М., Панкевич І. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України/Редкол.: П. М. Рабінович — Серія 1. Дослідження, видання реферати. Випуск 3. — Львів: «Астрон», 2001). Що стосується конституційного розуміння обмежень прав, то серед багатьох інших варто окремо виділити роботи А. Барака (*Barak A. Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations.* — Cambridge: Cambridge University Press, 2012) та Р. Алексі (*Alexy R. A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers.* — New York: Oxford University Press, 2004).

дослідженнями щодо міжнародних стандартів обґрунтування обмежень прав та навпаки.

Значну роль у розвитку теорії обмежень прав засуджених у Європі відіграли роботи, пов'язані з практикою Європейського суду. Яскравим прикладом є праця Д. Ван Зіль Сміта та С. Снакен «Принципи європейського в'язничного права та практики: пеналогія і права людини»<sup>62</sup>. У ній автори роблять детальний аналіз практики ЄСПЛ. З урахуванням того, що рішення Суду щодо в'язнів найчастіше містять застосування принципу пропорційності обмежень у відповідності до Конвенції, то і аналіз цих рішень у книзі не міг обійти аналізу обмежень. Крім того, автори акцентують увагу на принципі мінімальності обмежень як принципі, який знайшов своє втілення в Європейських в'язничних правилах.

Так само у зв'язку з практикою Європейського суду торкалися проблеми французькі дослідники. Наприклад, Б. Бельда у своїй дисертації робить намагання зрозуміти специфіку бачення прав в'язнів (та їхніх обмежень) Євросудом<sup>63</sup>. М. Ерцог-Еванс досліджує окремі аспекти обмежень прав у практиці ЄСПЛ, а також відстоює ідею зближення підходів до обмежень прав в'язнів з підходами до обмежень прав вільних осіб<sup>64</sup>.

У роботах британської дослідниці Л. Лазарус<sup>65</sup>, яка займалась порівнянням підходів до прав в'язнів у Великобританії та Німеччині, простежується інтерес до питання обмежень їхніх прав. Авторку особливо цікавило застосування принципу пропорційності обмежень, різноманітні цілі, які ставилися в процесі відбування покарання, мотивація рішень пенітенціарної адміністрації. Усе це розглядалось як таке, що впливає на обмеження прав у тюрмах.

Американський філософ Р. Ліпке розробив окрему теорію про те, якими мають бути зміст та обсяг обмежень прав в'язнів<sup>66</sup>. Його спроба узгодити ретрибутивістську теорію з правами людини, хоч вона і критикується

---

<sup>62</sup> *Van Zyl Smit D., Snacken S. Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights.* — New York: Oxford University Press, 2009.

<sup>63</sup> *Belda B. Les droits de l'homme des personnes privées de liberté contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme.* — Montpellier: Université Montpellier 1, 2007.

<sup>64</sup> *Herzog-Evans M. La gestion du comportement du détenu: Essai de droit pénitentiaire.* — Paris: L'Harmattan, 1994; *Herzog-Evans M. L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé.* — Paris: L'Harmattan, 2000; *Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire, 2e éd.* — Paris: Dalloz, 2012.

<sup>65</sup> Див. напр. *Lazarus L. Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England.* — New York: Oxford University Press, 2004; *Lazarus L. Conceptions of Liberty Deprivation // The Modern Law Review.* — 2006. — No. 69 (5). — pp. 738–769.

<sup>66</sup> *Lippke R. L. Rethinking Imprisonment.* — New York: Oxford University Press, 2007; *Lippke R. L. Toward a Theory of Prisoners' Rights // Ratio Juris.* — 2002. — Vol. 15. — pp. 122–145; *Lippke R. L. The Disenfranchisement of Felons // Law and Philosophy.* — 2002. — Vol. 20. —



нами, представляє собою безумовний інтерес як оригінальна авторська концепція. Нами детально аналізується його головна ідея — потреба «конвертації» наслідків, які спричиняються жертві злочином, в обмеження прав засудженого, які стають свого роду «компенсацією» цих наслідків. І хоча Р. Ліпке здійснює намагання встановити певні ліміти, щоб не допустити перетворення його теорії у справжній таліон, ми демонструємо, що йому навряд чи вдається це зробити достатньо переконливо.

У США дослідженням обмежень прав в'язнів у практиці американських судів детально займався Дж. Палмер<sup>67</sup>. Так само об'ємними дослідженнями національної судової практики, яка стосується обмежень цих прав, займаються і британські юристи<sup>68</sup>. Дослідження практики судів найкраще допомагає зрозуміти стандарти обмежень у країнах загального права.

Численні роботи щодо обмежень прав у пенітенціарному середовищі часто стосуються окремих аспектів прав та з'являються періодично як реакція на такі суспільно-політичні події, як прийняття нових законів, резонансних чи просто цікавих судових рішень. Вони, однак, майже не ставлять за мету формулювання узагальнюючих висновків щодо обґрунтування обмежень прав та їх правової природи.

Тому для розробки узагальнюючих висновків ми звертаємося до практики окремих країн. Ними є Франція, США, Канада, Сполучене Королівство, Королівство Бельгія та Королівство Нідерланди. Така країна як колишній СРСР не піддається окремому аналізу, однак її теорія та практика формує частину джерел цього дослідження.

**СРСР.** У колишньому Радянському Союзі мав місце значний контраст між жакливою практикою дотримання прав в'язнів та витонченою теорією щодо таких прав. Однак і за таких умов теорія обмежень прав в'язнів не досліджувалася окремо. Спеціалісти звертали увагу тільки на деякі аспекти цих обмежень. Популярною була ідея про продовження користування в'язнями усіма правами за винятком тих, які не можуть бути здійснені в ізоляції, або ж обмежень, які впливають із режиму ув'язнення.

Визнавалось, що ув'язнення надає специфічних особливостей здійсненню прав та обов'язків<sup>69</sup>. Популярними були твердження, що ув'язнені

---

pp. 553–580; *Lippke R. L. Prison Labor: Its Control, Facilitation, and Terms // Law and Philosophy.* — 1998. — No. 17(5/6). — pp. 533–557.

<sup>67</sup> Див. напр., Дев'яте видання відомої книги щодо конституційних прав в'язнів: *Palmer J. W. Constitutional Rights of Prisoners*, 9th edition. — Cincinnati : LexisNexis, 2010.

<sup>68</sup> Див. напр.: *Livingstone S., Owen T., Macdonald A. Prison Law*. 4th edition. — New York: Oxford University Press, 2008.

<sup>69</sup> Советское исправительно-трудовое право: учебник. — М.: Госюриздат, 1960. — С. 109.

в силу факту позбавлення волі позбавляються окремих можливостей здійснення прав<sup>70</sup>, а також, що в'язні продовжують володіти всіма правами, але обмежені не в правах, а в реалізації окремих із них<sup>71</sup>. Отже, досить поширеною була думка, що так званий «факт позбавлення волі» або ж «ізоляція» спричиняє наявність об'єктивних обмежень. Ці обмеження (назвімо їх «фактичними») мають з однозначністю впливати із факту позбавлення волі, та не бути більшими, ніж вимагається цим фактом.

Такі ідеї викликали різку критику чи не найвідомішого фахівця в галузі радянського кримінально-виконавчого права М. О. Стручкова<sup>72</sup>. Він убачав у них потенційну загрозу принципу законності, який посідав особливе місце в радянському праві. На його думку, можливість застосування обмежень, які не закріплені в законодавстві, а просто є «фактичними» (об'єктивними), створює підстави для зловживань та відступу від положень законодавства. Значна критика висловлювалась і В. М. Селіверстовим, який також вбачав у фактичних обмеженнях загрозу зловживань через їхню невизначеність<sup>73</sup>.

Інша схожа ідея, яка давала підстави відходити від принципу законності, полягала в тому, що обмеження спричиняються режимом виконання покарання. У відповідності до неї норми, які встановлюють режим, можуть породжувати обмеження прав. Підставою для неї було закріплення у ст. 8 Основ виправно-трудового законодавства Союзу РСР та союзних республік поряд із законодавством та вироком як джерел правообмежень такого джерела, як режим.

Радянське виправно-трудове право, торкаючись теми правообмежень, часто пов'язувало з нею питання кари та змісту покарання. Сформульована тоді ідея фактичних обмежень полягала у вичерпанні кари як суті покарання фізичною ізоляцією. При цьому зміст покарання у вигляді позбавлення волі зводився до ізоляції<sup>74</sup>, а все «додаткове» до неї вважа-

---

<sup>70</sup> Ширвиндт Е. Г., Утевский Б. С. Советское исправительно-трудовое право. — М., 1957. — С. 83–84; Рагулин Г. И. Правовое положение заключенных в исправительно-трудо-вых учреждениях. Учебное пособие. — М., 1958. — С. 7; Советское исправительно-трудовое право: учебник. — М.: Госюриздат, 1960. — С. 109–110.

<sup>71</sup> Беляев А. А. Правовое положение осужденных к лишению свободы. — Горький: Горьковская высшая школа МВД СССР, 1976. — С. 14.

<sup>72</sup> Стручков Н. А. Курс исправительно-трудового права. Проблемы общей части. — М.: Юрид. лит., 1984. — С. 181–182; Наташев А. Е., Стручков Н. А. Основы теории исправительно-трудового права. — М.: Юрид. лит., 1967. — С. 121.

<sup>73</sup> Селиверстов В. М. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. — М.: Акад. МВД РФ, 1992. — С. 18.

<sup>74</sup> Стаття 63 КК України й по сьогодні визначає ізоляцію як зміст покарання у вигляді позбавлення волі. Детальніше про критику цього визначення див. підрозділ 1.3.2.2 «Ізоляція як зміст покарання в Кримінальному кодексі України».

лось необґрунтованим. Подібні міркування підтримуються і сьогодні. Наприклад, вказується, що кара повинна проявлятися в тому або іншому ступені саме фізичної ізоляції при рівності інших умов відбування покарання, що прямо не впливають із неї. Будь-які матеріально-побутові обмеження чи обмеження духовні (інтелектуальна, духовна ізоляція) не повинні мати правовий характер, а можуть лише об'єктивно впливати із факту ізоляції<sup>75</sup>. Вказівка на недопустимість закріплення деяких обмежень у праві та підтримка їх фактичного характеру є демонстративною квінтесенцією негативних наслідків впливу ідеї фактичних обмежень на принцип законності. По суті цим самим ідея фактичних обмежень легітимізує застосування окремих обмежень за відсутності конкретних підстав у законодавстві.

У нашій роботі ми детально аналізуємо теорію фактичних обмежень та піддаємо її критиці. На наш погляд, ця теорія не має того позитивного потенціалу, якого від неї очікують вітчизняні фахівці та міжнародна спільнота<sup>76</sup>. Головний аргумент проти фактичних обмежень ґрунтується на надмірній нечіткості того, що варто вважати «об'єктивно неминучими в ув'язненні обмеженнями».

**США.** Головну роль у розвитку теорії обмежень прав у цій країні відіграли суди. Як вказувалось раніше, уже у XIX столітті Верховний Суд США вказував на те, що права ув'язнених осіб так само, як і права вільних громадян, підлягають захисту Конституцією<sup>77</sup>. Саме Конституція США і стала в майбутньому ґрунтом для розвитку теорії обмежень прав в'язнів.

Судова практика, спираючись на Конституцію, розвивала стандарт пропорційності, який був досить специфічним. Основними рішеннями, які дали початок цього розвитку, стали рішення Мартінеза<sup>78</sup> та Тюрнера<sup>79</sup>.

Перший полягав у встановленні того, чи є обмеження спрямованим на досягнення одного чи більше важливих та суттєвих урядових інтересів

---

<sup>75</sup> Виходячи з цього, неприпустимим є, наприклад, таке обмеження, як занижені норми харчування для осіб, які відбувають дисциплінарні стягнення у приміщенні камерного типу (Яковець І. С. Теоретичні та прикладні засади оптимізації процесу виконання кримінальних покарань : монографія. — Харків: Право, 2013. — С. 236–237, 242).

<sup>76</sup> Човган В. О. Стандарт «правообмежень обумовлених ізоляцією» // Дотримання прав людини у пенітенціарній системі України / К. А. Автухов, А. П. Гель, М. В. Романов, В. О. Човган, І. С. Яковець; за заг. ред. М. В. Романова; ГО «Харківська правозахисна група». — Харків: Права людини, 2015. — С. 146–157; Chovgan V. Le principe des limitations inhérentes à la détention: la valeur incertaine des Règles Mandela // Actualité juridique pénale. — 2015. — No. 12. — pp. 576–578.

<sup>77</sup> *Logan v. United States* 144 U.S. 263 (12 S.Ct. 617, 36 L.Ed. 429).

<sup>78</sup> *Procunier v. Martinez* 416 U.S. 396 (1974).

<sup>79</sup> *Turner v. Safley* 482 U.S. 78 (1987).

безпеки, порядку і виправлення засуджених та чи не були ці обмеження більшими, ніж необхідно для досягнення цих інтересів.

Другий полягав у встановленні «раціонального зв'язку» між обмеженням та державними інтересами; встановленню, чи були альтернативні способи реалізації права після обмеження; як реалізація права впливатиме на в'язничні ресурси, персонал та свободу засуджених; чи не є обмеження надмірним, чи є альтернативне обмеження, яке менше втрутилося б у право.

На практиці стандарт, закріплений у рішенні Мартінеза, сприймався судами як такий, що вимагає обов'язкового встановлення мінімальності обмеження, а в рішенні Тюрнера — як такий, що не вимагає цього. Тому «тест Тюрнера» ознаменував послаблення вимог до обґрунтування обмежень владою: достатньо було довести, що обмеження було спрямованим до «обґрунтованих пенологічних інтересів» незалежно від його «розміру».

Практика американських судів щодо використання цих стандартів є доволі суперечливою. Обмеження, які були схожі за змістом, визнавалися як конституційними, так і навпаки, — у відповідності до кожного із зазначених стандартів. Тобто жоден із них не закріплював чіткого та сталого стандарту обмежень. Більше того, в окремих рішеннях Верховного Суду застосовувалися одночасно обидва стандарти<sup>80</sup>.

У рішенні Верховного суду у справі *Beard v. Banks* вказувалось, що судова система в США має бути прихильною до в'язничної влади<sup>81</sup>. Прихильність (*deference*) повинна мати місце через те, що в'язничні співробітники «краще знають», що потрібно для щоденного функціонування, а тому суди повинні «довіряти» їм. Принцип розподілу влад, нівелювання тесту Тюрнера, зникнення конституційних прав — це тези академічної спільноти, які мали місце після прийняття рішення у справі *Beard v. Banks*<sup>82</sup>.

Загалом судова практика США є об'ємною, заплутаною та навіть непослідовною. У нашому дослідженні ми здійснюємо спробу в ній розібратись тією мірою, якою це потрібно для встановлення загальних рис обґрунтування обмежень прав в'язнів.

**Канада.** Стандарт обмежень прав, який застосовується в цій країні, ґрунтується на Канадській Хартії прав і свобод (1982). Її положення щодо прав та їхніх допустимих обмежень знайшли відображення в Законі про

---

<sup>80</sup> *Thornburgh v. Abbott* 490, U.S. 401 (1989).

<sup>81</sup> *Beard v. Banks* 399 F. 3d 134; *Palmer J. W. Constitutional Rights of Prisoners*, 9th edition. — Cincinnati: LexisNexis, 2010. — P. 91.

<sup>82</sup> *Sweeney M. Beard v. Banks: Deprivation as Rehabilitation // Publications of the Modern Language Association of America.* — Vol. 122. — No. 3 (May, 2007). — pp. 779–783; *Wimsatt J. N. Rendering “Turner” Toothless: The Supreme Court’s Decision in Beard v. Banks // Duke Law Journal.* — Vol. 57, No. 4 (Feb., 2008). — pp. 1209–1243; *Wu S. Persona Non Grata in the Courts: The Disappearance of Prisoners’ First Amendment Constitutional Rights in Beard v. Banks // Whittier Law Review.* 2006–2007. — Vol. 28. — pp. 981–1006.

виправну систему та умовне звільнення<sup>83</sup>. Багато з його положень стосуються обмежень прав в'язнів і були розроблені прогресивними науковцями та практиками у 70–80-х роках.

На наше переконання, канадський закон про виправну систему 1992 року став чи не найпрогресивнішим прикладом стандарту обмежень в'язнів. У ньому питанню обмежень прав було присвячено безпосередню увагу. Закон чітко закріпив принцип мінімальності обмежень як складову принципу пропорційності. Однак «надто прогресивний» характер Закону викликав прийняття владою змін до нього, незважаючи на різні критичні зауваження з боку ліберально налаштованих фахівців<sup>84</sup>.

Досвід Канади в питанні обмежень прав в'язнів є унікальним і у зв'язку з тим, що він умістив у собі не тільки прогресивні законодавчі норми, а й прогресивну судову практику. Таким чином стандарт обмежень прав формувався як законодавчою, так і судовою владою.

У справі *Солоскі проти Королеви* (1980)<sup>85</sup> Верховний Суд відхилив позов засудженого у зв'язку із втручанням у його право на кореспонденцію. Однак він визнав те, що в'язні зберігають усі цивільні права за винятком тих, які явно або спеціально заборані від них законом. Також Суд підкреслив необхідність мінімального втручання у права в'язнів<sup>86</sup>. Це рішення створило міцне підґрунтя для майбутнього розвитку ліберальної теорії обмежень, яка засновувалась на принципі їх пропорційності.

Всесвітньо відомим стало рішення у справі *Сове* (*Sauvé v. Canada*, 2003). У рішенні 2003 року Верховний Суд Канади, застосувавши об'ємну аргументацію щодо обмежень, постановив, що заборона голосувати засудженим до ув'язнення більше двох років суперечила Хартії прав і свобод. Рішення відоме тим, що Суд застосував стандарт пропорційності обмежень прав з детальним аналізом його застосування саме в контексті відбування покарання.

Ефективне поєднання судової практики та законодавчої діяльності в розвитку канадського стандарту обмежень прав в'язнів робить досвід цієї країни особливо цікавим. Його дослідження дає можливість по-іншому поглянути як на стандарт, вироблений судовою практикою в пре-

---

<sup>83</sup> Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (L.C. 1992, ch. 20).

<sup>84</sup> Submission on Bill C-10 Safe Streets and Communities Act. — Ottawa: Canadian Bar Association, 2011. — pp. 35–36.

<sup>85</sup> *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

<sup>86</sup> Вважається, що саме це рішення посприяло закріпленню вимоги мінімальності обмежень прав у Законі «Про виправну систему та умовне звільнення» (*Ghedia J. Prisoners: Rights, Rhetoric and Reality*. — A thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Master of Laws in the Faculty of Graduate Studies, the University of British Columbia. — Vancouver: University of British Columbia, 2002. — P. 38).

цедентних системах, так і на стандарт, закріплений у законах континентальних країн.

**Сполучене Королівство.** «Навіть засуджений залишається підлеглим Королеви і не стає її ворогом у зв'язку із самим лише фактом порушення закону<sup>87</sup>» — так окремі дослідники характеризують британський підхід до прав в'язнів в історії<sup>88</sup>.

Подібно до США, у цій країні розвиток прав в'язнів тісно пов'язаний із розвитком судової практики. Однак тут суди почали втручатись у пенітенціарну сферу пізніше під впливом відходу американськими судами від політики невтручання (англ. «hands off approach», дослівно: підхід «руки геть»). До цього суди так само намагались узгодити інтереси пенітенціарної адміністрації з правами засуджених<sup>89</sup>, як правило, не на користь останніх.

У Великобританії засуджені можуть скаржитись на необґрунтованість обмежень у порядку адміністративного судочинства, спираючись на чотири підстави. Ці підстави — це незаконність обмеження, нерациональність обмеження, неналежність процедури обмеження і невідповідність обмеження Європейській конвенції (четверта підстава була введена разом із набранням чинності Актом про права людини у 1998 році)<sup>90</sup>.

Засадничим для розвитку стандарту обмежень прав в'язнів стало рішення Реймонда проти Хані 1982 року<sup>91</sup>. У ньому Суд вказав, що засуджені зберігають «усі громадянські права, що не були явно або з необхідністю (expressly or by necessary implication) відібрані фактом ув'язнення (by the fact of imprisonment)». Це формулювання, схоже запозичене зі США<sup>92</sup>, створило умову для його надмірного дискреційного тлумачення<sup>93</sup>. Причиною цього стало словосполучення «з необхідністю», яке по суті дозволило застосовувати обмеження, які не закріплені в законі<sup>94</sup>.

---

<sup>87</sup> “Even a convict remains the Queen’s subject, and does not become her enemy merely by breaking the law”.

<sup>88</sup> *Valson M. C. Rights of the Prisoner: An Evolving Jurisprudence*. Thesis submitted for the award of the degree of Doctor of Philosophy. — Cochin: Cochin University of Science and Technology, 1994. — P. 25.

<sup>89</sup> *Easton S. Prisoners’ Rights: Principles and Practice*. — New York: Routledge, 2011. — pp. 30, 48.

<sup>90</sup> *Leech M. The Prisons Handbook 2007: The Definitive 800 Page Annual Guide to Prisons in England and Wales*. — Prisons.Org.Uk Ltd., 2008. — P. 520.

<sup>91</sup> *Raymond v. Honey* [1982] AC 1, [1981] UKHL 8.

<sup>92</sup> *Coffin v. Reichard* (143 F.2d 443 (6th Cir. 1944).

<sup>93</sup> *Coyle A. The Treatment of Prisoners: International Standards and Case Law // Legal and Criminological Psychology*. — 2008. — No. 13. — P. 220, 229.

<sup>94</sup> *Easton S. Prisoners’ Rights: Principles and practice*. — New York: Routledge, 2011. — P. 29.

Такий підхід сам по собі хоч і свідчить про визнання прав в'язнів, однак не сприяє створенню належних бар'єрів від необґрунтованих обмежень цих прав. Як зазначають авторитетні британські автори, у їхній країні панує частково регресивний підхід до прав засуджених і що рівень обмеження, яке обґрунтовується покаранням у вигляді ув'язнення, в Об'єднаному Королівстві є значно обтяжливішим, ніж у інших країнах Європи<sup>95</sup>. З іншого боку, у Сполученому Королівстві до справ про обмеження прав в'язнів застосовується принцип пропорційності<sup>96</sup>, який передбачає мінімальність обмежень.

Обґрунтованість нашої критики щодо «фактичних» обмежень знаходить додаткове підтвердження і в практиці цієї країни. У ній точаться дискусії щодо того, які обмеження прав з неминучістю спричиняються ув'язненням. Цілі безпеки та порядку так само є звичними підставами для обґрунтування обмежень, що також створює підґрунтя для надмірного ризику зловживань владою на практиці.

У цій країні існує велика популярність індивідуалізації обмежень, а недопустимість автоматичних (бланкетних, систематичних) обмежень є відомою істиною у світлі рішень Європейського суду стосовно Сполученого Королівства у справах в'язнів Хьорста (Hirst) та Діксона (Dickson)<sup>97</sup>. Ці рішення не тільки стали відомими в самій країні, а й у світі. У справі Хьорста ЄСПЛ встановив порушення Конвенції через автоматичний характер обмеження права на голосування, а у справі Діксона порушення статті 8 через автоматичне обмеження права на зачаття дитини.

Індивідуалізація обмежень є важливою рисою британського підходу. Проте якщо в інших досліджуваних країнах відправною точкою індивідуалізації обмежень є наявність прав, які можуть бути обмежені в індивідуальних випадках, то в Сполученому Королівстві обмеження багатьох прав в'язнів застосовані вже наперед, а от позбавитись їх можна тільки заслуживши цього. Така «презумпція» обмежень прав та її наслідки також стали предметом нашої уваги.

**Франція.** Декларація прав людини і громадянина 1789 року закріпила базові положення щодо обмежень прав людини. Ці положення не були розраховані на в'язнів, хоча засуджений у відповідності до Декларації і вважається людиною, громадянином, народженим вільним і рів-

---

<sup>95</sup> Livingstone S., Owen T., Macdonald A. Prison Law. 3rd Edition. — Oxford, Oxford University Press, 2003 : Цит. за: Codd H. Policing Procreation: Prisoners, Artificial Insemination and the Law // Genomics, Society and Policy. — 2006. — Vol. 2. — No. 1. — P. 113.

<sup>96</sup> Livingstone S., Owen T., Macdonald A. Prison law. 4<sup>th</sup> ed. — New York: Oxford University Press, 2008. — P. 23.

<sup>97</sup> Hirst v. the United Kingdom (No. 2) (GC) (no. 74025/01, 06.10.2005), Dickson v. United Kingdom (GC) (no. 44362/04, 02.12.2007).

ним з іншими<sup>98</sup>. Тим не менш, вона сприяла встановленню постулату, що особа, яка потрапляє в ув'язнення, повною мірою залишається громадянином (*un citoyen à part entière*)<sup>99</sup>. Засуджений не виключався з суспільного життя, якщо тільки до нього не застосовано спеціальні покарання, спрямовані на «громадянську деградацію» (*dégradation civique*), або до цивільної смерті (*morte civile*). Ці покарання означали позбавлення або обмеження певних прав.

Французька академічна спільнота відверто симпатизувала й симпатизує ідеалістичному твердженню, що засуджений позбавляється тільки свободи пересування (досл.: «свободи піти і прийти» (*liberté d'aller et venir*)) і до них застосовуються тільки ті обмеження, які є немінучими (*inhérentes*) у зв'язку з втратою цієї свободи. Ця ідея багато в чому є схожою на ідею щодо фактичних (об'єктивних) обмежень, яка була поширена в колишньому СРСР та залишається поширеною в Україні зараз. А тому критика щодо так званих «фактичних» обмежень паралельно стосуватиметься цієї доктрини та буде корисною не тільки для Франції, а й для України.

Іншою специфічною рисою французького пенітенціарного права стала дискусія щодо меж зближення цієї галузі права із так званим «загальним правом» (*droit commun*). Під ним розуміється поняття близьке до «загального правового режиму», тобто сукупності «загальних правових норм» або, коли йдеться про права людини, загального правового статусу. Протиставлення «загального права» та права пенітенціарного нагадує протиставлення *lex generalis* та *lex specialis*.

Зближення пенітенціарного права із «загальним правом» означає переведення цієї галузі права із «права винятку» до «права такого ж, як і всі». У підсумку таке зближення спрямоване на максимізацію регулювання відносин у пенітенціарній сфері за допомогою загального права та мінімізацію винятків. Це безпосередньо стосується предмета нашого

---

<sup>98</sup> *Morange J.* Introduction générale // *La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011.* — Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2013. — P. 17.

<sup>99</sup> *Le détenu citoyen, Séance de section du 22 avril 1989 // Revue pénitentiaire et de droit pénal.* 1989. — pp. 255–279; *Renaut M.-H.* Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales. Le condamné reste un citoyen à part entière // *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.* — 1998. — pp. 265–277; *Exposito W.* Citoyenneté du détenu // *Revue pénitentiaire et de droit pénal.* — 2005. — No. 1 (mars). — pp. 87–105; Exposé de M. Favard; *Aubenas F., Bach J., Marrest P., Mécaray C., Bianchi V., Pelletier W., Sire-Marin E.* Les détenus sont-ils des citoyens ? — Paris : Notes et documents de la Fondation Copernic, 2010; Chapitre “La reconnaissance des qualités inhérentes au détenu, l’humanité et la citoyenneté”, in *Belda B.* Les droits de l’homme des personnes privées de liberté: contribution à l’étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l’Homme. — Bruxelles : Etablissements, 2010. — spéc. pp. 161–169; *Martucci F.* Le détenu-citoyen // *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.* — Paris: Dalloz, 2013. — pp. 217–231.



дослідження, адже він включає в себе встановлення меж наближення спеціального правового статусу засуджених, до загального правового статусу громадян. Відповідно це має стосунок і до обмежень прав в'язнів.

Відома прихильниця зближення пенітенціарного права із «загальним правом» проф. М. Ерцог-Еванс пов'язує таке зближення з народженням «справжнього пенітенціарного права» (*un véritable droit pénitentiaire*)<sup>100</sup>. Ключовими в перших кроках цієї революції стало ніщо інше, як зближення процедур пенітенціарного права із процедурами «загального права». Судові рішення у справах засуджених Корбе (Korber) та Марі (Marie) стали символами такого наближення — у них суди визнали за засудженими процедурні права захисту прав, пов'язаних із застосуванням умовно дострокового звільнення та дисциплінарних санкцій. Вони знаменують початок «юрисдикціоналізації» (*juridicisation*), тобто поширенню судового захисту на правові відносини у сфері пенітенціарного права. Юрисдикціоналізація — важливий елемент у розвитку доктрини обмежень прав у Франції — аналізується та використовується нами для певних висновків у цій праці.

Окрема увага приділяється Пенітенціарному закону Франції 2009 року. Він мав особливе значення для нашого дослідження. Закон містить лімітативну клаузулу, яка зазначає, що «здійснення цих прав (прав в'язнів. — прим. авт.) не може піддаватись іншим обмеженням ніж ті, що є результатом іманентних в ув'язненні ущемлень, підтримки безпеки і належного порядку установ, попередження рецидиву та захисту інтересів жертв. Ці обмеження враховують вік, стан здоров'я, інвалідність і особистість ув'язнених осіб» (ст. 22). На додаток, інші норми Закону містять положення щодо обмежень окремих прав, які також аналізуються нами.

Спробувавши закріпити міжнародні стандарти, Закон тим не менш упустив з уваги принцип пропорційності. За це він був розкритикований фахівцями, адже підстави для втручання в право були недостатньо чіткими та загрожували правам людини<sup>101</sup>. Як ми демонструватимемо в цій ро-

---

<sup>100</sup> *Herzog-Evans M. Droit commun pour les détenus // Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé. — 1995. — Vol. 3. — pp. 621–638.*

<sup>101</sup> *Herzog-Evans M. La sécurité pénitentiaire est l'ennemie de la sécurité publique (Entretien réalisé par Stéphane Laurent). — Dedans Dehors. — 2009. — No. 70–71 (décembre). — P. 15; Herzog-Evans M. Loi pénitentiaire No. 2009-1436 du 24 novembre 2009: changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative // Recueil Dalloz. — 2010. — No. 1 (janvier). — pp. 32–33; Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 104; Enderlin S. Droit constitutionnel et droit pénitentiaire. Les prémices de la protection constitutionnelle des personnes détenus // Dialectique carcérale. Quand la prison s'ouvre et résiste au changement. Sous la direction de Pierre V. Tournier. — Paris: L'Harmattan, 2012. — pp. 59–60; Assemblée Nationale, Rapport au nom de La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pénitentiaire (No. 1506) adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, par M. J.-P. Garraud. — P. 21, 538.*

боті, без відображення принципу пропорційності обмежень закріплення лімітативної клаузули має «холостий» характер, оскільки дозволяє практично будь-які обмеження та не створює гарантій від найбільш надмірних втручань у право.

На додаток, загальна лімітативна клаузула, закріплена у ст. 22 Закону, часто конфліктує або погано корелює з іншими спеціальними лімітативними клаузулами Закону, які закріплюються як винятки з окремих прав. Схожа проблема спостерігається в інших країнах.

Французький стандарт обмежень прав в'язнів є демонстративним прикладом того, якими можуть бути помилки законодавця при формулюванні законодавчих підстав для обмежень прав. Цьому в нашій роботі буде присвячено спеціальну увагу.

**Бельгія.** Дослідження бельгійського підходу до обмежень прав в'язнів було переважно сфокусованим на Законі про принципи щодо пенітенціарної адміністрації та статусу в'язнів<sup>102</sup> або, як його ще називають, Закон Дюпона<sup>103</sup>. Він зазнав значного впливу стандартів ЄСПЛ, КЗК та Європейських в'язничних правил. До його прийняття, права в'язнів та їх обмеження відносились переважно до дискреції пенітенціарної адміністрації<sup>104</sup>.

У відповідності до статті 5 цього Закону в'язні не піддаються «жодним обмеженням їх політичних, цивільних, соціальних, економічних або культурних прав за винятком тих, які випливають із кримінального засудження чи заходу позбавлення волі та які є невід'ємними від позбавлення волі й тих, які визначені законом або у відповідності до закону». Ця норма була піддана детальному аналізу та критиці бельгійськими фахівцями<sup>105</sup>. Одним із головних чинників цього стала неоднозначність джерел обмежень, а з-поміж них ті самі «фактичні» обмеження, яким ми приділяємо особливу увагу в цій роботі. Особливою рисою бельгійського Пенітенціарного закону в порівнянні з іншими досліджуваними країнами є те, що в ньому недвозначно закріплюється принцип пропорційності обмежень. Більше того, пропорційність є одним із принципів, закріплених у Законі.

---

<sup>102</sup> Loi de principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus (loi du 12 janvier 2005). Укр.: Закон про принципи щодо пенітенціарної адміністрації та статусу ув'язнених осіб (закон від 12 січня 2005).

<sup>103</sup> На честь його натхненника та головного автора — професора Льєвена Дюпона (Lieven Dupont).

<sup>104</sup> Щодо аналізу історії розробки та прийняття цього закону див.: *Mary P.* La nouvelle loi pénitentiaire. Retour sur un processus de réforme (1996–2006) // *Courrier hebdomadaire du CRISP.* — 2006. — No. 11 (1916). — pp. 5–51.

<sup>105</sup> *Dijon X.* Prolégomènes : la protection sociale des détenus : pour quelle sécurité? // *Van der Plancke V., Van Limberghen G.* La sécurité sociale des (ex-) détenus et de leurs proches. — Bruxelles : La Chartre, 2008. — pp. 14–15.

Маючи на увазі зміст принципу пропорційності, який передбачає максимальну індивідуалізацію обмежень, Закон встановлює необхідність здійснення оцінки обставин кожної конкретної справи при застосуванні пенітенціарною адміністрацією деяких обмежень (наприклад, читання кореспонденції, прослуховування телефонних дзвінків, заборона побачень).

Особливе значення бельгійського досвіду має обов'язковість мотивації всіх рішень, які приймаються у відповідності до норм Пенітенціарного закону. Як буде показано, мотивація рішень щодо обмежень прав засуджених є необхідною умовою їх легітимності. Так само необхідною вона є для забезпечення належного контролю за обґрунтованістю обмежень прав з боку незалежних від пенітенціарної адміністрації органів.

**Нідерланди.** Важливу роль у розвитку стандарту обмежень у цій країні відіграла школа Утрехтського університету. Вона складається з практично орієнтованих учених, які суттєво вплинули на зміст Акта принципів в'язничної системи (1953). Як результат, цей Акт заклав основи для порівняно м'якої політики у сфері кримінальної юстиції та для того, щоб із в'язнями поводитись як із суб'єктами права, яким необхідно допомогти у поверненні в суспільство<sup>106</sup>.

Однак з часом цей Акт був знівельований на практиці. В результаті був прийнятий новий Акт в'язничних принципів (1998). Він закріпив спеціальну норму щодо обмежень прав. Зокрема, у ньому вказується, що засуджені чи ув'язнені особи «не повинні піддаватись жодним іншим обмеженням за винятком тих, які необхідні для досягнення цілей ув'язнення або для підтримки порядку чи безпеки в установі» (ст. 2.4). Ця норма закріпила принцип мінімальності. Разом з принципом реінтеграції, який мав неабияку вагу в Нідерландах, він формував серцевину нідерландського пенітенціарного права<sup>107</sup>. Його коріння вбачалось у Конституції Нідерландів<sup>108</sup>.

Головною рисою підходу до обмежень прав в'язнів у цій країні варто визнати їх бачення через призму нормалізації та реінтеграції. Чим меншим є обсяг обмежень та їх зміст — тим ближче людина залишається до суспільства і тим більшими є шанси на реінтеграцію до нього. Так звана нормалізація (зближення умов життя в пенітенціарній установі та на волі)

---

<sup>106</sup> *Van Swaaningen R, De Jonge G. The Dutch Prison System and Penal Policy in the 1990s: from Humanitarian Paternalism to Penal Business Management // Ryan M., Sim J. Western European Penal Systems: A Critical Anatomy. — London: SAGE, 1995. — P. 34.*

<sup>107</sup> *Ibid.* — P. 35.

<sup>108</sup> *Vermeulen G., Paterson N. Material Detention Conditions, Execution of Custodial Sentences and Prisoner Transfer in the EU Member States. — Antwerpen: Maklu Publishers, 2011. — P. 746.*

сприймається також як «юридична нормалізація» — термін, який ми впроваджуємо в цій роботі та який позначає зближення юридичних процедур по обидві сторони ґрат.

Крім загальної норми щодо обмежень Акт в'язничних принципів закріплює й інші обмежувальні норми щодо окремих прав, похідних від права на приватність. Ці специфічні норми та їх взаємозв'язок підлягають окремому аналізу. Як наслідок, буде продемонстровано недоліки Акта, які певним чином схожі на недоліки Пенітенціарного закону Франції 2009 року. Це дасть нам підстави сформулювати висновки щодо типових законодавчих помилок у розробці лімітативних клаузул пенітенціарних законів.

**Закріплення стандарту обмежень в Україні.** Іншим важливим аспектом розробки належного стандарту обмежень прав є власне законодавчий процес. Аргументи, які висувуються за та проти встановлення окремого обмежувального стандарту щодо в'язнів, лібералізації обмежень, самі по собі допомагають краще зрозуміти чинники, які впливають на допустимі межі правообмежувальної діяльності держави.

У цьому сенсі ми ділимося власним досвідом розробки та закріплення лімітативних клаузул в українському законодавстві. Він свідчить, що закріплення прогресивних підходів до обмежень прав наштовхується на опір з боку «правової традиції» у пенітенціарній сфері. Юридизація процесу виконання покарань, за якої право максимально проникає в цей процес, в тому числі шляхом створення процедурних гарантій захисту прав, є складною з огляду на сучасну вітчизняну тенденцію «деюридизації» цього процесу (А. Х. Степанюк)<sup>109</sup>. Ми вважали більш підходящим аналіз саме процесу створення стандарту обмежень прав в'язнів в Україні, оскільки до теперішнього часу про потребу такого стандарту не йшлося.

Загалом же цим дослідженням вдалося охопити питання загальної теорії обмежень прав в'язнів, а також стандарту обмежень цих прав. Ми здійснили спробу окреслити та узагальнити основні аспекти, які стосуються усіх обмежень прав в'язнів. Однак за межами цієї роботи опинилася не менш важлива частина питання — допустимість, межі та обґрунтування обмежень окремих прав. Наприклад, особливої актуальності в сучасний період набувають питання обмеження права в'язнів на зв'язок із зовнішнім світом за допомогою мобільного зв'язку та мережі Інтернет. Такого роду обмеження окремих прав потребуватимуть досліджень у майбутньому, а для їх здійснення може стати корисною загальнотеоретична база, яку ми пропонуємо.

---

<sup>109</sup> Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: монографія / за заг. ред. В. І. Борисова, В. С. Зеленецького. — Х.: Право, 2011. — С. 328.

Першопочаткова мета, яка ставилася на початку роботи над нашою темою, полягала якраз у встановленні того, як обґрунтувати окремі обмеження окремих прав. Проте дуже швидко стало зрозуміло, що число прав в'язнів, аналіз обмежень яких був би корисним та актуальним, було надто великим. Крім того, такий аналіз не був би належним без використання зазначеної загальнотеоретичної бази. Саме через це було вирішено, що першим та неминучим кроком у дослідженні обмежень прав в'язнів мало стати саме формулювання такої бази.

Тому ми покладаємо надію, що ця робота матиме інструментальну цінність у майбутніх неминучих дослідженнях обґрунтування обмежень окремих прав в'язнів. Сподіваємось, що зібрані та сформульовані тут ідеї стануть у нагоді для вирішення проблем, які виникатимуть у процесі таких досліджень.

---

## Частина 1

# ПРАВОВА ПРИРОДА ОБМЕЖЕНЬ ПРАВ В'ЯЗНІВ

Межі свободи людини в суспільстві потрібні для організації їхнього спільного життя. Виникнення обмеження поведінки, а з часом і правового обмеження, було зумовлено необхідністю впорядкування суспільних відносин, уможливлення спільного життя індивідів (їх груп), які мають різні або навіть протилежні інтереси. Встановлення правових обмежень пов'язується із зародженням права як такого в його позитивістському розумінні. Встановлення ж обмежень, які ще не були об'єктивовані у праві, відноситься до більш ранніх історичних періодів, за яких відбувалось зародження людських цивілізацій.

Першими прикладами обмежень у суспільстві були табу, тобто обмеження, які встановлювались з певними цілями, в тому числі для стримування біологічних інстинктів з метою збереження роду. Табу є нічим іншим, як обмеженням певного виду поведінки<sup>110</sup>. Пізніше, об'єктивувавшись у законі, разом з іншими обмеженнями вони здобули ознаку універсального засобу впливу на поведінку осіб.

Кожну норму права можна визнати свого роду обмеженням. Всяка норма вказує на вибір із ряду варіантів поведінки, а тому обмежує поведінку суспільно корисними формами, визначаючи певні її різновиди і забороняючи інші<sup>111</sup>. Деякі автори однозначно стверджують — правило поведінки і є обмеженням<sup>112</sup>.

Уже Т. Гобс, розвиваючи концепцію «війни всіх проти всіх», говорив про необхідність встановлення соціального контракту та правових норм

---

<sup>110</sup> Приходько И. М. Правовые ограничения в законодательстве: проблемы теории и практики // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 1999. — № 1 (224). — С. 241.

<sup>111</sup> Кудрявцев В. Н. Право и поведение. — М., 1979. — С. 107.

<sup>112</sup> Борисов В. В. Правовой порядок развитого социализма. — Саратов, 1977. — С. 69 : Цит. за: Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве (теоретико-информационный аспект) [Электронный ресурс]: Дис. .... д-ра юрид. науки : 12.00.01. — М.: РГБ, 2007. — С. 130.

для обмеження негативних наслідків цього стану<sup>115</sup>. Представники школи природного права, а також деякі німецькі філософи-ідеалісти розглядали правові норми як такі, що встановлюють та обмежують свободу<sup>114</sup>.

У широкому розумінні об'єктивне право можна завжди розглядати як обмеження, а точніше взаємообмеження індивідуальних свобод. Однак сучасні підходи до правових обмежень еволюціонували від визначення всіх правових приписів як правових обмежень і почали по-іншому характеризувати правову природу останніх. При цьому сьогодні у праві замість згаданого підходу до розуміння всіх норм як правових обмежень використовується сучасне розуміння останніх як певного **винятку з існуючого правового статусу** того чи іншого суб'єкта правовідносин.

## 1.1. Поняття та ознаки правового обмеження

У тлумачному словнику сучасної української мови термін «обмеження» означає правило, настанову, що обмежує чий-небудь права, дії тощо<sup>115</sup>. У словнику термінів з теорії держави та права юридичні (правові) обмеження визначаються як встановлені законом вилучення з правового статусу громадянина в силу певних обставин. Вони ущемляють свободу й інтереси особистості, проте завжди мають превентивний характер, остерігають від можливих несприятливих наслідків як суб'єктів, щодо яких діють обмеження, так і інших осіб<sup>116</sup>.

Відомий радянський теоретик права С. С. Алексеев вказував, що обмеження — це питання не про засоби, а про обсяг регулювання, про межі прав, які має особа та котрі характеризують результат юридичного регулювання. Досягається ж такий результат за допомогою таких способів правового регулювання, як звуження дозволів, нових заборон, додаткових обов'язків<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> Hampton J. *Hobbes and the Social Contract Tradition*. — Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

<sup>114</sup> Див.: Кистяковський Б. А. В защиту права (Интеллигенция и правосознание) // Вехи: Сборник статей о русской интеллигенции. — М.: Правда, 1991. — С. 122–149.

<sup>115</sup> Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К. Ірпінь: ВТФ «Перун», 2002. — С. 643.

<sup>116</sup> Русско-украинский словарь терминов по теории государства и права / Под ред. Н. И. Панова. — Х.: Укр. юрид. академия, 1993. — С. 83.

<sup>117</sup> Алексеев С. С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М.: Юрид. лит., 1989. — С. 67.

Один із дослідників правових обмежень Н. М. Приходько визначає правові обмеження як правовий засіб, спрямований на утримання суб'єкта права у визначених межах для впорядкування суспільних відносин через забезпечення інтересів контрsub'єкта<sup>118</sup>. Інший, О. В. Малько, зазначає, що обмеження у праві слід віднести до елементів механізму правового регулювання<sup>119</sup>. Це встановлені законом виключення з правового статусу громадянина<sup>120</sup>. Усе те, що зменшує обсяг можливостей, зводить усе різноманіття поведінки суб'єктів до певного «граничного» стану, є правовим обмеженням<sup>121</sup>. Обмеження прав і свобод — це «передбачений Конституцією та законами України режим тимчасового загального або конкретно-індивідуального призупинення чи звуження обсягу визначених і гарантованих Основним законом прав і свобод в інтересах забезпечення прав інших людей, а також забезпечення національної безпеки й оборони України»<sup>122</sup>. Отже розуміння обмежень як виняткового засобу правового регулювання є доволі поширеним.

М. А. Нагорна вважає, що обмеження прав людини є змінами змісту або обсягу дії норми права, коли виникає необхідність узгодження суперечливих інтересів суспільства, держави, особи. При цьому такі зміни відбуваються зазвичай шляхом зменшення обсягу (меж) права при збереженні його змісту<sup>123</sup>. Обмеження права — це звуження його обсягу на передбачених законом підставах і в певному порядку, — вважає суддя Конституційного Суду М. Селівон<sup>124</sup>. Звуження змісту права розглядають

---

<sup>118</sup> Приходько Н. М. Правовые ограничения в законодательстве: проблемы теории и практики // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 1999. — № 1. — С. 241–242.

<sup>119</sup> Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ. — 2003. — С. 93.

<sup>120</sup> Денисова А. М. Правові обмеження: поняття, види, функції // Часопис Київського університету права. — 2011. — № 2. — С. 52.

<sup>121</sup> Там само. — С. 54.

<sup>122</sup> Скрипнюк О. Конституційно-правове регулювання обмеження прав і свобод людини і громадянина в Україні // Публічне право. — 2011. — № 3. — С. 5–11.

<sup>123</sup> Нагорная М. А. Принципы ограничений прав человека в публичном праве // Теория и практика ограничения прав человека по российскому законодательству и международному праву: сб. науч. тр. / под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 1998. — Ч. 1. (цит. за Колінко Я. Поняття обмеження прав і свобод людини і громадянина в умовах надзвичайного стану // Юридична Україна. — 2010. — № 8. — С. 29); див. також Принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву. Материалы «круглого стола» журнала «Государство и право» // Государство и право. — 1998. — № 7. — С. 36.

<sup>124</sup> Селівон М. Критерії обмеження прав людини у практиці конституційного правосуддя // Вісник Конституційного Суду України. — 2005. — № 3. — С. 41.



як сутнісну характеристику обмеження, вказуючи, що під правовими обмеженнями слід розуміти встановлене законом певне звуження змісту окремих прав і свобод або повну заборону їх використання з метою забезпечення належного захисту прав і свобод інших осіб та нормального розвитку і функціонування суспільства і держави<sup>125</sup>. Схожим чином розуміють обмеження права і автори, які називають їх звуженням прав і свобод на підставах і умовах, передбачених законом, з метою стримування протиправного діяння для захисту інтересів інших осіб і інтересів держави в цілому<sup>126</sup>.

У своїй дисертації, присвяченій проблематиці обмежень прав, О. В. Осинська сформулювала дефініцію обмеження прав як «звуження їх змісту та (або) обсягу прав і свобод людини щодо можливостей мати, володіти, користуватись соціальними цінностями, свободою дій і поведінки з метою захисту суверенітету і цілісності або громадського порядку, забезпечення захисту прав і свобод людини та є показником державних стандартів рівня життя людини»<sup>127</sup>.

Цікаво, що в попередніх публікаціях вона дещо по-іншому визначала цю категорію, а саме як «правовий засіб механізму правового регулювання, спрямований на захист національної безпеки, територіальної цілісності, громадського порядку, для охорони здоров'я і моральності населення та захисту прав і свобод інших людей, що здатний за допомогою специфічних законодавчих заборон, обов'язків чи дозволів звужувати сферу нормативного змісту і обсягу прав і свобод людини, який встановлюється і забезпечується силою держави»<sup>128</sup>.

Утім ці визначення можна розглядати як характеризування ознак обмежень під різними кутами зору: змістовним (визначення обмеження через його зміст) та функціональним (визначення обмеження через його функції).

---

<sup>125</sup> Мельник К. Ю. Обмеження прав особистості як наслідок володіння спеціальним правовим статусом // Право і безпека. — 2005. — № 4, 3. — С. 126.

<sup>126</sup> Шумило М. Є. Стандарти обмеження прав особи в праві постмодерної держави // Незалежний суд — гарантія захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина: Матеріали Всеукр. наук.-практ. конференції, 30 травня 2009 року. — Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2009. — С. 44.

<sup>127</sup> Осинська О. В. Обмеження прав і свобод людини: теоретико-прикладні аспекти: Автореф. дис... канд.. юрид. наук. — К., 2010. — С. 6.

<sup>128</sup> Осинська О. В. Характеристика поняття обмеження прав і свобод людини // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку: Зб. наук. праць Міжнарод. наук.-практ. конф. Косів, 27–31 січня 2009 р./Редкол.: Ю. С. Шемшученко, О. Ф. Андрійко, С. В. Бобровник, Ю. Л. Вошицький, О. І. Мацегорін, З. А. Тростюк, О. В. Чернецька. — К.: Вид-во Європ. університету, 2009. — С. 247.

Підсумовуючи всі вищенаведені дефініції, можна виокремити чотири ознаки правових обмежень, що більшість правників, які займались цією тематикою, виокремлюють як обов'язкові. Ними є:

- 1) звуження обсягу та змісту існуючих прав і свобод людини;
- 2) формальна визначеність обмеження;
- 3) встановлення обмеження з певними цілями;
- 4) застосування обмеження державою.

### 1.1.1. Звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод людини

Змістовна характеристика цієї ознаки проявляється в тому, що особа внаслідок застосування правових обмежень зазнає зменшення свободи допустимих дій. Применшуються її можливості, які закріплені в законодавстві чи впливають з нього, або особа взагалі їх позбавляється.

Українські теоретики права І. М. Панкевич та П. М. Рабінович присвятили частину своєї ґрунтовної праці «Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти)» характеристиці категорій «зміст» та «обсяг» суб'єктивного права. Ними вказується, що права людини характеризуються певними якісними і кількісними показниками. Якісні показники розкриваються змістом прав людини, а кількісні — обсягом<sup>129</sup>.

Оскільки правові обмеження полягають у негативній (від'ємній) зміні кількісних та якісних показників прав, тобто їх обсягу та змісту, без аналізу останніх навряд чи можливо належним чином зрозуміти природу правового обмеження. Наголосимо, що саме в зменшенні змісту та обсягу права полягає сутність обмеження права (чи правового обмеження).

#### 1.1.1.1. Зміст права

У найбільш загальному розумінні зміст права полягає в тих правомочностях особи, які складають суб'єктивне право, яким вона володіє. Під правомочностями ми розуміємо юридичні можливості, що становлять зміст суб'єктивного права. Використовуючи слова С. С. Алексєєва, правомочностями називають «складові», «дрібні» частини суб'єктивного права<sup>130</sup>.

Традиційно в складі суб'єктивних прав виділяють три правомочності, які називають право діяти, право на чужі дії, та право на захист. При чому перша включає в себе право на власні фактичні дії, спрямовані на ви-

---

<sup>129</sup> Рабінович П. М., Панкевич І. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти). — С. 16.

<sup>130</sup> Алексєєв С. С. Государство и право. Начальный курс. 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрид. лит., 1996. — С. 96.

користання корисних властивостей об'єкта права, право на юридичні дії (наприклад, власник речі може використовувати її за своїм призначенням), та право на прийняття юридичних рішень (власник речі може її подарувати, продати); друга — право вимагати від іншої сторони виконання обов'язку, який кореспондує певному праву; третя — полягає в можливості привести в дію апарат примусу проти зобов'язаної особи, тобто право на примусове виконання обов'язку<sup>151</sup>.

Обмеженням основних прав може вважатись скасування або зменшення однієї із правомочностей, які складають нормативний зміст основних прав і свобод людини. У такому разі обмеження основних прав ще можна назвати применшенням (рос. — умалением), під яким мається на увазі зменшення матеріального змісту основних прав, обсягу соціальних, політичних та інших благ, які мають належати їх власникові, мінімізація гарантій основних прав, у тому числі в результаті державної переваги однієї групи прав (або окремих прав) на шкоду іншій групі (або іншим правам)<sup>152</sup>.

Найбільш доступним прикладом правомочності діяти є право власності, яке, у свою чергу, включає три складових можливості діяти: володіти, користуватись та розпоряджатись своїм майном (стаття 317 Цивільного кодексу України «Зміст права власності»). Здатність володіти — це можливість бути носієм права (*titulaire*), а здатність користуватись полягає в можливості здійснення цих прав<sup>153</sup>. Вилучення будь-якої з них, так само як їх зміна в бік фактичного зменшення можливостей особи, яка володіє суб'єктивним правом, свідчатиме про звуження змісту права, а отже, про його обмеження.

Можна навести такий приклад щодо осіб, які позбавлені волі. Засуджений має на праві приватної власності житло — будинок, що знаходиться за межами пенітенціарної установи, яким він може розпоряджатись шляхом продажу, дарування, міни<sup>154</sup>, однак він не може користуватись ним,

---

<sup>151</sup> Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов. / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М.: Издательская группа «Норма-Инфра», 1998. — С. 342.

<sup>152</sup> Конституционные права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации: учебник для вузов / Под. ред. д.ю.н., проф. О. И. Тиунова. — М.: Норма, 2005. — С. 310.

<sup>153</sup> *Allain C.* Introduction. Le “droit des détenus”, sens et probabilité // *L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus.* De Schutter O. and Kaminski D. (eds). — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — P. 10.

<sup>154</sup> Щоправда варто відмітити, що це розпоряджання може здійснюватись тільки за допомогою представника, тобто іншої особи, яку, наприклад, за допомогою довіреності буде уповноважено на вчинення відповідних правочинів. Це свідчить про наявність фактичного обмеження, тобто обмеження, що обумовлене фактом ізоляції засудженого. Про цей та інші типи обмежень див. розділ 1.3 «Класифікація обмежень прав».

оскільки це неможливо в силу його ув'язнення, знаходження в ізоляції. Таким чином, матиме місце вилучення однієї із правомочностей (а точніше частини правомочності) — користування власною річчю. Тому це означатиме наявність обмеження права власності на житловий будинок.

Крім того, засуджений не має можливості здійснити складову правомочності — діяти, а саме розпорядження будинком (як її названо раніше — право на прийняття юридичних рішень) безпосередньо, без представника, а отже, змінено порядок реалізації права.

Ще одним наочним прикладом є заборона засудженим та ув'язненим у слідчих ізоляторах передавати одержані ними телевізори, які є їхньою власністю, в особисте користування іншим особам (п. 2.8 Розділу 6 ПВР слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України). У цьому разі засуджені та ув'язнені зберігають правомочність володіти та користуватись своїм телевізором, проте втрачають правомочність розпоряджатися ним.

Висновки, до яких можна дійти з огляду на вищезазначене, є важливими для поглиблення розуміння правової природи обмежень:

По-перше, правове обмеження має місце, якщо відбувається погіршення юридичного становища, що виявилось у зменшенні можливих варіантів поведінки, за допомогою яких засуджений міг здійснити своє право власності. Адже будучи на свободі він міг би також вчинити цю дію в будь-який зручний спосіб та час.

По-друге, це правообмеження має свою специфіку, адже воно є так званим фактичним обмеженням, яке означає, що воно безпосередньо не закріплене в нормах права, але пов'язане із фактом ізоляції. У цьому зв'язку спадає на думку інший правовий термін, що характеризуватиме саме цей тип обмеження права — обмеження реалізації права. Враховуючи те, що можливість реалізації права (розпорядження будинком чи телевізором) є складовою правомочністю суб'єктивного права, тобто складовою його змісту, то обмеження реалізації права є його обмеженням по суті<sup>135</sup>. Хоча ці явища відрізняються за назвою, вони не відрізняються за своєю сутнісною характеристикою та є зменшенням змісту й обсягу права, яким може користуватись особа. Як вказує Ю. О. Фігель, слід відрізняти два види обмежень прав: безпосереднє обмеження та обмеження реалізації права; обмеження реалізації може бути добровільним або ж вимушеним<sup>136</sup>. Перебування засуджених в ув'язненні є прикладом виму-

<sup>135</sup> Релевантність цього висновку залежить від обраного підходу до обмежень прав: внутрішньої чи зовнішньої теорії, про які йтиметься нижче.

<sup>136</sup> Фігель Ю. О. Теоретичні аспекти обмеження прав людини // Вісник Національного університету «Львівська політехніка»: Юридичні науки / Нац. ун-т «Львів. політехніка». — Львів: Вид-во Львів. політехніки, 2016. — № 837. — С. 359.

шеного обмеження в реалізації прав у відповідності до запропонованої класифікації.

Однак таку ситуацію варто відрізнити від теорії «природних» або ж «неминучих в ув'язненні обмежень», яка базується на помилковому припущенні, що виокремлення таких обмежень є гарантією захисту від надлишкових обмежень<sup>137</sup>. Отже, у нашому розумінні обмеження реалізації права також є обмеженням права.

Деякі фахівці також відрізняють юридичні і фактичні обмеження (*des limites factuelles*). Останні стосуються випадків, у яких можливість реалізації прав пов'язана із економічною чи соціальною ситуацією особи. Як приклад приводиться ситуація з реалізацією права на свободу вираження поглядів, зміст якого обмежується для осіб, які не вміють писати чи читати. Те ж саме стосується випадків неможливості реалізації права на працю в разі недостатності робочих місць. Хоча ці приклади скоріше стосуються ефективності прав, адже треба відрізнити між можливістю здійснити право та існуванням такої можливості<sup>138</sup>.

По-третє, зміна порядку реалізації права, також може розглядатися як додаткова форма правового обмеження<sup>139</sup>, але лише в тому разі, коли така зміна погіршуватиме становище засудженого в порівнянні з вільним громадянином або в порівнянні з його попереднім становищем<sup>140</sup>.

Іншим прикладом вилучення правомочності може бути позбавлення засуджених осіб пасивного виборчого права. У відповідності до ч. 3 ст. 76 Конституції України не може бути обраний народним депутатом громадянин, який має судимість за вчинення умисного злочину, якщо ця судимість не погашена і не знята у встановленому законом порядку (за ч. 1 ст. 88 КК України, особи, які позбавлені волі, є такими, що мають судимість). Водночас, засуджені не позбавляються активного виборчого права, тобто права обирати. А оскільки активне виборче право наряду із пасивним є складовими змісту права на участь в управлінні державними справами, то позбавлення громадянина України у зв'язку із фактом

---

<sup>137</sup> Див. підрозділ 1.3.2 «Класифікація за джерелом походження обмеження. Право-обмеження, що обумовлені ізоляцією».

<sup>138</sup> *Peces-Barba G. Théorie générale des droits fondamentaux. Traduction de Ilié Antonio Pelé, présentation de Samir Naïr, Préface d'André-Jean Arnaud. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004. — P. 426.*

<sup>139</sup> Детальніше про форми правових обмежень засуджених див. розділ 1.2 «Форми обмежень прав».

<sup>140</sup> С. Ендерлан наводить приклад такого роду обмеження: воно має місце у тому разі, коли засуджений має отримувати дозвіл пенітенціарної адміністрації для публікації свого рукопису (*Enderlin S. Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés. Thèse. — Paris: Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008. — P. 35.*)

засудження можливості бути обраним є прикладом обмеження цього його права.

Досить ілюстративним є розуміння змісту суб'єктивного права Н. Г. Александровим, який писав, що зміст суб'єктивного права можна розкрити тільки вказівкою на те, від кого і яку саме поведінку може вимагати уповноважений суб'єкт<sup>141</sup>. Далі вчений розглядає зміст права, так би мовити, зі «зворотного боку», через визначення змісту правових обов'язків, які кореспондують відповідному праву: «іншими словами, зміст суб'єктивного права не може бути розкрито інакше, як вказівкою на суб'єкт і на зміст обов'язку, який кореспондує цьому праву»<sup>142</sup>. Тобто зміст права це всі ті дії, які може здійснити суб'єкт у зв'язку з тим, що інші суб'єкти мають обов'язок, який кореспондує можливості здійснення цих дій. Наприклад, право засудженого на письмову кореспонденцію детермінує обов'язок адміністрації установи приймати та відправляти його вхідну та вихідну кореспонденцію.

Проблемність описуваного підходу виникає в разі, коли для права, яке закріплено законодавством, не передбачено механізму реалізації. Наприклад, в Україні це стосується випадку із правом засуджених користуватись правом на телефонні розмови (у тому числі в мережах рухомого (мобільного) зв'язку) без обмеження їх кількості під контролем адміністрації (ч. 5 ст. 110 КВК). У всіх засуджених до позбавлення волі з'явилося право на «телефонні розмови, в тому числі в мережах рухомого (мобільного) зв'язку, користуватися глобальною мережею Інтернет» (ч. 1 ст. 107 КВК). Це право викликало серйозні непорозуміння в процесі його реалізації, адже на відміну від засуджених до обмеження волі (ч. 2 ст. 59 КВК) засудженим до позбавлення волі не дозволяється мати при собі самі портативні персональні комп'ютери, мобільні телефони та аксесуари до них. Тобто право є, а можливості мати засоби його реалізації немає<sup>143</sup>. У зв'язку

---

<sup>141</sup> Александров Н. Г. Юридическая норма и правоотношение. (Сокращенная стенограмма доклада, прочитаного на научной сессии института 6 мая 1946 г.) / Под редакцией проф. И. Т. Голякова. — М., 1947. — С. 18.

<sup>142</sup> Там само.

<sup>143</sup> Наприклад, саме на це посилався Сумський окружний адміністративний суд у своїй постанові, відмовляючи засудженому у визнанні його права на користування мобільним телефоном з урахуванням останніх змін щодо мобільного зв'язку у КВК України (Постанова від 17.09.2014 у справі № 818/2536/14 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40619485> (останній доступ 19.06.2016). За інформацією, висловленою нам представником офісу Омбудсмена Ю. Білоусовим, схожою була і реакція прокуратури, яка на скарги щодо не надання засудженим можливості користування мобільним зв'язком посилалася на те, що мобільні телефони є забороненим предметом. Показовим є й вказівка нею на пов'язаність проблеми із тим, що Кабмін після прийняття змін до КВК не привів у відповідність нормативно-правові акти, які врегулювали б порядок користування мобільним зв'язком. На запит Омбудсмена до Мін'юсту щодо роз'яснення норми про мобільний зв'язок для

з цим залишається спір щодо питання, чи припускає надання права визнання за суб'єктом права на його реалізацію в разі, якщо механізм його реалізації не закріплений. У такому разі неоднозначним є і виникнення кореспондуючого обов'язку адміністрації пенітенціарної установи.

Якщо відповідь на вказане питання є негативною (кореспондуючий обов'язок не виникає), то обмеження права може полягати також у бездіяльності держави щодо встановлення механізму реалізації права, яке визнається за особою.

Дуже часто обмеженням виявляється ситуація, яка не врегульована правом і не знаходиться під його захистом<sup>144</sup>. Найбільш демонстративною є ситуація, коли у пенітенціарному праві визнається спеціальний тип правового регулювання («дозволено все, що прямо передбачено законом»); в такому разі відсутність регламентування того чи іншого права по суті означають його відсутність<sup>145</sup>. Незалежно від цього відсутність законодавчого врегулювання реалізації права, якщо без такого врегулювання реалізація права не може відбуватись на практиці, може вважатись обмеженням права.

Прикладом цього є рішення Конституційного Суду України за поданням громадянина Трояна А. П.<sup>146</sup>, в якому засуджений звернувся за тлумаченням Конституції щодо права засудженої особи, яка перебуває у місцях позбавлення волі, бути доставленою до суду для участі в судовому процесі у справах цивільної юрисдикції. У цьому рішенні Суд вказав, що законом не врегульовано порядок забезпечення особистої участі засудженого в розгляді судової справи. Як наслідок, «така участь засудженого як сторони у розгляді справи в судах усіх юрисдикцій, спеціалізацій та інстанцій повинна забезпечуватись відповідним процесуальним законом».

З вищезазначеного слідує, що про зменшення змісту чи обсягу права може свідчити зменшення чи збільшення прав або обов'язків пенітенціар-

---

засуджених була отримана досить дивна відповідь, що норма, яка вказує, що засуджені мають право вести телефонні розмови в межах рухомого (мобільного) зв'язку, по суті означає, що вони мають лише право телефонувати до абонентів у цих мережах. Таким чином має місце право, але відсутній механізм його реалізації (Діденко А., Човган В. Права в'язнів // Права людини в Україні. — 2014. Доповідь правозахисних організацій / За ред.: О. А. Мартиненка, Є. Ю. Захарова / Українська Гельсінська спілка з прав людини. — Харків: ТОВ «Видавництво права людини», 2015. — С. 321–322).

<sup>144</sup> *Peces-Barba G. Théorie générale des droits fondamentaux. Traduction de Ilié Antonio Pelé, présentation de Samir Nair, Préface d'André-Jean Arnaud. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004. — P. 427.*

<sup>145</sup> *Mezghani R. La condition juridique du détenu. Thèse pour le doctorat d'état. — Paris : Université de droit, d'économie et d Sciences Sociales de Paris (Paris 2), 1975. — P. 254.*

<sup>146</sup> Рішення Конституційного Суду України № 9-рп/2012 від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012 (справа про рівність сторін судового процесу).

ної адміністрації. Звісно, йдеться тільки про ті права чи обов'язки пенітенціарних працівників, яким кореспондують права чи обов'язки в'язнів.

### 1.1.1.2. Обсяг права

Звуження обсягу прав і свобод людини — це зменшення сфери суспільних відносин, у межах якої може відбуватися здійснення людиною прав і свобод (тобто зменшення можливого кола суб'єктів, території, часу використання прав і свобод)<sup>147</sup>. Обсяг права, виходячи з цього, є тією характеристикою, що має певні одиниці виміру. Звичайно, що ці одиниці не можуть бути універсальними, однозначними, однорідними для всіх і будь-яких прав людини<sup>148</sup>.

Наведемо приклад стосовно прав засуджених. У відповідності до ч. 1 ст. 110 КВК засуджені мають право на побачення: короткострокові тривалістю до чотирьох годин і тривалі — до трьох діб. Згідно з ч. 1 ст. 139 КВК засуджені, які тримаються в колоніях середнього рівня безпеки, мають право одержувати щомісяця короткострокове і один раз на три місяці тривале побачення. В обох випадках простежуються кількісні характеристики прав. У першому — це тривалість побачень, у другому — їх частота. Якщо відбулося б зменшення тривалості чи частоти побачень, то це означало б, що було здійснено обмеження права. У свою чергу, збільшення допустимої частоти чи тривалості побачень означатиме зменшення обсягу правового обмеження.

Іншим прикладом зменшення обсягу права є встановлення гранично допустимої кількості примірників книг, яку дозволяється зберігати засудженим. У вільних осіб такого обмеження немає. Тому обсяг права зменшується шляхом переходу із незафіксованого розміру (де-юре безмежного) до фіксованого.

Таким чином, ми описали що варто розуміти під змістом та обсягом прав. Логічно, що самі обмеження також мають зміст та обсяг. Їхня характеристика залежить від того, як обмеження змінює суб'єктивне право. Тому зміст та обсяг правового обмеження безпосередньо визначає зміст та обсяг права, до якого застосовується це обмеження. Проаналізувавши зміст та обсяг суб'єктивного права до та після їх зміни, з'являється можливість охарактеризувати обмеження, що було до нього застосовано. Такий логічний прийом є підходящим для визначення того, які обмеження застосовуються до засуджених і чи застосовуються вони взагалі.

---

<sup>147</sup> Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних положень). — Харків: Право, 1997. — С. 23.

<sup>148</sup> Рабінович П. М., Панкевич І. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнонотеретичні аспекти). — С. 17.



### 1.1.1.3. Співвідношення змісту та обсягу права

У літературі висловлені думки, що звуження змісту прав людини неодмінно тягне за собою звуження їхнього обсягу. Зміни ж у обсязі прав людини не обов'язково викликають зміни у змісті права<sup>149</sup>. Однак таке твердження суперечить філософському закону взаємного переходу кількісних і якісних змін. Він полягає в тому, що якість і кількість перебувають у діалектичному зв'язку: немає кількості, яка б не виражала певної якості, і разом з тим немає якості без кількості. Кількісні зміни обов'язково тягнуть за собою докорінні якісні зміни, які, у свою чергу, приводять до нових кількісних показників<sup>150</sup>.

О. М. Юркевич наводить обґрунтовану позицію щодо співвідношення змісту та обсягу прав. Він згадує логічний закон зворотного відношення між змістом і обсягом понять, згідно з яким: чим більшим стає обсяг поняття, тим меншим буде його зміст та *vice versa*. Цей закон, однак, не спрацьовує щодо змісту та обсягу права, адже в такому разі йдеться про конкретне мислення на противагу абстрактному мисленню. Абстрактне мислення може мати місце, наприклад, щодо таких абстрактних понять як «право» чи «свобода». Практичне ж мислення (у контексті таких категорій як «зміст» та «обсяг» прав) має справу з існуючими предметами, тобто «предметами, що беруться в онтологічному вимірі та мають відповідні конкретні поняття»<sup>151</sup>.

У цій роботі ми застосовуємо терміни «зменшення» чи «звуження» змісту права. Зміст розглядається як якісна характеристика права. Через це вказівка на зменшення чи звуження змісту права пов'язана із тим, що зміст має певний кількісний показник. Іншими словами, якість має кількісний вираз. Тому під зменшенням чи звуженням змісту ми розумітимемо також зменшення кількісного показника якісної характеристики.

Правове обмеження часто виступає як певне вилучення із загального статусу людини і громадянина і визначає спеціальний правовий статус. Це вилучення завжди має від'ємне значення, тобто є негативним. Як зазначатиметься далі, якщо зміст якогось права збільшується (розширюється), тобто його зміна не має негативного характеру, то це є не діяльність із

<sup>149</sup> Рабінович П. М., Панкевич І. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти). — С. 19.

<sup>150</sup> Данильян О. Г. Філософія: підручник / О. Г. Данильян, В. М. Тараненко. — Харків: Право, 2010. — С. 164.

<sup>151</sup> Юркевич О. М. Відношення обсягу і змісту в логіці практичного мислення (на прикладі коментаря до ст. 22 Конституції України) // Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина. Зб. наук. ст. та тез наук. повід. за матеріалами Міжнар. наук.-практ. конф. 23 листопада 2012 р.: у 2 ч., Ч. 1 / редкол.: А. П. Гетьман, Ю. Г. Барабаш, О. П. Бушан та ін. — Харків: «Точка», 2012. — С. 151–154.

встановлення правових обмежень, а зі встановлення меж права. Встановлення меж права має місце і при застосуванні правових обмежень, однак такі межі завжди зменшують можливості особи, а не розширюють їх.

Важливим у зв'язку зі сказаним є те, що Конституція України, надавши право Верховній Раді України приймати закони, у статті 22 обмежила законодавця, визначивши, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Цю норму називають додатковою правозахисною гарантією проти спустошення парламентом основного змісту прав людини<sup>152</sup>.

Ця норма повною мірою стосується і осіб, які засуджені за вироком суду, в тому числі, до осіб, які позбавлені волі, адже законодавство не містить жодних застережень щодо її застосування. В такому разі можна дійти висновку, що вона фактично «консервує» існуючий зміст покарань, який визначений законодавством. Річ у тім, що покарання (його зміст) полягає в обмеженні прав і свобод (ч. 1 ст. 50 Кримінального кодексу України). Тобто, як це впливає зі сформульованих раніше понять, зміст покарання полягає у зменшенні обсягу та змісту прав. Тому, у світлі статті 22 Конституції, зміст покарань може змінюватись тільки шляхом його пом'якшення, тобто розширення змісту та обсягу існуючих прав засуджених осіб. Через це у формулюванні Основного закону можна розпізнати підвалини гуманізації покарання та його виконання. Його, тим не менш, варто піддати критиці через такі обставини.

Свідченням важливості згаданої конституційної норми є те, що вона неодноразово була покладена в основу рішень Конституційного Суду України<sup>153</sup>. Напевно, саме у зв'язку із важливістю самої норми, що закріплена у ч. 3 ст. 22, КСУ в одному із своїх рішень розтлумачив поняття «зміст» та «обсяг» прав<sup>154</sup>. Показовим є те, що в основі бачення цих понять Судом лежать дуже схожі на вищезазначені погляди П. М. Рабіновича та І. М. Панкевича ідеї щодо розуміння змісту та обсягу суб'єктивного права. Наприклад, у абз. 4 п. 5.2. мотивувальної частини цього рішення зазначається:

---

<sup>152</sup> Богачова Л. Л. Тенденції розвитку національного законодавства і проблема прав людини // Права людини і правова держава (До 50-ї річниці Загальної декларації прав людини). Тези доп. та наук. повідомлень наук. конф. проф.-викл. складу, 10–11 грудня 1998 / За ред. проф. М. І. Панова. — Харків: Нац. юрид. акад. України, 1998. — С. 89.

<sup>153</sup> Див., напр.: рішення Конституційного Суду України від 20 березня 2002 року № 5-рп/2002 (справа щодо пільг, компенсацій і гарантій); від 1 грудня 2004 року № 20-рп/2004 (справа про зупинення дії або обмеження пільг, компенсацій і гарантій); від 18 червня 2007 року № 4-рп/2007 (справа про гарантії незалежності суддів); від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007 (справа про соціальні гарантії громадян); від 22 травня 2008 року № 10-рп/2008 (справа щодо предмета та змісту закону про Державний бюджет України).

<sup>154</sup> Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 (справа про постійне користування земельними ділянками).

«Звуження змісту та обсягу прав і свобод є їх обмеженням. У традиційному розумінні діяльності визначальними поняттями змісту прав людини є умови і засоби, які становлять можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку. Обсяг прав людини — це їх сутнісна властивість, виражена кількісними показниками можливостей людини, які відображені відповідними правами, що не є однорідними і загальними. Загальновизнаним є правило, згідно з яким сутність змісту основного права в жодному разі не може бути порушена».

Через місяць ще в одному рішенні щодо конституційності обмеження розміру пенсійного забезпечення і щомісячного грошового довічного утримання суддів КСУ у абз. 5 п. 4 мотивувальної частини розвинув своє попереднє тлумачення змісту та обсягу і вказав, що: «Зміст прав і свобод людини — це умови і засоби, які визначають матеріальні та духовні можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування і розвитку. Обсяг прав людини — це кількісні показники відповідних можливостей, які характеризують його множинність, величину, інтенсивність і ступінь прояву та виражені у певних одиницях виміру. Звуження змісту прав і свобод означає зменшення ознак, змістовних характеристик можливостей людини, які відображаються відповідними правами та свободами, тобто якісних характеристик права. Звуження обсягу прав і свобод — це зменшення кола суб'єктів, розміру території, часу, розміру або кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики»<sup>155</sup>. При цьому Суд вказав, що, залишивши незмінним зміст права на щомісячне довічне грошове утримання суддів, Закон (щодо обмеження розміру щомісячного довічного грошового утримання) звузив обсяг цього права, встановивши граничну межу для виплати суддям щомісячного довічного грошового утримання, і водночас знизив досягнутий рівень гарантій незалежності суддів. Таким чином, Суд фактично визнав можливість звуження обсягу права при одночасній незмінності змісту цього самого права. Таке розуміння є дещо викривленим з точки зору законів діалектики, адже, як зазначалось вище, зміст та обсяг є взаємозалежними, зміна (зменшення чи збільшення) одного неминуче, іманентно тягне зміну іншого і навпаки.

Ми доходимо висновку, що стаття 22 Конституції є ідеалістичною, а можливість її реалізації на практиці є примарною. Це правило Основного закону, незважаючи на його привабливість з точки зору прав людини, не відповідає реаліям, його втілення не є можливим. Суспільні відносини не можуть регулюватись тільки законами, які закріплюють нові права або розширюють існуючі. У різні періоди суспільного розвитку виникає не-

<sup>155</sup> Рішення Конституційного Суду України від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005 (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання).

обхідність обмежувати ті чи інші права з метою дотримання прав інших осіб, забезпечення інтересів суспільства і т. ін. Це підтверджується з огляду на те, що всі міжнародні документи, які стосуються прав людини, допускають прийняття законів, що встановлюють обмеження існуючих прав, але при дотриманні певних вимог. Наочним прикладом цього є лімітативні клаузули Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (приміром, частина 2 статей 8, 9, 10, 11, 12 Конвенції).

Стаття 22 Конституції вступає у конфлікт із лімітативними клаузулами, які містяться у її інших статтях. Вони передбачають можливість застосування обмежень до певних прав, що означає й можливість обмежень прав у тому числі в законодавчому порядку. Заборона ж встановлення інших, ніж ті, що існують, обмежень можна сприймати не тільки як гарантію захисту від обмежень прав, але й як позбавлення держави інструментів захисту прав інших осіб. Річ у тім, що окремі обмеження прав можуть бути потрібні і для захисту прав інших осіб.

Як вказує С. Головатий, конституційні «положення, що виконують захисну функцію відносно можливого обмеження прав і свобод» є формальними і доволі проблемними. Вони потребують максимального наближення до Європейської конвенції, в тому числі шляхом закріплення вимоги мінімальності (пропорційності. — прим. авт.) обмежень<sup>156</sup>.

Неоднозначним є й буквальне тлумачення змісту статті 22 Конституції. Наприклад, на думку Ю. Г. Барабаша: «...все-таки важко збагнути — чи поширюється ця норма виключно на норми Конституції («зроблено застереження для всіх статей»), чи йдеться як про зміст прав, зафіксований у Конституції, так і про його деталізацію на рівні поточного законодавства («не допускається звуження будь-яких прав»)). Також, на його думку, не зрозуміло, чи варто під фразою «існуючі права та свободи» розуміти права та свободи в тому обсязі, в якому вони існували на момент прийняття Основного закону України, чи як такі, що є змістом реальних правовідносин, тобто заради реалізації їх громадяни вже вступили у правовідносини станом на будь-який момент у майбутньому<sup>157</sup>.

<sup>156</sup> Головатий С. Загальні зауваження та пропозиції стосовно перегляду положень Розділу II Конституції України // Конституційна Комісія. Робоча група з прав, свобод та обов'язків людини і громадянина. — Київ, 2015. — С. 15–16.

<sup>157</sup> Барабаш Ю. Г. Соціальні права громадян та можливості їх захисту Конституційним Судом України (частина друга) // Публічне право. — 2012. — № 1 (5). — С. 16. Детальніше про цей та деякі інші проблемні аспекти ролі Конституції як неякісного бар'єру для необґрунтованих обмежень прав див.: Човган В. Конституція як неякісний бар'єр для необґрунтованих обмежень прав засуджених // Цінності сучасного конституціоналізму. V Тодиківські читання. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції молодих учених, аспірантів і студентів (28–29 вересня 2012 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». — Харків: Права людини, 2012. — С. 284–285.

### 1.1.2. Формальна визначеність обмеження

Наступною загальною ознакою обмежень прав, яку називають більшість авторів, є формальна визначеність. Вона полягає в тому, що правові обмеження завжди повинні бути передбачені нормами права. На цю ознаку, як на обов'язкову, вказують майже всі вітчизняні фахівці.

На їхній погляд, якщо обмеження не передбачено нормами права, які прийняті компетентними органами, то їх уже не можна назвати правовими. Більше того, такі обмеження з необхідністю підпадатимуть під ознаку правопорушення, адже зменшення змісту і обсягу прав і свобод відбуватиметься з порушенням норм, які встановлюють їх існуючий зміст та обсяг. При цьому презюмується, що порушення прав не є його обмеженням, яке розглядається як менш жорсткий захід правового регулювання.

Однак ми не можемо погодитися із загальним баченням. Від того, що обмеження права не передбачено законом, воно не перестає бути обмеженням права. Натомість воно перестає бути обґрунтованим обмеженням та переходить у розряд необґрунтованих.

У в'язничному контексті тема джерел закріплення обмежень є особливою проблемою. При вивченні питання про джерело встановлення правових обмежень для засуджених звертає увагу на себе неоднозначність національних стандартів з цього приводу.

Причиною цього є інтерпретація частини 3 статті 63 Конституції України, яка передбачає, що засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які **визначені законом** і встановлені вироком суду<sup>158</sup>.

Концепція встановлення обмежень лише законом знаходить свої витoki ще у Декларації прав людини і громадянина Франції 1789 року, у якій проголошується: «Свобода полягає в можливості робити все, що не завдає шкоди іншому. Таким чином здійснення природних прав кожної людини обмежено лише тими межами, які забезпечують іншим членам суспільства користування тими ж самими правами. Ці межі можуть бути визначені тільки законом» (ст. 4).

Вимога закріплення обмежень законом має прямий стосунок до гарантування належного розподілу влад. З приводу зазначеної проблеми В. С. Нерсесянц вказував, що обмежувальна нормотворчість виконавчої влади, які б доводи при цьому не приводилися, порушує прерогативи законодавчої влади та девальвує принцип верховенства закону.

---

<sup>158</sup> Дещо нелогічним є упущення у статті 63 Конституції України осіб, які тримаються під вартою. Адже їх обмеження у світлі презумпції невинуватості а fortiori вимагають спеціальних норм-гарантій з метою запобігання застосування до них необґрунтованих обмежень.

Тим самим підриваються й загальні правові основи всієї системи правових актів<sup>159</sup>.

Посилаючись на ст. 63 Конституції, І. С. Яковець вказує, що права засуджених можуть обмежуватися тільки законами і встановлюватися вироком суду, а не іншими нормативно-правовими актами, в тому числі й відомчими<sup>160</sup>. Така думка підтверджується й висновками іншого дослідження з цієї тематики<sup>161</sup>. Фахівці доводять, що підзаконні акти можуть лише роз'яснювати окремі обмеження прав людини стосовно їх здійснення, але у сферу компетенції виконавчої влади не входить встановлення нових обмежень прав людини<sup>162</sup>.

На питання щодо акта, яким має допускатись встановлення обмежень, є й інші погляди. Зокрема, на думку К. Екштайна, вимога щодо необхідності закріплення обмежень прав у законі взагалі не може бути реалізована. Формальний закон не повинен описувати можливі обмеження до найменших деталей. Установи виконавчої влади, які більш детально формулюють такі обмеження, повинні, тим не менш, при виборі формулювання мати можливість спиратись на формальний закон, який має бути достатньо конкретним. Чим більше значне обмеження, тим більше ясно воно має слідувати із формального закону<sup>163</sup>.

В. І. Селіверстов стверджує про неможливість чіткого й вичерпного закріплення правового становища засуджених на рівні закону. Він вважає, що, виходячи з об'єктивних можливостей розвитку кримінально-виконавчого законодавства, не можна закріпити весь комплекс прав, обов'язків і законних інтересів засуджених у законах. При цьому деякі права й обов'язки засуджених, що конкретизують загальний статус громадян, а тим більше специфічні права й обов'язки, взагалі навряд чи придатні для закону<sup>164</sup>.

---

<sup>159</sup> *Нерсесянц В.* Конституционная модель российской правовой государственности: опыт прошлого, проблемы и перспективы // Правовое государство, личность, законность. — М., 1997. — С. 34.

<sup>160</sup> *Яковець І. С.* Первинна класифікація засуджених до позбавлення волі та їх розподіл в установи виконання покарань / Моногр. — Харків: Кроссроуд, 2006. — С. 185.

<sup>161</sup> *Майоров В. В.* Соотношение закона и подзаконного акта в исправительно-трудовом праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1976; *Майоров В. В.* Ведомственные нормативные акты как источники исправительно-трудового права. — Рязань, 1978.

<sup>162</sup> *Осинська О. В.* Визначення форми обмежень прав людини // Часопис Київського університету права. — 2009. — № 1. — С. 77.

<sup>163</sup> *Экштайн К.* Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции. Учебное пособие для вузов. — М.: Nota Bene, 2004. — С. 61, 63.

<sup>164</sup> *Селиверстов В. И.* Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. — М.: Акад. МВД РФ, 1992. — С. 60.

Не погоджуючись із такою позицією, І. С. Яковець на підтвердження своєї позиції, що обмеження прав повинні бути передбачені виключно законом як видом нормативно-правового акта наводить такі аргументи:

- по-перше, у законі можуть бути (і по можливості повинні бути) закріплені всі обмеження прав людини. Загальна теорія права не поділяє їх на придатні й не придатні для закону, то навряд чи правомірно це робити і в кримінально-виконавчому праві;
- по-друге, підзаконні акти кримінально-виконавчого права в основному видаються самими органами виконання покарань, які можуть реалізовувати в них власні інтереси, які не завжди відповідають конституційним принципам у сфері виконання покарань;
- по-третє, потрібно враховувати різницю в можливості контролю за правотворчою діяльністю Верховної Ради України як суб'єкта прийняття законів і нормотворчістю в'язничного відомства, адже багато його актів є недоступними для громадськості;
- по-четверте, обов'язковість закріплення правообмежень у законі міститься в деяких міжнародних документах. Так, ст. 29 Загальної декларації прав людини встановлює, що при здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати лише таких обмежень, які встановлені законом;
- по-п'яте, відповідно до ч. 3 ст. 63 Конституції України засуджені користуються всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, встановлених законом і вироком суду. Тому кримінально-виконавче законодавство має розвиватися в напрямку визначення прав, обов'язків і законних інтересів не в підзаконних актах, а виключно у законах, що дозволить не лише вдосконалити законодавство, а й наблизити його до міжнародних стандартів<sup>165</sup>.

Вимога необхідності встановлення правових обмежень лише законодавчою владою впливає із концепції поділу влад. Дж. Локк наголошував на необхідності визначення прав особи в законі (на противагу іншим «непідготовленим» нормативним актам), як засобу попередження зловживання нормотворчою владою<sup>166</sup>.

При дослідженні того, чи обов'язковим є визначення правових обмежень саме в законах України, як нормативно-правових актах, які приймаються Верховною Радою України (стаття 91 Конституції України) варто звернутись до формально-юридичного методу. Завдання полягає в тому, щоб визначити, чи мав законодавець при вживанні слова «закон» у стат-

---

<sup>165</sup> Яковець І. С. Первинна класифікація засуджених до позбавлення волі та їх розподіл в установи виконання покарань. — С. 118.

<sup>166</sup> Locke J. Two Treatises of Government. A new edition, corrected. In ten volumes. Vol. V. — London: Printed for Thomas Tegg, W. Sharpe and son, et al., 1823. — pp. 164–165.

ті 63 Основного закону власне закон, а не узагальнюючу категорію, яка включає в себе, в тому числі і підзаконні нормативно-правові акти.

Конституція України при вказівці на можливість обмежень прав і свобод здебільшого використовує для позначення джерела, у якому вони можуть міститись, категорію «закон» (ст. 33, 34, 35, 36, 39). Разом з тим обмеження членства у політичних партіях та профспілках встановлюються виключно Конституцією і **законами України** (ч. 2 ст. 36; курсив авт.). Тобто в одних випадках Конституція використовує категорію «закон», а в інших «закон України».

Коли йдеться про чітку вимогу «встановлення» чогось законами, закріплюється вимога встановлення «законами України», що робить однозначну вказівку на розуміння законів як типу нормативного акта. Іноді, коли категорія «закон» використовується в однині, припускається її розуміння як нормативної бази як такої. Наприклад, таке значення міститься у відповідності до статті 24 Конституції, яка вказує, що «Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом». Протилежним прикладом розуміння «закону» є стаття 10 Конституції, яка визначає, що: «Застосування мов в Україні гарантується Конституцією України та визначається законом». Очевидно, що в такому разі йдеться про «закон» як тип нормативного акта.

У зв'язку з цим варто також пригадати статтю 92 Конституції, яка передбачає, що виключно законами України визначаються права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод, основні обов'язки громадянина. Виникає запитання: чи стосується фраза «визначаються права і свободи людини і громадянина» і обмежень прав? Думаємо, що так, оскільки «визначення» прав має передбачати встановлення їх меж та допустимих обмежень. З іншого боку, буквально тлумачення статті 92 Конституції свідчить, що тільки основні обов'язки громадянина мають бути встановлені у законах України. Виходить, що «не основні» обов'язки можуть встановлюватися і підзаконними актами? В такому разі допускається встановлення обмежень підзаконними актами, оскільки, як ми доводимо у цій роботі, кожен обов'язок є обмеженням<sup>167</sup>. Зазначені зауваження стосуються іншого положення ст. 92, згідно з яким «виключно законами України ... визначаються організація і діяльність органів і установ виконання покарань», а також «порядок виконання судових рішень» (в т. ч. кримінальних. — прим. авт.). Схоже, що вимога щодо регулювання виключно законами України у цих випадках включає таку ж вимогу до правообмежень, які застосовуються до в'язнів, адже «діяльність установ виконання покарань» передбачає і застосування правообмежень. Чи оз-

<sup>167</sup> Див. підрозділ 1.2.1.3 «Обов'язок як форма обмеження права».



начас це, що обмеження прав засуджених навідрізняються від інших громадян мають встановлюватись виключно законами України?

Складно сказати, як узгоджуються вказані положення статті 92 зі статтею 57 Конституції, яка передбачає, що «Законодавчі та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом». Нею передбачається зовсім інший припис, який припускає можливість визначення прав та обов'язків громадян «іншими нормативно-правовими актами», тобто і підзаконними актами<sup>168</sup>. Виходячи з цього, можна припускати, що обмеження прав також можуть бути визначені такими актами.

Більше того, у відповідності до ч. 1 ст. 102 КВК, порядок відбування покарання (порушення якого є підставою для притягнення до дисциплінарної відповідальності (ч. 1 ст. 132)) може встановлюватись законом та іншими нормативно-правовими актами. Іншими словами, дозвіл закріплення порядку відбування покарання підзаконними актами передбачає дозвіл закріплювати обмеження підзаконними актами.

З огляду на це відкритим залишається питання, чи дозволяється таке «делегування» юридичної сили джерела обмежень чинною Конституцією. Якщо визнати, що Конституція передбачає можливість закріплення обмежень прав тільки в законах України, то чи виходить із цього, що закон, у свою чергу, може встановлювати інше джерело встановлення обмежень<sup>169</sup>?

Відповіді щодо неоднозначних трактувань поняття «закону» у Конституції не будуть достатніми до тих пір, поки з цього приводу не буде надано офіційне тлумачення Конституційним судом. У будь-якому разі, у тому вигляді, у якому зараз закріплюються джерела обмежень, вони не мають правозахисного потенціалу. Скажімо, в'язневі буде складно довести в суді, що обмеження у відповідності до Конституції можуть визначатись тільки законом як актом Верховної Ради, а тому вони, наприклад, не повинні міститись у ПВР установ виконання покарань. До тих пір, поки

---

<sup>168</sup> Чехович С. Б. Стан законодавчого запезпечення реалізації та захисту права на свободу пересування і вільний вибір місця проживання в Україні / С. Б. Чехович, О. П. Тищенко. — К.: Фонд «Правова ініціатива», 2003. — С. 16–17: Цит. за: Голубка І. І. Конституційно-правове регулювання обмеження права на свободу пересування в Україні та країнах ЄС: порівняльний аналіз // Науковий вісник Ужгородського національного університету. — 2014. — Вип. 29. — Ч. 2. — Т. 2. — С. 11–12.

<sup>169</sup> Якщо все ж таки прийняти позицію, що Конституція України вимагає встановлення обмежень саме законом як актом парламенту, то у світлі цього висновку виникає запитання щодо можливості делегування повноважень на встановлення обмежень у рамках самого закону. Якщо закон як акт парламенту вказує на можливість встановлення обмежень у підзаконному акті, чи не будуть обмеження підзаконного рівня встановлені «у відповідності до» закону (як акту парламенту)?

існує неоднозначне розуміння Конституції, перспективи практичного використання цього інструменту є примарними.

Якщо ж припустити, що одного дня Конституція закріпить як обов'язкове джерело обмежень прав засуджених закон як акт Верховної Ради, то втілення такої норми у в'язничному контексті вбачається малоімовірним. Річ у тому, що враховуючи широке розуміння обмежень, яке демонструється в цій роботі, а також те, що порядок реалізації права може відобразити обмеження права, усі норми найдетальнішого рівня мали б бути зведені до рівня закону.

За таких умов ПВР установ виконання покарань повинні були б стати законом, адже значна їх частина так чи інакше закріплюють обмеження прав. Те ж саме стосувалося б низки інших підзаконних нормативних актів. Не виключаючи такої можливості теоретично, можна здогадуватись, що навряд чи можна було б очікувати належної уваги парламенту в законотворчому процесі щодо деталей такого рівня. Можливо, це дозволило б попередити зловживання владою на підзаконному рівні, що дуже часто має місце в пенітенціарній сфері. З іншого боку, прийняття такого документа парламентом не гарантує його професіоналізму, адже йдеться про тонкощі виконання покарань, які напевно маловідомі парламентарям та, мабуть, мало їх цікавлять<sup>170</sup>. Так само під загрозою опинилася б динамічність процесу змін норм щодо обмежень прав.

Якщо ж звернутись до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, то побачимо, що у відповідності до неї для визнання обґрунтованими обмежень вони також повинні бути «передбачені законом». Однак згідно з практикою Європейського суду «закон» має ширше значення, ніж нормативно-правовий акт, прийнятий парламентом, та включає і підзаконні нормативні акти<sup>171</sup>.

ЄСПЛ вказує, що вимога закріпити всі обмеження на рівні підзаконного акта було б складно уявити<sup>172</sup>. Натомість для визнання «передбаченості обмеження законом» існують вимоги як до якості закону, так і до процедури його прийняття<sup>173</sup>.

---

<sup>170</sup> Як вказується у експертному висновку Венеційської комісії «Співвідношення первинних і підзаконних нормативно-правових актів», чітке відділення загальних та специфічних питань у нормотворчому процесі потрібне для покращення якості законодавства (Report “The Relation Between Primary and Secondary Legislation” by A. Bradley / European Commission for Democracy Through Law / CDL-UDT(2010)020. — P. 3 //

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UDT\(2010\)020-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UDT(2010)020-e) (останній доступ 08.06.2017))»

<sup>171</sup> *Biržietis v. Lithuania* (no. 49304/09, 14.06.2016).

<sup>172</sup> *Silver and others v. the UK* § 88–89 (no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983).

<sup>173</sup> Див. підрозділ 2.2.1.2.1 «Передбаченість законом».

Якщо визнати, що в Конституції під категорією «закон» розуміється саме закон як акт, прийнятий Верховною Радою, то дискусію визначатиме співвідношення Конституції та Конвенції, яке на сьогодні є доволі неоднозначним<sup>174</sup>. Утім у разі такої конкуренції питання не стоятиме надто гостро у випадку, коли буде визнано, що Конституція встановлює вищий стандарт порівняно із Конвенцією. Це може мати місце, якщо ми визнаємо, що Конституція вимагає закріплення обмежень саме законом, тоді як для задоволення вимог Конвенції достатньо і закріплення у підзаконному акті.

### 1.1.3. Встановлення обмеження з певними цілями

Схожим чином виділяють таку ознаку обмежень, як їх цільовий характер — кожне обмеження права повинно мати ціль. Однак, як і з попередньою ознакою, цільовий характер обмеження не є його обов'язковою ознакою, а лише умовою його обґрунтованості — ознакою обґрунтованого обмеження. Розгляньмо цю ознаку як ознаку обґрунтованого обмеження.

Здебільшого розуміння цілей як елемента поняття правових обмежень пов'язується із вимогами нормативних актів. Вони містяться як у міжнародних документах, які стосуються прав людини, так і, наприклад, в Конституції України, і знаходяться в залежності від специфіки реалізації, змісту та можливих результатів реалізації конкретного суб'єктивного права.

У Конституції України закріплені такі цілі обмежень окремих прав та свобод: забезпечення інтересів національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, охорони здоров'я населення, захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя (право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань, ст. 34); забезпечення інтересів охорони громадського порядку, здоров'я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей (право на свободу світогляду і віросповідання, ст. 35); забезпечення інтересів національної безпеки та громадського порядку, охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей (право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації, ст. 36); для забезпечення інтересів національної безпеки та громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей (право на мирні збори, ст. 39).

Слід зазначити, що ці цілі безпосередньо стосуються і засуджених та ув'язнених, визначаючи, у яких випадках обмеження прав допустимі. Ці цілі буквально чи видозмінено застосовуються при описі правової при-

<sup>174</sup> Див. підрозділ 2.2.1.3.2.2 «Цілі обмежень у Конвенції та Конституції України».

роди та перелічуванні допустимих цілей правових обмежень більшістю вітчизняних правників.

Разом з тим у юридичній літературі можна зустріти й інші цілі, для досягнення яких встановлюються правові обмеження і які сформульовані без запозичення буквальних формулювань із законодавства. Ідеться про нормальний розвиток та функціонування суспільства і держави<sup>175</sup>; забезпечення необхідного балансу між інтересами особи, суспільства і держави для захисту цінностей, що охороняються Конституцією<sup>176</sup>; забезпечення справедливого балансу приватних та публічних інтересів<sup>177</sup>; для захисту прав більшості<sup>178</sup> та ін.

Варто зазначити, що питання цілей правових обмежень засуджених осіб залишилось поза фокусом національного кримінально-виконавчого права. Здебільшого в кримінальному та кримінально-виконавчому праві здійснювалось лише вивчення цілей покарання, а також його виконання. Але цілі правових обмежень засуджених і цілі покарання або його виконання не співпадають. Однак вони тісно співвідносяться.

Забігаючи наперед, відмітимо, що специфікою правових обмежень, які застосовуються до засуджених осіб, є те, що вони як складова змісту покарання мають не лише утилітарний, але й каральний характер<sup>179</sup>. Цього не можна сказати про правообмеження, які застосовуються до незасуджених громадян.

На наш погляд, серед трьох вищенаведених ознак правових обмежень лише першу (звуження обсягу та змісту існуючих прав і свобод людини) можна назвати обов'язковою. Її наявність є обов'язковою для встановлення того, чи має місце правове обмеження. Тобто ця ознака є сутнісною характеристикою. Віднесення ж наявності у правообмеження цілі, так само як і передбаченості законом до обов'язкових ознак обмеження, можна поставити під питання.

Чи означатиме відсутність цілі у правового обмеження те, що це не є правовим обмеженням? Відсутність явної чи прихованої цілі обмеження, так само як і наявність цілі, яка не дозволяється законодавством, не свідчатиме, що правове обмеження є відсутнім. Це свідчатиме лише про те, що воно не

<sup>175</sup> Мельник К. Ю. Обмеження прав особистості як наслідок володіння спеціальним правовим статусом. — С. 126.

<sup>176</sup> Колінко Я. Поняття обмеження прав і свобод людини і громадянина в умовах надзвичайного стану. — С. 29.

<sup>177</sup> Породько В. Межі та обмеження суб'єктивних цивільних прав громадян: розмежування понять // Право України. — 2009. — № 7. — С. 122.

<sup>178</sup> Савченко О. Правове обмеження прав людини як основа і критерій співвідношення публічних і приватних інтересів // Право України. — 2006. — № 3. — С. 27.

<sup>179</sup> Йдеться тільки про ті країни, в яких визнаються ретрибутивні цілі покарання, як це в Україні.

є обґрунтованим, а тому має місце порушення права людини. Наприклад, зупинення листів засуджених або їх читання не може виправдовуватися метою дізнатися про наявність у них інформації, яка могла б викрити незаконні дії адміністрації установи. У такому разі обмеження буде мати місце, проте воно буде необґрунтованим та порушенням права на приватність (у розумінні Європейської конвенції). Іншими словами, наявність цілей відноситься до переліку вимог до правообмежень або, як їх називає М. Є. Шумило, стандартів обмеження прав<sup>180</sup>, а не до їх сутнісних характеристик.

Те ж саме стосується передбаченості обмеження законом як ознаки обмеження. Якщо обмеження права засудженого не передбачено законом, то воно має бути визнано необґрунтованим, а тому є порушенням права. Відправною точкою цього твердження є практика Європейського суду з прав людини, яка свідчить, що порушення права людини розглядається ним як необґрунтоване обмеження (*unreasonable, unjustified restriction*), що порушує певні положення Конвенції.

Також необхідно розуміти, що у вітчизняному розумінні категорія «правове» обмеження може сприйматись як якісна, так і як сутнісна характеристика. Згідно з останнім підходом правове обмеження мало б розумітись як обґрунтоване. При цьому не кожне обмеження права вважалось б правовим, а тільки те, що обґрунтоване (передбачене законом, пропорційне, доцільне і т. ін.). Натомість у англомовній та франкомовній міжнародно-правовій літературі щодо стандартів обмежень прав людини термін «правове обмеження» не використовується взагалі. Використовується термін «обмеження» (*restriction, limitation*), яке може бути обґрунтованим або необґрунтованим. Це свідчить про відсутність суттєвого практичного значення для окремого виділення правових обмежень як таких, які підкреслюють якісну характеристику обмеження.

Учені вказують на наявність інших сутнісних ознак обмежень, однак навряд чи вони не охоплюються вказаною обов'язковою ознакою (звуження змісту або обсягу права). В іншому разі їх відсутність не свідчитиме про відсутність правового обмеження. Серед них: конституювання несприятливих умов для здійснення власних інтересів суб'єктів (загроза або позбавлення певних цінностей), спрямування на їх заборону і одночасно на задоволення суспільних інтересів охорони і захисту; негативний характер, тобто при їх реалізації передбачено використання переважно примусових, силових засобів; зменшення обсягу, що здійснюється за допомогою встановлення обов'язків, заборон, засобів захисту, покарань тощо, що зводять різноманітність в поведінці суб'єкта до певного «граничного» і одночасно стереотипного, зразкового, такого, що типізується,

<sup>180</sup> Шумило М. Є. Стандарти обмеження прав особи в праві постмодерної держави. — С. 44–59.

еталонного стану; за своєю телеологічною домінантою (тобто цілі, які переважають. — авт.) мають, перш за все, спрямованість на охорону суспільних відносин, індивідуальної і колективної свободи<sup>181</sup>.

#### 1.1.4. Застосування обмеження державою

Варто звернути увагу на таку ознаку, як встановлення обмеження виключно державою<sup>182</sup>. Встановлення правообмеження державою як сутнісна характеристика обмеження потребує окремого зауваження. Якщо звуження змісту та обсягу права здійснюється індивідом, наприклад, засуджений позбавляє іншого засудженого його права власності, то, здавалося б, також можна говорити про обмеження права або його порушення. Однак, як і інші порушення прав людини у горизонтальній площині, тобто порушення індивідуальних прав іншими індивідами, вони знаходяться за межами цієї роботи і зазвичай не розглядаються правниками в тематиці обмежень прав людини. Це пов'язано із класичною концепцією прав людини як явища, що вимагає вертикальних відносин, тобто таких відносин, у яких одним із учасників обов'язково виступає держава. У літературі пропонуються й інші моделі, які визнають існування прав між приватними індивідами<sup>183</sup>; окремі моделі можуть носити й змішаний характер та визнавати певну роль держави<sup>184</sup>. У разі згоди з «приватними» моделями ознака застосування обмеження державою може бути факультативною.

Втім з огляду на класичну концепцію прав та на те, що застосування обмеження органом державної влади чи його представником є особливо характерним для в'язничної сфери, ми пропонуємо розглядати таке застосування як сутнісну ознаку обмежень прав засуджених.

Однак звернімо увагу, що в разі, коли обмеження права індивіда іншим індивідом у горизонтальній площині відбувається за підтримки, ігнорування або через невжиття належних заходів органом державної влади, таке обмеження вже повинно розглядатись з точки зору стандартів

---

<sup>181</sup> Туру О. О. Критеріальні ознаки обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина // Держава і право: de lege praeteria, instante, future: Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. Миколаїв, 27–28 листопада 2009 року. — Миколаїв: Іліон, 2009. — С. 124.

<sup>182</sup> Осинська О. В. Характеристика поняття обмеження прав і свобод людини // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку: Зб. наук. праць Міжнарод. наук.-практ. конф. Косів, 27–31 січня 2009 р. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко, О. Ф. Андрійко, С. В. Бобровник, Ю. Л. Бошицький, О. І. Мацегорін, З. А. Тростюк, О. В. Чернецька. — К.: Вид-во Європейського університету, 2009. — С. 247–247.

<sup>183</sup> Barak A. Constitutional Human Rights and Private Law // Review of Constitutional Studies. — 1996. — Vol. III, No. 2. — pp. 224–226.

<sup>184</sup> Ibid.

обмежень прав людини, закріплених у міжнародних документах. Міжнародні стандарти передбачають, що держава відповідальна за дотримання прав засудженого під час його перебування в пенітенціарній установі<sup>185</sup>. Тому цілком ймовірною буде ситуація, коли за порушення/обмеження його прав іншими засудженими відповідальною буде держава.

### 1.1.5. Поняття обмежень прав засуджених. Співвідношення категорій «обмеження прав» та «правові обмеження» («правообмеження»)

Виходячи із вищезазначених ознак, якщо при здійсненні нормотворчості простежуються ознаки діяльності щодо використання правових засобів, які звужують зміст та обсяг прав, то можна стверджувати про те, що це є діяльність стосовно встановлення правових обмежень, тобто правообмежувальна діяльність. Так само діяльність щодо застосування обмежень має місце в разі коли, спираючись на правові норми, здійснюється практичне обмеження якогось права засудженого (наприклад, вилучення листів засуджених, які містять образи чи нецензурні вислови). У такому разі має місце правозастосовне або практичне обмеження<sup>186</sup>.

Обмеження може полягати й у невчиненні державою певних дій для забезпечення права. Наприклад, нестворення належних умов для надання побачень засудженим або ненадання таких побачень можна вважати обмеженням права.

Підсумовуючи, можна сформулювати загальне поняття правових обмежень: ним є звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод державною владою.

Тобто по суті воно проявляється у будь-якому зменшенні правових можливостей. При цьому смислове навантаження надається також і сполучнику «та» між термінами «зміст» та «обсяг». Воно означає, що будь-яке звуження змісту водночас тягне за собою звуження обсягу права і навпаки. Це, як обґрунтовувалось вище, впливає із закону взаємного переходу кількісних і якісних змін.

Обмеження прав засудженого характеризується додатковою очевидною ознакою — суб'єктом, до якого застосовуються такі обмеження, та причиною їх застосування — внаслідок набуття статусу засудженого. **Якщо однакове обмеження застосовується і до вільних громадян, і до засуджених, то тоді воно не може вважатись обмеженням права засудженого.**

<sup>185</sup> *Kudla v. Poland* (GC) § 94 (no. 30210/96, 26.10.2000).

<sup>186</sup> Детальніше про поділ обмежень на нормативні та правозастосовні див. підрозділ 1.3.1 «Класифікація в залежності від наявності дискреції щодо застосування».

Якщо конкретизувати це визначення стосовно засуджених, то **обмеження прав засуджених** — це звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод державою внаслідок володіння особою спеціальним правовим статусом засудженого.

Із вищенаведеного випливає, що ми підтримуємо широкий підхід до встановлення наявності обмеження права засудженого. На нашу думку, воно має місце у будь-якому випадку зменшення правових можливостей особи органом державної влади або його представником<sup>187</sup>.

У контексті відмежування правових обмежень (правообмежень) від суміжних категорій слід вказати на їхнє співвідношення із категорією «обмеження прав».

Незважаючи на поширеність як одного, так і іншого терміна, у вітчизняній кримінально-виконавчій правовій літературі нам не вдалось знайти тлумачень щодо співвідношення цих категорій. Цікаво, що міжнародні документи, які стосуються прав засуджених, часто для позначення обмежень прав вживають термін «обмеження» («restrictions» або, дещо рідше, його синонім — «limitations»). Вони не містять аналога вітчизняній категорії «правообмеження».

Отже головне питання є суто термінологічним: чи слід розглядати ці поняття як тотожні?

Перш за все потрібно визначитись яке значення ми надаємо слову «правові». Якщо під цим словом нами розуміється якісна складова, тобто «правовий» — такий, що відповідає правовим принципам, то ці поняття не є тотожні. Адже не кожне обмеження права є обґрунтованим, а отже, не кожне обмеження права є правовим. Тому не кожне обмеження права є правовим обмеженням.

З іншого боку, обмеження права може бути правовим обмеженням, у тому розумінні, що воно встановлюється на підставі нормативно-правового акта, який, при цьому, може бути неправовим. Обмеження права може застосовуватись і без правової підстави — тоді воно буде необґрунтованим та незаконним. Водночас, правообмеження існує тільки тоді коли існує норма, на підставі якої воно застосовується.

Наявність правообмеження передбачає наявність юридичної норми, яка його містить. Звідси витікає, що правообмеження можна розуміти як зміст норми законодавства, на підставі якої допускається обмеження права.

---

<sup>187</sup> У зв'язку із цим визначенням нісенітницею є норма КВК, що не вважається обмеженням спілкування жінки із своєю дитиною, якщо від засудженої вимагається відвідувати дитину у час, вільний від виконання покладених на неї обов'язків (ст. 141 КВК). Крім того, за цією логікою в разі, якщо засуджена звернеться до Європейського суду з прав людини щодо відповідності цієї норми статтям 8 Конвенції (право на повагу до приватного і сімейного життя) він не мав би розглядати таке звернення, оскільки стверджуване обмеження не було б таким у відповідності до національного права. Очевидно, що цей законодавчий недолік не має жодного логічного обґрунтування і потребує виправлення.



Наведемо приклад. Засуджений у відповідності до встановлених законом норм має право на зберігання певного переліку речей. Це є правообмеженням. Якщо співробітник пенітенціарної установи заборонить йому зберігати хоча б одну із цих речей, то це слід вважати обмеженням права (незаконним), однак це не буде правообмеженням.

Іноді правове обмеження розуміється як певне обмеження, яке закріплене у законодавстві, але яке не обов'язково стосується суб'єктивного права. Воно може встановлювати певні процедурні обмеження, які можуть і не обмежувати жодних прав.

Крім того, не завжди те чи інше правове обмеження можна співвіднести з конкретними правами. Це є слушним і з огляду на те, що не існує вичерпного переліку прав людини. Про їх невичерпність свідчить і ст. 22 Конституції України.

Обмеження одного права може з неминучістю тягнути одночасне обмеження кількох інших прав. Наприклад, розпорядок дня в установах виконання покарань, встановлюючи обмеження вибору періоду свого вільного часу, обмежує права засуджених, які передбачені статтею 23 Конституції України (право на вільний розвиток особистості), статтею 35 (право на свободу віросповідання). Те ж саме стосується деяких інших прав, які закріплені в національному законодавстві, однак, їх вичерпний перелік досить складно навести, адже більшість із них обмежується опосередковано.

Деякі правники також вирізняють правообмеження від обмежень прав, розглядаючи перші як категорію із більш широким змістом, яка охоплює позбавлення і обмеження в правах, наділення специфічними правами та обов'язками<sup>188</sup>. Утім, таке розрізнення не є достатньо чітким. Будь-яке «позбавлення» є таким у зв'язку із наявністю обмеження; кожне позбавлення є обмеженням, але не кожне обмеження є позбавленням. А встановлення обов'язку є однією із форм обмежень прав<sup>189</sup>, тому охоплюється не тільки поняттям «правообмеження», а й поняттям «обмеження права».

Отже, терміни «обмеження прав» та «правові обмеження» («правообмеження») не варто сприймати як тотожні<sup>190</sup>. Обмеження прав є більш широкою категорією, адже, на відміну від правообмеження, не може існувати без юридичної норми, з якої воно витікає. Це твердження відштовхується

<sup>188</sup> *Сторчак Н. А.* Загальні засади та принципи призначення покарання при застосуванні позбавлення волі на певний строк: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Одеса: Міжнар. гуманіт. ун-т., 2012. — С. 17, 18.

<sup>189</sup> Див. підрозділ 1.2.1.3 «Обов'язок як форма обмеження права».

<sup>190</sup> Схоже, що подібної позиції дотримуються і теоретики права. Див., напр.: *Макогон Б. В.* Пронятие и процессуальные виды правовых ограничений // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. — 2013. — № 8 (39). — С. 40–46.

від того, що термін «правообмеження» розглядається як скорочення терміну «правові обмеження».

Разом з тим потрібно брати до уваги й інше можливе трактування. Якщо «правообмеження» розглядати як скорочення терміну «обмеження прав», то тоді їх можна розглядати як тотожні. В такому разі термін «правообмежувальна діяльність держави» може розумітись як діяльність держави по застосуванню обмежень прав (як через закріплення їх у законі, так і застосовуючи на практиці, в тому числі незаконно), а не тільки як нормотворча діяльність по закріпленню обмежень прав. Для зручності у цій роботі ми послуговуватимемось саме таким розумінням «правових обмежень» та «правообмежень» — як аналогів категорії «обмеження прав».

## Висновок до розділу 1.1

Погляди на суть обмеження права відрізняються — його розглядають і як засіб правового регулювання, і як результат такого регулювання. Різні автори вказують на різні ознаки правового обмеження, які характеризують його поняття. Головною серед таких ознак є звуження змісту та обсягу права.

Зміст права є якісним показником, а обсяг — кількісним. Зміст полягає у правомочностях, які складають суб'єктивне право (традиційно вони включають право діяти, право на чужі дії та право на захист). Тому «урізання» змісту може проявлятись у скасуванні або зміні однієї із правомочностей, які складають нормативний зміст основних прав і свобод людини. У випадку із засудженими зменшення правомочності діяти може полягати, наприклад, у неможливості користування своїм житлом, при цьому правомочність розпоряджатись залишається. Зміна порядку реалізації права може бути прикладом процедурного обмеження права. У свою чергу, обсяг права відображає вимір тієї чи іншої правомочності. Зменшення обсягу права може проявлятись у зменшенні кількості предметів, які особа може мати при собі, зменшення тривалості побачень та ін.

Зменшення змісту та обсягу права є взаємозалежними. Зменшення обсягу права впливає на зміну його змісту та навпаки. Це обумовлюється філософським законом кількісно-якісного переходу.

Іншими ознаками обмежень прав, на які вказують теоретики, є формальна визначеність та цільовий характер. Однак ці ознаки не є обов'язковими. Вони можуть бути обов'язковими ознаками лише для обґрунтованих обмежень. Необґрунтовані обмеження, які не відповідають цим ознакам, від цього не перестають бути обмеженнями. Хоча в такому разі їх можна визнавати порушеннями прав. На додаток, ми вказуємо на проблемність закріплення усіх обмежень прав засуджених тільки на рівні закону та виключення можливості такого закріплення у підзаконних актах.

Невід'ємною ознакою обмеження права є його застосування державою. Якщо реалізації змісту чи обсягу права перешкоджає інша фізична особа, то йдеться виключно про порушення прав, а не їх обмеження. Додатковою очевидною ознакою є застосування обмеження до засудженого внаслідок його статусу. Якщо обмеження існує не тільки для засудженого, а й щодо вільних громадян, то йтися про обмеження права засудженого не може.

Зазначені міркування дозволяють визначити обмеження права засудженого як звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод державою внаслідок володіння особою спеціальним правовим статусом засудженого.

## 1.2. Форми обмежень прав

Питання про форми обмежень прав є питанням про об'єктивацію зменшення обсягу чи змісту прав і свобод у праві. Воно стосується визначення того, в якій юридичній формі проявляється таке зменшення. Визначення цих форм полегшує встановлення випадків, в яких має місце встановлення правового обмеження засуджених, а також допомагає краще пізнати їх правову природу.

Щоб дати відповідь на вказане питання варто встановити:

- 1) як проявляється зменшення змісту і обсягу права у нормах права. Це надасть можливість встановити наявність нового обмеження права при зміні законодавства (нормативні обмеження);
- 2) як проявляється зменшення змісту та обсягу права засудженого чи ув'язненого у практичних діях представників органів державної влади (практичні обмеження).

Описуючи першу ознаку обмежень прав, тобто зменшення змісту та обсягу прав і свобод, нами вказувалось, що воно проявляється у зменшенні юридичних можливостей конкретної особи. Цим самим наданий орієнтир стосовно відповіді про можливі форми правових обмежень. Однак встановлювати зменшення можливостей лише шляхом «відчуття» не є надійним способом для формулювання правових висновків, а тому необхідно проаналізувати конкретний *юридичний прояв* такого зменшення.

Ключову роль у встановленні зменшення змісту та обсягу права можуть відігравати два логічних прийоми. По-перше, можна порівняти статус засудженого до того, як було застосовано обмеження права, із його статусом після застосування заходу, обмежувальний характер якого аналізується (динамічний підхід). По-друге, можна порівняти статус засудженого і загальний правовий статус громадянина (статичний підхід). Для аналізу наявності обмеження шляхом застосування наведених нижче форм допускається як статичний, так і динамічний підхід.

## 1.2.1. Форми нормативних обмежень

### 1.2.1.1. Позбавлення суб'єктивного права як форма обмеження права

Висловлюються дещо протилежні позиції стосовно того, чи може позбавлення права вважатись його обмеженням. Так, наприклад, на думку П. М. Рабіновича та І. М. Панкевича, «скасування прав людини — це, так би мовити, найгірший вид обмеження прав людини і громадянина, обмеження їх начебто до нуля, при якому відбувається повна ліквідація, знищення прав людини»<sup>191</sup>. Виходячи з цього, науковці доходять висновку, що саме тому в статті 22 Конституції України серед іншого встановлено, що «конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані». Це конституційне положення також знаходить своє продовження у статті 157, яка закріплює заборону скасування конституційних прав та свобод людини і громадянина: «Конституція України не може бути змінена, якщо зміни передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина». Як бачимо, у тексті Конституції скасування та обмеження прав хоча б формально, але відрізняються. Однак і вказані автори виокремлюють думку: скасування права є найгіршим видом обмеження права, проте таке обмеження є забороненим Основним законом.

Іншу позицію висловлює Ю. А. Пономаренко. Він зазначає, що позбавлення права і обмеження права — це різні речі: «Переважна більшість передбачених чинним КК покарань — обмежень прав людини, що вчинила злочин, носить частковий характер. Лише в одному випадку — при засудженні особи до довічного позбавлення волі вона не обмежується у праві на особисту свободу, а позбавляється його. [...] разом з тим, стаття 21 Конституції, стаття 2 Загальної декларації прав людини, стаття 18 Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод людини не допускають позбавлення (відчуження) прав людини, а передбачають лише можливість їх обмеження». Учений розглядає проблему обмеження прав зовсім через іншу призму — кримінальне право. Як наслідок, ним порушується питання про відповідність цим правовим актам існування такого покарання, як довічне позбавлення волі<sup>192</sup>.

Щоправда, автори означених протилежних позицій, очевидно, оперують різними термінами, які мають різне змістовне навантаження, як-то «скасування права» та «позбавлення права». Позбавлення того чи іншого

<sup>191</sup> Рабінович П. М., Панкевич І. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнонотеретичні аспекти). — С. 25.

<sup>192</sup> Пономаренко Ю. А. Визначення, захист і обмеження прав людини у кримінальному законі України // Вісник Харківського університету. Серія: актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих вчених м. Харкова. Частина 1. — Харків, 2001. — № 506. — С. 25.

права є видом кримінального покарання у відповідності до українського кримінального закону. Скасування ж права відсилає, в першу чергу, до законодавчої правообмежувальної діяльності. Воно може полягати, наприклад, у виключенні формально існуючого раніше права із закону. При цьому як позбавлення, так і скасування права може розглядатись як його обмеження «до нуля».

На підтвердження вказаної позиції можна привести наочний приклад із Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. У відповідності до ч. 2 ст. 2 Конвенції допускається позбавлення життя, якщо «воно є наслідком виключно необхідного застосування сили» для захисту будь-якої особи від незаконного насильства, здійснення законного арешту або для запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою, при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання. Ці винятки розглядаються як обмеження права на життя.

Отже, обмеження права можливе шляхом його позбавлення — позбавлення життя<sup>193</sup>. Що стосується правового статусу засудженого, то це знаходить свій прояв, наприклад, у позбавленні засуджених пасивного виборчого права. Те, що засуджений не має цього права протягом певного періоду (час відбування покарання плюс строк судимості) означає, що він позбавлений або, іншими словами, повністю «до нуля» обмежений у ньому. Обмеження цього права шляхом його позбавлення проявляється у повному скасуванні правомочності, що входить до його змісту.

В окресленому контексті варто згадати О. О. Беляєва, який підтримував думку про те, що «засуджені не позбавляються прав і обов'язків громадян СРСР, вони лише обмежуються в їх використанні», підкреслюючи, що виправно-трудоий закон лише обмежує в користуванні правами, а не позбавляє їх. «Обмеження не може бути адекватним (в розумінні рівнозначним. — авт.) позбавленню», — писав він<sup>194</sup>.

Така думка ще тоді була піддана критиці радянським ученим виправно-трудоого права О. Л. Ременсоном, який писав: «Приведемо при-

<sup>193</sup> Варто відрізнити обмеження права «аж до нуля» із доктриною неприпустимості втручання у саму сутність (суб'єктивного) права. ЄСПЛ розглядає втручання в саму сутність права як синонім непропорційного втручання. Тобто пропорційне втручання не може вважатись таким, що втручається в саму сутність права. Це призводить до теоретичних непорозумінь, адже дивним є можливість визначення наявності втручання в саму сутність права з огляду на балансування суспільних та індивідуальних інтересів (*Goss R. Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights.* — Oxford, Portland: Hart Publishing, 2014. — P. 198.). Виходить, що сутність права не є об'єктивною та може відрізнитись у різних справах в залежності від балансу інтересів. Конституціоналіст-теоретик у сфері прав людини Р. Алексі критикує ідею «враження самого права», оскільки на практиці таке враження вважається законним, якщо воно є пропорційним (*Alexy R. A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers.* — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 196).

<sup>194</sup> Беляев А. А. Правовое положение осужденных к лишению свободы. — Горький: Горьковская высшая школа МВД СССР, 1976. — С. 8.

клад. Одним із важливих прав громадянина СРСР є право на вільне пересування і вибір місця проживання (ст. 5 ЦК РСФРР). Але позбавлення волі представляє собою, зокрема, саме позбавлення (розрядка збережена. — авт.) цього права<sup>195</sup>. Визнання того, що засуджений продовжує залишатись громадянином СРСР, витікає зовсім не з того, що він, нібито, взагалі не позбавляється яких-небудь прав громадян СРСР (а лише обмежується в їх користуванні), а з того, що за межами встановлених законом обмежень засуджений продовжує залишатись суб'єктом прав і обов'язків, які належать йому як громадянину СРСР<sup>196</sup>.

У той же час, у відповідності до Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні» (ст. 12) «осіб, які за вироком суду відбувають покарання у вигляді позбавлення або обмеження волі, може бути **обмежено** (виділено авт.) у праві на свободу пересування». Хоча прийнятий нами вище підхід, що позбавлення може розглядатись як обмеження «до нуля», свідчить, що особу у відповідності до цього закону де-юре можна і позбавити свободи пересування. Звісно, засуджені завжди зберігають обмежену свободу пересування. Філософським питанням залишається питання про те, чи можна обмежити свободу пересування і вибору місця проживання засуджених так, щоб вони не втратили це право. У зв'язку з цим можна пригадати вислів російського мислителя М. Бакуніна: «Якщо від свободи відрізати шматочок, то вся свобода перейде в цей шматочок».

### 1.2.1.2. Заборона як форма обмеження права

Є всі підстави вважати, що початковою формою, в якій право зародилось як право була саме заборона<sup>197</sup>. Заборона означає зменшення можливостей. Якщо бути більш точним з юридичного погляду, то вона означає повне скасування або зменшення якоїсь правомочності. Таким чином, заборона є яскравим прикладом обмеження права у зв'язку зі зміною його змісту шляхом модифікації правомочностей, які входять до нього<sup>198</sup>.

Співвідношення заборони та обмеження розглядалося теоретиками права. Вказувалось, що обмеження схоже на заборону, однак воно характеризується неповнотою, адже на відміну від заборони, не підкреслює пов-

---

<sup>195</sup> Ременсон А. Л. Некоторые вопросы правового положения осужденных, отбывающих уголовное наказание в виде лишения свободы // Вопросы повышения эффективности борьбы с преступностью. — Томск, 1979. — С. 30.

<sup>196</sup> Там само.

<sup>197</sup> Денисов Ю. А. Общая теория правонарушения и ответственности (социологический и юридический аспекты). — Л.: ЛГУ, 1983. — С. 65.

<sup>198</sup> Див. підрозділ 1.1.1 «Звуження обсягу та змісту існуючих прав і свобод людини».

ноту заборонної вимоги. Як зазначає Ф. Н. Фаткуллін, обмеження близьке до заборони, однак воно розраховане не на повне витіснення того чи іншого суспільного стосунку (рос. «отношения» — авт.), а на утримання його в жорстко обмежуваних рамках і т. ін.<sup>199</sup> Тобто обмеження розглядається як м'якше за заборону, як свого роду «недозаборона».

Існує і така думка, що обмеження є самостійним способом правового регулювання, який існує наряду із заборонаю. Заборони і обмеження виступають як два різних способи правового регулювання<sup>200</sup>. Ця позиція побудована на думці, що існують три способи правового регулювання: дозвіл, заборона, обов'язок.

Найбільш обґрунтованою видається позиція М. М. Султигова. Він пропонує тезу, що всяка заборона є обмеженням, але не всяке обмеження в правовій сфері є заборонаю<sup>201</sup>. Заборона є лише формою правового обмеження<sup>202</sup>. Аналогічно розглядаючи співвідношення обмежень та заборон, А. В. Малько вказує, що заборона є лише певною формою правового обмеження<sup>203</sup>.

Добре демонструє цю тезу приклад заборони засудженим до позбавлення волі вживати спиртні напої (ч. 4 ст. 107 КВК). В цьому випадку за допомогою використання форми заборони застосовується правове обмеження, адже вільних громадян така заборона зазвичай не стосується.

Як бачимо, у цьому прикладі нами застосовано згаданий вище другий логічний прийом, який полягає в порівнянні загального правового статусу вільних громадян та спеціального правового статусу засуджених.

Використання цього прийому іноді може привести до неочікуваних висновків. Наприклад, формально передбачена цією ж статтею заборона вживання наркотичних засобів засудженими, також повинна розглядатись як правове обмеження, якого не існує для вільних громадян. Річ у тім, що де-юре українським громадянам вживання наркотичних засобів не забороняється, оскільки карається лише незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання з метою збуту, а також незаконний збут, а не вживання наркотичних засобів (стаття 307 Кримінального кодексу України).

<sup>199</sup> Фаткуллин Ф. Н. Проблемы теории государства и права. — Казань, 1987. — С. 157.

<sup>200</sup> Братко А. Г. Запреты в советском праве. — Саратов, 1979. — С. 17; Рыбушкин Н. Н. Запрещающие нормы в советском праве. — Казань, 1990. — С. 10–11; Иванова З. Д. Запрещающие нормы в механизме правового регулирования // Сов. государство и право. — 1975. — № 11 — С. 105–112.

<sup>201</sup> Султыгов Н. Н. Место и роль правовых запретов в системе правовых ограничений // История государства и права. — 2004. — № 4. — С. 14.

<sup>202</sup> Там само.

<sup>203</sup> Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве: теоретический аспект. — Саратов, 1994. — С. 62.

Заборона продавати, дарувати або відчужувати в інший спосіб на користь інших осіб предмети, вироби і речі, які перебувають в особистому користуванні (ч. 4 ст. 107 Кримінально-виконавчого кодексу України), за загальним правилом, не існує для незасуджених громадян і тому має розглядатись як правове обмеження.

В підтвердження висловлених раніше ідей щодо поняття обмежень прав засуджених, можна сформулювати ідею, яка впливає із прикладів застосування другого логічного прийому. Оскільки правове обмеження — це певне вилучення із загального правового статусу, применшення можливості, то заборона для засудженого лише тоді буде правообмеженням, коли вона є забороною, яка стосується тільки засудженого, як суб'єкта специфічних правових відносин, який володіє спеціальним правовим статусом. Якщо ж ця заборона, в такій самій формі стосується і вільних громадян, то вона не може розглядатись як правове обмеження. Наприклад, заборона на створення громадської організації, програмні цілі або дії яких спрямовані на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення (ст. 37 Конституції України) стосується рівною мірою і засуджених, і вільних громадян. Тому вона не може розглядатись як обмеження прав засуджених, а є межею (кваліфікатором) змісту права. Заборона ж засудженим створювати організацію, яка не переслідує таких цілей, має вважатися обмеженням права.

Додамо, що заборони є однією із найпоширеніших форм обмеження прав засуджених. У них знаходить свій прояв зміст покарання, який, однак, ними не обмежується. Річ у тім, що обов'язки, які покладаються на засуджених, також можуть розглядатись як форма правообмеження, яка становить зміст покарання, про що буде сказано нижче.

Для більш глибокого аналізу необхідно також дати відповідь на питання: яке місце посідає заборона серед інших форм правообмежень? Це вимагає з'ясування того типу правового регулювання, який діє в кримінально-виконавчому праві.

У вітчизняному праві визнається загально-дозвільний та спеціально-дозвільний типи правового регулювання<sup>204</sup>. Загально-дозвільний тип передбачає, що засудженим дозволяється все, що не заборонено. У такому разі забороною розглядатиметься лише те, що закріплено в криміналь-

---

<sup>204</sup> У кримінально-виконавчому праві до сьогодні немає чіткої відповіді і навіть предметної дискусії теоретиків щодо того, який тип правового регулювання застосовується в ньому; це питання з неминучістю має стати предметом уважного вивчення в майбутньому.



но-виконавчому праві як сукупності норм або в іншій галузі права. Спеціально-дозвільний тип визначає, що засудженим дозволяється лише те, що прямо передбачено нормативними актами. У разі застосування цього типу коло заборон, а відповідно і обмежень прав засуджених, стає невизначеним і потенційно дуже широким.

Вбачається, що останній варіант суперечить тій ідеї, закладеній у Конституції України та Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Стаття 19 Конституції вказує, що правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Оскільки заборона має сенс тільки тоді, коли її недотримання може потягнути застосування примусу, це означає, що до засуджених не можуть застосовуватися заборони-обмеження, якщо вони прямо не передбачені в законодавстві.

Що стосується порушення Конвенції, то встановлення спеціально-дозвільного типу правового регулювання означає відсутність обов'язковості закріплювати заборони в нормативних актах. Це суперечить конвенційному стандарту, згідно з яким обмеження має бути передбачене в законі (перша складова так званого трискладового тесту обґрунтованості обмежень ЄСПЛ). Крім того, такий тип регулювання не вимагає будь-якого обґрунтування цілей конкретних заборон (обмежень)<sup>205</sup>, що унеможливає забезпечення принципу пропорційності обмежень, як іншої складової тесту перевірки обґрунтованості обмеження згідно з Конвенцією.

Цілком застосовним для встановлення цієї форми обмеження є і динамічний підхід. Для встановлення обмеження у формі заборони достатньо, наприклад, порівняти обсяг прав до та після прийняття законодавчого акта. Якщо після такого прийняття з'являється нова заборона або заборона більшого обсягу, то це означає, що має місце обмеження права. Обмеження матиме місце також тоді, коли одна заборона замінюється іншою, якщо остання є більш суворою, аніж попередня.

### 1.2.1.3. Обов'язок як форма обмеження права

Обов'язки мають особливе значення для процесу виконання покарань. Як вказував О. О. Беляєв, саме в обов'язках суб'єкта кримінально-виконавчих відносин слід шукати прояв кари в покаранні у вигляді по-

---

<sup>205</sup> Човган В. О. Заборона як форма правообмежень засуджених // Верховенство права як основа сучасного конституціоналізму. VI Тодиківські читання. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції молодих учених, аспірантів і студентів (27–28 вересня 2013 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». — Харків: Права людини, 2013. — С. 243.

збавлення волі<sup>206</sup>. Ще Г. Гегель писав, що обов'язок є обмеженням<sup>207</sup>. Однак місце обов'язку в системі засобів правового регулювання дещо заплутане по сьогодні. Його розглядають і як правове обмеження, і як правову заборону, і навіть як стимулюючий чинник.

Ми стверджуємо, що будь-яке встановлення обов'язків засуджених, які покладаються на них у зв'язку із володінням ними спеціальним правовим статусом, є обмеженням їхніх прав. Внаслідок встановлення обов'язку завжди обмежується те чи інше суб'єктивне право.

Для засуджених, які позбавлені волі, застосовується низка специфічних обов'язків. «Специфічність» полягає в тому, що вони взагалі не передбачені для вільних громадян, адже є атрибутами виконання покарання. Серед прикладів можна назвати обов'язок виконувати роботи з благоустрою колонії (ч. 3 ст. 107 КВК). У вільних громадян можуть бути подібні, але не аналогічні обов'язки. Крім того за їх невиконання навряд чи буде застосована санкція такого рівня суворості, як поміщення в ДІЗО<sup>208</sup>.

Відомо, що обов'язком є міра необхідної поведінки. Обов'язок може бути як активним (особа, на яку він накладається, зобов'язана вчинити певні активні дії), так і пасивним (особа, на яку він накладається, повинна утриматись від вчинення певних дій).

Насправді, **суть як активного, так і пасивного обов'язку можна розглядати як заборону**. Це очевидно, що стосується пасивного обов'язку, адже обов'язок не вчиняти чогось є заборонаю це вчиняти. Прикладом може послужити пункт п. 10.1 ПВР установ виконання покарань, згідно з яким засуджені повинні зберігати продукти харчування і предмети особистого користування у відведених для цього та спеціально обладнаних місцях і приміщеннях. Тобто від них вимагається не вчиняти певних дій: не зберігати продукти харчування і предмети особистого користування у не відведених для цього місцях.

Що ж до активного обов'язку, то він свідчить про необхідність вчинення активних дій. Такі активні дії так само можна зводити до заборони, адже забороняється не вчиняти відповідні активні дії. Наприклад, у відповідності до п. 3.2 ПВР установ виконання покарань засуджені зобов'язані дотримуватися санітарно-гігієнічних норм, мати охайний вигляд.

Існують і обов'язки засуджених, зміст яких містить у собі елементи як активного, так і пасивного обов'язку. Серед них можна вважати

---

<sup>206</sup> Беляев А. А. Правовое положение осужденных к лишению свободы. — Горький: Горьковская высшая школа МВД СССР, 1976. — С. 72.

<sup>207</sup> Гегель Г. Философия права. — М., 1990. — С. 202.

<sup>208</sup> Про відмінності відповідальності за ті ж самі діяння як індикатор наявності обмеження права див. розділ 1.2.1.5 «Встановлення специфічної відповідальності як форма обмеження права».

обов'язок ввічливо ставитися до персоналу, інших осіб, які відвідують установи виконання покарань, а також до інших засуджених (ч. 1 ст. 9 КВК). Тобто встановлюється як необхідність не вчиняти дій, що свідчитимуть про неввічливість, так і вчиняти дії, які є ввічливими, як-то вітатись і т. ін<sup>209</sup>.

На користь того, що будь-який юридичний обов'язок містить заборону, як різновид правового обмеження, свідчить і те, що за його недотримання передбачена можливість застосування санкцій. Як пишуть М. І. Матузов та Б. М. Семенко, суть юридичного обов'язку полягає у вимозі необхідної, потрібної, належної, корисної, доцільної з точки зору державної влади, закону, поведінки суб'єкта. Ця поведінка обов'язкова, беззаперечна і у разі недотримання забезпечується заходами державного примусу<sup>210</sup>.

Вважається, що застосування санкцій стає можливим тільки при порушенні заборони. Санкції є вказівкою на заходи державного примусу, які застосовуються у випадках порушення правової заборони<sup>211</sup>. Це відображає діалектичну єдність юридичних санкцій та заборон.

Український законодавець не оминув це питання увагою та про всяк випадок безпосередньо закріпив, що невиконання засудженими своїх обов'язків і встановлених законодавством вимог в'язничної адміністрації, органів і установ виконання покарань тягне за собою встановлену законом відповідальність (ч. 2 ст. 9 КВК).

Закріплення в законодавстві обов'язків володіє головною ознакою обмеження права — звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Вони в будь-якому разі зменшують міру можливої поведінки, тобто обмежують суб'єктивні права. Встановлення обов'язку неминуче торкається правомочностей особи.

Разом з тим не всі науковці поділяють точку зору про те, що обов'язок із неминучістю є правовим обмеженням. Наприклад, В. І. Селіверстов не вважає за необхідне закріплення в законі (як типі нормативно-правового акта) всіх обов'язків засуджених, а лише тих, які виражають обмеження прав і свобод громадян. Як приклад, ним наводилася заборона засудже-

---

<sup>209</sup> Кримінально-виконавче законодавство іноді встановлює додаткові, не обов'язково прийняті у суспільстві норми, пов'язані із ввічливістю. Наприклад, від засуджених вимагається не тільки вітатися, але й вставати при цьому (п. 9.1 ПВР установ виконання покарань). Обґрунтованість такого обмеження, на нашу думку, потребує окремого аналізу і є дискусійною, проте, виходить за рамки нашого дослідження, яке спрямовано на встановлення правової природи обмежень та загальних підходів до їх обґрунтування.

<sup>210</sup> Матузов Н. И., Семенко Б. М. О сущности, содержании и структуре юридической обязанности // Вопросы теории государства и права. — Саратов, 1983. — С. 68.

<sup>211</sup> Самощенко И. С., Фарушкин М. Х. Ответственность по советскому законодательству. — М., 1971. — С. 115.

ним грати в карти та давати прізвиська<sup>212</sup>. Проте такий приклад навряд чи є вдалим підтвердженням тези, що не всі обов'язки є обмеженнями прав, адже вільні особи мають право як грати в карти, так і давати прізвиська. Наявність обмеження є очевидною, якщо застосувати згаданий статичний метод — шляхом порівняння прав особи на волі та у в'язниці.

На додаток, обмеження може мати місце і тоді, коли встановлюються необов'язкові до виконання вимоги, які не можна назвати обов'язками у прямому сенсі цього слова. Йдеться про вимоги, виконання яких не може санкціонуватись безпосередньо, однак їх виконання може впливати на застосування заохочувальних інструментів, таких як умовно-дostroкове звільнення. Закріплення більш обтяжливих умов застосування таких норм можна розглядати як обмеження права. Такі умови можуть полягати не тільки в зміні позитивних дій, які має вчиняти засуджений, а й негативних дій, тобто дотримання певних заборон. Проте варто зауважити, що про обмеження права можна буде стверджувати тільки в тому разі, якщо застосування заохочувальної норми визнається правом засудженого. Водночас існування права в такого роду випадках, коли застосування заохочувальних норм залежить від дотримання певних умов в'язнями, є доволі дискусійним<sup>213</sup>.

Виходячи з вищесказаного, покладання на особу додаткових, не притаманних загальному правовому статусу обов'язків є правообмежувальною діяльністю. Тому всі специфічні обов'язки засуджених, тобто такі обов'язки, які не існують для вільних громадян, варто розглядати як обмеження прав. Теоретично, винятком із зазначеного можуть бути ті юридичні обов'язки засуджених, які є менш обтяжливими порівняно із обов'язками вільних громадян або взагалі не існують для засуджених. Проте приклади таких обов'язків є одиничними. Одним із них є військовий обов'язок<sup>214</sup>.

Звернімо увагу, що обов'язки засуджених можна вважати специфічними в тому разі, коли вони не існують для всіх вільних осіб без спеціаль-

---

<sup>212</sup> Селиверстов В. И. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. — С. 60–61.

<sup>213</sup> Herzog-Evans M. Is prison leave a privilege? // <https://tashalaw.wordpress.com/2012/04/24/guest-post-by-professor-martine-herzog-evanscommentary-on-article-6-and-prison-leave/> (останній доступ 05.09.2016).

У зв'язку з цим І. С. Яковець пропонує використовувати та детально аналізує вітчизняну категорію «законний інтерес» засуджених (Яковець І. С. Умовно-дostroкове звільнення та заміна невідбутої частини покарання більш м'яким. — М.: Penal Reform International, 2012. — С. 70–81).

<sup>214</sup> Хоча іноді цей обов'язок розглядають як право, адже особа може хотіти скористатись своєю можливістю захищати власну країну. Так трапилося на початку військових дій на Донбасі, куди висловлювали бажання піти воювати низка українських засуджених.

ного статусу. Якщо ж подібні обов'язки існують і для вільних громадян у зв'язку із володінням ними якимось спеціальним правовим статусом (наприклад, працівника підприємства), то це не є підставою для того, щоб не вважати їх специфічними і не визнавати їх правообмеженнями. Наприклад, обов'язок мати охайний вигляд варто розглядати як правообмеження, незважаючи на те, що такий самий обов'язок мають і вільні особи, які володіють певними спеціальними правовими статусами (учня, працівника певних установ та ін.).

Про встановлення обов'язку можна стверджувати й у тому разі, коли в законі закріплюються права пенітенціарних співробітників, які передбачають виникнення в засуджених кореспондуючого обов'язку. Так само закріплення обов'язків таких співробітників адміністрації може свідчити про скасування обмеження певних прав в'язнів та/або виникнення в них специфічного суб'єктивного права. Про цей «дзеркальний» прийом нами згадувалось раніше. Він стає у нагоді і для встановлення інших форм обмежень прав, які пропонуються нами.

#### **1.2.1.4. Закріплення специфічного суб'єктивного права засуджених як форма обмеження права**

##### *1.2.1.4.1. Загальний та спеціальний правовий статус*

Межі прав, які характеризують загальний правовий статус, є загальним показником простору незабороненої поведінки (з точки зору загальнодозвільного типу правового регулювання, який означає, що дозволено те, що не заборонено). За кількістю та характером правових обмежень або їх відсутності можна ідентифікувати та відрізнити один від одного загальний та спеціальний правовий статус. Загальний правовий статус — це статус, який, як правило, належить громадянам від народження незалежно від обставин. Спеціальний же правовий статус стосується тільки певної категорії осіб та пов'язується із деякими правовими обмеженнями<sup>215</sup>.

Спеціальний правовий статус може мати не тільки негативний, але й позитивний характер.

Позитивний спеціальний правовий статус проявляється в наданні особі, яка ним володіє, додаткових прав, збільшення змісту та обсягу існуючих у всіх громадян прав, що здійснюється шляхом розширення меж цих прав. Наприклад, статус народного депутата надає здебільшого розширення меж прав, через що він сприймається як позитивний, хоча він не виключає і наявність певних правообмежень (наприклад, заборона займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю (ст. 78 Конституції України)).

<sup>215</sup> Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В. В. Лазарева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрист, 2001. — С. 290.

Негативний спеціальний правовий статус знаходить своє відображення здебільшого в правових обмеженнях. Як стверджує О. І. Осауленко, до цього типу можна віднести, громадян, які відіграють негативну роль у системі суспільних відносин, наприклад, осіб, які відбувають покарання у вигляді позбавлення волі<sup>216</sup>. Низка обмежень, що регламентується кримінальним, кримінально-виконавчим, сімейним, трудовим законодавством, залежить від режиму відбування покарання та безпосередньо пов'язана із спеціальним статусом засудженого<sup>217</sup>. Але обмежувальний характер цього правового статусу не завжди свідчить про те, що він містить лише самі правові обмеження. Наприклад, у відповідності до ч. 2 статті 115 КВК засудженим надається індивідуальне спальне місце і постільні речі. Вони забезпечуються одягом, білизною і взуттям за сезоном.

#### 1.2.1.4.2. Специфічні суб'єктивні права

Вирішення того, чи можливо відносити спеціальні або, як їх ще називають, специфічні права засуджених до правових обмежень є непростим завданням, адже, на перший погляд, дивним є твердження, що закріплення якого-небудь права можна вважати обмеженням права.

Стосовно цього питання існують протилежні позиції, однак нам не вдалося відшукати в юридичній літературі відповіді, яку можна було б прийняти за базову. Наявні позиції мають уривчастий характер і в них не простежується чітке розуміння правової природи спеціальних прав засуджених, тим більше в контексті можливості визнання їх правовими обмеженнями.

Серед іншого, це пов'язано із тим, що не існує навіть єдиного розуміння дефініції таких прав. Одні вважають, що це нові права, які стосуються лише засуджених<sup>218</sup>, інші вважають, що це права, які не входять у загальний правовий статус громадян<sup>219</sup>. Іноді їх називають такими тому, що їм не має «прямого прототипу чи аналога в суспільних відносинах, які зазвичай врегульовані правом»<sup>220</sup>. При всьому різноманітті визначень суть специфічних

---

<sup>216</sup> Осауленко О. І. Правовий статус громадянина України, який відбуває покарання // Науковий вісник Української академії внутрішніх справ: науково-теоретичний журнал. — 1997. — № 1. — С. 93–97.

<sup>217</sup> Стрельбіцька Л. Обмеження конституційних прав засудженого // Підприємництво, господарство і право. — 2009. — № 7. — С. 122.

<sup>218</sup> Ткачевский Ю. М. Советское исправительно трудовое право. — М., 1971. — С. 174: цит. за Селиверстов В. И. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. — С. 84.

<sup>219</sup> Ефимов М. А. Основы советского исправительно-трудового права. — Свердловск, 1963. — С. 22: цит. за Селиверстов В. И. Вказ. праця. — С. 84.

<sup>220</sup> Селиверстов В. И. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. — С. 84.

прав не змінюється: вони розуміються як сукупність усіх прав, що виникають або суттєво видозмінені у зв'язку з фактом відбування покарання<sup>221</sup>.

Стосовно ж можливості визнання таких прав формою вираження правових обмежень існують твердження, що спеціальні права не можуть виражати кару (як сукупність правових обмежень), оскільки вони надають засудженим різні блага<sup>222</sup>. З іншого боку, існують думки, що є такі спеціальні права засуджених, які не можна вважати правовими обмеженнями, і такі, які можна. У відповідності до цього підходу є специфічні права, які не можна вважати обмеженнями, оскільки вони є гарантіями забезпечення життєдіяльності особи й досягнення цілей покарання (отримання гарантованого харчування, житла, індивідуального спального місця, обмундирування, комунально-побутових послуг тощо). Що ж до іншої категорії цих прав (побачення з родичами чи іншими особами, одержання посилок і передач, бандеролей тощо<sup>223</sup>), то вони, даючи засудженим певні блага, разом з тим виступають у ролі регуляторів кари, тому що виражають ступінь обмеження елементів особистої свободи громадянина, який відбуває кримінальне покарання<sup>224</sup>.

Існує й інша сукупність поглядів на правову природу спеціального суб'єктивного права і, відповідно, на можливість визнання їх формою правового обмеження. Вона обумовлена розходженням поглядів на спеціальні права в залежності від їх співвідношення із загальним правовим статусом. Розглядаються дві гіпотези прав в'язнів.

Їх розглядають:

- 1) як залишки раніше існуючих прав або
- 2) як такі, що не існували до засудження<sup>225</sup>.

Питання, яке порушується в цьому випадку, таке: чи можна розглядати спеціальні права засуджених як «залишкові», тобто як якісно однорідні із певним правом вільного громадянина? Ті, хто дає ствердну відповідь на це питання, визнають, що специфічні права засуджених мають відмінність, але вона полягає лише в їх зменшеному змісті та обсязі порівняно із правами,

---

<sup>221</sup> Ширвинд Е. Г., Утевский Б. С. Советское исправительно-трудовое право. — М., 1957. — С. 83–84; Исправительно-трудовое право. — М., 1971. — С. 77: цит. за Селиверстов В. И. Вказ. праця. — С. 84.

<sup>222</sup> Детальніше див.: Човган В. О. Специфічні права засуджених та їх обов'язки як форми правообмежень // Проблеми законності. — 2014. — Вип. 125. — С. 234.

<sup>223</sup> Стосується періоду, коли право отримувати посилки, передачі та бандеролі було ще обмеженим.

<sup>224</sup> Осауленко О. І. Правовий статус громадянина України, який відбуває покарання. — С. 96.

<sup>225</sup> Enderlin S. Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés. Thèse. — Paris: Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008. — P. 423.

які входять до правового статусу вільних громадян. Специфічні права в такому разі розглядаються ніби як «зменшена копія» прав вільних громадян.

Як приклад приводиться право сімейної пари на вибір місця проживання. Однією з правомочностей, які є змістом цього права, є можливість сумісного проживання і спілкування подружжя. При засудженні до позбавлення волі вона обмежується, однак, в якості її залишку засудженим гарантується надання побачень<sup>226</sup>. Спеціальне право як «залишкове» розглядається й іншими авторами<sup>227</sup>.

Існують і протилежні позиції. Наприклад, О. Є. Наташев вважає, що право на побачення не може вважатись залишком прав громадян, оскільки такі права для громадян нормативно не закріплені<sup>228</sup>. Так само припускають неоднорідність вказаних прав із правами, що входять до загальногромадянського правового статусу, ті, хто вказує, що специфічним правам немає аналога-відповідника в загальному правовому статусі<sup>229</sup>.

Визнання того, що деякі спеціальні права можна розглядати як «залишкові», тобто як права, що залишаються внаслідок обмеження певного суб'єктивного права, дозволяє називати їх обмеженнями. Як уже вказувалося, обмеження права означає зменшення його змісту, в тому числі, шляхом виключення певної правомочності. Таким чином, згідно з цим підходом, у результаті обмеження залишається свого роду «надрізане» право. Виходячи з цього, відомий зміст суб'єктивного права може змінюватись до «невпізнанності», однак, це не виключатиме походження чи зв'язку з тим чи іншим правом.

Саме ж залишкове право може мати різні форми. Воно може бути закріплено *безпосередньо*, виходячи із прямого законодавчого припису. Наприклад, право засуджених розпоряджатися вільним часом. Відповідно до ч. 1 ст. 129 КВК час, вільний від основної трудової діяльності і виконання обов'язкових заходів, передбачених розпорядком дня для засуджених у колонії, є їхнім вільним часом. У такому разі правове обмеження можна ідентифікувати, виходячи зі співставлення змісту цього права з його прототипом у вільних осіб (треба враховувати, що право на відпочинок є відмінним у працюючих та непрацюючих осіб). Зрозуміло, що зміст права на відпочинок в умовах позбавлення волі суттєво відрізняється як наслідок його спеціального регламентування внутрішнім розпорядком. Крім того,

---

<sup>226</sup> Селиверстов В. И. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. — С. 81.

<sup>227</sup> Советское исправительно-трудовое право. — Л., 1989. — С. 196: Цит. за: Селиверстов В. И. Вказ. праця. — С. 81.

<sup>228</sup> Цит. за: Селиверстов В. И. Вказ. праця. — С. 80.

<sup>229</sup> Малинин В. Б., Смирнов Л. Б. Уголовно-исполнительное право: учеб. — СПб.: ЛГУ им. А. С. Пушкина, 2009. — С. 111.



вид діяльності, яка може здійснюватись протягом вільного часу, обмежений КВК (ч. 2 ст. 129 КВК). Іншим є приклад, коли суттєво змінюється обсяг права, а не його зміст. Так, раніше право засуджених на витрачання певної суми грошей на продукти харчування та предмети першої потреби було обмежено кількістю коштів, дозволених до використання (ч. 1 ст. 139, ч. 2 ст. 140, ч. 5 ст. 151 КВК, норми були змінені 06.09.2016).

Залишкове суб'єктивне право може також *впливати із заборони* вчинення певних дій. Не знаходячи свого безпосереднього відображення, спеціальне право в такому разі виводиться із обмеження. Його зміст встановлюється за формулою: зміст та обсяг суб'єктивного права, яке входить до загального правового статусу громадян, мінус зміст та обсяг правового обмеження, яке застосовується. Якщо, згідно з ч. 4 ст. 107 КВК, засудженим до позбавлення волі забороняється грати в настільні ігри на здобуття матеріальної чи іншої вигоди, це означає, що засудженим дозволяється грати в настільні ігри не на здобуття матеріальної та іншої вигоди. Звісно, цей підхід можливий лише при визнанні застосування при регулюванні даних відносин загально-дозвільного типу правового регулювання, тобто якщо «дозволено все, що не заборонено». Як логічно витікає із формулювання ч. 4 ст. 107 КВК, у цьому разі застосовується саме загально-дозвільний тип правового регулювання.

Однак паралельно у в'язничному праві зустрічаються ознаки застосування іншого способу правового регулювання. У Додатку 2 Правил внутрішнього розпорядку установ виконання покарань передбачаються продукти харчування, вироби і речовини, які засуджені **можуть** (виділено авт.) отримувати в посилках (передачах), купувати в крамницях установ виконання покарань та зберігати при собі. В цьому Переліку вказується на предмети, які дозволяється зберігати, та на їх дозволену кількість, а не навпаки — не на заборонені предмети. Такий підхід розуміє під собою заборону отримання в посилках (передачах), купівлі в ларках установ та зберігання при собі інших предметів, ніж передбачені цим списком. Така заборона не закріплена безпосередньо (буквально) у нормі, проте вона входить до її змісту. Цей порядок свідчить про використання в кримінально-виконавчому праві спеціально-дозвільного типу правового регулювання (дозволено тільки те, що передбачено в законі). Це передбачено також КВК України, де у ч. 7 ст. 102 вказується, що перелік предметів і речей, які засуджені можуть мати при собі встановлюється актом центрального органу виконавчої влади з питань виконання покарань.

До того ж перелік речей, які особи можуть мати при собі, обмежений ніби з «двох сторін». З одного боку, є перелік, який вказує, що дозволяється мати при собі, а з іншого, є ще й перелік предметів, виробів і речовин,

зберігання і використання яких засудженими заборонено<sup>230</sup>. Досить важко зрозуміти логіку обраного шляху правового регулювання вказаних відносин. Складається враження, що законодавець, встановлюючи на додачу до переліку дозволених предметів перелік заборонених таким чином, «перестрахувався» на випадок, якщо раптом він дозволив мати засудженим щось «зайве». Або, можливо, усвідомлюючи потенційну можливість зловживання тлумаченням заборон на практиці, вирішив вказати на перелік дозволених предметів.

Для вирішення ж того, чи можуть спеціальні права виступати формами, за допомогою яких можна встановити наявність обмеження, потрібно підкреслити дві різних ситуації прояву цих форм.

Перша, **статична**, передбачає ідентифікацію обмеження шляхом порівняння існуючих прав засуджених із правами вільних громадян. Порівнюється існуючий зміст та обсяг права засудженого та вільного громадянина. Друга, **динамічна**, передбачає закріплення нових або скасування старих специфічних прав засуджених. У такому разі порівнюється зміст та обсяг права до і після застосування обмеження правотворцем.

Спеціальні права, хоча і є мірою можливої поведінки, все ж зменшують цю міру в порівнянні із правами, які вони «замінюють», але тільки в разі першого, статичного прояву форми обмеження<sup>231</sup>. Річ у тому, що спеціальні права містять у собі заборону. Щоправда, з цієї точки зору кожне суб'єктивне право містить іманентну заборону, адже має свої межі (кваліфікатори), а вихід за ці межі є заборною. Однак заборони, які впливають, а точніше містяться в спеціальних суб'єктивних правах, на відміну від заборон, що іманентно притаманні кожному суб'єктивному праву вільних громадян, є суттєвішими. Це пов'язано із більшим обсягом «забороненої» частини права порівняно із правами вільних громадян і призводить до зменшення дозволеного. Тобто там, де допускається застосування статичного підходу, надання специфічного суб'єктивного права замість звичайного суб'єктивного права вільної особи можна вважати обмеженням.

У разі ж динамічного підходу встановлення специфічного суб'єктивного права може розглядатись обмеженням тільки в одному випадку — коли воно замінює раніше існуюче право і має менший за нього зміст та обсяг, тобто зменшує можливості, що існували раніше. В протилежному разі обмеження не матиме місце, оскільки специфічне право розширюватиме можливості, що існували раніше. Це може відбуватись і шляхом закріплення абсолютно нового, неіснуючого раніше права засудженого.

---

<sup>230</sup> Додаток 6 до ПВР установ виконання покарань.

<sup>231</sup> Зауважимо, що висновок буде протилежним у разі неприйняття ідеї, що всі специфічні права засуджених є похідними від прав вільних громадян. Так само висновок буде відрізнятись стосовно так званих додаткових прав, про що йтиметься далі.

У окремих ситуаціях може обмежуватись саме специфічне право (наприклад, встановлення обов'язкового нагляду за побаченням). Чи буде зняття такого обмеження вважатись формою обмеження права? Адже навіть після цього залишається специфічне право, зміст та обсяг якого є меншим за права вільної особи. Відповідь залежить від обраного підходу: динамічного чи статичного. Динамічний підхід порівнює ситуацію «до» та «після»; виходить, що ситуація покращується — припиняється нагляд за побаченнями, а тому не можна стверджувати про обмеження. Статичний підхід порівнює ситуацію «за решіткою» та «на волі»; у такому разі нове право все одно буде обмеженням права, від якого воно є похідним, — права на приватність, яке передбачає можливість вільних побачень для вільних осіб.

У кінцевому підсумку застосування статичного підходу буде завжди свідчити про наявність обмеження, адже специфічне залишкове право буде завжди меншим, ніж його прототип — суб'єктивне право вільних осіб. Збільшення змісту та обсягу специфічного права означатиме зняття або зменшення певного обмеження, але навіть тут нове, покращене специфічне залишкове право буде залишатись обмеженням порівняно із правом вільної особи. Застосування ж динамічного підходу вказуватиме на наявність обмеження тільки тоді, коли зменшуватиметься зміст та обсяг специфічного права.

Однак ситуацію потрібно розглядати і під кутом типу правового регулювання. Якщо ми застосовуємо динамічний підхід та визнаємо дію спеціально-дозвільного (заборонного) типу правового регулювання, тобто «дозволено, все, що прямо зазначено в законі», варто буде визнати те, що спеціальні залишкові суб'єктивні права ніколи не можуть визнаватись правовим обмеженням. Адже позбавлення спеціального права означало б позбавлення засуджених можливостей, які в нього існували до цього. Було б нелогічним, якби позбавлення можливостей не визнавалося обмеженням.

Наведемо приклад. У законодавстві закріплено, що «засуджений має право зберігати 50 книг». Якщо діє заборонний тип правового регулювання, то скасування такої норми (за відсутності інших норм з цього приводу) означатиме скасування права зберігати навіть одну книгу. Якщо ж визнати загально-дозвільний тип правового регулювання, то це означатиме дозвіл зберігати будь-яку кількість книг. Ця теоретична конструкція, додатково наштовхує на думку про превалювання в кримінально-виконавчому праві якраз спеціально-дозвільного типу регулювання.

З іншого боку, якщо застосовується статичний підхід, то тип правового регулювання не змінює висновків щодо того, чи може специфічне право розглядатись як обмеження.

Отже, визнання специфічного суб'єктивного права формою обмеження права залежить від обраного підходу (статичного чи динамічного),

а також від типу правового регулювання. На додаток, у цьому підрозділі ми припустили, що специфічні суб'єктивні права в'язнів походять від прав вільних громадян, є їх «зменшеними копіями». Розгляньмо ситуацію, якби ми не визнавали походження спеціальних прав від загальних прав вільних осіб. Назвімо їх «додаткові специфічні права засуджених», які мають суттєві особливості.

#### 1.2.1.4.3. *Додаткові специфічні права*

На наш погляд, для кращого розуміння специфічного права як форми обмеження права варто виділяти два типи специфічних прав: залишкові та додаткові. Розуміння залишкових прав описане вище, стосовно ж додаткових прав необхідно мати на увазі таке.

Засуджені мають низку суб'єктивних прав, якими не володіють вільні громадяни. Їхній зміст у корені відрізняється від прав вільних громадян. До додаткових специфічних прав можна віднести, наприклад, користування послугами, які надаються в місцях позбавлення волі, отримання одягу, їжі, участь у роботі самодіяльних організацій та гуртків соціально корисної спрямованості та ін.

Ці права надаються ніби «взамін» неможливості здійснення схожих прав, якими користуються вільні громадяни. Вони існують для того, щоб «частково компенсувати правообмеження» засуджених<sup>252</sup>, та впливають із факту знаходження в'язнів під відповідальністю пенітенціарної установи<sup>253</sup>. Вони не звужують зміст та обсяг прав, що входять до загального правового статусу, адже їхній зміст принципово відрізняється від змісту прав вільних громадян. Навпаки, їх скасування призвело б до обмеження прав засуджених, саме тому ці права мають сприйматись як такі, що розширюють існуючу міру можливої поведінки, а тому не можуть розглядатись як правові обмеження. У вільних громадян таких прав немає, оскільки їх необхідність детермінована умовами відбування покарання в закритому середовищі, а також неможливістю фактичної реалізації тих прав, які залишаються в них де-юре.

Так, вільні громадяни не мають права на забезпечення індивідуальним спальним місцем, безкоштовне забезпечення спеціальним одягом за сезоном. Хоча часто для засуджених ці права одночасно пов'язані із заборонами.

---

<sup>252</sup> Михлин А. С. Уголовно-исполнительное право: краткое пособие и основные нормативные правовые акты / Сост. алф.-предм. указ. В. А. Казакова. — М.: ЗАО Юстицинформ, 2008. — С. 38.

<sup>253</sup> Vernet J. Le sauvegarde des droits des détenus // Revue de science criminelle et de droit pénal comparé. — 1968. — pp. 69–94.

Приміром, право на забезпечення індивідуальним спальним місцем пов'язано одночасно із заборонаю змінювати індивідуальне спальне місце, вільно обирати його. Право на забезпечення одягом за сезоном пов'язано із виключенням можливості носіння цивільного одягу (за винятком окремих категорій засуджених, яким це дозволяє КВК).

З іншого боку, як і в попередньому підрозділі, висновок щодо неможливості визнання таких прав обмеженнями може змінюватись залежно від комбінації підходу (статичного та динамічного) та типу правового регулювання.

Описаний поділ специфічних прав на залишкові та додаткові є досить умовним. Він здійснений на підставі критерію наявності зв'язку специфічного суб'єктивного права із тим чи іншим правом, яке входить до загального правового статусу. Якщо такий зв'язок простежується — то це залишкове право, якщо ж ні — то це право додаткове. Тонка грань між залишковим та додатковим правами полягає в наявності суттєвої змістовної відмінності між ними та правами вільних громадян, із якими ми їх співвідносимо при необхідності визначення їхнього походження від останніх.

Суттєвість цієї відмінності, яка необхідна для віднесення спеціального права до додаткового, залишається умовною. Якщо більш детально проаналізувати чинне законодавство та зміст закріплених у ньому загальногромадянських прав, то можна ідентифікувати окремі правомочності (хоча можливо й у «врізаному» або іншим чином видозміненому вигляді), які складають зміст додаткових прав. Тому в кожному додатковому праві, можна розгледіти ознаки залишкового права.

#### **1.2.1.5. Встановлення специфічної відповідальності як форма обмеження права**

Про наявність у законі правообмеження може свідчити й встановлення специфічної відповідальності. Така відповідальність виникає, якщо певні дії, які вчиняються засудженим, призводять до притягнення до відповідальності, тоді як щодо вільних осіб така відповідальність не існує. Крім того, специфічна відповідальність може полягати у тому, що за ті самі дії вільна особа притягується до менш суворої відповідальності.

Закріплення специфічної відповідальності свідчить про наявність обов'язку, який існує тільки для засудженого, або є більш обтяжливим для засудженого ніж для вільних громадян. Тому такі обов'язки слід вважати обмеженням права. З огляду на це, хоча ми розглядаємо специфічну відповідальність як форму (закріплення) обмеження права, можливо, доцільно говорити про спеціальну відповідальність як форму закріплення обов'язку.

Стосовно засуджених така відповідальність у так би мовити «чистому вигляді» не зустрічається. Здебільшого засуджені несуть відповідаль-

ність за дії, які є правомірними в разі вчинення вільними громадянами, у тих випадках, коли щодо них існує спеціальна заборона або специфічний обов'язок. Випадків же, коли специфічна відповідальність існує без безпосередньо встановленої заборони чи обов'язку у в'язничному законодавстві мало, однак вони існують. При цьому встановлення такої відповідальності може виступати формою правового обмеження, опосередковано вказуючи на наявність заборон чи обов'язків, адже за наявності специфічної відповідальності вони припускаються.

Прикладом може бути кримінальна відповідальність за злісну непокору законним вимогам адміністрації установи виконання покарань або інша протидія адміністрації в законному здійсненні її функцій, яка передбачена статтею 391 КК України. Суб'єкт цього злочину спеціальний — особа, яка відбуває покарання у вигляді обмеження волі або у вигляді позбавлення волі. Це свідчить про те, що на цей суб'єкт покладено правообмеження, якого немає у вільних громадян — обов'язок виконувати законні вимоги адміністрації установи виконання покарань. Водночас, на вільних громадян поширюється подібний обов'язок — виконувати законні вимоги поліції. Разом з тим відмінність цих двох обов'язків полягає не лише у вимогах та суб'єктах, які ставлять ці вимоги, а й у підвищеній відповідальності засуджених за невиконання законних вимог працівника правоохоронного органу.

Відразу зауважимо, що наявність відповідальності має зв'язок із окремим закріпленням обов'язку засуджених виконувати встановлені законодавством вимоги персоналу установи (ч. 3 ст. 107 КВК). Однак у разі відсутності кримінальної відповідальності засудженого можна було б притягнути тільки до дисциплінарної відповідальності. З огляду на це скасування специфічної, більш суворої, ніж у вільних громадян, відповідальності означатиме скасування обмеження і *vice versa*. Тобто це свідчить про наявність обмеження, яке впливає саме зі специфічної відповідальності.

Як ми зазначили, специфічна відповідальність може мати місце не тільки тоді, коли вільний громадян не несе відповідальності за певні дії, а засуджений несе, а й коли вона існує щодо обох, проте для засуджених вона є більш суворою або тягне додаткову відповідальність. Наприклад, ч. 1 ст. 9 КВК, яка передбачає, що засуджені зобов'язані бути ввічливими між собою, має певну схожість з цивільно-правовими положеннями, на підставі яких за образливе ставлення до особи може бути застосовано цивільно-правову відповідальність. Так, якщо фізичній особі внаслідок порушення її особистого немайнового права завдано моральної шкоди, ця шкода підлягає відшкодуванню (ст. 280 Цивільного кодексу України). Водночас, за невивіливе ставлення засудженого його може бути притягнуто не тільки і не стільки до цивільної відповідальності, а до дисциплі-

нарної відповідальності, що може виразитись навіть у поміщенні до дисциплінарного ізолятора установи виконання покарань.

Цей приклад наштовхує на ще одну думку: менші юридичні бар'єри застосування відповідальності може бути однією із форм прояву специфічної відповідальності як обмеження права. Вірогідність того, що особа звертатиметься до суду з метою захисту від образи, нецензурної лайки з боку інших осіб є досить невеликою, тоді як вірогідність застосування дисциплінарної відповідальності за такі ж дії засуджених є набагато вищою. Так само вірогідність поміщення до ізоляції вільного громадянина, який ображає оточуючих правоохоронцями на свободі є нижчою, ніж в умовах пенітенціарної установи.

Враховуючи окреслену позицію про те, що наявність більш суворої відповідальності свідчить про існування правообмеження засудженого примітним є те, що у відповідності до ст. 132 КВК України дисциплінарні стягнення можуть застосовуватись до засуджених за порушення встановленого порядку відбування покарання. Фактично ж ідеться про можливість застосування цих стягнень за будь-які порушення режиму, якщо брати до уваги його визначення режиму як порядку виконання та відбування покарань (ст. 102 КВК). Така підстава є надто широкою та створює неймовірно широкі межі для правозастосовної фантазії. Більше того, у відповідності до цієї статті, порядок відбування покарання може встановлюватись законом та іншими нормативно-правовими актами, що ще більше розширює цю підставу. Іншими словами, дозвіл закріплення порядку відбування покарання підзаконними актами передбачає дозвіл закріплювати обмеження підзаконними актами.

Узявши до уваги вищезазначені твердження, запрошується думка: у режимних нормах знаходять своє закріплення правові обмеження. Однак це не означає, що їх закріплюють усі норми режиму. Правообмеження містяться лише в тих нормах режиму, які містять вимоги до засуджених, виконання яких залежить від них і за невиконання яких вони можуть понести відповідальність. Режимні норми, які накладають обов'язки на адміністрацію, можуть містити обмеження прав засуджених тільки тоді, коли ними передбачаються кореспондуючі обов'язки чи заборони для засуджених.

Отже, та частина режиму, що встановлена нормами, які містять обов'язки для засуджених, має своєю сутністю правообмеження. Як вказує М. В. Романов: «...режим — це порядок виконання і відбування покарання, що виражається в сукупності правил поведінки засудженого і діяльності адміністрації кримінально-виконавчої установи. Іншими словами, це вимоги, які висуваються до засудженого. Саме їх порушення і спричиняє

застосування дисциплінарних стягнень»<sup>254</sup>. Таким чином, визначальною ознакою обов'язковості вимог для засуджених є потенційна можливість застосування санкцій.

Отже, з нашого погляду, питання про межі застосування дисциплінарних стягнень — це одночасно питання про обсяг та кількість правообмежень, за порушення яких настає відповідальність, і про змістовну характеристику покарання, адже саме правообмеження складають зміст покарання.

Це обумовлює проблематичність визначення кола існуючих правообмежень засуджених, адже, як вказувалось, підстава для притягнення до дисциплінарної відповідальності є досить розмитою. До схожого висновку доходить і М. В. Романов, вказуючи, що колишнім в'язничим відомством не було встановлено вичерпного переліку порушень засудженими вимог режиму, які є дисциплінарними проступками. В умовах тотальної регламентації це може означати відповідальність за будь-яке, навіть найнезначніше порушення<sup>255</sup>. Варто зазначити, що в змінах до КВК 2013 року законодавець зробив спробу закріпити перелік заборон для засуджених (ст. 107 КВК). Однак при цьому він не вказав ні на те, що це вичерпний перелік, ні на те, що притягнення до відповідальності може відбуватись тільки на підставі порушення цих норм. Як наслідок, ці заборони виявилися лише доповненням до безлічі правил, які можуть стати підставою для притягнення до дисциплінарної відповідальності.

Існуючий у національному кримінально-виконавчому праві стан із дисциплінарною відповідальністю можна описати словами В. Г. Хохрякова: «Надмірна кількість правил і пов'язана з ними висока вірогідність порушень ставить ув'язнених в положення школярів-пустунів: їх завжди є за що покарати»<sup>256</sup>. Напевно, саме важливістю вирішення цього питання обумовлене повторення з року в рік правозахисними організаціями, що працюють в пенітенціарній сфері, рекомендації про необхідність визначення виключного переліку дій, за які можуть застосовуватися дисциплінарні стягнення<sup>257</sup>.

---

<sup>254</sup> Романов М. Дисциплінарна відповідальність засуджених до позбавлення волі / Харківська правозахисна група. — Харків: Фоліо, 2004. — С. 43.

<sup>255</sup> Там само. — С. 44.

<sup>256</sup> Хохряков Г. Ф. Парадоксы тюрьмы. — М.: Юрид. лит., 1991. — С. 143. З тих же міркувань схоже порівняння в'язнів із дітьми робить французький дослідник Л. Ноалі (*Noali L.* Les résistances carcérales du comment au pourquoi. Une approche juridique et pluridisciplinaire. Préface de Martine Herzog-Evans. Postface de Reynald Ottenhof. — Paris: Harmattan, 2012. — P. 204.).

<sup>257</sup> Див. розділи про права засуджених щорічних узагальнених доповідей правозахисних організацій: <http://library.khpg.org/>



На нашу думку, одним із прикладів того, як може бути покращено застосування обмежень у рамках дисциплінарних практик, є градація дисциплінарних правопорушень за ступенем тяжкості. Це допомагає покращувати передбачуваність правообмежень, а також запобігти зловживанню владою при їх застосуванні<sup>238</sup>. Крім того, здійснення права на захист не має сенсу, якщо держава не визначає поведінку, яка може становити порушення<sup>239</sup>.

Можна дійти висновку, що існуючий стан справ із невизначеністю підстави дисциплінарних стягнень створює передумови для того, щоб зміст покарання залишався нечітким, адже важко перерахувати всі порушення порядку відбування покарання. У таких умовах нечіткими є й обмеження прав, які пов'язуються із застосуванням дисциплінарної відповідальності. Усе це породжує неоднозначність, невизначеність і сумніви щодо того, яким має бути виконання покарання, адже воно є нічим іншим, як виконанням притаманних покаранню правообмежень. На практиці, це ще й провокує суперечки та конфлікти між адміністрацією та засудженими.

Додатково варто зазначити, що можливість визнання дисциплінарної відповідальності засуджених обмеженнями права свідчить і практика ЄСПЛ. Як вказує Ж. Фалкса, практика Євросуду не передбачає застосування статті 6 Конвенції та гарантій справедливого процесу, які передбачені нею, до дисциплінарних процедур у в'язниці. Виняток становлять тільки випадки втручання в певне громадянське право (його обмеження). У такому разі стаття 6 застосовуватиметься, але тільки її параграф 1 у цивільному аспекті (*le volet civil*), інші ж важливі гарантії притаманні справедливому процесу кримінального аспекту (*volet pénal*) не застосовується. Разом з тим у майбутньому можна примарно передбачати (*entrevoir*) застосування гарантій, передбачених і іншими частинами цієї статті<sup>240</sup>.

На нашу думку, застосування дисциплінарної відповідальності здебільшого означатиме застосування обмеження права. При цьому обмежен-

---

<sup>238</sup> Наприклад, такий підхід закріплено у французькому пенітенціарному праві. КПК цієї країни (статті з R.57-7-1 — R.57-7-3) передбачає класифікацію дисциплінарних правопорушень на три категорії: першого, другого та третього рівня. Ця відмінність впливає на різницю процедур та санкцій, які можуть бути застосовані. Наприклад, поміщення в дисциплінарний ізолятор у разі скоєння порушення першого ступеня може тривати до 30 днів, другого та третього ступеня — чотирнадцять та сім днів відповідно.

<sup>239</sup> *Enderlin S. Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés. Thèse. — Paris: Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008. — P. 251.*

<sup>240</sup> *Falxa J. Le droit disciplinaire pénitentiaire: une approche européenne. Analyse des systèmes anglo-gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme. Thèse. — Pau: Université de Pau et des pays de l'Adour, 2014. — P. 652.*

ня права може вже існувати (заборона курити в камері, заборона вживати нецензурні вирази), але його практичний вираз полягатиме саме в застосуванні відповідальності. Тому на додаток до застосування гарантій статті 6 Конвенції (цивільного аспекту) логічним є застосування гарантій лімітативних клаузул Конвенції.

Наприклад, поміщення до дисциплінарного ізолятора через порушення заборони виражатись нецензурною лайкою вимагає встановлення того, чи буде таке обмеження обґрунтованим у світлі статті 6 Конвенції та статті 10 (свобода вираження поглядів). Практика ЄСПЛ підтверджує підхід, у відповідності до якого застосування дисциплінарної відповідальності до засуджених розглядається ним як форма обмеження права<sup>241</sup>. У рішенні по справі «Буглов проти України» Суд вказав на надмірність обмеження у вигляді поміщення до дисциплінарного ізолятора на 10 днів за незначне порушення режиму<sup>242</sup>. У рішенні по справі «Шаханов та Пальфрідман проти Болгарії» Суд прямо вказав, що застосування дисциплінарного стягнення як наслідок скарг засуджених «становило «втручання (interference) у право заявників на свободу вираження поглядів»<sup>243</sup>.

Таким чином, аналіз правообмежень у нерозривному зв'язку із дисциплінарною відповідальністю є дуже важливою методологічною основою. Усе це зосереджує нас на тому, що розробка тематики сутності правообмеження засуджених має велике значення для дослідження питання дисциплінарної відповідальності. Від рівня зрозумілості підстав застосування цієї відповідальності залежать й теоретичні основи правових обмежень.

Обмеження права може здійснюватись як у формі заборони вчинення певних дій, так і шляхом застосування відповідальності за такі дії. Перший випадок свідчить про нормативне обмеження (заборона в законодавстві), а другий про правозастосовне обмеження (застосування відповідальності). Водночас застосування відповідальності здійснюється у відповідності до закону, що також може визнаватись нормативним обмеженням (встановлення відповідальності в законі). Таким чином, форми прояву цих двох типів обмежень відрізняються.

У цьому контексті обмеження у вигляді застосування відповідальності можна розглядати як такі, що мають як ретроспективний, так і перспективний характер. Їх розриває Е. Хайнз: якщо особа вчиняє певні заборонені дії, а пізніше покарана за це — то має місце обмеження; так само

---

<sup>241</sup> *Shahanov and Palfreeman v. Bulgaria* § 54 (nos. 35365/12 and 69125/12, 21.07.2016), *Marin Kostov v. Bulgaria* § 42 (no. 13801/07, 24.10.2012), *Yankov v. Bulgaria* § 126 (no. 39084/97, 11.12.2003), *Puzinas v. Lithuania* (no. 2) § 30 (no. 63767/00, 09.01.2007).

<sup>242</sup> *Buglov v. Ukraine* § 138 (no. 28825/02, 10.07.2014).

<sup>243</sup> *Shahanov and Palfreeman v. Bulgaria* § 54.

має місце обмеження і в тому разі, коли суб'єкт утримується від вчинення дії через можливість застосування покарання<sup>244</sup>.

### 1.2.2. Форми правозастосовних обмежень

Вище нами було продемонстровано здебільшого форми правообмежень у законодавстві. Однак до засуджених можуть застосовуватись і так звані правозастосовні обмеження<sup>245</sup>. Правозастосовні обмеження полягають у звуженні змісту та обсягу існуючих прав в'язнів шляхом використання пенітенціарною адміністрацією своєї дискреції. Дискреція має місце там, де право в'язня залежить від адміністрації<sup>246</sup>. Таким чином адміністрація, вирішуючи чи застосувати своє дискреційне повноваження обмежити право чи ні, вирішує питання встановлення правозастосовного обмеження.

Форми правозастосовного обмеження залежать від форм дискреційних повноважень, які надаються в'язничним співробітникам. Наприклад, право ознайомлюватись зі змістом кореспонденції може належати до дискреції адміністрації. Такий перегляд буде обмеженням права. Притягнення засудженого до дисциплінарної відповідальності також можна вважати обмеженням права, при чому таке застосування може бути обґрунтованим чи ні. Обґрунтованість обмеження залежатиме від того, чи було ініціювання та процедура притягнення до відповідальності обґрунтованими, а також, чи було співмірним стягнення.

Правозастосовні обмеження можуть полягати і в певних діях, які вчиняються всупереч законодавчим обмеженням. Наприклад, якщо особа у відповідності до закону має право на телефонні розмови з певною частотою, то заборона здійснення телефонних дзвінків буде обмеженням права. Або ж, наприклад, заборона володіти певними книгами за відсутності відповідних законодавчих підстав буде формою обмеження права. Тобто застосування обмежень за відсутності належної законодавчої бази все одно буде вважатись обмеженням права. В залежності від того, чи було обмеження законним, можна стверджувати про обґрунтовані та необґрунтовані обмеження.

Можна простежити певну схожість між формами нормативних та правозастосовних обмежень прав. Як закріплення відповідальності,

---

<sup>244</sup> *Heinze E.* The Logic of Constitutional Rights. — Surrey : Ashgate Publishing Company, 2005. — P. 20.

<sup>245</sup> Див. підрозділ 1.3.1 «Класифікація в залежності від наявності дискреції щодо застосування».

<sup>246</sup> *Guastadini C.* Droit pénal et droits de l'Homme. La dignité en prison : genèse et avènement. — Paris: Editions Buenos Books International, 2010. — P. 68.

так і закріплення заборони чи інших зазначених вище форм нормативних обмежень можна також розглядати не тільки як форми нормативних обмежень, а і як форми правозастосовних обмежень. При цьому застосування статичного та динамічного підходів до встановлення обмеження<sup>247</sup> є цілком підходящими і для правозастосовних обмежень.

Наприклад, динамічний метод застосовуватиметься шляхом порівняння звичних можливостей засудженого із статусом засудженого після застосування адміністрацією своєї дискреції.

Статичний метод можна застосувати шляхом порівняння можливостей засудженого після застосування адміністрацією своєї дискреції щодо встановлення обмежень із тими можливостями, які мають вільні особи. Статичний метод тут стає в нагоді в тому сенсі, що порівняння статусів ув'язненої та вільної особи відбувається не *de jure*, а *de facto*. Враховується не номінальна відмінність між правовими статусами в'язнів та вільних осіб, якими вони мають бути у відповідності до закону, а реальне становище, в якому опиняється в'язень унаслідок застосування до нього дискреції пенітенціарною адміністрацією, із правовим статусом вільних осіб на практиці. Це дозволяє не упустити з уваги незаконних обмежень.

Тема правозастосовних обмежень є не менш важливою, ніж тема нормативних обмежень. Більшість необґрунтованих обмежень прав встановлюється саме внаслідок їх застосування пенітенціарною адміністрацією, іноді всупереч закону, але частіше в рамках наданої законом дискреції. Однак це не означає, наприклад, що застосування обмеження на підставі закону буде пропорційним у відповідності до Конвенції. Як наслідок, застосування обмеження, навіть якщо воно здійснюється на підставі норм національного закону, може бути необґрунтованим.

Ілюстративним вираженням застосування правозастосовних обмежень є притягнення до дисциплінарної відповідальності. Необхідно відрізнити дві ситуації:

- а) коли притягнення відбувається на підставі норм права. Тоді існує нормативне обмеження (заборона, обов'язок у законі), яке імплементується правозастосовним обмеженням (притягнення до відповідальності));
- б) коли притягнення до відповідальності є незаконним через відсутність підстави або через притягнення до непередбаченої (чи надмірної) відповідальності. У останньому випадку йдеться про обмеження права, однак це обмеження не буде визнано обґрунтованим, адже однією із обов'язкових ознак обґрунтованості обмеження є застосування на підставі норм права. Необґрунтованість обмеження права означатиме порушення цього права.

---

<sup>247</sup> Див. вище.

## Висновок до розділу 1.2

Є два логічних прийоми встановлення застосування обмеження до в'язня:

- 1) порівняння можливостей засудженого «до» та «після» застосування заходу, обмежувальний характер якого встановлюється (динамічний підхід). Таким заходом можуть бути, наприклад, зміни до законодавства;
- 2) порівняння статусу засудженого із загальним правовим статусом вільних осіб (статичний підхід). При цьому може йтися як про порівняння можливостей особи по обидві сторони ґратів *de jure* (нормативні обмеження), так і *de facto* (правозастосовні обмеження).

Нами виділено такі форми нормативних обмежень прав (тих, що об'єктивуються в законодавстві):

- 1) **позбавлення суб'єктивного права.** Позбавлення права є фактично обмеження права аж «до нуля». Тобто воно є максимально можливим обмеженням права;
- 2) **заборона.** Заборона як обмеження проявляється в разі застосування статичного підходу, а саме порівняння того, що заборонено вільним громадянам і засудженим. Якщо для засуджених існує заборона, а для вільних громадян ні, то така заборона буде обмеженням права. Так само в разі застосування динамічного підходу, обмеження права матиме місце тоді, коли після прийняття нормативного акта з'являється нова заборона, або заборона більшого обсягу. Обмеження може мати прояв і тоді, коли одна заборона замінюється іншою, якщо остання є більш суворою, аніж попередня;
- 3) **обов'язок.** Будь-яке встановлення обов'язку засуджених, який накладається на них, оскільки вони володіють цим спеціальним правовим статусом, є правовим обмеженням. Унаслідок встановлення обов'язку завжди обмежується те чи інше суб'єктивне право. Обов'язок тісно пов'язаний із заборонаю. При цьому пасивний обов'язок є класичним прикладом внутрішньо притаманної заборони (особа зобов'язана не вчиняти певних дій). Активний же обов'язок можна трактувати як заборону невчинення особою певних дій;
- 4) **специфічні суб'єктивні права.** Існує дискусія щодо можливості визнання специфічних прав обмеженнями. З огляду на це відповідь на це питання ми даємо в залежності від того, про спеціальне право якого характеру йдеться. Ми пропонуємо поділ специфічних прав на специфічні залишкові та специфічні додаткові. Специфічні залишкові права завжди будуть обмеженнями, адже вони є «урізаною» чи «зменшеною копією» права вільних грома-

дян. Наприклад, право вільно розпоряджатись своїм часом є урізанним, засуджені мають тільки специфічне право — користуватись своїм часом у відповідності до розпорядку дня, у відповідності до якого в них є певний вільний час. Специфічне ж додаткове право навряд чи можна розглядати як обмеження. Наприклад, право на отримання харчування, житла та одягу є юридично гарантованим у в'язничному контексті навіть у разі відсутності коштів. Такого права у вільних громадян немає, хоча окремі їх категорії і можуть мати певну допомогу такого роду від держави. Однак залежно від типу правового регулювання (дозволено все, що не заборонено чи навпаки) та обраного способу аналізу (динамічний та статичний) цей висновок може змінюватися. Поділ специфічних прав на залишкові та додаткові залежить від суттєвості зв'язку специфічного права засудженого із певним специфічним правом вільної особи. Він є доволі умовним та залежить від поглядів на правову природу специфічного права;

- 5) **встановлення специфічної відповідальності.** Стосовно засуджених така відповідальність у «чистому вигляді», як правило, не зустрічається. Здебільшого засуджені несуть відповідальність за дії, які є правомірними для вільних громадян лише в тих випадках, коли існує спеціальна заборона або специфічний обов'язок, які самі є формами правових обмежень. Випадків же коли специфічна відповідальність існує без безпосередньо встановленої заборони чи обов'язку у в'язничному законодавстві мало, однак вони існують. Хоча в такому випадку заборона (чи обов'язок) витікає із цієї відповідальності. У будь-якому разі встановлення відповідальності за діяння, за які для вільних громадян відповідальності немає, варто розглядати як обмеження. Так само варто розглядати обмеженням застосування за певні діяння більш суворої відповідальності, ніж для вільних осіб. Обмеженням може вважатись і дисциплінарна відповідальність. Її підстави та характеристики допомагають встановлювати наявність правообмежень.

Указані форми обмежень стосуються і правозастосовних обмежень, які полягають у звуженні змісту та обсягу існуючих прав в'язнів шляхом використання пенітенціарною адміністрацією своєї дискреції. Таке обмеження може бути як законним, так і незаконним. Окреслені п'ять форм нормативних обмежень підходять для правозастосовних обмежень із врахуванням відповідної специфіки. Для встановлення форм правозастосовних обмежень так само, як і для встановлення нормативних форм обмежень, можна застосовувати статичний та динамічний методи. При цьому особливого значення набуває їхнє застосування з урахуванням становища засудженого *de facto*, адже може йтись про незаконні обмеження.

### 1.3. Класифікація обмежень прав

Незважаючи на те, що тема правових обмежень засуджених є однією із серцевинних тем в'язничного права, до сьогоднішнього дня не здійснено їх комплексної класифікації. Щоправда, у радянські часи, фахівці із виправно-трудового права робили відповідні спроби. Найчастіше вони обмежувалися лише якимось одним критерієм поділу. При цьому основна увага фокусувалась не на правообмеженнях як на окремій категорії, що потребує вивчення, а на дискусійних аспектах можливих класифікацій.

Нашим завданням є не лише спробувати відтворити існуючу дискусію радянських авторів, а й висловити власні зауваження та запропонувати нові критерії класифікації. Це надасть можливість всебічно та глибоко дослідити правообмеження засуджених як юридичну категорію, зрозуміти притаманні їм особливості в порівнянні із обмеженнями прав вільних осіб.

Пропонуємо класифікацію обмежень за такими критеріями:

- а) у залежності від наявності дискреції щодо їхнього застосування;
- б) за джерелом походження;
- в) у залежності від вираження кари обмеженням;
- г) у залежності від джерела закріплення;
- д) інші критерії.

#### 1.3.1. Класифікація в залежності від наявності дискреції щодо застосування

У процесі здійснення вивчення юридичної літератури нами було виявлено, що в ній досі не здійснено дуже важливу для розуміння правової природи правообмежень класифікацію — у залежності від наявності дискреції при їх застосуванні. За цим критерієм їх варто поділяти на нормативні (автоматичні) та правозастосовні (факультативні).

На наш подив, таку класифікацію, схоже, не здійснено і в літературі, у якій аналізується практика Європейського суду з прав людини, хоча Суд постійно має справу із обома цими видами обмежень. Запропонована класифікація відштовхується від ідеї, що окремі обмеження закріплені в законодавстві і застосовуються до всіх суб'єктів правовідносин (нормативні або автоматичні), а інші застосовуються на розсуд суб'єкта правозастосування (правозастосовні або факультативні).

Такий розподіл не був здійснений і вітчизняними правниками в інших галузях права, про що свідчать базові дослідження на відповідну тему<sup>248</sup>.

<sup>248</sup> Василенко Д. В. Обмеження окремих прав громадян під час досудового провадження: дис. ... канд. юрид. наук. / Київ. нац. ун-т внутр. справ. — К., 2008; Розгон О. В. Межі та обмеження права власності: Дис... канд. юрид. наук. / Національна юридична академія

Зі змісту цих робіт можна зробити висновок, що часто в них під обмеженнями прав розуміють як нормативний, так і правозастосовний тип. Проте ця відмінність не озвучується та залишається непоміченою. У запропонованих авторами класифікаціях не звертається увага на ці два абсолютно відмінних за своєю природою типи обмежень. Причому у вказаних роботах здебільшого аналізуються саме правозастосовні правообмеження. Іноді виняток становлять роботи у сфері конституційного права<sup>249</sup>.

Відмінність двох видів обмежень полягає в такому. По-перше, нормативні обмеження закріплені в законодавстві в чітко встановленому вигляді, тобто їх зміст є незмінним при застосуванні для врегулювання правових відносин. По-друге, вони автоматично застосовуються в певних, описаних в нормі права випадках, що не допускає дискреції.

На противагу нормативним правозастосовні обмеження не є чітко визначеними в законі і вони застосовуються із урахуванням індивідуалізації. Це означає, що питання застосування правового обмеження не є автоматичним і повністю або частково залишається на розсуд правозастосувача, так само як на його розсуд залишається і розмір, а іноді й вид самого обмеження.

---

Україні ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2005; *Динько О. Ф.* Зміст і гарантії забезпечення реалізації свободи пересування людини та громадянина в Україні : Автореф. дис... канд. юрид. наук. / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2003; *Стрекалов А. Є.* Обмеження основних прав та свобод людини і громадянина як інститут конституційного права України: дис. ... канд. юрид. наук. / Харк. нац. ун-т внутр. справ. — Х., 2010; *Садова Т. В.* Обмеження прав і свобод у кримінальному судочинстві України та держав англо-американської правової системи в контексті міжнародних стандартів : монографія; за ред. доц. С. М. Смокова. — Івано-Франківськ : Надвірнянська друкарня, 2011; *Осинська О. В.* Обмеження прав і свобод людини: теоретико-прикладні аспекти: дис. ... канд. юрид. наук / НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2010; *Назаров В. В.* Конституційні права людини та їх обмеження у кримінальному процесі України: монографія. — Х.: Золота миля, 2009; *Назаров В. В.* Обмеження конституційних прав людини в кримінальному провадженні: автореф. дис... д-ра юрид. наук. / Дніпропетровський держ. ун-т внутрішніх справ. — Д., 2009; *Колінко Я. А.* Надзвичайний стан як особливий державно-правовий режим: конституційно-правовий аспект: автореферат... канд. юридичних наук. — Х.: Нац. ун-т «Юридична акад. Укр. ім. Я. Мудрого», 2011; *Самотуга А. В.* Правомірне обмеження конституційних прав і свобод людини й громадянина: сучасний стан досліджень проблеми // Право і суспільство. — 2010. — № 6. — С. 72–76; *Нестеренко О. В.* Право на доступ до інформації в Україні: конституційно-правовий аспект: дис... канд. юрид. наук: 12.00.02; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Х., 2008.

<sup>249</sup> У окремих з них різниця правової природи нормативних та правозастосовних обмежень із закономірністю змушує виділяти нормативні обмеження та обмеження, які застосовуються за рішенням суду. Останні, які по суті є видом правозастосовних обмежень, називають ще індивідуальними (див. напр.: *Андрієвська О. В.* Формальні підстави обмеження прав і свобод людини і громадянина в Україні // Право і суспільство. — 2016. — № 1. — С. 3–7) або конкретними обмеженнями (*Peces-Barba G.* Théorie générale des droits fondamentaux. Traduction de Ilié Antonio Pelé, présentation de Samir Naïr, Préface d'André-Jean Arnaud. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004. — P. 428). Тим не менш чіткої артикуляції класифікації типів правообмежень у них не здійснюється.



Прикладом першого типу обмежень є заборона засудженим до позбавлення волі вживати спиртні напої, наркотичні засоби, психотропні речовини або їх аналоги чи інші одурманюючі засоби (ч. 4 ст. 107 КВК). Ця норма не допускає ніякої дискреції в'язничної адміністрації. Прикладом другого типу є поміщення засудженого до дисциплінарного ізолятора, що застосовується за порушення встановленого порядку відбування покарання та тягне за собою цілу низку різних обмежень (заборона побачень, придбання продуктів харчування, одержання посилок та ін.). Крім того, поміщення до ізолятора само по собі є додатковим обмеженням свободи пересування, тобто є певною «надбавкою» до обмеження у праві на свободу пересування. Виходить, що можливість застосування всього цього комплексу правообмежень залежить від дискреційних повноважень адміністрації установи виконання покарань.

Указані відмінності не означають, що застосування факультативних обмежень здійснюється без нормативних підстав. Як і будь-яке правозастосовне обмеження воно має бути обґрунтованим та базуватись на встановлених законодавством підставах. Якщо ж таке обмеження застосовується не у відповідності до закону, то воно є необґрунтованим.

Іншим прикладом факультативного правового обмеження може бути застосування правила п. 25.5 ПВР установ виконання покарань, де вказується, що в разі відсутності начальника установи виконання покарань у термінових випадках, коли іншими заходами попередити злочин або грубе порушення неможливо, засуджені можуть бути поміщені в ДІЗО або в карцер до прибуття начальника установи або особи, яка виконує його обов'язки, але не більше ніж на 48 годин. У деяких країнах, ще одним прикладом може бути також вибірковий перегляд кореспонденції, який може здійснюватись лише у визначених випадках обґрунтованої підозри щодо загрози безпеці та порядку в установі<sup>250</sup>.

Здебільшого вказані види обмежень не існують у чистому вигляді і містять у своєму змісті елементи протилежного їм типу обмежень. Нормативні обмеження можуть допускати певний ступінь дискреції, а правозастосовні обмеження можуть певні наперед визначені межі.

Наприклад, такі правозастосовні обмеження, як поміщення до дисциплінарного ізолятора, можливі строком до 14 днів, гамівну сорочку може бути застосовано до заспокоєння засудженого, який проявляє буйство, але не довше двох годин (п. 20.4 ПВР). Тобто розмір та можливість застосування цих обмежень має свої ліміти, що також установлюються в законодавстві.

У свою чергу, окремі автоматичні правообмеження можуть переплітатись із правозастосовними. Наприклад, ст. 114 КВК України закріплює

<sup>250</sup> В Україні до цих пір діє обов'язкова система перегляду (а фактично цензури) вхідної та вихідної письмової кореспонденції засуджених (ст. 113 КВК).

безумовне право засуджених на отримання та відправлення грошових переказів тільки родичам, проте лише з дозволу адміністрації колонії може бути дозволено отримання та відправлення переказів й іншим особам. Це означає, що за загальним правилом існує заборона на відправлення чи отримання переказів усім, за винятком родичів, особам, яка, однак, може бути скасована стосовно окремої особи на розсуд адміністрації колонії.

З іншого боку, іноді суб'єкт правозастосування обмежений у зменшенні розміру існуючих правообмежень, як це у випадку із таким заходом заохочення, як надання додаткового короткострокового або тривалого побачення, адже може бути надано лише один раз на рік (ч. 4 ст. 131 КВК).

### **Висновок до підрозділу 1.3.1**

Поділ обмежень на нормативні та правозастосовні залежить від того, чи має орган державної влади дискрецію з застосування обмеження, чи таке обмеження здійснюється автоматично. Нормативні обмеження вказують на конкретний зміст та обсяг обмеження, яке підлягає застосуванню (наприклад, встановлення заборони вживати спиртні напої) та виключає можливість їх зміни правозастосувачем. Правозастосовні ж обмеження застосовуються в'язничним співробітниками на власний розсуд у відповідності до закону (визначення тривалості поміщення в дисциплінарний ізолятор) або і всупереч йому (поміщення до дисциплінарного ізолятора за відсутності достатніх підстав).

### **1.3.2. Класифікація за джерелом походження обмеження. Правообмеження, що обумовлені ізоляцією**

У залежності від джерела походження обмежень слід розрізняти:

- а) юридичні правообмеження;
- б) фактичні правообмеження (що обумовлені фактом ізоляції особи).

Юридичні обмеження закріплюються в законі. Вони об'єктивуються у одній із вищезазначених форм обмежень прав.

Фактичні ж обмеження не закріплюються в законі<sup>251</sup>. Вони є «об'єктивно існуючими», навіть якщо вони не закріплені в законі. Ці обмеження ще називають такими, що обумовлені ізоляцією, об'єктивними або ж неминучими в ув'язненні. Розуміння правової природи цих обмежень безпосередньо стосується правового статусу засуджених, обсягу кари, що до них застосовується.

---

<sup>251</sup> Це не означає, що згадка про допустимість фактичних обмежень не може закріплюватись у законі. У такому разі роль фактичних обмежень стає більшою, аніж коли вони визнаються на доктринальному рівні.

Вітчизняна доктрина кримінально-виконавчого права по сьогодні не містить напрацьованих теоретичних положень, які могли б бути використані для пояснення ізоляції саме як джерела правообмежень. Натомість ідея обмежень, обумовлених ізоляцією, сприймається виключно позитивно і вважається стандартом, який допомагає захисту прав засуджених. Таке сприйняття побутує не тільки в Україні, а й за кордоном та на міжнародному рівні.

Проте на сьогодні складно знайти відповідь на питання, як розуміти «неминучість» обмежень прав у зв'язку з ізоляцією і те, які права дійсно не можуть бути реалізовані за стінами кримінально-виконавчих установ, а які можуть. Так само не простежуються в літературі і міркування щодо змінюваності розуміння правообмежувального потенціалу ізоляції в залежності від історичних та політичних умов.

Щоб наочно пояснити, у чому полягає ідея фактичних правообмежень, можна навести згаданий раніше приклад із будинком. Засуджений, який знаходиться в кримінально-виконавчій установі, має на праві приватної власності будинок. Він може розпоряджатись ним шляхом продажу, дарування, міни, однак об'єктивно він не може ним користуватись — йому заважає знаходження в ув'язненні за тюремними стінами. Це означає втрату однієї із правомочностей, які входять до змісту права власності (володіння, розпорядження та користування), а саме можливість користування власною річчю. Тому має місце обмеження права, адже, як вказувалось, втрата навіть однієї з правомочностей має розглядатися як обмеження права.

На противагу цьому прикладу можна привести право користуватись автомобілем, яке, на перший погляд, могло б впливати з ув'язнення. Однак це обмеження є юридичним, адже засудженим забороняється зберігання і використання пересувних засобів (Додаток 6 до ПВП установ виконання покарань).

Своєрідність фактичних правообмежень засуджених полягає в тому, що вони на відміну від їхньої протилежності — юридичних правообмежень, не знаходять безпосереднього закріплення в законі. Засуджений позбавляється тих чи інших благ, обмежується в правах, проте це не знаходить свого безпосереднього закріплення в законі. Наприклад, у жодній правовій нормі не вказується, що засудженому, який відбуває покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк, заборонено користуватись власним житлом, проте це впливає із заборони залишати колонію (ч. 4 ст. 107 КВК), тобто із обмеження свободи пересування, ізоляції.

Ідея фактичних обмежень є орієнтиром міжнародних стандартів щодо меж здійснення прав в'язнів<sup>252</sup>. Незважаючи на те, що вона виник-

<sup>252</sup> Coyle A. The Treatment of Prisoners: International Standards and Case Law // Legal and Criminological Psychology. — 2008. — No. 13. — P. 219.

ла ще в середині ХХ ст., чи не перше її юридичне закріплення мало місце в Основних принципах поводження із ув'язненими (затверджені Резолюцією 45/111 Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 14 грудня 1990 року), де в п. 5 вказується, що за винятком тих обмежень, необхідність яких обумовлена самим фактом ув'язнення у в'язницю (курсив авт.), усі ув'язнені користуються правами людини і фундаментальними свободами, закріпленими в Загальній декларації прав людини, Міжнародному пакті про економічні, соціальні та культурні права, Міжнародному пакті про громадянські й політичні права та Факультативному протоколі до них, а також іншими правами, які викладені в інших пактах Організації Об'єднаних Націй.

Ця ідея мала досить популярний характер, підтвердженням чого є те, що пізніше вона навіть розглядалась Комітетом ООН з прав людини як складова змісту ч. 1 ст. 10 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, яка передбачає, що: всі особи, позбавлені волі, мають право на гуманне поводження і поважання гідності, властивої людській особі. Про це свідчить п. 3 Загального коментаря статті 10 Пакту, який був розроблений Комітетом ООН з прав людини, в якому зазначено: «особи, які позбавлені волі, не можуть бути суб'єктом поводження або обмежень інших, ніж результат обмеження (або позбавлення. — прим. авт.) їхньої волі», а також: «особи, позбавлені волі, користуються всіма правами, які встановлені в Пакті, вони є суб'єктами лише тих обмежень, які неминучі в закритому середовищі»<sup>253</sup>.

Таким чином була сформульована засада, яка полягала в презумпції користування засудженими всіма правами, що й інші громадяни, за винятком обмежень, які впливають із факту ув'язнення або, іншими словами, ізоляції. Разом з тим це означало не тільки вкорінення ідеї фактичних правообмежень, а й встановлення вимоги до всіх існуючих юридичних правообмежень, тобто тих, які закріплені в законодавстві. А саме, на нашу думку, ця вимога полягає і в тому, що всі правообмеження, яким підлягають засуджені, повинні бути співставлені з неминучістю їх походження від ізоляції або, якщо користуватись формулюванням авторів Загального коментаря, їх «неминучістю в закритому середовищі». Відповідно, якщо певне юридичне обмеження не пов'язано із фактом ув'язнення, воно не повинно було визнаватись обґрунтованим.

Варто зауважити, що ідея фактичних обмежень доповнюється шляхом вказівки на допустимість обмежень з метою безпеки та порядку, а не

<sup>253</sup> General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Art. 10): 10.04.1992. CCPR General Comment No. 21. (General Comments) Forty-fourth session, 1992 //

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f4731&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f4731&Lang=en) (останній доступ 26.07. 2016).

тільки тих, які неминучі в ув'язненні. Хоча можна задаватись питанням, чи можна під обмеженнями, які встановлюються з метою безпеки, розуміти й такі обмеження, що є неминучими в закритому середовищі, адже закрите середовище вимагає умови безпеки. Ми вважаємо, що це є іншим аспектом «обумовленості» обмежень поміщенням в пенітенціарну установу. Ця «обумовленість» витікає не тільки з обмеження пересування, а і з необхідності впорядкування співжиття в такій установі, що неминуче тягне обмеження певних прав.

Ідея неминучих обмежень торкнулася і практики Конвенції Ради Європи. На початку її застосування аргумент обмежень, неминучих в ізоляції, застосовувався для обґрунтування позбавлення засуджених захисту Конвенцією<sup>254</sup>.

Окремі з дослідників Конвенції та практики Суду вважають, що, незважаючи на закріплення в Конвенції вичерпного переліку підстав для обмежень прав, що містяться в ній (наприклад, запобігання безладу або злочинів, захист здоров'я чи моралі), допускаються також окремі обмеження, які є «неминучими наслідками ув'язнення». При цьому вказується, що тим не менш держава повинна обґрунтувати необхідність і пропорційність таких обмежень, а також чітко закріпити їх у національному праві<sup>255</sup>.

Важливо підкреслити цей розвиток ідеї фактичних обмежень — визнаючи можливість застосування правообмежень як наслідків ув'язнення (факту ізоляції), вказується на необхідність їх обґрунтування. Тобто будь-яке фактичне обмеження має бути співвіднесено із обґрунтованими допустимими цілями, закріпленими в Конвенції.

Європейський суд з прав людини в багатьох своїх рішеннях вказує на так звані обмеження, що неминучі у зв'язку з самим позбавленням волі, під чим по суті розуміються ті ж самі обмеження, що пов'язані з фактом ізоляції. Наприклад, у п. 27 рішення у справі Діксон проти Сполученого Королівства Суд вказав, що «захід у вигляді позбавлення волі за дефініцією здійснює вплив на звичайні вигоди волі і неминуче тягне обмеження і контроль здійснення прав, передбачених Конвенцією»<sup>256</sup>. У рішенні Великої Палати в цій же справі у п. 68 Суд зазначив: «Особа, знаходячись в ув'язненні, зберігає її Конвенційні права, при чому кожне обмеження цих прав повинно бути обґрунтоване в кожній конкретній

---

<sup>254</sup> Детальніше див. підрозділ 2.2.1.1.1 «Доктрина неминучих в ув'язненні обмежень та специфіка стандарту обмежень прав в'язнів».

<sup>255</sup> *Fitzgerald E. Case Law Under the European Convention of Human Rights Human Rights // The Professional Training of Prison Officials: Proceedings, Seminar, Strasbourg, 7–9 July 1993, Human Rights Information Centre. Orientation Committee. — Strasbourg: Council of Europe, 1995. — P. 10.*

<sup>256</sup> *Dickson v. the United Kingdom* (no. 44362/04, 18.04.2006).

справі. [...] Це обмеження може витікати, *inter alia*, із необхідності і неминучості наслідків ув'язнення»<sup>257</sup>.

У п. 2 коментаря Європейських в'язничних правил, який був розроблений Комітетом Міністрів Ради Європи, зазначається, що позбавлення волі не означає, що засуджені автоматично позбавляються своїх політичних, цивільних, соціальних, економічних і культурних прав<sup>258</sup>. Неминучим є те, що права засуджених обмежені втратою ними свободи, але таких обмежень повинно бути якомога менше<sup>259</sup>.

Зі схожими питаннями мали справу й вітчизняні фахівці. У 1960 році автори навчального посібника з радянського виправно-трудового права вказували, що позбавлення волі надає деяких «специфічних особливостей до фактичного здійснення ув'язненими обов'язків і прав»<sup>260</sup>. Розвиток ця теза отримала у твердженні, що засуджені в силу факту позбавлення волі позбавлені можливості користуватися тими чи іншими правами<sup>261</sup>.

О. О. Беляєв дещо видозмінював цю ідею і вказував, що: «Володіючи правами і обов'язками громадян СРСР, засуджені обмежуються в користуванні ними», наводячи як приклад те, що засуджений не в стані здійснювати право свободи зборів і демонстрацій, бути повіреним (за цивільно-правовим договором. — прим. авт.)<sup>262</sup>. О. С. Іоффе, досліджуючи цивільно-правовий статус засуджених та питання реалізації ними цивільних прав, вказував, що межі безпосереднього впливу позбавлення волі точно виражені в самому понятті позбавлення волі, яке охоплює собою свободу пересування, поселення і т. д., яка входить у зміст цивільної правоздатності. Навпаки, рамки опосередкованого впливу в самому за-

<sup>257</sup> *Dickson v. the United Kingdom* (GC) (no. 44362/04, 04.12.2007).

<sup>258</sup> Commentary to Recommendation REC (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules // <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/E%20commentary%20to%20the%20EP R.pdf> (останній доступ 20.06.2016)

<sup>259</sup> Ibid.

<sup>260</sup> Советское исправительно-трудовое право: учебник. — М.: Госюриздат, 1960. — С. 109.

<sup>261</sup> Советское исправительно-трудовое право: учебник. — М.: Госюриздат, 1960. — С. 109–110; *Ширвиндт Е. Г., Утевский Б. С.* Советское исправительно-трудовое право. — М., 1957. — С. 83–84; *Рагулин Г. И.* Правовое положение заключенных в исправительно-трудовых учреждениях. Учебное пособие. — М., 1958. — С. 7. У літературі також з'являлись дещо своєрідні думки щодо природи фактичних обмежень. Їх називали також правообмеження, які переносять громадянин «в силу відбування покарання», частина яких, у свою чергу, мала своїм походженням факт ізоляції (*Наташев А. Е., Стручков Н. А.* Основы теории исправительно-трудового права. — М., 1967. — С. 19).

<sup>262</sup> *Беляев А. А.* Правовое положение осужденных к лишению свободы. — Горький: Горьковская высшая школа МВД СССР, 1976. — С. 14.

коні не визначені<sup>265</sup>. І. В. Упоров вважав, що з особистих немайнових прав стосовно засуджених, які тримаються у виправних установах, у повній мірі зберігаються, зокрема, право на життя, на вибір своєї національної належності, право на свободу совісті та слова, літературної творчості. Інші особисті права, на його думку, певним чином обмежуються, що є наслідком реалізації покарання у вигляді позбавлення волі, яке передбачає перебування засудженого в ізольованій виправній установі<sup>264</sup>.

Наведена ідея піддавалась критиці з боку видатного радянського спеціаліста в галузі виправно-трудового права М. О. Стручкова, який вказував, що такі концепції призводять до того, що не обсяг прав і обов'язків засудженого впливає на правовий стан, у якому він опинився, а факт позбавлення волі. Він іронічно зауважував з цього приводу: «Неможливість засудженого жити у своєму будинку пов'язана не з тим, що його не пускає додому адміністрація колонії, а з тим, що в нього є обов'язок постійно знаходитися в колонії або тюрмі»<sup>265</sup>.

Схожу з позицією, яка критикувалась М. О. Стручковим, займав також І. В. Шмаров. Він писав: «позбавлення громадянина одного із основних суб'єктивних прав — свободи — тягне за собою обмеження сукупності найбільш значимих для неї соціальних цінностей і благ — свободи пересування, свободи спілкування, соціальних зв'язків, можливостей розпоряджатись багатьма важливими для неї суб'єктивними правами. Тому ізоляцію від суспільства необхідно розглядати як комплекс правообмежень, оскільки позбавлення або звуження об'єму прав обумовлено саме ізоляцією»<sup>266</sup>. Вважалося, що ізоляція включала в себе цілий комплекс обмежень політичних, соціально-економічних і особистих прав осіб, які позбавлені волі<sup>267</sup>.

У свою чергу, ця позиція також була серйозно розкритикована, але вже В. І. Селіверстовим у відомій серед вітчизняних фахівців праці «Тео-

---

<sup>265</sup> *Иоффе О. С.* Гражданско-правовое положение заключенных в исправительно-трудо-вых учреждениях. — М., 1959. — С. 14. Ідеться ні про що інше, як про фактичні право-обмеження (прим. авт.).

<sup>264</sup> *Меретуков Г. М., Упоров И. В., Кашиода В. В.* Конституционные права осужденных к лишению свободы. — Краснодар, 2001. — С. 137.

<sup>265</sup> *Стручков Н. А.* Курс исправительно-трудового права. Проблемы общей части. — М.: Юрид. лит., 1984. — С. 181–182; *Наташев А. Е., Стручков Н. А.* Основы теории исправительно-трудового права. — М., 1967. — С. 121.

<sup>266</sup> Уголовно-исполнительное право. Учебник / Под ред. проф. И. В. Шмарова. — М.: Издательство БЕК, 1996. — С. 76.

<sup>267</sup> Советское исправительно-трудоное право. Общая часть: Учебник для слушателей вузов МВД СССР / *Артамонов В. П., Васильев А. И., Мелентьев М. П., Наташев А. Е.*, и др.; Под ред.: Мелентьев М. П., Стручков Н. А., Шмаров И. В. — Рязань: Изд-во РВШ МВД СССР, 1987. — С. 252.

ретичні проблеми правового положення осіб, які відбувають покарання». У ній одним із завдань дослідження він вказав необхідність вирішення існуючих сумнівів в розумінні ізоляції як універсальної заборони, що породжує цілий комплекс обмежень прав засуджених. Підставою для такої постановки питання, з-поміж інших чинників, на думку автора, було те, що законодавець у той час поступово відмовлявся від ізоляції як джерела фактичних обмежень прав засуджених громадян, переводячи їх в розряд правових<sup>268</sup>.

Дослідник влучно зауважував, що вибір ізоляції від суспільства як загального правообмеження є невдалим, адже зміст ізоляції в кримінальному, і виправно-трудоному законодавстві не є визначеним, він досить різноманітно тлумачиться в науці. При наявному різноманітті поглядів на ізоляцію важко визначитись у його понятті. Ізоляція, незважаючи на те, що закріплена як одна із вимог режиму виправно-трудоустанов, більше існує як науково-теоретичне, а не як правове явище. Тому підтримання позиції, що ізоляція є джерелом фактичних правообмежень, є однією із умов порушення законності як у правозастосуванні, так і в правотворчій діяльності<sup>269</sup>. Це впливає, на думку науковця, з того, що у зв'язку із невизначеністю явища ізоляції воно не може бути джерелом правообмежень, адже це не дає можливості визначити вичерпний перелік правообмежень для засуджених до позбавлення волі, що за його словами, «по суті означає розмивання їх правового статусу».

Крім того, орієнтація на правообмеження, які не визначені законом (які впливають із факту ізоляції. — прим. авт.) допускає можливість перевищення повноважень тюремним відомством<sup>270</sup>. Важко зрозуміти чому, але з часом цим автором його принципова позиція щодо «шкідливості» ідеї фактичних правообмежень і необхідності юридизувати обмеження (шляхом вказівки на юридичне походження обмежень, а не на «фактичне») була змінена на протилежну, що ізоляцію варто розглядати як комплекс правообмежень і що правообмеження обумовлюються нею, тобто що вона є джерелом фактичних правообмежень<sup>271</sup>.

Питання можливості походження правообмежень від ізоляції розглядалися і Ф. Р. Сундуrowим. Він задавався питанням, чи є ті обмеження, що мають місце у виправно-трудоустановах, генетично притаманними позбавленню волі чи є лише свого роду «прибавкою» до ізоляції від зов-

<sup>268</sup> Селиверстов В. И. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. — М.: Акад. МВД РФ, 1992. — С. 18.

<sup>269</sup> Там само. — С. 114.

<sup>270</sup> Там само. — С. 115.

<sup>271</sup> Уголовно-исполнительное право: Учеб. для юрид. вузов / Под ред. д.ю.н. В. И. Селиверстова. 3-е изд., испр. и доп. — М.: Юриспруденция, 2002. — С. 55.



нішнього світу, як основного елемента цього виду покарання. Автор вказував, що на нього, напевно, однозначно відповісти не можна. Обмеження ряду потреб і прав засудженого є невід'ємним елементом позбавлення волі (право на пересування, вибір місця проживання, вільне спілкування та ін.). Відмова від останніх може викривити сутність і призначення цього виду покарання. Але з іншого боку є такі обмеження, які безпосередньо не характеризують сутність покарання (хоча вони в тій чи іншій мірі визначають обсяг кари)<sup>272</sup>.

О. Л. Ременсон, у свою чергу, вважав, що позбавлення волі полягає не лише у факті ізоляції, а й у позбавленні інших прав<sup>273</sup>. Він хоча й досить стисло, але торкався в одній зі своїх робіт проблеми фактичних обмежень. Це було обумовлено потребами того часу: У ст. 8 тодішніх Основ виправно-трудового законодавства Союзу РСР і союзних республік, яка визначала засади правового положення осіб, які відбувають покарання, була закріплена така категорія, як обмеження, що впливають із режиму відбування покарання. Вказувалось, що «особи, які відбувають покарання у вигляді позбавлення волі ... несуть обов'язки і користуються правами, що встановлені законодавством для громадян СРСР, з обмеженнями, які передбачені законодавством для засуджених, а також, які впливають із вироку суду і режиму, встановленого цими Основами і виправно-трудовами кодексами союзних республік для відбування покарання даного виду». Спроба визначити критерії меж можливого і, ще складніше, необхідного впливу режиму на правове положення засудженого була надто важкою і фактично можна стверджувати, що вирішена вона радянськими теоретиками виправно-трудового права не була. Напевно, саме тому О. Л. Ременсон обійшовся лише переліком можливих критеріїв для визначення таких меж.

Він вказував, що однією зі спроб визначення таких критеріїв, є їх визначення через встановлення в законодавстві норми щодо допустимості фактичних обмежень. Нею могло б стати загальне правило, що під дію обмежень підпадає та частина прав та обов'язків, якими засуджений не може користуватись фактично (таку позицію підтримував, наприклад, І. Ненов<sup>274</sup>). При цьому на противагу їй приводилась згадана вище позиція М. О. Стручкова, що недопустимо, щоб громадянин формально мав якінебудь права, а фактично не міг ними користуватись.

---

<sup>272</sup> Сундуров Ф. Р. Лишение свободы и социально-психологические предпосылки его эффективности. — Казань: Издательство Казанского университета, 1980. — С. 27.

<sup>273</sup> Ременсон А. Л. Некоторые вопросы правового положения осужденных, отбывающих уголовное наказание в виде лишения свободы // Вопросы повышения эффективности борьбы с преступностью. — Томск: Изд-во Томского университета, 1979. — С. 30.

<sup>274</sup> Там само. — С. 31.

Однак О. Л. Ременсон запропонував досить оригінальне вирішення цього питання. Він вказав, що поки можливість фактичних правообмежень передбачена на доктринальному рівні, доти варто підтримувати позицію М. О. Стручкова. Коли ж можливість фактичних правообмежень закріплюється в законодавстві, вони переходять із розряду фактичних до розряду формальних. Як приклад, приводилось положення п. 7 Правил про виправно-трудоі колонії і тюрми Республіки Болгарія, у яких вказувалось, що: «позбавлені волі користуються всіма встановленими законом правами за винятком тих, яких вони позбавлені вироком і тих, які не можуть бути здійснені у зв'язку із позбавленням їх свободи»<sup>275</sup>.

Можна погодитись, що ідея автора про можливість переведення фактичних обмежень в розряд формальних шляхом закріплення відповідної вказівки в законі є, безумовно, логічною. Однак від цього негативні наслідки доктрини фактичних обмежень, про які йтиметься далі, матимуть додаткову причину статися — узаконення ледь не безмежної дискреції.

Ідея про фактичні правообмеження глибоко вкорінена не тільки у вітчизняній та зарубіжній доктрині кримінально-виконавчого права, а й у інших галузях права, в яких досліджується правовий статус засуджених (переважно цивільного)<sup>276</sup>.

Так, В. В. Рыбаков, досліджуючи цивільно-правовий статус засуджених, приділяє основну увагу саме факту ізоляції як ключовій підставі опосередкованих правообмежень цивільних прав засуджених. Він вказує на випадки, коли закон не передбачає ніяких винятків із правового статусу засуджених, однак вони існують з огляду на факт ізоляції від суспільства (наприклад, право власності та інші речові права)<sup>277</sup>. Разом з тим відзначаючи, що ні цивільне, ні кримінально-виконавче законодавство прямо не передбачає яких-небудь винятків із загальних підстав для набуття права власності, він водночас припускає опосередковані обмеження в можливостях набуття цього права. Вони виникають у силу заборон і обмежень, які встановлені кримінально-виконавчим законодавством для забезпечення режиму відбування покарання. Напевно, саме така логіка дала під-

---

<sup>275</sup> Ременсон А. Л. Некоторые вопросы правового положения осужденных, отбывающих уголовное наказание в виде лишения свободы // Вопросы повышения эффективности борьбы с преступностью. — Томск: Изд-во Томского университета, 1979. — С. 30.

<sup>276</sup> Рыбаков В. В. Имущественные права лиц, осужденных к лишению свободы: автореферат дисс... канд. юрид. наук. — М., 2006; Ельчанинова О. В. Гражданско-правовое положение лиц, осужденных к лишению свободы: Автореф. дисс... канд. юрид. наук. — СПб., 2004; Мамажанов К. С. Участие в гражданском обороте лиц, осужденных к лишению свободы в Кыргызской Республике. — СПб., 2011.

<sup>277</sup> Рыбаков В. В. Имущественные права лиц, осужденных к лишению свободы: автореферат дисс... канд. юрид. наук. — М., 2006. — С. 20.

стави науковцям стверджувати наявність так званих обмежень, що випливають із режиму виконання-відбування покарань<sup>278</sup>.

Наприклад, у відповідності до ч. 1 ст. 331 Цивільного кодексу України право власності на нову річ, яка виготовлена (створена) особою, набувається нею, якщо інше не встановлено договором або законом. З цієї норми ми бачимо, що вже саме цивільне законодавство передбачає можливість обмеження права власності на новостворену річ вказівкою на те, що право власності на новостворену річ набувається особою «якщо інше не встановлено ... законом». Саме таким випадком слід визнати ч. 4 ст. 107 КВК України, яка передбачає, що засудженим забороняється виготовляти речі, речовини і вироби, заборонені до **використання** (виділено авт.) в колонії<sup>279</sup>. Такого роду правила можна відносити до змісту режиму, оскільки вони виражають правообмеження<sup>280</sup>, а також встановлюють обов'язки засуджених, які випливають із загального обов'язку засуджених понести покарання<sup>281</sup>. Проте такі обмеження слід відрізнити від обмежень, що випливають із режиму, — популярної ідеї радянських часів.

**Обмеження засуджених, що випливають із режиму, схожі до обмежень, що випливають із ізоляції.** «Впливання» з режиму означає, що

---

<sup>278</sup> «У той же час права і обов'язки громадян у зв'язку із відбування ними покарання у вигляді позбавлення волі можуть обмежуватись і опосередковано — шляхом встановлення нормами виправно-трудового права правил режиму позбавлення волі» (*Наташев А. Е., Стручков Н. А. Основы теории исправительно-трудового права, М., 1967. — С. 129.*)

<sup>279</sup> Цікавими є термінологічні розходження, що існують у кримінально-виконавчому законодавстві з цього приводу. Перелік заборонених речей, речовин і виробів, на які вказується у цій статті КВК України, визначений у Додатку № 2 до Правил внутрішнього розпорядку установ виконання покарань. Цей Додаток називається «Перелік продуктів харчування, виробів і речовин, які засуджені можуть отримувати в посылках (передачах), купувати в крамницях установ виконання покарань та **зберігати** при собі» (курсив авт.). Звичайно, можна сперечатись щодо юридичної значущості цих розбіжностей, вказуючи, що використання розуміє під собою зберігання речі. Проте припущення про можливість зберігання речі визначеної вказаним Переліком однією особою, а використання її іншою не може бути однозначно відкинуте. Чи можна буде притягнути до відповідальності особу, яка лише використовувала річ, а не зберігала її? І як чинити, якщо, наприклад, засуджені гуртом слухали радіоприймач (що також є забороненим до зберігання, чи використання (?) предметом), що був власністю одного із засуджених і зберігався ним. Адже в такому разі всі засуджені можуть бути визнані такими, що користувались цим приймачем. Напевно, що можна припустити й інші випадки, де описане розходження в термінології може призвести до неоднозначностей у правозастосуванні. У цьому світлі невдалою термінологічно є ч. 7 ст. 102 КВК України, у якій взагалі згадується можливість вилучення предметів, «які заборонено **використовувати** в колоніях» (курсив авт.).

<sup>280</sup> *Стручков Н. А., Кирич В. А. Комментарий к Основам исправительно-трудового законодательства Союза ССР и союзных республик. — Юрид. лит., 1972. — С. 33.*

<sup>281</sup> *Проблеми уголовного права: сборник статей / Под. Ред. И. С. Тишкевича. — Минск, Издательство БГУ, 1976. — С. 51.*

не існує певної норми, яка б прямо закріплювала правообмеження, а таке обмеження ніби спричинюється режимними правилами, тобто є похідним від них, об'єктивно зумовлюється ними. Щоправда, поділ обмежень на такі, що закріплюються режимними нормами безпосередньо і такими, що впливають із режиму, є надто умовним. Адже будь-яке обмеження, що об'єктивно спричинюється режимною нормою, хоча й не знаходить безпосереднього закріплення в ній, входить до її змісту. Як відомо, дійсний зміст правової норми може бути ширшим за її буквальний зміст<sup>282</sup>. Відсутність безпосереднього закріплення правила в нормі не означає, що вона його не може містити, виходячи із можливості розширювального тлумачення.

Режим як джерело обмежень прав закріплювався в Основах виправно-трудового законодавства Союзу ССР та союзних республік. Стаття 8 Основ закріплювала, що особи, які відбувають покарання у вигляді позбавлення волі, мають обов'язки та права громадян СРСР, з обмеженнями, які передбачені законодавством для засуджених, а також тими, що впливають із вироку суду і режиму, встановленого Основами та виправно-трудовами кодексами союзних республік для відповідного виду покарання. В майбутньому ця норма була майже дослівно скопійована в статті 8 Виправно-трудового кодексу Української РСР.

Це не означало, що обмеження закріплюються в нормах, які встановлюють режим. У такому разі вказівка на «впливання» обмежень з режиму була б зайвою. Насправді ж вказана норма по суті дозволяла відходити від приписів закону в разі відсутності регулювання того чи іншого питання. Вона створювала підстави вказувати, що певна вимога була похідною від якої-небудь норми режиму.

Варто зазначити, що існування в радянському виправно-трудовому праві норми, яка передбачала «впливання» обмежень з режиму як одну із підстав для обмеження користування засудженими всіма правами громадянина, служило додатковим бар'єром для реалізації прав засуджених та було однією із умов існування необґрунтованих правообмежень засуджених. Здавалося б із часом ця норма зникла із законодавства. У ч. 2 ст. 7 КВК є схоже формулювання: «засуджені користуються всіма правами людини та громадянина, передбаченими Конституцією України, за винятком обмежень, визначених цим Кодексом, законами України і встановлених вироком суду». Тобто з неї було вилучено вказівку на те, що джерелом правообмежень може бути режим. Однак колишня частина норми, яка закріплювала режим як потенційний бар'єр для реалізації прав засуджених і як можливу умову для створення необґрунтованих

<sup>282</sup> Алексеев С. С. Государство и право. Начальный курс. 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрид. лит., 1996. — С. 178.

(правозастосовних<sup>283</sup>) обмежень знайшла часткове відображення в національному законодавстві. Відразу після переліку основних прав засуджених до позбавлення волі, у ч. 2 ст. 107 КВК, вказується: «засудженим можуть надаватися й інші права, реалізація яких не суперечить меті покарання, порядку й умовам виконання та відбування покарання».

Чим примітна ця норма?

По-перше, вказівкою на те, що засудженим можуть надаватись й інші, ніж були зазначені в ч. 1 ст. 107 КВК України, права, а це у свою чергу свідчить про те, що:

- а) законодавець стає на позитивістський бік розуміння прав засуджених і безпосередньо вказує на те, що права можуть «надаватись» кимось;
- б) це в черговий раз свідчить про плутанину у встановленні типу правового регулювання в кримінально-виконавчому праві (спеціально-дозвільного чи загально-дозвільного), оскільки з одного боку дозволено й те, що не передбачено в законі, однак з іншого боку встановлюється загальне правило, яке встановлює дискрецію щодо обмежень.

По-друге, воно передбачає, що засудженим можуть надаватись лише ті права, реалізація яких не суперечить:

- а) меті покарання;
- б) порядку виконання відбування покарання (тобто режиму — виходячи з його визначення у ст. 102 КВК);
- в) умовам виконання та відбування покарання. Таким чином, перелік джерел для можливих правообмежень було навіть розширено в порівнянні з радянськими часами, у які таким бар'єром міг бути тільки встановлений законом порядок виконання-відбування покарання (режим).

Щоправда, варто віддати належне тому, що ці джерела стосуються лише тих прав, які не закріплені в статті 107 КВК України. Крім того, простежується бажання закріпити цільовий характер обмежень, тобто ідеї того, що кожне обмеження повинно мати певну обґрунтовану мету. Адже, якщо, наприклад, заборонені обмеження, які суперечать меті покарання, то дозволені ті, які відповідають їй. Отже, законодавець фактично встановив можливість застосування правових обмежень до окремих прав (що не закріплені в статті 107 КВК України) для досягнення лише тих цілей, які передбачені як цілі покарання в КК України.

---

<sup>283</sup> О. Прасов вказує на існування обмежень, які не передбачені в законі, а впливають внаслідок його застосування. На його думку, ці обмеження обумовлені режимом відбування покарання (Прасов О. Правове регулювання особистих немайнових прав осіб, засуджених до позбавлення волі // Вісник прокуратури. — 2009. — № 5.(95). — С. 56).

### 1.3.2.1. Неоднозначність змісту ізоляції<sup>284</sup>

Усі дослідники ізоляції вказують на проблему відсутності її визначення в доктрині, а тим більше в законодавстві. Точніше, відсутня згода щодо того які наслідки ізоляції (ув'язнення) справді входять до її змісту.

Існує згода стосовно того, що ізоляція призводить як до правових (свобода пересування), так і до фактичних правообмежень. Наприклад, Р. С. Маковик та Н. Р. Бесараб відзначають, що крім необхідної (передбаченої і суворо регламентованої законом) фізичної ізоляції об'єктивно неминучі певні фактичні обмеження особистого життя. Вони є «супроводжуючою» рисою ізоляції. Тому правообмеження стосуються (в різному ступені) практично всього спектра конституційних прав і свобод, які закріплені чинним законодавством. Одночасно з правообмеженнями ізоляція неминуче породжує фактичні (реальні) «утиски» в реалізації необмежених ізоляцією прав (свобод), і встановлює «фактичне поле» наряду з «правовим»<sup>285</sup>.

Саме з огляду на неоднозначність розуміння ізоляції, а також того, що є «неминучим» в умовах ізоляції, а що ні, ми відстоюємо думку, що теорія фактичних правообмежень, є неприпустимою до застосування ні на практиці, ні для закріплення в законодавстві<sup>286</sup>.

Цю тезу можна підтвердити наступною аргументацією. По-перше, ізоляцію можна розглядати як метафізичну (стабільну, незмінну), і як діалектичну категорію (яка постійно змінюється). І в тому, і в іншому розумінні складно запропонувати її чітку дефініцію.

Якщо спробувати застосувати метафізичне розуміння ізоляції як підстави для фактичних правообмежень, то тоді слід було б визнати й те, що засуджені мають позбавлятися низки прав, які вони мають. Наприклад, скасування права засуджених на короткострокові чи тривалі побачення цілком може бути визнане таким, що відповідає ідеї фактичних правообмежень. Тобто ми зможемо стверджувати, що заборона будь-яких контактів із зовнішнім світом для засуджених цілком може бути об'рунто-

---

<sup>284</sup> У контексті ідеї фактичних правообмежень у літературі використовуються такі синоніми ізоляції: «ув'язнення», «факт ув'язнення», «факт позбавлення волі», «факт поміщення у закрите середовище» та ін.

<sup>285</sup> *Изоляция личности в российском праве и законодательстве. Учебник / Бесараб Н. Р., Маковик Р. С. — М.: Экзамен, 2007. — С. 103, 116, 121.*

<sup>286</sup> *Човган В. Правообмеження засуджених, що обумовлені ізоляцією (частина 1) // Наше право. — 2014. — № 1. — С. 120–126; Човган В. Правообмеження засуджених, що обумовлені ізоляцією (частина 2) // Європейські перспективи. — 2014. — № 1. — С. 93–99; Човган В. О. Правообмеження засуджених, що обумовлені ізоляцією: доцільність виокремлення // Право і суспільство. — 2014. — № 3. — С. 272–279.*

вана як така, що «впливає із факту ізоляції» засуджених. Важко уявити, скільки ще різноманітних обмежень можна класифікувати як такі, що впливають із факту ізоляції в такому розумінні. Серед них могли б опинитись і заборона листування, отримання посилок і передач, телефонних дзвінків і т. ін.

Очевидно, що таке абсолютне розуміння ізоляції не може бути прийнятним у сучасному суспільстві. Це означає потребу визначення ізоляції як «менш суворої», «відносної» категорії. Проте складно сказати, чим варто керуватись при встановленні такого ступеня суворості. У будь-якому разі, якщо і встановити певний ступінь допустимої ізоляції, то складно уявити його сталий характер раз і назавжди.

Розглядаючи діалектичне (динамічне) розуміння ізоляції, на перший план виходить правовий характер ізоляції, адже ступінь ізоляції залежить від правових норм і від того, які винятки із розуміння ізоляції робить кримінально-виконавче законодавство (ті ж права на побачення, телефонні розмови). Ми розуміємо ізоляцію так, як вона закріплена, «оформлена» в кримінально-виконавчому законодавстві: за допомогою дозволів та заборон, прав та обов'язків.

Те, що ступінь ізоляції засуджених є гнучким, не викликає сумнівів. Про це свідчить історія. Ще кілька десятків років тому важко було повірити в те, що з часом засуджені зможуть без обмеження отримувати посилки та передачі, здійснювати телефонні дзвінки та листуватися, чи навіть мати сексуальні контакти із партнером з волі. Проте вже сьогодні це реальність. На початку 2000-х років було складно уявити користування мережею Інтернет у в'язниці, однак сьогодні обмежений доступ до неї вже мало кого здивує. Те ж саме, до речі, стосується розуміння певних прав як загрози безпеці. Наприклад, як вказує М. Фавар, у французьких в'язницях закріплення дозволу журналів (1971), радіо (1974), телебачення (1985) спочатку сприймалося як загроза безпеці, але час продемонстрував протилежне<sup>287</sup>.

Навіть якщо враховувати «правовий дизайн» ізоляції, її неможливо розглядати як джерело фактичних правообмежень, адже норми, які закріплюють цей «дизайн» у законодавстві, постійно змінюються. Скасовуючи чи зменшуючи ті чи інші правообмеження засуджених, зменшується й ступінь ізоляції. Проте в такому разі в доктрині фактичних обмежень виникає логічна помилка: неможливо розглядати ізоляцію як джерело правообмежень, тоді як розуміння ізоляції залежить від того, які правообмеження закріплюються в законодавстві.

У протилежному разі треба було б допустити, що зменшення або скасування будь-якого правообмеження в майбутньому є неможливим.

<sup>287</sup> Le détenu citoyen, Séance de section du 22 avril 1989. Exposé de M. Favard // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 1989. — P. 262.

Адже непослідовним є підхід, коли певне обмеження було неминучим в ізоляції протягом певного часу і, раптом, перестало бути неминучим<sup>288</sup>. Це означало б зацементувати законодавчий процес та й узагалі здійснення політики у сфері виконання покарань. Тому цілком справедливим є твердження, що права в'язнів повинні розумітися в політичному й соціальному контексті<sup>289</sup>. Як вказує відомий іспанський теоретик прав людини Г. Песес Барба: «що стосується інтерпретації обмежень ... потрібно мати на увазі що каже закон, соціальну реальність, контекст, у якому аналізується обмеження, історичний і культурний момент, у який воно застосовується ... інтерпретація обмежень повинна робитись з урахуванням політичної культури...»<sup>290</sup>. Історичність обмежень передбачає можливість їх модифікації<sup>291</sup>. Насторожує те, що розуміння фактичних обмежень та ізоляції може залежати навіть від економічного становища держави<sup>292</sup>, а загроза застосування необґрунтованих обмежень до прав зростає під час кризових явищ<sup>293</sup>.

Ми не можемо достеменно стверджувати, що ж є фактом ізоляції для цілей визначення кола фактичних правообмежень. Бельгійська спеціалістка С. Снакен, задаючись питанням, які обмеження є неминучими при позбавленні волі, цілком влучно підкреслює, що не є можливим відповісти на ці питання однозначно, враховуючи, що існують різні обставини в різних суспільствах<sup>294</sup>.

---

<sup>288</sup> Доктрина фактичних обмежень вимагає щоб навіть обмеження, які містяться в законодавстві, були такими, що є неминучими в ув'язненні (ізоляції). Відповідно ті обмеження, що існують у законодавстві в конкретний період часу мають бути такими, що відповідають цій ідеї. Закріплення ж нових обмежень означає визнання нового розуміння ізоляції.

<sup>289</sup> Easton S. *Prisoners' Rights: Principles and Practice*. — New York: Routledge, 2011. — P. 25.

<sup>290</sup> Peces-Barba G. *Théorie générale des droits fondamentaux*. Traduction de Ilié Antonio Pelé, présentation de Samir Naïr, Préface d'André-Jean Arnaud. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004. — pp. 450–451.

<sup>291</sup> Ibid. — P. 452.

<sup>292</sup> Van Swaeningen R., De Jonge G. *The Dutch Prison System and Penal Policy in the 1990s: from Humanitarian Paternalism to Penal Business Management // Western European Penal Systems: A Critical Anatomy*, Edited by V. Ruggiero, M. Ryan and J. Sim. — London: Sage Publications, 1995. — P. 35.

<sup>293</sup> Zimring F. E., Hawkins G. *Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisoners' Rights // The Future of Imprisonment*. Ed. by Tonry M. — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 177.

<sup>294</sup> Snacken S. "Normalisation" dans les prisons : concept et défis. L'exemple de l'Avant-projet de la loi pénitentiaire belge // *L'institution du droit pénitentiaire : enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*. De Schutter O., Kaminski D. (Eds.) — Bruxelles: Bruylant, 2002. — P. 136.



Схоже, що першопочатково ідея фактичних правообмежень зародилась як ідея обмеження свавілля держави стосовно прав засуджених. Вона мала б запобігти встановленню необґрунтованих обмежень. З метою створення буфера-бар'єра й було запропоновано заборонити закріплення в законодавстві або ж використання на практиці обмежень, які не впливають із факту ізоляції чи ув'язнення. Проте можна чітко простежити, що ідея фактичних правообмежень, як превенція застосування до прав засуджених необґрунтованих обмежень не може стати справді дієвим бар'єром. Це пов'язано як із нечіткою природою самої ізоляції, так і з варіативного розуміння того, які обмеження впливають з факту ізоляції, а які ні.

При цьому ми не заперечуємо, що обмеження свободи пересування неминуче викликає звуження змісту та обсягу суб'єктивних прав у порівнянні з вільною особою. Іншими словами, ізоляція в тому вигляді, як вона закріплена в законодавстві, дійсно, об'єктивно призводить до обмежень. Визнаючи це, ми доводимо, що така ідея не може стати дієвою для досягнення цілей захисту прав людини, що відбуває покарання, від свавілля з боку держави і навіть навпаки — може завдати шкоди з огляду на вказані вище мотиви: нечіткість категорії та створення підстав для надто широкої дискреції, що відкриває широке поле для зловживань.

Врешті через факт ізоляції як бар'єр для реалізації прав може бути «прокладено місток» для реалізації будь-якого права засуджених шляхом встановлення конкретних винятків із заборон, зменшення обов'язків інших видів видозмінення правообмежень<sup>295</sup>. Підтвердженням цього є, наприклад, можливість отримання короткострокових відпусток для засуджених або ж дозволів на виїзд за межі пенітенціарної установи.

Як вказували ще представники секретаріату колишньої Європейської комісії Ради Європи, складністю є чітко встановити, як далеко можуть заходити обмеження, що впливають з ув'язнення<sup>296</sup>.

З цього приводу влучною є цитата генсека Міжнародної пенальної та пенітенціарної фундації (International Penal and Penitentiary Foundation) проф. Ван Кемпена: «...обмеження, які є неминучими в закритому середовищі, дозволяються. Хоча, на перший погляд, це видається логічно неминучістю, на другий погляд, не є достатньо зрозумілим, як визначати, чи є обмеження неминучими або іманентними в ув'язненні (unavoidable or

<sup>295</sup> Д. Браун вказує на обмеження, які є абсолютно необхідними внаслідок «неподоланих» умов ув'язнення (*Brown D. Prisoners as Citizens // Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons. Ed. by D. Brown and M. Wilkie. — Leichhardt: The Federation Press, 2002. — P. 321*). У згадці про «неподоланність» обмежень простежується натяк на те, що певні «неминучі» чинники ув'язнення не є такими вже й неминучими.

<sup>296</sup> Sujets de jurisprudence « Les droits de l'homme dans les prisons ». — Strasbourg : Commission européenne des droits de l'homme, 1971. — P. 46.

inherent to imprisonment). Чи існують взагалі будь-які неминучі (inescapable) обмеження, окрім обмеження самого права на свободу? Можливо, майже все може бути організовано в рамках тюремних стін, щонайменше в теорії. Отже, залишається питання, чи має цей виняток з загального принципу об'єктивну природу, чи суто фактичну або частково суб'єктивну та нормативну по суті»<sup>297</sup>. Особливо цінним у цій цитаті є натяк на те, що ізоляція, яка розуміється як об'єктивне поняття, насправді є суб'єктивною категорією. Він демонструє головну проблему ізоляції як джерела правообмежень — помилковість ідей про об'єктивний характер в'язничної ізоляції, що призводить до її неспроможності як юридичної категорії.

Вищезазначене свідчить про те, що факт ізоляції є таким, яким він закріплений у законодавстві, а тому немає аморфної категорії «ізоляція» (чи «ув'язнення»), яка об'єктивно призводить до обмежень. Ізоляція, що є змістом покарання у вигляді позбавлення волі, не є перешкодою для здійснення будь-якого права засудженими. Зміст та обсяг прав залежить лише від норм права, які встановлюють той чи інший їх ступінь. Ступінь ізоляції, який встановлюється цими нормами, залежить від правотворця, який знаходиться під впливом різних чинників, як-то політична доцільність, кримінологічні дані, рівень лібералізації суспільства та ін.

До дискусії про ізоляцію, як джерело обмежень, можна додати іще один аспект. Окремі автори цілком логічно вказують про існування фактичних обмежень і щодо осіб, узятих під варту. Такі особи володіють усіма правами, за винятком тих, які обмежені ув'язненням<sup>298</sup>. Водночас не має підстав стверджувати, що об'єктивні характеристики ув'язнення засуджених та ув'язнення осіб, узятих під варту, є відмінними. В такому разі логічним є прирівняння тих обмежень прав, яким піддаються засуджені, та тих, яким піддаються особи, взяті під варту. Однак у світлі презумпції невинуватості є очевидним, що вони мають відрізнятись: обмеження прав узятих під варту осіб мають бути меншими, аніж обмеження прав засуджених! Це демонструє, що окрім «об'єктивного» обмеження прав ув'язненням існують і принципово відмінні чинники, які визначають обмеження. До них відносяться, наприклад, цілі обмежень.

Цілком логічною є і вказівка на зміну розуміння того, які обмеження випливають з ізоляції, якщо порівнювати різні країни<sup>299</sup>. Це тверджен-

---

<sup>297</sup> Van Kempen P. H. Positive Obligations to Ensure the Human Rights of Prisoners // Prison Policy and Prisoners' Rights, Proceedings of the Colloquium of the IPPF, Stavern, Norway, 25–28 June 2008. — Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008. — pp. 25–26.

<sup>298</sup> Les systèmes pénitentiaires dans le monde. 2<sup>e</sup> ed., Céré J.-P., Japiassu C. E. (Eds). — Paris: Dalloz, 2011. — P. 362.

<sup>299</sup> Livingstone S., Owen T., Macdonald A. Prison Law. 4th edition. — New York: Oxford University Press, 2008. — P. 240.

ням можна підреслити таким питанням: у разі, якщо в одних країнах існують обмеження прав в'язнів, які не існують у інших країнах, то останні мають визнаватись такими, що не впливають з необхідністю з факту ув'язнення? Цей компаративний аргумент додатково свідчить про суб'єктивний, а не об'єктивний характер ізоляції (ув'язнення). Отже, ця категорія не може бути частиною підстави для дискреційних повноважень щодо застосування обмежень.

### 1.3.2.2. Ізоляція як зміст покарання в Кримінальному кодексі України

В українському контексті додатковим аргументом проти користування доктриною фактичних правообмежень можна вважати таке. Відповідно до ч. 1 ст. 63 Кримінального кодексу України (КК України) покарання у вигляді позбавлення волі полягає в ізоляції засудженого та поміщенні його на певний строк до кримінально-виконавчої установи закритого типу. Тобто змістом покарання у вигляді позбавлення волі є ізоляція засудженого та поміщення його на певний строк до кримінально-виконавчої установи закритого типу. Допускаючи можливість фактичних обмежень, тобто обмежень, можливість встановлення яких, перш за все, не передбачена законодавством, створюється загроза «розмивання» змісту кримінального покарання. Як наслідок, він може мати різний вигляд для особи, яка читає КВК, і особи, яка відбуває покарання кримінально-виконавчої установі. Вимоги КВК щодо змісту покарання зможуть доповнюватись новими вимогами, які є неминучими в ув'язненні. Це з-поміж іншого суперечить і принципу визначеності. З огляду на це, ідея, що сам по собі факт ізоляції становить «каральну силу» за допомогою ряду опосередкованих цим фактом обмежень<sup>300</sup>, закладає пердумови для розмивання змісту покарання.

У відповідності до ч. 2 ст. 1 КК України цей кодекс визначає, які суспільно небезпечні діяння є злочинами та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили. При цьому неоднозначним у нашому контексті є те, що розумів законодавець під формулюванням «та які покарання застосовуються до осіб, що їх вчинили». Є два можливих варіанти: перший — під «які» мається на увазі встановлення видів та розмірів покарань за конкретні злочини, другий — під «які» розуміється й визначення змісту покарання, тобто їхня «каральна» характеристика. Друге розуміння навряд чи можна вважати практичним, адже обмеження прав, які складають зміст покарання, здебільшого встановлюються в КВК<sup>301</sup>.

<sup>300</sup> *Наташев А. Е., Стручков Н. А.* Основы теории исправительно-трудового права. — М., 1967. — С. 135.

<sup>301</sup> У будь-якому разі варто відмітити, що в КК України вказує на ключовий зміст деяких видів покарань. Наприклад, у ч. 1 ст. 60 КК України закріплено, що покарання у вигляді арешту полягає в триманні засудженого в умовах ізоляції. Також, як було сказано, в ньому виз-

Не можна залишити поза увагою питання співвідношення ч. 3 ст. 3 КК України, яка передбачає, що караність діяння визначається тільки цим кодексом, із ч. 1 ст. 50 КК України, у якій вказано, що покарання полягає в **передбаченому законом** (виділено авт.) обмеженні прав і свобод засудженого<sup>302</sup>. У такому разі йдеться про будь-який закон, а тому не можна говорити про «монополію» КК України у визначенні обмежень, що входять до змісту покарання. На думку Ю. А. Пономаренка, на перший погляд, це можна сприйняти як неузгодження цих норм. Однак він вважає, що слід вирізняти дві ситуації:

- 1) якщо КВК України, розвиваючи положення КК України, конкретизує ті правообмеження, що передбачені останнім, або якщо певні правообмеження обумовлені необхідністю виконання певного виду покарання;
- 2) якщо в КВК України або в іншому законі визначені правообмеження, які не впливають із кримінально-правового змісту покарання і не обумовлені необхідністю його виконання, такі обмеження мають визнаватись такими, що суперечать ч. 3 ст. 3 КК України і підлягають скасуванню<sup>303</sup>.

Таке бачення відповідає національній традиції співвідношення кримінального та кримінально-виконавчого права, яку можна охарактеризувати словами А. Х. Степанюка: «аксіомою є те, що кримінально-виконавче право повинне бути підпорядковане кримінальному законодавству»<sup>304</sup>. Ця традиція передбачає, що КК України обмежує можливості правотворця щодо встановлення правообмежень у кримінально-виконавчому законодавстві. Це важлива засада для визначення змісту покарань, яка, теоретично, могла б запобігати виникненню необґрунтованих або зайвих обмежень.

---

начено й зміст позбавлення волі на певний строк. КК України в загальному характеризує і зміст усіх інших існуючих покарань за винятком одного — довічного позбавлення волі.

<sup>302</sup> Це, між іншим, можна розглядати як додатковий аргумент проти позитивного потенціалу ідеї ізоляції як джерела правообмежень для додаткового гарантування прав людини, адже в цьому формулюванні недвозначно встановлюється єдино допустиме для втілення на практиці джерело правообмежень — закон.

<sup>303</sup> Пономаренко Ю. А. Види наказаний по уголовному праву Украины: Монография. — Харьков: Издательство «ФИНН», 2009. — С. 15–16. На наш погляд, «впливання обмежень» зі змісту покарання та «обумовленість необхідністю його виконання» як і ідея фактичних обмежень мають недолік — нечіткість та дискусійність і, як наслідок, створення передумов для зловживань у трактуванні змісту покарання у відповідності до КК. Таке бачення не дає чітких орієнтирів щодо того, як КВК може та не може втілювати зміст покарання.

<sup>304</sup> Степанюк А. Х. Позитивна кримінальна відповідальність як предмет регулювання Кримінально-виконавчого кодексу України // Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. ІВПЗ АПРН України. — Вип. 9. — Х. : Кроссруд, 2004. — С. 67.

Але погляньмо на те, що каже КК України про зміст покарань, пов'язаних із позбавленням волі? Наприклад, арешт полягає в триманні засудженого в умовах ізоляції (ст. 60); позбавлення волі на певний строк полягає в ізоляції засудженого та поміщенні його на певний строк до кримінально-виконавчої установи закритого типу (ст. 63)<sup>305</sup>.

Фактично зміст арешту і позбавлення волі на певний строк описані однаково і полягають в ізоляції засудженого. Різниця лише в тому, що при описуванні позбавлення волі на певний строк існує вказівка на те, що засуджений поміщається до установи закритого типу. Таким чином, згідно з КК України арешт полягає в ізоляції. Позбавлення волі на певний строк також. Але що мав на увазі законодавець, роблячи вказівку на установу, в яку поміщається засуджений, коли вказував на зміст покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк? Чи мав він намір вказати на процедурну сторону покарання, чи таким опосередкованим чином він визначив змістом цього покарання і режим у відповідних установах?

При виборі останнього варіанту ми змушені будемо визнати те, що визначення змісту покарань, яке можна розглядати як конкретизацію норм КК, повністю віддається на розсуд правотворця, який зможе вільно визначати режим виконання цих покарань. При виборі ж першого варто прийняти те, що як арешт, так і позбавлення волі своїм змістом мають ізоляцію, при чому без будь-якої вказівки на відмінність між ними. Отже, прийнятним може бути визнаний лише другий варіант, адже очевидно, що в дійсності одна й та ж сама ізоляція є різною для цих обох категорій засуджених<sup>306</sup>. Її однакова згадка як змісту обох видів покарання навряд чи має практичний сенс, адже зовсім не відрізняє ці види покарань.

Це додаткове обґрунтування того, що ізоляцію як джерело правообмежень не доцільно використовувати для цілей створення додаткових гарантій від необґрунтованого обмеження прав засуджених. Навряд чи хто стане заперечувати, що формально однакова в КК, але відмінна в КВК ізоляція, як зміст різних видів покарань, додає додаткової заплутаності та неясності в разі визначення її як джерела обмежень прав засуджених. Інакше, як би могла формально одна і та ж ізоляція в КК об'єктивно спричиняти різні обмеження у відповідності до КВК?

<sup>305</sup> Разом з тим невизначення у КК України змісту довічного позбавлення волі, напевно, є упущенням законодавця. Так само є упущенням і термінологічне розрізнення у КК строкового та довічного позбавлення волі (Правова позиція громадської організації «Ла Страда — Україна» щодо офіційного тлумачення терміну «позбавлення волі» // [http://www.la-strada.org.ua/ucp\\_mod\\_news\\_list\\_show\\_598.html](http://www.la-strada.org.ua/ucp_mod_news_list_show_598.html) (останній доступ 26.11.2016)).

<sup>306</sup> Це твердження стосується періоду коли порядок та умови виконання арешту та позбавлення волі суттєво відрізнялися згідно з КВК України. Нещодавні зміни до КВК практично зробили зміст цих і сьогодні все частіше можна почути заклик скасувати арешт як вид покарання.

Припустимо, що КК України не проводить різниці між змістом цих покарань, а вказівка на установу, до якої поміщається засуджений, у ч. 1 ст. 63 КК фактично залишає визначення змісту покарання за кримінально-виконавчим законодавством. Це дозволяє дійти висновку, що покарання у вигляді позбавлення волі, арешту та, як видається, і довічного позбавлення волі своїм змістом мають ізоляцію, але ступінь ізоляції КК України не визначається. Тим самим надається «воля» в інтерпретації цих покарань у кримінально-виконавчому законодавстві.

Тож, визначивши змістом покарання ізоляцію та «поміщення його на певний строк до кримінально-виконавчої установи закритого типу», держава тим самим зовсім не обмежила себе в можливості змінювати реальну кількість та обсяг правообмежень засуджених на рівні кримінально-виконавчого законодавства. Це означає, що роль КК, як акта, який, визначаючи зміст покарання, обмежує і спрямовує правотворчість, пов'язану із визначенням цього змісту, на рівні кримінально-виконавчого законодавства, у сучасному вигляді є знівельованою. Ця теза змушує задаватись питанням, чи не повинен КК більш детально визначати зміст покарання.

В протилежному разі норми, якими в кількох словах вказується на зміст покарань, не тільки не захищають особу від застосування необґрунтованих обмежень на рівні кримінально-виконавчого законодавства, а й узагалі мають невеликий сенс<sup>307</sup>.

Отже, ідея «впливання правообмежень із факту ізоляції» є неспроможною посилити захист прав людини ані в теорії, ані у практиці виконання-відбування покарань. Вона є розмитою та занадто невизначеною, щоб мати позитивний вплив на сприяння реалізації прав засудженими чи на уточнення теорії та практики стосовно джерел їх обмежень. Разом з тим вона вже стала загально визнаною та беззаперечно підтриманою в наукових колах.

Думається, що такий стан справ обумовлений зовсім не її обґрунтованістю чи теоретичною або практичною користю. Загальне спрямування правової науки на безумовне визнання цінності прав людини, а також позитивної оцінки практично всіх теорій, які мають сприяти розвитку й реалізації прав людини, рідко коли піддається критичному аналізу в доктрині. Тому й теорія похідних від ізоляції (об'єктивних) правообмежень розглядалась як безумовна цінність, адже ідея першопочатково мала за мету попередження виникнення необґрунтованих обмежень, створення додаткових бар'єрів для необґрунтованого обмеження прав засуджених.

---

<sup>307</sup> Ідеться, в першу чергу, про покарання, пов'язані з позбавленням волі. Змістовне навантаження норм КК, які вказують на те, у чому полягають покарання, не пов'язані з позбавленням волі, є набагато більшим.

Але, якщо її проаналізувати більш уважно, то ми доходимо висновку, що ефект від неї може бути лише протилежний бажаному.

Під час написання цієї роботи ми отримали яскравий практичний приклад, який підтверджує цю позицію. Засудженому, який утримувався в Криворізькій виправній колонії № 3 (Дніпропетровська область), надійшла відповідь з Департаменту вищої освіти Міністерства освіти України на його звернення про забезпечення можливості вступу до вищого навчального закладу<sup>308</sup>. Нею засудженому було відмовлено в отриманні вищої освіти, оскільки «особи, які відбувають покарання у вигляді позбавлення волі у виправній колонії, **перебувають в умовах ізоляції, що унеможливорює** особисту участь у випробуваннях, поточному та підсумковому контролі, як того вимагають нормативно-правові акти, якими врегульовані питання вступу та навчання у вищих навчальних закладах України. Тобто чинним законодавством України та діючими актами саме для цієї категорії засуджених, відповідно до Конституції України встановлені **природні обмеження** щодо здобуття вищої освіти» (курсив авт., стиль та орфографія збережені. — авт.).

Справді, якщо продовжити міркування Міносвіти, то фактом ізоляції можна було б обумовити багато обмежень для засуджених, яких на сьогодні не існує. Наприклад, через неможливість засудженого одружитись у РАЦСі йому могло б бути відмовлено в реалізації цього права. Однак законодавство пішло іншим шляхом і за допомогою закріплення позитивних обов'язків держави щодо організації укладення шлюбу навіть в пенітенціарній установі зробило виняток з цього «природнього обмеження». Як результат, сьогодні нікого не дивує, що ізоляція не є джерелом обмеження права на шлюб.

Так само ізоляцією як неминучим джерелом обмежень нещодавно користувалася ДПтС, аргументуючи неможливість здійснення нещодавно закріпленого права на користування мобільним зв'язком та Інтернетом. До речі, саме аргумент вимог «ізоляції» використовувало Головне науково-експертне управління (ГНЕУ) Апарату Верховної Ради України для критики та аргументування проти прийняття законопроекту, в якому містився дозвіл користуватися мобільними телефонами (в результаті

---

<sup>308</sup> Неопубліковано. Документ отримано нами від громадського активіста В. Бочарова-Туза. Щодо деталей справи дивитися журналістську статтю, яка містить наш юридичний коментар справи: *Виртосу І. Освіта для довічників: доступ обмежений* // Дзеркало тижня. Україна. — 2014. — № 32 (12 вересня 2014) // <http://gazeta.dt.ua/socium/osvita-dlya-dovichnikiv-dostup-obmezheniy-.html> (останній доступ 20.06.2016); див. також: *Човган В. Стандарт «правообмежень обумовлених ізоляцією» // Дотримання прав людини у пенітенціарній системі України / К. А. Автухов, А. П. Гель, М. В. Романов, В. О. Човган, І. С. Яковець; за заг. ред. М. В. Романова; ГО «Харківська правозахисна група». — Харків: Права людини, 2015. — С. 144–145.*

проект все ж таки був прийнятий). ГНЕУ вказувало: «Без ізоляції засуджених і похідних від неї обмежень не може бути, власне, й позбавлення (обмеження) волі як виду кримінального покарання»<sup>309</sup>.

Такого роду приклади демонструють можливість використання аргументу похідних від ізоляції обмежень для полегшення обґрунтування недопустимості лібералізації окремих обмежень, і тим більше як виправдання в разі неможливості на практиці реалізувати те чи інше право.

**Вирок як джерело походження обмежень.** Неоднозначним є закріплення у ст. 63 Конституції України вироку як джерела обмежень прав засудженого. Ця стаття вказує (ч. 3): «Засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і **встановлені вироком суду** (виділено авт.)»<sup>310</sup>.

Під час розробки Конституції однією із запропонованих редакцій статті 63 була така: «Засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які впливають із вироку суду і закону, що регулює виконання покарань». Одним із зауважень до такої редакції було те, що незрозумілим є визначення виконання покарань, тому було вирішено не конкретизувати, у якому саме законі можуть бути закріплені обмеження засуджених.

Під час розробки Конституції окремі члени робочої групи висловлювали сумніви щодо того, чи варто вказувати на певні обмеження, які не є визначені в законі і які повинен мати можливість встановлювати суд. Наприклад, тодішній заступник Глави Адміністрації Президента України Д. М. Притика вказав, що такі обмеження (які не встановлені законом) «повинні бути, є вони». На що В. М. Стретович справедливо зауважив, що суд закон не творить<sup>311</sup>.

Як свідчить аналіз дискусії, яка розгорілася навколо питання про джерела правообмежень засуджених у Конституції, точкою зіткнення позицій було протиставлення закону та вироку суду як джерела обмежень. В. Буткевич вказував, що «вирок суду — він законний, але там може бути щось індивідуальне». В. Стретович пропонував взагалі відкинути вирок суду як джерело обмежень і залишити для цієї ролі лише закон. Норма мала мати такий вигляд: «засуджений користується всіма правами людини і гро-

<sup>309</sup> Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів» (від 27.03.2014) // [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=50363](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50363) (останній доступ 20.06.2016).

<sup>310</sup> Ця норма майже дослівно продубльована у ч. 2 ст. 7 КВК.

<sup>311</sup> Стенограма засідання робочої підкомісії Конституційної Комісії України 13 грудня 1995 року // Конституція незалежної України: книга третя. Частина третя. Документи. Стенограми. — Київ: Право, 1999. — С. 415.



мадянина, за винятком обмежень, встановлених законом». Це викликало масу заперечень, які можна узагальнити висловом В. Стефанюка: «...тоді ми судову практику відкидаємо». В. Стретович запропонував взагалі вилучити закон як джерело обмежень і закріпити лише вирок суду, адже «вирок суду ґрунтується на законі». Вирішальним у закріпленні вироку суду як джерела обмежень стала його фраза: «...(обмеження. — авт.) стосується індивідуума. Якщо суд не застосував це обмеження, значить, ніякого обмеження не наступає, нехай тисячу разів у законі буде записано»<sup>312</sup>.

Останнє висловлювання викликає сумніви. Враховуючи окреслену вище класифікацію обмежень на нормативні (автоматичні) і правозастосовні, для застосування автоматичних обмежень здебільшого не потрібно індивідуального акта застосування права. Тому вони й визнаються автоматичними.

Це не означає, що їх застосуванню не повинен передувати вирок суду, але вирок суду в такому разі виступає не джерелом, а процесуальною **підставою** застосування обмежень, адже він не встановлює конкретних обмежень, а лише покарання, яке містить у своєму змісті їх комплекс (який визначений уже в законодавстві), а також тривалість застосування. Крім того, судові рішення не є джерелом права, а тому не може закріплювати право-обмеження, виступаючи їх «джерелом». Воно є лише актом встановлення підстави для застосування вже існуючих норм в'язничного законодавства, що передбачають можливість застосування обмежень. Як вказував професор Наташев, вирок не повинен розглядатись як джерело правових обмежень на тій підставі, що він містить певний «набір» основних і додаткових покарань, які в сукупності визначають правове становище засудженого<sup>313</sup>.

Вказане свідчить про некоректність виокремлення вироку суду як джерела правових обмежень для засуджених до покарань, пов'язаних із позбавленням волі. Ним не можуть бути встановлені обмеження інші, ніж ті, що закріплені в законодавстві, і це додатково означає, що він не є окремим джерелом обмежень. Він ґрунтується на законі, а тому може виступати тільки як підстава застосування лише тих обмежень, що визначені в ньому, а не як їх джерело.

З цих же мотивів не можуть бути джерелом обмежень і інші рішення суду, що можуть бути підставою для виконання і відбування покарань (ст. 4 КВК). Так само постанови про застосування до засуджених дисциплінарних заходів стягнення як певного комплексу обмежень, не можуть розгля-

<sup>312</sup> Стенограма засідання робочої підкомісії Конституційної Комісії України 13 грудня 1995 року // Конституція незалежної України: книга третя. Частина третя. Документи. Стенограми. — Київ: Право, 1999. — С. 416–418.

<sup>313</sup> *Наташев А. Е.* Правовое положение осужденных // Исправительно-трудовые учреждения. — 1979. — № 7. — С. 33.

датись як їх джерело, а є лише підставою застосування тих обмежень, які вже закріплені в законі, проте мають лише потенційну можливість бути застосованими.

Наявність індивідуального акта застосування правообмежень до засуджених може бути важливим індикатором того, що обмеження відносяться до категорії правозастосовних. Проте звернімо увагу, що вирок суду може виступати не тільки як індивідуальний акт, що є підставою конкретних правозастосовних обмежень (напр. стягнення із заробітної плати засуджених до покарання у вигляді виправних робіт), а й як підстава для початку застосування автоматичних обмежень, тобто таких, які накладаються на всіх осіб, що засуджуються до певного покарання. У цьому сенсі всі автоматичні правообмеження, якщо розглядати їх як комплекс, що складає зміст покарання, також мають відтінок правозастосовних обмежень.

### **Висновок до підрозділу 1.3.2**

Доктрина правообмежень, які обумовлені ізоляцією (фактичних обмежень), здобула значної популярності та визнання як у національних правових системах, так і в міжнародних стандартах. Загальноприйнятою є теза, що засуджені продовжують користуватись усіма правами людини за винятком тих, реалізація яких є неможливою внаслідок ув'язнення. Мета цієї тези — наголосити на максимальному наближенні рівня обмежень прав ув'язненої особи до прав вільної особи. Однак у цьому підрозділі доводиться, що її потенційні наслідки можуть бути діаметрально протилежними.

Ідея фактичних обмежень містить небезпечну складову — невизначеність того, що є наслідком ув'язнення «з неминучістю», тобто обмеження яких прав є «неминучими» в закритому середовищі. У підрозділі вказується, що ті обмеження, які були неминучими наслідками ув'язнення десятки років тому (відсутність можливості сексуальних контактів із партнером з волі, обмеженість кількості листів та ін.), сьогодні не є такими вже неминучими. Відповідно ті обмеження, які здаються неминучими сьогодні, з певним часом можуть бути зняті за допомогою внесення змін у законодавство.

Крім того, допустимість застосування ідеї «неминучості» деяких обмежень створює підстави для надмірної кількості та обсягу правозастосовних обмежень, які застосовуються пенітенціарною адміністрацією. Застосування ідеї неминучості певних обмежень створює підстави для надзвичайної дискреції в'язничних співробітників і, потенційно, для низки зловживань цією дискрецією. Також ця ідея є прямим шляхом до

порушення принципу законності, який притаманний вітчизняному праву. Так само не є чітким розуміння ізоляції (ув'язнення) як обставини, яка «з неминучістю» обмежує права, адже її розуміння не є однозначним.

Ми не доводимо, що окремі права не можуть бути реалізовані в ізоляції та не заперечуємо, що ув'язнення спричиняє певні неминучі обмеження прав. Ми підкреслюємо контрпродуктивність **юридичного** стандарту, який базуватиметься на цій ідеї. Такий стандарт може лише зашкодити захисту прав від необґрунтованих обмежень, адже створює широке поле для зловживання дискрецією посадовими особами.

На противагу фактичним обмеженням, юридичні обмеження мають своїм джерелом конкретні норми щодо конкретних обмежень. Закріплення обмежень виключно в нормативно-правовому акті є необхідною (хоча і не завжди достатньою) гарантією від застосування необґрунтованих обмежень.

У радянському праві також користувалась популярністю ідея про те, що обмеження можуть впливати із режиму. Закріплення режиму як допустимого джерела обмежень мало схожий наслідок як і закріплення в якості допустимого джерела обмежень ізоляції (або факту ув'язнення) — створення умов для відступу від вимог закону у застосуванні в'язничною адміністрацією надмірної дискреції.

Іншим джерелом обмежень іноді вважають вирок суду. Однак ми доводимо, що вирок не варто розглядати як окреме джерело обмежень, адже він є підставою для застосування тих обмежень, які вже визначені в окремих галузях права.

У розділі також наголошується на обмеженій ролі КК у визначенні змісту покарання. Роль КК, який вважається таким, що має певний потенціал проти необґрунтованих обмежень, на сьогодні є знівельованою.

### 1.3.3. Класифікація в залежності від карального характеру правообмежень

З цим критерієм усі правообмеження засуджених слід поділяти на:

- а) каральні;
- б) некаральні;
- в) змішані.

Схожа класифікація мала місце в радянській літературі з виправно-трудового права. У відповідності до неї існують такі правообмеження засуджених, які виражають кару, а існують і такі, які кари не виражають.

Такий поділ є слушним тільки в тому разі, якщо з національною в'язничною системою пов'язується мета кари (наприклад, КК закріплює кару як ціль покарання). Ця ціль, тим не менш, має узгоджуватися і з ін-

шими, більш «благородними цілями», як-то виправлення особи. Витоки такого розуміння пов'язані із неоднозначними формулюваннями радянського законодавства: Стаття 20 Закону СРСР від 25.12.1958 «Про затвердження основ кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік» закріплювала, що покарання є не тільки карою, але й переслідує цілі виправлення і перевиховання, а також попередження вчинення нових злочинів, як самими засудженими так і іншими особами<sup>314</sup>.

У кримінально-виконавчому праві й по сьогодні не заперечена думка про те, що окремі обмеження можуть мати некаральний характер; наприклад, певні специфічні обов'язки засуджених можуть не бути правообмеженнями. Так, деякими авторами вказувалося, що такі обов'язки як бережно ставитись до майна колонії, утримувати в чистоті житло і службові приміщення, дотримуватись правил особистої гігієни і т. д. не можуть розглядатись як елемент карального впливу через те, що ці норми спрямовані на створення елементарних умов співжиття і не містять яких-небудь правообмежень<sup>315</sup>. Схожої позиції дотримуються й у сучасних працях з кримінально-виконавчого права<sup>316</sup>.

Так само в радянському виправно-трудоному праві принципово відстоювалася позиція, що обов'язок працювати не є карою. Навіть ті вчені, які відстоювали позицію ототожнення покарання і кари, дотримувалися позиції, що праця є супутньою покаранню і не входить до нього. При цьому пропонувались оригінальні аргументи: «Збільшення робочого дня, обмеження у вільному часі, відсутність свободи вибору праці — усе це знаходиться у сфері режиму та відноситься не до самої праці, а до її умов»<sup>317</sup>. Таке бачення легко зрозуміти, знаючи ідеологічні підходи до покарання та праці в радянському суспільстві. Разом з тим тоді велася і протилежна полеміка щодо заперечення ідеї згідно з якою праця не містить елементи кари<sup>318</sup>.

Як нами доводилось раніше, будь-який обов'язок, який покладається на засудженого і якого не зобов'язані виконувати вільні громадяни, є пра-

---

<sup>314</sup> Стручков Н. А., И. С. Ной. Теоретические вопросы лишения свободы. — Изд. Саратовского ун-та, 1965, 166 с. : [Рецензия] // Правоведение. — 1967. — № 3. — С. 147.

<sup>315</sup> Уголовно-исполнительное право. Учебник / Под ред. проф. И. В. Шмарова. — М.: Издательство БЕК, 1996. — С. 78.

<sup>316</sup> Автухов К. А. Особливості діяльності окремих підрозділів кримінально-виконавчої системи: навч. посіб. / К. А. Автухов, О. В. Ткачова, І. С. Яковець; За ред. А. Х. Степанюка. — Х.: Право, 2012. — С. 48.

<sup>317</sup> Наташев А. Е., Стручков Н. А. Основы теории исправительно-трудового права. — М., 1967. — С. 95.

<sup>318</sup> Крахмальник Л. Г. Труд заключенных и его правовое регулирование в СССР. — Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1963. — С. 16–17.

вовим обмеженням. Його виконання вимагає примусу, адже навіть ті норми, які І. В. Шмаров називає правилами співжиття, незважаючи на їхню нездатність спричиняти серйозні страждання, можуть бути забезпечені примусом, який проявляється у відповідальності засуджених за порушення встановленого порядку виконання-відбування покарань.

Звичайно, різні правообмеження по-різному переживаються різними засудженими. В одних певні обмеження не викликають ніяких страждань, у інших же навпаки. Обмеження контактів завдасть більше страждань особі, в якій є діти. Відбирання чорнила — тим, в кого професія письменника<sup>319</sup>. Проте це не змінює їхньої сутнісної характеристики, адже вона є об'єктивною і не залежить від суб'єктивних переживань. Правильно вказувалось, що будь-який засуджений у тому комплексі правообмежень, яким характеризується зміст конкретного покарання, знайде для себе небайдуже обмеження чи позбавлення, яке викликає якщо й не страждання, то, у всякому разі, неприємне відчуття<sup>320</sup>. Дехто вважає, що покарання не має своєю метою страждання, які завдаються злочинцеві, адже вони є лише його неминучою формою<sup>321</sup>.

---

<sup>319</sup> *Bentham J. Principles of Penal law. Book II. // The works of Jeremy Bentham, now first collected: under the superintendence of His Executor, John Bowring. — Edinburgh: William Tait, 78 Prince's Street, 1838. — P. 424.*

<sup>320</sup> *Наташев А. Е., Стручков Н. А. Основы теории исправительно-трудового права. — М., 1967. — С. 23.*

<sup>321</sup> *Чуцаев А. И. Уголовно-правовые взгляды Н. Д. Сергеевского: монография. — М.: Проспект, 2010. — С. 218.*

Окремі автори принципово виступають проти використання категорії «страждання» як одного з наслідків покарання. Наприклад, К. Дуюнов вважає помилковим отожднювати поняття кари та страждання, так само як і перебільшувати роль страждань у процесі впливу на засудженого. Страждання для одних засуджених буде муками совісті, духовним очищенням, болем, а для інших воно буде сприйматися як незначна неприємність. Теоретик також звертає увагу на те, що кара — це справедливе покарання, що відображає в певній мірі співвідношення вчиненого суспільно небезпечного діяння з тими правообмеженнями, що отримують засуджені особи і які не повинні супроводжуватися стражданнями засудженого (*Дуюнов В. К. Проблемы наказания в новом уголовном праве России. — Белгород: Изд-во Белгор. гос. ун-та, 1998. — С. 14*). Таких самих поглядів дотримується і О. І. Шинальський, зазначаючи, що в кримінальному та кримінально-виконавчому праві України не існує юридичних підстав для аналізу самого поняття страждання, оскільки воно не входить до змісту поняття покарання засуджених осіб (*Шинальський О. І. Покарання в системі засобів протидії злочинності: дисертація канд. юрид. наук: 12.00.08 / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2003. — С. 69*). Незважаючи на відсутність цієї категорії у законодавстві, саме страждання є результатом застосування покарання. В'язниці спеціально зроблені так, щоб «створювати страждання, завдавати болю та калічити» (*Why Prison? Ed. By D. Scott. — Cambridge: Cambridge University Press, 2013. — P. 301*). Відомий теоретик в галузі кримінології *Н. Крісті* так само виступав за те, щоб речі називались своїми іменами, коли йдеться про покарання, адже за допомогою такої мови і ритуалу горе видаляється із суспільного життя. Він вказує, що: «Із більшості

Ми стверджуємо, що незважаючи на суб'єктивне сприйняття право-обмеження засудженим, вони мають своєю сутністю тільки кару, оскільки є несприятливими наслідками, пов'язаними із відбуванням покарання. Засуджений змушений їм піддаватись і в разі уникнення цього до нього застосовується примус. Тому з урахуванням того, що всі правообмеження мають змістом певні негативні наслідки, які проявляються у зменшенні обсягу можливостей порівняно із вільними громадянами, об'єктивно вони відображають тільки кару. Тому поділ обмежень прав засуджених на каральні і некаральні, виходячи із характеру їх змісту є безпідставним.

З іншого боку, класифікація правообмежень на каральні і некаральні є можливою, якщо замінити критерій відображення кари в змісті правообмежень на критерій цілі, яка ставиться правообмеженням. На підставі цього можна обґрунтувати поділ правообмежень на каральні, якщо вони першочергово мають на меті кару, і некаральні, якщо вони мають інші цілі.

До цієї думки у свій час був близький Ф. Р. Сундуrow, вказуючи, що вважати той чи інший засіб каральним чи позбавленим кари потрібно не тільки з урахуванням його об'єктивних властивостей викликати страждання, але і в залежності від мети, яку сконструював перед собою законодавець<sup>322</sup>. Тим не менш, тоді він не дійшов до того, щоб поставити під сумнів ідею про можливість існування правообмежень, які не відображають кари.

Вдалим у контексті вищесказаного є висновок С. Ю. Чекулаєва, що розподіл режимних правил на такі, що забезпечують правообмеження і кару, і на правила особистої поведінки засуджених у побуті, їх взаємовідносини з іншими особами, скоріше за все, має штучний характер, оскільки тут може йтися не про розподіл режиму на складові елементи, а про виокремлення його функцій: каральної, виховної та ін<sup>323</sup>.

---

навчальних текстів зрозуміло, що покарання є умисне спричинення зла. Але далі цього сучасні підручники, як правило, не йдуть. ... Яким чином покарання шкодять, як вони сприймаються, які страждання і горе вони тягнуть за собою — усі ці моменти в більшості випадків взагалі відсутні в текстах. ... покарання, що призначається і виконується в кримінальній юстиції, представляє собою умисне завдання болю. Припускається, що ті, кого карають, страждають. Якби вони, власне кажучи, не страждали, а отримували від покарання задоволення, нам потрібно було б змінити метод. ... Біль і страждання зникли зі сторінок підручників, із назв. Але, звичайно ж, не з досвіду тих, кого піддають покаранню». Відповідний розділ в його книзі названий «Словесний щит» (*Christie N. Limits to Pain*. — Oxford: Martin Robertson, 1981. — P. 3–6.).

<sup>322</sup> Сундуrow Ф. Р. Лишение свободы и социально-психологические предпосылки его эффективности. — Казань: Издательство Казанского университета, 1980. — С. 127.

<sup>323</sup> Чекулаев С. Ю. Режим содержания заключенных в ИТЛ и ИТК: организационные и правовые основы (1929–1956 г.): автореф. дисс... канд. юрид. наук. — Владимир: Влад. юр.инст. ФСИН России, 2010. — С. 16.

Якщо взяти за базовий саме цільовий критерій, то можна виділити три види обмежень: **каральні, некаральні та змішані**.

У відповідності до запропонованої класифікації таке обмеження, як обмеження свободи пересування, можна вважати і каральним (оскільки воно має за мету кару) і превентивним (оскільки водночас є і мета превенції), а тому його слід відносити до змішаного типу обмежень. Прикладом некарального обмеження можна вважати обов'язок засуджених ввічливо ставитися до персоналу, інших осіб, які відвідують установи виконання покарань, а також до інших засуджених (ч. 1 ст. 9 КВК), адже воно спрямоване, в першу чергу, на виховну мету та збереження дисципліни й порядку в установі виконання покарань. Прикладом карального обмеження можна вважати заборону засудженим отримувати посылки і передачі під час перебування в дисциплінарних ізоляторах (ч. 11 ст. 134 КВК).

### **Висновок до підрозділу 1.3.3**

З огляду на існування в Україні такої мети покарання як «кара», окремі фахівці виділяють каральні та некаральні обмеження. На нашу думку, такий поділ є безпідставним, якщо його критерієм є відображення кари у змісті правообмеження. Оскільки жодне обмеження не є добровільним та, у разі його недотримання, може бути забезпечено застосуванням примусу, то кара проявляється в будь-якому обмеженні. Кара присутня в обмеженні об'єктивно, незважаючи на те, що окремі обмеження можуть не сприйматись як каральні самими засудженими. Більше того, кара якраз і проявляється у комплексі правообмежень.

З іншого боку, якщо змінити критерій характеру змісту обмеження на критерій мети обмеження, то класифікація обмежень на каральні, некаральні та змішані, напевно, матиме сенс. Наприклад, обмеження свободи пересування можна вважати і каральним (оскільки воно має на меті кару) і превентивним (оскільки водночас є і мета превенції), а тому його слід відносити до змішаного типу обмежень.

### **1.3.4. Класифікація в залежності від джерела закріплення обмеження**

За цим критерієм обмеження варто поділяти на такі, що передбачені:

- а) кримінально-виконавчим законодавством;
- б) іншими галузями права.

Правові обмеження можуть передбачатись не тільки кримінально-виконавчим законодавством, а й іншими галузями права. Серед них кримі-

нальне право (ізоляція засуджених — ч. 1 ст. 63 КК України); конституційне право (обмеження права бути обраним до Верховної Ради України — ст. 76 Конституції України); право соціального забезпечення (припинення отримання державної соціальної допомоги на час відбування покарань — п. 36 Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку призначення і виплати державної соціальної допомоги особам, які не мають права на пенсію, та інвалідам і державної соціальної допомоги на догляд» від 2 квітня 2005 року, № 261); сімейне право (обмеження права всиновити дитину — п. 10 ч. 1 ст. 212 Сімейного кодексу України); адміністративне право (обмеження права на державну службу — ст. 19 Закону України «Про державну службу»); житлове право (обмеження права на поліпшені житлові умови стосовно осіб, які засуджені до позбавлення волі на строк більш як шість років — п. 4, ч. 2 ст. 40 Житлового кодексу України); цивільне право (обмеження права на зміну імені — ст. 295 ЦК України), обмеження права на вільний вибір місця проживання, — ч. 2 ст. 310 ЦК України); трудове право (розірвання трудового контракту з особами, що позбавлені волі, — п. 78 ч. 1 ст. 36 Кодексу законів про працю).

Що стосується права на зміну місця проживання як і деяких інших прав, на можливість обмеження яких вказується в одній галузі права, а самé обмеження встановлюється іншою, то їх можна розглядати як обмеження, встановлені одночасно кількома галузями права. Обмеження, які встановлюються різними галузями права, можуть як взаємодоповнювати одне одного, так і просто дублюватись у кількох галузях права.

Отже, обмеження прав засуджених містяться в різних галузях права, починаючи з кримінально-виконавчого та закінчуючи цивільним і конституційним правом. Окремі обмеження закріплені одночасно в кількох галузях права як дублюючи, так і взаємодоповнюючи одне одного.

### 1.3.5. Інші класифікації обмежень прав засуджених

У юридичній літературі вирізняють також інші види правообмежень засуджених.

За типом прав, що є предметом впливу обмеження, вони поділяються на обмеження:

- а) особистих майнових та немайнових;
- б) політичних;
- в) економічних;
- г) соціальних;
- д) культурних;
- е) інформаційних;
- є) інших прав.



Розглядають і такі обмеження, що впливають із змісту покарання<sup>324</sup> або, як їх ще називають, опосередковані або непрямі обмеження<sup>325</sup>, а також ті, які обумовлені необхідністю виконання покарання<sup>326</sup>.

Обмеження, що обумовлені необхідністю виконання покарання, можна розглядати різновидом змішаних правообмежень, адже вони спрямовані як на забезпечення порядку в установі виконання покарань, безпеки самих засуджених та осіб, що їх відвідують, так і на каральну мету покарання. Що ж стосується обмежень, що впливають зі змісту покарання, для кращого розуміння їх правової природи було б більш вдалим назвати їх похідними правовими обмеженнями, тобто такими, що походять (впливають) з обмеження інших прав. Прикладом є вже згадане обмеження свободи пересування, яке обмежує засуджених у реалізації низки інших прав.

На додаток, можна класифікувати обмеження як законні та незаконні (в залежності від наявності законодавчих підстав для застосування обмежень), а також як обґрунтовані та необґрунтовані (в залежності від дотримання вимог до їхнього застосування). У розумінні Європейської конвенції незаконні обмеження варто вважати необґрунтованими, оскільки кожне обмеження має бути «передбачено законом».

### Висновок до розділу 1.3

Ознайомлення з юридичною літературою підтвердило відсутність цілеспрямованих намагань класифікувати обмеження прав засуджених (як і обмежень прав загалом), тому запропоновані класифікації є авторськими і ми закликаємо до початку дискусії з цього приводу.

Найважливішими класифікаціями, які дозволяють нам зрозуміти правову природу обмежень прав є поділ за суб'єктом застосування (нормативні та правозастосовні) та за джерелом обмеження (юридичні та фактичні). Такий поділ дав можливість охопити дискусійні питання та спробувати запропонувати наше власне бачення поділу обмежень прав.

Особлива увага в розділі була приділена доцільності виокремлення так званих «обмежень, які є неминучими в ув'язненні», які ще назива-

---

<sup>324</sup> Акимов С. К., Лысягин О. Б. Основные права осужденных, отбывающих наказание в виде лишения свободы: виды, содержание, реализация и защита (восстановление). — М.: ПРИ, 2007. — С. 7.

<sup>325</sup> Кримінально-виконавчий кодекс України: Науково-практичний коментар / Степанюк А. Х., Яковець І. С. За заг. ред. Степанюка А. Х. — Х.: ТОВ «Одіссей», 2005. — С. 35.

<sup>326</sup> Пономаренко Ю. А. Виды наказаний по уголовному праву Украины: Монография. — Харьков: Издательство «ФИНН», 2009. — С. 15–16.

ють фактичними обмеженнями. Висновок, який було зроблено, полягає у тому, що бачення фактичних обмежень як таких, що допомагають захистити права в'язнів, є оманливим. Наслідки підтримки ідеї фактичних обмежень можуть бути прямо протилежні — зменшення гарантій від застосування необґрунтованих обмежень прав. Це пов'язано із суб'єктивним характером розуміння та складністю визначення того, що є «неминучим в ув'язненні».

У розділі також пропонуються інші класифікації обмежень, які допомагають краще зрозуміти обмеження прав в'язнів.

## 1.4. Межі суб'єктивних прав

Тематика меж здійснення суб'єктивних прав досліджувалась у радянській цивілістичній літературі<sup>327</sup>. Доцільним є короткий огляд підходів фахівців у цій галузі щодо природи меж суб'єктивних прав. Це дозволить запозичити деякі напрацювання правників-цивілістів для пояснення правової природи меж прав людини в інших галузях права, зокрема і в кримінально-виконавчому праві.

Як пише В. П. Грибанов, усяке суб'єктивне право, будучи мірою можливої поведінки уповноваженої особи, має певні межі як за своїм змістом, так і за характером його здійснення. Межі ці можуть бути більшими або меншими, але вони існують завжди. Межі — це невід'ємна властивість усякого суб'єктивного права, оскільки при відсутності таких меж право перетворюється у свою протилежність — у свавілля, і тим самим взагалі перестає бути правом<sup>328</sup>. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав називають законодавчо визначеними рамками діяльності уповноважених осіб щодо реалізації можливостей, які становлять зміст

---

<sup>327</sup> Див. напр. класичні роботи радянських цивілістів: *Грибанов В. П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М.: Издательство московского университета, 1972; *Иоффе О. С., Грибанов В. П.* Пределы осуществления субъективных гражданских прав // Советское государство и право. — 1964. — № 7. — С. 76–85; *Братусь С. Н.* О пределах осуществления гражданских прав // Известия Высших учебных заведений. Правоведение. — 1967. — № 3. — С. 79–86; *Тархов В. А.* Осуществление гражданских прав // Развитие прав граждан СССР и усиление их охраны на современном этапе коммунистического строительства; отв. ред. М. И. Байтин. — Саратов: Саратов. юрид. ин-т им. Д. И. Курского: 1962. — С. 112–125.

<sup>328</sup> *Грибанов В. П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М.: Издательство Московского университета, 1972. — С. 18.

цих прав<sup>329</sup>. Вони є способами визначення змісту правомочностей носія суб'єктивного права<sup>330</sup>.

Можна узагальнити, що межі<sup>331</sup> прав людини згідно з позитивістським підходом до права **характеризують той обсяг та зміст можливостей особи, що підлягає захисту та гарантуванню державою і навпаки**. Виходячи з цього, досить складно відрізнити встановлення межі права людини та встановлення правових обмежень як таких (у тому числі шляхом закріплення їх у законодавстві), адже обмеження і є встановленням меж<sup>332</sup>.

Більше того, як межі здійснення суб'єктивних прав, так і правообмеження мають обмежувальний характер. І ті і інші встановлюють певну міру в праві, внаслідок чого поведінка уповноваженої особи не може виходити за ці рамки<sup>333</sup>. Маючи це на увазі, ми підтримуємо думку, що встановлення правових меж і обмежень здійснення прав людини відноситься до обмежування прав, а суб'єктом цієї діяльності є компетентні державні органи<sup>334</sup>. Деякі науковці, досліджуючи обмеження прав під час надзвичайного стану, навіть ставлять знак рівності між межами здійснення прав і обмеженням прав (тобто правовими обмеженнями). Прямо вказується, що обмеження прав — це тимчасові межі здійснення людиною і громадянином своїх прав і свобод, що виражаються у встановленні додаткових заборон, обов'язків, відповідальності, які вводяться в умовах надзвичайного стану з метою забезпечення безпеки громадян, захисту конституційного ладу та відновлення правопорядку<sup>335</sup>. Правові обмеження виступають встановленими у праві межами, в яких мають діяти суб'єкти, не

<sup>329</sup> Гражданское право: учебник: в 2-т. / под. ред. Е. А. Суханова. — М., 1994. — Т. 1. — С. 157.

<sup>330</sup> Генкин Д. М. Право собственности в СССР. — М., 1961. — С. 60; Иоффе О. С. Советское гражданское право. — М., 1967. — С. 311.

<sup>331</sup> Межа — допустима норма чого-небудь дозволеного, грань, ліміт, рамки (Новий тлумачний словник української мови: у 4 Т. / укл.: В. Яременко, О. Сліпушко. — К., 1998. — Т. 2. — С. 601).

<sup>332</sup> Новий тлумачний словник української мови: у 4 Т. / укл.: В. Яременко, О. Сліпушко. — К., 1998. — Т. 3. — С. 29.

<sup>333</sup> Породько В. Межі та обмеження суб'єктивних цивільних прав громадян: розмежування понять // Право України. — 2009. — № 7. — С. 119.

<sup>334</sup> Рабінович П. М., Панкевич І. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України/Редкол.: П. М. Рабінович — Серія 1. Дослідження, видання реферати. Випуск 3. — Львів.: «Астрон», 2001. — С. 42.

<sup>335</sup> Колінко Я. Поняття обмеження прав і свобод людини і громадянина в умовах надзвичайного стану // Юридична Україна. — 2010. — № 8. — С. 29.

порушуючи законні права інших суб'єктів, тобто вони унеможливають певні діяння окремих осіб, з тим щоб підтримати інтереси суспільства<sup>336</sup>.

Як видно, міркування теоретиків щодо розрізнення меж прав та обмежень прав не є чіткими. Однак різниця між двома термінами все ж є. Вона базується на доволі тонкій грані.

Наприклад, О. Савченко вважає, що межі основних прав визначені Конституцією України і за своєю соціальною та юридичною природою відрізняються від обмежень прав у конституційно-правовому змісті. Обмеження прав розуміються як такі, що допускаються Конституцією і встановлюються законом як *винятки* з конституційного статусу людини і громадянина (курсив авт.)<sup>337</sup>.

На думку Б. Єзєєва, необхідно розмежовувати також конституційні обмеження (як межі здійснення прав. — авт.) і обмеження конституційних прав, які співвідносяться як загальне і особливе. Річ у тому, що конституція сама є обмежувачем у діяльності держави, державних органів, суспільства і людини<sup>338</sup>, а тому конституційні обмеження включають в себе, крім обмежень прав людини, ще й обмеження державної влади. Він пише, що іманентні межі основних прав зафіксовані в самій конституції і за своєю соціальною і юридичною природою відрізняються від обмежень основних прав. Ідеться про межі свободи індивідів та їх асоціацій, які захищаються конституцією, а по суті про *нормативний зміст* того чи іншого конституційного права, *склад його правомочностей і систему гарантій*<sup>339</sup>.

Відмінність між межами прав та правовими обмеженнями визнаються зарубіжними авторами, які називають межі прав **кваліфікаторами**. Кваліфікатори — це внутрішні ознаки права, які характеризують його зміст. Наприклад, А. Барак, наводить підходящий приклад: право кожного збиратись мирно, без зброї, здійснювати демонстрації, пікетувати і представляти петиції. У самому формулюванні цієї норми містяться кваліфікатори права — конкретні вказівки, у чому полягає зміст права. Зміст цього права не включає можливості зборів зі зброєю або не з мирними цілями. На думку автора, у такому разі йдеться не про обмеження,

---

<sup>336</sup> Денисова А. М. Правові обмеження: поняття, види, функції // Часопис Київського університету права. — 2011. — № 2. — С. 52.

<sup>337</sup> Савченко О. Правове обмеження прав людини як основа і критерій співвідношення публічних і приватних інтересів // Право України. — 2006. — № 3. — С. 27.

<sup>338</sup> Морозова Л. А. «Круглий стол» журналу «Государство и право»: принципи, предели, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву // Государство и право. — 1998. — № 7. — С. 24.

<sup>339</sup> Конституционные права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации: учебник для вузов / Под. ред. д.ю.н., проф. О. И. Тиунова. — М.: Норма, 2005. — С. 309.

а про інтерпретацію обсягу права<sup>340</sup>. Необхідно чітко відрізнити застосування обмеження прав від зміни конституційного змісту цих прав<sup>341</sup>. Іншими словами, згідно з позицією автора, коли ми встановлюємо межі права — ми встановлюємо зміст права. Надалі вже реалізація цього визначеного змісту може обмежуватися як у законі, так і на практиці. В окресленому випадку нормативна заборона збиратись не з мирними цілями не буде вважатись обмеженням, адже такого права немає взагалі. У такому разі йтиметься про межі права.

Зауважимо, що кваліфікатори можуть мати як негативний характер (вказуючи, що не належить до змісту права), так і позитивний характер (визначаючи, яким саме є зміст суб'єктивного права). Наприклад, правило 27.1 Європейських в'язничних правил визначає, що кожен в'язень має право щонайменше на щоденну одногодинну прогулянку/вправи на свіжому повітрі. Відповідно, якщо в'язневі надаватиметься тільки 45-хвилинна прогулянка на день, то матиме місце порушення права, яке полягатиме в недотриманні його змісту. При чому це порушення буде водночас і неправомірним обмеженням.

Зазначені два приклади кваліфікаторів закріплюються в положеннях конституційного та міжнародного права. Більш складною є розрізнення меж та обмежень права, коли йдеться про встановлення змісту права в національному законодавстві (особливо підзаконного рівня) або базуючись на судовій правотворчості, доктрині чи навіть логіці.

Уявімо звичайну вказівку в конституційному законодавстві на те, що особа має право вільно сповідувати свою релігію. Наскільки широким є зміст цього права в умовах позбавлення волі? Що він включає, а що ні? Чи включає цей зміст, наприклад, можливість засуджених збиратись для колективних молитов або вживання алкоголю (вина) як частини релігійних обрядів?

Відповіді на ці питання залежатимуть, у першу чергу, від національних органів влади, які на рівні законів та підзаконних актів встановлюватимуть відповідні кваліфікатори. Водночас вони керуватимуться досвідом виконання покарань та запобіжних заходів, доктриною, логікою, міжнародними стандартами та ін. Тобто кваліфікатори права відсутні, але їх потрібно створювати. Водночас створення цих кваліфікаторів можна вважати обмеженням права, оскільки припускається, що особа має право, яке не обмежене конституцією.

Тим не менш, низка питань залишатиметься неврегульованими в законі і тому вони вирішуватимуться на практиці. У разі звернення до суду

---

<sup>340</sup> Barak A. Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations. — Cambridge: Cambridge University Press, 2012. — P. 33.

<sup>341</sup> Barak A. Ibid. — P. 9.

з приводу захисту права судді доведеться встановлювати, що належить до змісту права, а що ні; тим самим встановлюватимуться кваліфікатори. Так само в разі необхідності встановлення конституційності відповідних норм закону Конституційний Суд має встановлювати зміст права. При цьому йому неминуче доведеться займатись правотворчою функцією, адже встановлюючи відповідність/невідповідність конкретної норми (наприклад, щодо колективних молитв у в'язниці) загальній конституційній нормі Суд мимоволі творитиме її зміст. Це ж стосується звернення за захистом до міжнародних інстанцій, як-то ЄСПЛ, який по своєму встановлюватиме зміст того чи іншого права, які містяться в Конвенції і визначатиме, чи відповідає національне трактування певного права інтерпретації конвенційних прав.

У вказаних прикладах обґрунтованість обмежень встановлюватиметься, виходячи зі спільного знаменника, яким серед іншого може бути Конституція чи Конвенція. Встановлення змісту конституційного права національною владою на рівні законів чи підзаконних актів є обмеженням, яке може бути обґрунтованим чи необґрунтованим. Якщо воно є необґрунтованим, то має місце порушення права, адже особі заборонятиметься користуватися частиною змісту права без належних на те підстав. З іншого боку, чи можна ставити знак рівності між порушенням права та обмеженням? Якщо орієнтуватись на підхід ЄСПЛ, то відповідь на це питання буде ствердною, адже він, встановлюючи порушення конвенційних прав (відповідної статті Конвенції), використовує категорію обґрунтованості обмеження. Якщо обмеження необґрунтоване, то матиме місце порушення права як закріпленого у відповідній статті.

Р. Алексі пропонує дві теорії, від яких залежить те, як потрібно розуміти відмінність між обмеженнями прав та його межами. Зокрема, він розглядає внутрішню та зовнішню теорію обмежень прав. Зовнішня теорія визнає, що з самого спочатку право не є обмеженим, а потім, після застосування обмеження, залишається обмежене право. Внутрішня ж теорія означає, що обмежень не існує — ідея обмежень у ній замінена ідеєю обсягу права. Сумніви щодо обсягу права не є сумнівами щодо обмеження, а сумнівами щодо змісту. Тобто право містить такі собі іманентні межі<sup>342</sup>.

Таким чином, коли йдеться про внутрішню теорію, то межі допустимого здійснення прав встановлюються в процесі їх інтерпретації: «...у відповідності до статті № ... ти маєш право робити ... і не маєш права робити...». Коли ж йдеться про зовнішню, то зміст права також визначений («ти маєш право на ...»), але при цьому можуть застосовуватись обмеження («..., але у разі ... це право може бути обмежено»). Вони застосовуються

---

<sup>342</sup> *Alexy R. A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers. — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 179.

тільки тоді, коли має місце втручання в цей зміст. Якщо певні дії не охоплюються змістом права, то обмеження права (втручання в право) не може мати місця зовсім, адже за ними захист права не здійснюється взагалі<sup>343</sup>. У свою чергу, для встановлення наявності втручання потрібно знати зміст відповідного суб'єктивного права, тобто знати його межі.

Користуючись словами А. Барака, потрібно чітко відрізнити обсяг права та обсяг його реалізації або захисту<sup>344</sup>. Обсяг реалізації та захисту права змінюється в залежності від історичного періоду, а от обсяг права залишається однаковим<sup>345</sup>. Якраз можливість змінювати обсяг реалізації дає можливість зберігати те ж право, але в залежності від конкретного суспільства в конкретний момент часу змінювати його і цим дозволяти вирішення певного конфлікту. При чому рішення конфлікту якраз відбувається не на конституційному, а на субконституційному рівні<sup>346</sup>. Відповідно, обсяг права може бути більшим, ніж обсяг його захисту та допустимої реалізації, який залежить від різноманітних чинників.

З одного погляду, межі (кваліфікатори) права та обмеження права можна співвідносити і як загальне та особливе. Обмеження права в такому разі є вужчим за змістом поняттям, ніж межа суб'єктивного права. Будь-яке правове обмеження, у його розумінні як діяльності щодо встановлення правових обмежень (обмежовування), є встановленням меж суб'єктивного права. Але не будь-яке встановлення меж суб'єктивного права можна визнати правовим обмеженням, адже, наприклад, збільшення можливостей особи шляхом встановлення в законі додаткових правомочностей щодо здійснення права буде мати характер розширення обсягу та змісту конкретного права. З цього випливає, що правове обмеження є «негативним»<sup>347</sup> встановленням меж права, що, між іншим, розглядається фахівцями як одна із ознак правового обмеження.

З іншого боку, таке бачення є коректним тільки за умови визнання, що зміст права є змінним. В протилежному ж разі, у відповідності до зазначеної точки зору А. Барака, зміст права залишається одним і тим же, а можуть змінюватися лише межі його допустимої реалізації. В такому разі розширення меж права взагалі не може мати місця, а можуть збільшуватись тільки допустимі межі його реалізації. При чому таке збільшення

---

<sup>343</sup> Р. Алексі стверджує, що обмеження конституційних прав веде до обмеження їхнього конституційного захисту (Ibid. — Р. 196.).

<sup>344</sup> Barak A. Ibid. — Р. 24.

<sup>345</sup> Ibid. — Р. 23.

<sup>346</sup> Ibid. — Р. 82; під підконституційним рівнем автором мається на увазі встановлення обмежень у звичайному законодавстві (не в конституції).

<sup>347</sup> У сенсі зменшення існуючої свободи.

може відбуватись тільки до тих пір, поки межі здійснення права не виходитимуть за межі змісту права. Звуження меж реалізації прав так само не вважатиметься обмеженням права, оскільки обсяг права залишається незмінним. Таке звуження вважатиметься тільки обмеженням його реалізації.

Окремі автори пропонують прототипи зовнішньої та внутрішньої теорії: категоричний та балансувальний методи<sup>348</sup>. Категоричний метод є по суті тлумачним методом. Він передбачає тлумачення того, чи має особа право вчиняти певні дії у відповідності до певної статті. Завдання в цьому разі полягає в тому, щоб відкрити справжнє значення права через інтерпретацію, і не через оцінку конкуруючих інтересів. Це свого роду підхід «все або нічого», який не передбачає гнучкості. Балансувальний же метод дає можливість тому, хто приймає рішення, зважити різні права та інтереси у справі та бути більш гнучким<sup>349</sup>. З іншого боку, на відміну від категоричного методу, він створює можливості для зловживань, адже передбачає наявність дискреції особи, яка оцінює обґрунтованість обмеження. Категоричний метод не передбачає встановлення того, чи було обмеження спрямовано до обґрунтованої мети чи пропорційним, а по суті зводиться до встановлення наявності або відсутності порушення обмеженням конкретного змісту норми права. В остаточному підсумку такого роду підхід може призводити до «замороження» прав, адже він позбавляє інструментів для розвитку суб'єктивного права<sup>350</sup>.

Український підхід є яскравим прикладом застосування категоричного методу. І хоча застосування балансування є можливим у світлі того, що Конвенція є частиною національного законодавства, а тому дозволяється використовувати принцип пропорційності (як процесуальна передумова балансування протилежних інтересів) застосування балансувального методу є чужорідним українському праву на теперішньому етапі.

## Висновок розділу 1.4

Будь-яке суб'єктивне право має свої межі. Межі права визначають зміст права та є його невід'ємною властивістю. Поза такими межами суб'єктивне право не існує. Тому саме межі права мали б вказувати на межі того, що підпадає під захист державою. Однак наш аналіз вказує,

---

<sup>348</sup> *Sottiaux S. Terrorism and the Limitation of Rights. The ECHR and the US Constitution.* — Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008. — pp. 38–58.

<sup>349</sup> Така гнучкість неминуче призводить до неоднозначності правозастосування. Використання балансування конфлікуючих інтересів призводить до «різних повідомлень» щодо обсягу прав (*Hievert J. E. Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review.* — Montreal: McGill-Queen's University Press, 1996. — P. 5).

<sup>350</sup> *Hievert J. E. Ibid.* — P. 45.



що можливе й інше розуміння права, коли обмеження права допустиме в рамках меж його змісту, а тому захист держави не поширюється на частину змісту права.

Межі прав та правові обмеження іноді плутають та навіть зрівнюють. Однак відмінність є. Це є більш наочним, якщо назвати межі права кваліфікаторами. Кваліфікатори — це внутрішні ознаки суб'єктивного права, які характеризують його зміст. Кваліфікатори можуть бути експліцитними (коли у нормі права вказується, що відноситься до змісту права, а що ні), а також імпліцитними (коли зміст права необхідно встановлювати на підставі норми, яка містить лише загальне твердження щодо права).

Однак і це бачення може видозмінюватись у залежності від обраної теорії обмеження права — зовнішньої чи внутрішньої. Зовнішня теорія передбачає, що зміст права завжди залишається незмінним, а змінюється лише обсяг його реалізації в залежності від конкретних історичних та суспільних обставин. Внутрішня ж теорія передбачає, що зміст права може змінюватись шляхом його інтерпретації і таким чином може відбуватися обмеження права. Перша теорія вказує на неможливість обмеження права і допустимість обмеження його реалізації, друга допускає можливість обмеження права — хоча й називає це інтерпретацією права.

Ми доходимо висновку, що межі права варто вважати обмеженням права (чи обмеженням його реалізації), тільки якщо йдеться про негативний наслідок їх закріплення у виді зниження існуючого рівня свободи.

## **1.5. Філософські начала правової природи обмежень прав в'язнів**

### **1.5.1. Базові ідеї філософії обмежень прав в'язнів**

Філософія прав людини завжди була важливим рушієм прогресу прав людини. Разом з тим філософські роботи щодо прав в'язнів і по сьогодні залишаються винятком. Через це такі важливі теми, як співвідношення прав в'язнів та прав вільних осіб, походження та природа прав в'язнів більше привертають увагу юристів, ніж філософів. Це не могло не позначитись на рівневі розвитку доктрини прав в'язнів у філософській площині, який залишається порівняно низьким, а також не вплинути на якість теорії щодо природи прав та обмежень у пенітенціарній сфері.

Підходи до розуміння прав залежать від підходів до розуміння обмежень прав і навпаки. Це рівною мірою стосується і позбавлених волі осіб. Тому метою цього розділу є висвітлення кращого зрозуміння приро-

ди обмежень прав в'язнів через призму нечисленних та обмежених спроб філософів висвітлити питання природи самих цих прав. Нею не є встановлення філософської природи прав в'язнів; це питання, яке все ще чекає на свого автора.

Необхідно враховувати, що права в'язнів можуть не надто відрізнятися від прав людини загалом. Більше того, може буди аргументовано, що в'язні, як і інші громадяни, уповноважені на більшість моральних прав людини, навіть якщо вони видозмінені обставинами та умовами в ув'язненні<sup>351</sup>, або й на додаткові права, як-то забезпечення житлом і харчуванням. Водночас, існує суттєва незгода щодо того, які права зберігають в'язні і чи вони продовжують мати ці права як імперативи чи як привілеї<sup>352</sup>.

Очевидною є залежність природи прав в'язнів від кількох ключових елементів:

- вони вчинили злочин, чим продемонстрували свою підвищену небезпеку для суспільства, а тому підлягають покаранню;
- вони знаходяться в ізоляції та обмежені у праві на вільне пересування;
- вони залежні від пенітенціарної адміністрації;
- вони змушені дотримуватись правил співжиття всередині пенітенціарної установи.

З огляду на ці елементи в'язні як втрачають, так і набувають певних прав. Наприклад, з огляду на їх залежність вони отримують компенсацію — спеціальні права, адже «залежність уповноважує їх на права»<sup>353</sup>. Обов'язок персоналу забезпечувати безпеку обґрунтовує втрату кореспондуючих цьому обов'язку прав ув'язнених<sup>354</sup>.

Одним із філософів, які цікавились природою прав в'язнів, був Х. А. Бедо, один із відомих філософів у сфері кримінальної юстиції. Він є автором важливих міркувань щодо можливості пов'язування прав в'язнів із природно-правовою концепцією прав.

На його думку, природно-правова доктрина немає джерел, у яких можна було б відшукати доктрину прав в'язнів, що могла б бути оцінена

---

<sup>351</sup> *Kleinig J.* Introduction // *Prisoners' Rights* (The international library of essays on rights) Ed. By John Kleinig. — Burlington, Surrey: Ashgate Publishing Company, 2014. — P. 13.

<sup>352</sup> *Ibid.* — P. 15.

<sup>353</sup> *Richardson G.* The Case for Prisoners' Rights // *Accountability and the Prisons: Opening Up a Closed World.* *M. Maguire, J. Vagg and R. Morgan* (Eds.) — London: Tavistock, 1985. — P. 25; див. також *Bedau H. A.* Prisoners' Rights // *Criminal Justice Ethics.* — 1982. — No. 1. — P. 38.

<sup>354</sup> *Kiphins K.* Social Justice and Correctional Health Services // *Medicine and Social Justice: Essays on the Distribution of Health Care.* *Rhodes R., Battin M. and Silvers A.* (eds). 2<sup>nd</sup> ed. — New York: Oxford University Press, 2012. — P. 377.

сьогодні як належна. Це означає, що або немає теорії, яка була б достатньою для цієї мети, або є теорія, яка має дуже відмінну (від прав вільних осіб. — прим. авт.) природу<sup>355</sup>. Тим не менш, навіть якщо природно-правова теорія створює будь-який ґрунт для прав в'язнів, то ця основа не може базуватись на Гоббсівській версії цієї теорії<sup>356</sup>.

Найчастіше в рамках обґрунтування обмежень прав засуджених здійснюються спроби розвинути теорію їхніх прав, посиляючись на ідеї Дж. Локка щодо суспільного договору. Наприклад, у сучасних умовах на теорію суспільного договору посиляються автори, які займаються питаннями допустимості позбавлення права голосу у зв'язку із відбуванням покарання<sup>357</sup>. У минулому вона мала набагато більше значення та навіть ставала обґрунтуванням для покарання у вигляді «цивільної смерті» — втрати особою цивільних прав.

У відповідності до неї, вчиняючи злочин, особа заперечує суспільний договір, а тому в суспільства виникає право покарати її з метою захисту цього договору<sup>358</sup>. Відповідно, права, яких позбавляється (в яких обмежується) особа, є своєрідною «платою» за заперечення контракту. При чому, чим сильнішим є заперечення, тим тяжчим є злочин і тим більш суворо повинна каратись особа<sup>359</sup>.

Окремі автори уточнюють, що злочин не є запереченням соціального контракту, адже навіть дослідження показують, що в'язні розуміють, що вони «вчинили погано», тобто вони розуміють, що порушують контракт, але не заперечують його<sup>360</sup>.

Схоже стосується і твердження, що злочинець заперечує своє громадянство, коли вчиняє злочин. Адже сумнівним є те, що особа думає

---

<sup>355</sup> *Bedau H. A. Prisoners' Rights // Criminal Justice Ethics. — 1982. — No. 1. — P. 30.*

<sup>356</sup> *Ibid.* — P. 29.

<sup>357</sup> Ця теорія має настільки сильний вплив на сучасну правову думку, що вона використовується у юридичній практиці. Наприклад, Уряд Великобританії використовував її у Європейському суді для захисту своєї позиції щодо позбавлення засуджених за певні види злочинів права голосу (див. рішення у справі *Hirst v. the United Kingdom* (No. 2) § 50 (no. 74025/01, 06.10. 2005)).

<sup>358</sup> Таким чином суспільство само захищається та охороняє себе і свій порядок від розпаду (*Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремноведением. — Санкт-Петербург: Типография министерства путей сообщения, 1889. — С. 3).*

<sup>359</sup> *Ramsay P. Faking Democracy with Prisoners' Voting Rights // LSE Law, Society and Economy Working Papers. — 2013. — No. 7. — P. 5.*

<sup>360</sup> *Reiman J. Liberal and Republican Arguments Against the Disenfranchisement of Felons // Criminal Justice Ethics. — 2005. — No. 24. — P. 10.* Окремим питанням є застосування теорії суспільного договору щодо необережних злочинів, адже відсутність свідомого розуміння порушення договору в такому разі заважає обґрунтуванню будь-яких обмежень — наслідків такого порушення.

про такі речі, як громадянство чи суспільний контракт, коли вчиняє злочин<sup>361</sup>.

М. Рідлі-Сміт та Р. Ронніт пояснюють, як теорія суспільного договору пов'язана із обмеженнями засуджених. На їх думку, засудженого обмежують у правах за те, що він заперечує суспільний договір. Оскільки він заперечує права та відповідальність перед суспільством, йому повинно бути відмовлено в наданні інших прав та відповідальності. Обмеження права як частина кари може розглядатись як символічне вираження суспільного осуду<sup>362</sup>.

Яскравим прикладом у цьому світлі є обмеження права голосу засуджених. Воно розглядається як таке, що безпосередньо пов'язано із порушенням суспільного договору і тому є повчальним моральним наслідком.

Однак з точки зору теорії суспільного договору таку втрату права складно обґрунтувати<sup>363</sup>. На думку автора, є два варіанти розуміння цієї теорії:

- 1) особа обмежується в такому ж самому праві, яке вона порушила;
- 2) внаслідок порушення особа обмежується в усіх правах.

Останнє розуміння не є припустимим, а перше дозволяє обмеження виборчого права тільки тих осіб, які вчинили порушення виборчого права інших осіб. Проте перше розуміння є так само неприйнятним, адже у відповідності до нього гвалтувальник втрачав би право не бути зґвалтованим<sup>364</sup>. Щоправда, незрозуміло, чим обґрунтовується розуміння суспільного договору як такого, що не дозволяє застосування покарання як обмеження тільки певного набору прав, а не всіх чи одного права. Розуміння автором суспільного договору взагалі ставить під сумнів допустимість ув'язнення як покарання з точки зору суспільного договору.

Одним із визначальних чинників, який береться до уваги філософськими підходами, що стосуються обмежень прав, є також моральний аспект<sup>365</sup>. Яскравим прикладом є теорія втрати прав.

---

<sup>361</sup> Duff A. Citizens (Even) in Prison // Netherlands Journal of Legal Philosophy. — 2014. — No. 1 (43). — pp. 3–6.

<sup>362</sup> Ridley-Smith M., Ronnit R. Prisoners and the Rights to Vote // Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons, edited by Brown D. and Wilkie M. — Leichhardt: The Federation Press, 2002. — pp. 284–285.

<sup>363</sup> Bennet C. Penal Disenfranchisement // Criminal Law and Philosophy. — 2016. — Vol. 10, 3. — pp. 411–425.

<sup>364</sup> Ibid.

<sup>365</sup> Іншим значимим чинником є необхідність забезпечення безпеки суспільства та інших індивідів.

Теорія втрати прав<sup>366</sup> називається однією із теорій покарання<sup>367</sup>, однак вона є специфічною та суттєво вирізняється з-поміж інших теорій. Вона пояснює походження обмежень прав, які становлять покарання: особа порушує правові норми, а тому може бути покараною та втрачає можливість отримувати від них користь<sup>368</sup>. Головною її рисою є те, що вона дає відповідь на питання: «Чому допустимо карати?», а не на питання: «Якою мірою карати?». Вона відіграє роль морального обґрунтування та пояснює, чому покарання є морально допустимим. Однак вона, на відміну від інших теорій, не є вдалою для надання перспективної точки відліку в дискусії про те, як необхідно поводитись із в'язнями<sup>369</sup>. Відповідно вона не є вдалою і для встановлення того, яким має бути відбування покарання. Як вказує В. Бюлов, одна справа сказати, чому правове покарання є морально обґрунтованим, однак зовсім інша — визначити, якими є морально бажані умови відбування покарання<sup>370</sup>.

Через те, що ця теорія не вказує на обсяг допустимого обмеження прав, Р. Ліпке піддає її гострій критиці. Він вказує, що якщо не уточнюється конкретне право, яке втрачається особою внаслідок вчинення злочину, то саме твердження, що особа несе цю втрату не пояснює, чому є допустимим застосування державою покарання. Теорія втрати прав, яка і так мала обмежену пояснювальну роль, схоже, дійшла до того, що вона тепер не має взагалі ніякої ролі<sup>371</sup>.

І хоча деякі філософи вважають, що ця теорія передбачає втрату (обмеження) окремих прав для того, щоб покарання взагалі могло вважатись морально обґрунтованим, вона потребує доповнення хоча б однією іншою теорією покарання для встановлення його допустимого змісту, який полягає в обмеженнях<sup>372</sup>. Таким чином теорія втрати (обмеження) прав як наслідок покарання не дає відповіді на питання, наскільки великою має бути ця втрата. Таку відповідь варто шукати у інших теоріях, особливо фокусуючись на цілях покарання, які підтримуються ними.

<sup>366</sup> Англ. "The Right Forfeiture Theory of Punishment".

<sup>367</sup> Wellman C. The Rights Forfeiture Theory of Punishment // *Ethics*. — 2012. — Vol. 122 (2). — pp. 371–393.

<sup>368</sup> Lippke R. L. Criminal Offenders and Right Forfeiture // *Journal of Social Philosophy*. — 2001. — Vol. 32, 1. — P. 78.

<sup>369</sup> Bülow W. Ethics of Imprisonment: Essays in Criminal Justice Ethics. Licentiate Thesis in Philosophy. — Stockholm: US-AB, 2014. — P. 4.

<sup>370</sup> Ibid. — P. 4.

<sup>371</sup> Lippke R. L. Criminal Offenders and Right Forfeiture // *Journal of Social Philosophy*. — 2001. — Vol. 32, 1. — pp. 78, 84.

<sup>372</sup> Bülow W. Ibid. — P. 5.

Питання щодо допустимості покарання саме по собі є питанням про права людини, однак ця важлива ідея губиться серед теорій покарання<sup>373</sup>.

Теорія втрати прав базується на твердженні, що особа має право на те, щоб не бути підданою покаранню, але, вчиняючи злочин, який порушує права інших, вона втрачає це право. Право не бути підданим покаранню є свого роду щитом, який відбирається внаслідок порушення прав інших<sup>374</sup>.

І хоча не в усіх злочинах легко розпізнати порушення прав інших, як це у випадку зі злочинами *mala prohibita* на відміну від злочинів *mala in se*, існують обґрунтовані доводи, що і в таких випадках злочинець порушує право інших. Серед іншого йдеться, наприклад, про право на те, щоб інша особа не порушувала встановлений закон, якому «жертва» порушення права сама повинна підпорядковуватись<sup>375</sup>.

Як вказувалося, теорія втрати прав не дає пояснення щодо того, яким має бути покарання. Однак, піддаючись спокусі дати певний орієнтир і в цьому питанні, її пропоненти вказують на втрату злочинцем права не бути підданим покаранню у прямій пропорції до того, наскільки він порушив права жертви<sup>376</sup>.

Звідси випливає, що ця теорія природно перетинається із теорією ретрибутивізму. Нами вбачаються підстави для твердження, що її можна вважати похідною від останньої.

Ж. Річардсон справедливо зауважує, що часткова втрата прав в'язнем, її обсяг, залежать від вибраного погляду на покарання. Тобто обсяг прав буде залежати від вибраної теорії обґрунтування покарання<sup>377</sup>. Якщо, наприклад, захист суспільства є головним обґрунтуванням тоді втрата прав в ув'язненні може відбуватись тільки тією мірою, яка необхідна для сегрегації від суспільства. З іншого боку, якщо головним обґрунтуванням

---

<sup>373</sup> *Wellman C. Rights Forfeiture and Mala Prohibita // The Constitution of the Criminal Law. Ed. By R. A. Duff, L. Farmer, S. E. Marshall, M. Renzo, V. Tardos. — Croydon: Oxford University Press, 2013. — P. 78.*

<sup>374</sup> *Ibid.* — P. 79.

<sup>375</sup> Водночас автор аргументовано доводить, що треба ставитись із великою підозрою до обґрунтованості законів, які встановлюють *mala prohibita*. Щодо більш детального обґрунтування того, чому злочини *mala prohibita* можуть вважатись такими, що порушують права інших, див.: *Wellman C. Rights Forfeiture and Mala Prohibita // The Constitution of the Criminal Law. Ed. By R. A. Duff, L. Farmer, S. E. Marshall, M. Renzo, V. Tardos. — Croydon: Oxford University Press, 2013. — pp. 77–96.*

<sup>376</sup> *Ibid.* — P. 79.

<sup>377</sup> *Richardson G. Des droits aux attentes // L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — P. 190.*

є відплата, то тоді обсяг прав, що залишається, буде залежати від природи санкції, яку суспільство бажає застосувати<sup>378</sup>.

З цього приводу Ж. Давс слушно зауважує, що недостатність згоди щодо цілей ув'язнення і того, як в'язниці повинні управлятись, має суттєві наслідки для прав в'язнів<sup>379</sup>. У цій роботі ми також використовуємо аргументи, що цілі покарання та його виконання мають визначний вплив на те, яким має бути аналіз обґрунтованості обмежень<sup>380</sup>. Такі цілі є і важливими детермінантами філософії обмежень прав в'язнів. Від того, якій теорії покарання ми віддаємо перевагу, залежить, яке філософське бачення природи та допустимого обсягу обмежень цих прав є підходящим.

Обмеження прав у в'язниці є схожими до обмежень прав на волі тим, що вони спрямовані на узгодження індивідуальних та суспільних інтересів. Природно складним завданням завжди було встановлення балансу між цими інтересами. При цьому в'язничний контекст змінює вихідні чинники балансування. Наприклад, суспільні інтереси у сфері безпеки мають більшу вагу, ніж на волі. Точніше, їхнє значення є більш помітним та впливовим у процесі балансування інтересів індивіда та суспільства. Крім того, свій внесок до вказаного балансу роблять погляди суспільства на покарання.

Стрижневим є питання співвідношення загальної філософії й підходів до обмежень прав людини на волі та прав людини в ув'язненні. Відправною точкою, від якої залежить філософське розуміння обмежень прав в'язнів, є ступінь зближення прав засуджених до прав вільних громадян. Він включає і ступінь схожості підходів до обґрунтування обмежень їхніх прав.

### 1.5.2. Межі наближення прав засуджених до прав вільних громадян

Серед великих обсягів літератури щодо прав засуджених лише кілька спеціально фокусувалися на такому дискусійному питанні, як обсяг обмежень прав засуджених, які можуть застосовуватись державною владою. Це питання вимагає відповіді на інше, пов'язане питання: наскільки мо-

---

<sup>378</sup> Richardson G. The Case for Prisoners' Rights // Accountability and the prisons: opening up a Closed World. M. Maguire, J. Vagg and R. Morgan (Ed.). — London: Tavistock, 1985. — P. 23; До речі, природні права вважаються суттєвою сферою ретрибутивістської теорії, яка визнає право злочинця на поведження із повагою, як до автономної людської істоти (Easton S., Piper C. Sentencing and Punishment: The Quest for Justice. — Oxford: Oxford University Press, 2012. — P. 8.

<sup>379</sup> Dawes J. Institutional Perspectives and Constraints // Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons. Ed. by D. Brown and M. Wilkie. — Leichhardt: The Federation Press, 2002. — P. 119.

<sup>380</sup> Див. підрозділ 1.5.2 «Межі наближення прав засуджених до прав вільних громадян».

жуть/мають наблизитись обсяг прав засуджених та обсяг прав вільних громадян?

Для відповіді на нього потрібно брати до уваги філософію покарання та в'язниці, філософію прав людини, міжнародне та національне право стосовно питань обмежень та їх пропорційності і, що не менш, а можливо, і більш важливо — практичний аспект застосування обмежень. Він потребує досконалого знання в'язничного життя, психології та незаконної діяльності засуджених під час відбування покарання, можливого впливу тих чи інших обмежень (або їх відсутності) на безпеку та порядок в установі. До того ж це все має відбуватись із урахуванням національної специфіки пенітенціарної сфери.

Безпековий аспект викликає труднощі з точки зору надмірної складності передбачення наслідків пом'якшення або скасування існуючих обмежень. Особливо це стосується попередження вчинення нових злочинів та можливої шкоди безпеці та порядку установи. Наочним прикладом цього є питання «скасування» обмеження на використання мобільних телефонів та Інтернету в установах виконання покарань. Дуже важко прогнозувати можливі наслідки використання засудженими цих досягнень цивілізації для здійснення незаконної діяльності, перебуваючи в установі виконання покарань. Причиною цього є не тільки практично відсутній або дуже малий досвід дозволу на використання мобільних телефонів<sup>381</sup> та Інтернету у в'язницях різних країн, а й, що закономірно, відсутність емпіричних досліджень щодо їх позитивного та негативного впливу. Так само бідними є й емпіричні дослідження, які демонстрували б можливий вплив на в'язничне життя та на життя після звільнення інших класичних обмежень, як, наприклад, використання музичних інструментів чи індивідуального спортивного знаряддя (боксерські рукавички, гантелі та ін.).

З іншого боку, окремі аспекти застосування обмежень є достатньо дослідженими, щоб детермінувати практику виконання покарань для максимального зняття обмежень. Наприклад, дослідження щодо впливу побачень на засуджених і в'язничне життя і перспективи реінтеграції та рецидив після звільнення з установ демонструють надзвичайно позитивні результати, які переконливо свідчать про необхідність розширення цих прав (як тривалості, так і частоти та умов їх проведення)<sup>382</sup>.

<sup>381</sup> Herzog-Evans M. Cell phones in European prisons // <http://herzog-evans.com/cell-phones-in-european-prisons> (останній доступ 20.06.2016).

<sup>382</sup> Clarc V., Duwe G. Blessed be the Social Tie that Binds: the Effects of Prison Visitation on Offender Recidivism // Criminal Justice Policy Review. — 2013. — No. 3, Vol. 24. — pp. 271–296; Cochran J. C. The Ties that Bind or the Ties that Break: Examining the Relationship Between Visitation and Prisoner Misconduct // Journal of Criminal Justice. — 2012. — Vol. 40, Issue 5. — pp. 433–440; Cochran J. C., Daniel P. Mears D. P. Social Isolation and Inmate Behavior: A Conceptual Framework for Theorizing Prison Visitation and Guiding and Assessing Research // Journal of Criminal Justice. — 2013. — Vol. 41, Issue 4. — pp. 252–261.



У світлі недостатності емпіричних досліджень щодо безпеки/небезпеки лібералізації окремих обмежень прав відповідна дискусія переходить у суто теоретичну площину.

Наприклад, американський філософ, професор Річард Ліпке у своїй книзі «Переосмислюючи ув'язнення» формулює теорію обмежень засуджених, яка покликана дати відповіді на питання меж державної репресії щодо втручання у права засуджених<sup>385</sup>.

У ній справедливо звертається увага на визначальну роль цілей, які ставляться перед покаранням і в'язницею, для вирішення питання застосування обмежень. «Без врахування того, що ми бажаємо досягнути, караючи злочинців, ми не можемо визначити, що треба робити з ними чи для них (тобто як карати. — прим. авт.)», — пише він<sup>384</sup>. Для Ліпке такими цілями є ретрибуція та реінтеграція. Однією із головних тез книги є необхідність скасування надмірної жорсткості обмежень, які існують у тюремній системі: «менш обмежуючі і гуманні в'язничні умови є достатніми для досягнення цілей легітимного покарання»<sup>385</sup>. У цьому контексті, посиляючись на Е. Ліблін<sup>386</sup>, він вказує, що важливо не плутати лібералізовані режими із лаксизмом: «Одна річ доводить, що засуджені повинні переносити менше обмежень певного типу, і зовсім інша сказати, що в'язниці не повинні мати правил, які суворо виконуються»<sup>387</sup>. Він вказує, що більшість теоретиків з прав людини погодяться, що в'язні продовжують володіти фундаментальними моральними правами, ці права не можуть бути обґрунтовано применшені владою на спекулятивних підставах. Крім того, досвід дослідників свідчить про вірогідність того, що це може завдати шкоди інтересам інших (вільних) людей<sup>388</sup>.

Головною ж ідеєю теорії Ліпке є необхідність відповідності обмежень, які застосовуються до засуджених, наслідкам вчинених злочинів для їхніх жертв. По суті автор базує її на стандартному постулаті ретрибутивістів, що засуджені порушують правила, які є обов'язковими для всіх і надають можливість отримувати певні вигоди кожному, а тому вони втрачають свої можливості вимагати реалізації власних прав та вимагати цих вигод<sup>389</sup>. Річ у тому, що така поведінка, яка поважає дотримання прав

<sup>385</sup> *Lippke R. L. Rethinking Imprisonment.* — New York: Oxford University Press, 2007.

<sup>384</sup> *Ibid.* — P. 2.

<sup>385</sup> *Ibid.* — P. 4.

<sup>386</sup> *Liebling A. Prisons and Their Moral Performance: a Study of Values, Quality, and Prison Life* (assisted by Arnold H.). — Oxford: Oxford University Press, 2004.

<sup>387</sup> *Lippke R. L. Rethinking Imprisonment. Ibid.* — P. 4.

<sup>388</sup> *Ibid.* — P. 10.

<sup>389</sup> *Liebling A. Prisons and Their Moral Performance: a Study of Values, Quality, and Prison Life* (assisted by Arnold H.). — Oxford: Oxford University Press, 2004. — P. 204.

інших, є необхідною умовою для збереження власних прав<sup>390</sup>. Ми не можемо обґрунтовано скаржитись на обмеження у привілеях, ґрунтуючись на тих нормах, які ми самі відмовляємось виконувати<sup>391</sup>. Ретрибуція, на думку автора, вимагає, щоб шкода, яка завдається державою злочинцеві як відплата, була такою ж самою, як шкода, завдана жертві. Це встановлює межі тих обмежень, що застосовуються до засуджених. Наприклад, незрозумілим є чому засуджені, які відбувають покарання за пограбування, не повинні мати доступ до порнографії під час відбування покарання<sup>392</sup>.

З іншого боку, в деяких випадках такий підхід може бути навіть аморальним (автор наводить приклад зґвалтування). Тому держава має застосовувати покарання, які певним чином нагадують способи заподіяння шкоди жертві; при цьому порівнюваність має бути не в наслідковій злочину, а ступені, в якому цей злочин підлягає осуду<sup>393</sup> за спричинення цих наслідків<sup>394</sup>. Такий підхід відрізняється від класичного ретрибутивізму та називається автором «цензурованим зрівнянням» (*censuring equalization*)<sup>395</sup>. Знайти «нецензурований» еквівалент важко, оскільки держава повинна намагатись знизити якість життя злочинців шляхом імітації тих негативних наслідків, які порівнювані із наслідками завданими жертвам<sup>396</sup>. Важливо також, щоб, незважаючи на наслідки для жертви, були окремі бар'єри для встановлення обмежень<sup>397</sup>:

- мають дотримуватись базові потреби засуджених (їжа, умови життєдіяльності);
- не повинна завдаватись шкода здатності особи вести автономне життя, зокрема, приймати відповідальні рішення. Це включає необхідність таких прав, як право на участь у політичному житті, на сповідування релігії, свободу слова та ін. В іншому разі покарання не буде сприйматись засудженим як «моральне повчання», а лише як біль, яку просто потрібно перетерпіти. Тому кара осіб, які не відповідальними з моральної точки зору, є оманною та лише шкодить

---

<sup>390</sup> *Liebling A. Prisons and Their Moral Performance: a Study of Values, Quality, and Prison Life* (assisted by Arnold H.). — Oxford: Oxford University Press, 2004. — P. 137.

<sup>391</sup> *Ibid.*

<sup>392</sup> *Lippke R. L. Prisoner Access to Recreation, Entertainment and Diversion // Punishment and Society.* — 2003. — No. 5. — P. 48.

<sup>393</sup> Англ. "blameworthiness", рос. «порицаемость».

<sup>394</sup> Про узагальнені та індивідуалізовані способи вимірювання таких наслідків для жертви і щодо класифікації злочинів у відповідності до них див.: *Lippke R. L. Prisoner Access to Recreation, Entertainment and Diversion.* — pp. 51–53, 62.

<sup>395</sup> *Lippke R. L. Rethinking Imprisonment. Ibid.* — P. 26.

<sup>396</sup> *Ibid.* — P. 54.

<sup>397</sup> *Ibid.* — pp. 112–118, 183, 195.

- досягненню справжніх цілей ретрибуції. Більше того, засуджені будуть протистояти покаранню, якщо вони будуть вважати, що, наприклад, держава бажає маніпулювати і контролювати їхню можливість мислити вільно (що стосується права на свободу совісті)<sup>398</sup>;
- бар'єр справедливої адміністрації не допускає обмежень щодо контролю засуджених, якщо вони є надмірними. Цей бар'єр співвідноситься із бар'єром пропорційності, який ґрунтується на тому твердженні, що пропорційність покарання має проявлятися не тільки його тривалістю, а й порядком виконання та режимом. Вказується, наприклад, що посилення режиму має тягнути зниження тривалості покарання<sup>399</sup>.

Ці мірування свідчать про «вибіркове» застосування ретрибутивізму в теорії Ліпке. У разі, якщо обмеження не відповідають стражданням жертви, не є достатніми, вони не повинні застосовуватись. Однак, якщо обмеження, які відповідають стражданням жертви, є надто «обтяжливими», то вони також не мають застосовуватись. Цьому складному протиріччю, однак, не приділяється належна увага.

Іншим аспектом роботи Ліпке є критика мети зниження злочинності як такої, що може грати тільки обмежену роль у встановленні того, як сильно карати злочинців, тобто того, які обмеження застосовувати. На його думку, справа в недостатності емпіричних доказів впливу тих чи інших умов тримання та позбавлень на певні показники злочинності. Натомість цензуроване зрівняння, як версія ретрибутивізму, дозволяє встановити широкий нарис щодо каральної сторони покарання<sup>400</sup>. Навіть якщо була б доступною інформація щодо впливу тривалості покарань на попередження злочинів, то така інформація мало що каже про ті обмеження та позбавлення, що можуть бути застосовані до злочинців<sup>401</sup>. У цьому варто погодитись з автором, адже, дійсно, навіть вивчення рівня рецидиву в залежності від режиму відбування покарання є складним науковим завданням, не кажучи вже про вплив окремих обмежень.

---

<sup>398</sup> Про узагальнені та індивідуалізовані способи вимірювання таких наслідків для жертви і щодо класифікації злочинів у відповідності до них див.: *Lippke R. L. Prisoner Access to Recreation, Entertainment and Diversion*. — P. 212.

<sup>399</sup> У цьому контексті згадується зниження тривалості покарання як компенсаційний захід за тримання у неналежних умовах. Про схожі ідеї в українському контексті див.: *Човган В. О., Яковець І. С.* Превентивні та компенсаційні заходи як захист від катувань і жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження чи покарання // Вісник кримінологічної асоціації. Збірник наукових праць. — 2016. — № 2. — С. 184–198.

<sup>400</sup> *Lippke R. L. Rethinking Imprisonment*. Ibid. — P. 29.

<sup>401</sup> Ibid. — P. 43.

Особливо актуальним у світлі поширеної репресивної орієнтації окремих сучасних пенітенціарних систем є спостереження Ліпке щодо більшої вивченості негативного, аніж позитивного впливу обмежень на рецидивізм. Він вказує, що позитивні наслідки мінімальних обмежень виявляються менш вивченими, аніж негативні наслідки надмірних обмежень<sup>402</sup>. Тим не менш, окремі обмеження вивчені як щодо позитивного, так і щодо негативного впливу на рецидивні показники. Це стосується, наприклад, обмежень контактів в'язнів зі своїми сім'ями.

Справедливим є і скептичне ставлення до «залякувальної» (попереджувальної) ролі обмежень. Переважна більшість злочинців не думають про ті позбавлення, яких їм доведеться зазнавати як наслідок засудження до покарання, пов'язаного з позбавленням волі. Навряд чи злочинців може стримувати, наприклад, загроза обмеження виборчих прав<sup>403</sup>. Ми можемо додати також, що ув'язнення як загрозна кара за вчинення злочину в кращому випадку усвідомлюється як примарний комплекс правообмежень, які входять до нього, без урахування детальних особливостей — обмежень окремих прав. Тому цілком логічним є позиція Ліпке, що для того, щоб обмежувати права засудженого, використовуючи аргумент залякування, потрібно обґрунтувати, що особа, вчиняючи злочин, має на увазі можливість застосування таких обмежень<sup>404</sup>.

Він теоретизує проблему, умовно виділяючи чотири групи в'язнів:

- 1) яких від вчинення злочинів не утримують жорсткі умови і обмеження прав;
- 2) ті, кого можна стримати мінімальним набором обмежень;
- 3) ті, кого можна стримати поміркованим (середньої жорсткості. — прим. авт.) набором обмежень;
- 4) ті, кого стримає лише перспектива ув'язнення в жорстких умовах.

Проблемою є те, що, не знаючи, яка кількість злочинців відноситься до групи № 2, та, наприклад, застосувавши до всіх автоматичні помірковані обмеження, ми застосовуємо зайві обмеження до тих, кого можна було б стримати й мінімальними обмеженнями<sup>405</sup>.

Враховуючи зазначене, у відповідності до теорії автора, за відсутності інформації про вплив обмежень на рецидив, до уваги потрібно брати ретрибутивну мету як таку, що побудована на концепції, яка дозволяє визначити чіткі рамки правообмежувальної діяльності. Тобто зв'язок засто-

---

<sup>402</sup> *Lippke R. L. Rethinking Imprisonment. Ibid. — P. 265.*

<sup>403</sup> *Ibid. — P. 213–214.*

<sup>404</sup> *Lippke R. L. Toward a Theory of Prisoners' Rights // Ratio Juris. — 2002. — Vol. 15, 2. — P. 132.*

<sup>405</sup> *Ibid. — pp. 136–137.*

сування обмежень під час процесу виконання покарань із досягненням мети попередження рецидиву є поки що маловідомим, а тому така мета не є підходящою для визначення обсягу обмежень, які варто застосовувати.

Заслуга теорії Ліпке є суттєвою, проте, схоже, не в тому напрямку, який планував сам автор. Перш за все він звернув увагу на аспект ретрибуції, який раніше залишався осторонь від тематики обґрунтування обмежень. Під суворістю покарання, яка виражає ступінь співмірності злочину та покарання, обґрунтовано розуміється та виводиться на перший план не тільки часовий розмір покарання, а й його якісна складова — сукупність обмежень, яким піддаються засуджені. Ця ідея є логічною та обґрунтовується ретрибутивною метою, яка ставиться перед покаранням. Оскільки ця мета має досягатись не тільки його тривалістю та видом, а й сутністю — правообмеженнями, які входять до змісту покарання.

На нашу думку, важливе значення ідей, які пронизують книгу професора, полягає головним чином у тому, що вона дозволяє підкреслити роль обраних державою цілей покарання для запровадження обмежень прав. Такі обмеження мають бути підпорядковані меті, яка ставиться перед покаранням, і мають бути мінімальними для її досягнення або ж (із позиції теорії автора тут не вбачається чіткого розмежування) не більшими, ніж це необхідно для такого досягнення.

Інший аспект, який можна розглядати як суттєвий внесок у теорію правообмежень засуджених, — це акцентування потреби наявності відповідних досліджень щодо того, як ті чи інші обмеження впливають на досягнення цілей, які ставляться перед ув'язненням. Такого роду дослідження потрібні для встановлення того, які обмеження є достатніми, а які надмірними для досягнення цілей, поставлених перед покаранням.

Значення цього аспекту важко переоцінити і через його потенційне значення для майбутнього розвитку пенітенціарної науки і зокрема кримінології, яка вивчає в'язниці. Оскільки цілі, які стоять перед покаранням, спрямовують діяльність пенітенціарних установ, підвищення ефективності їх досягнення лежить і у встановленні того, які правообмеження позитивно впливають на це, а які навпаки. Іншими словами, кримінологи, задаючись питаннями, від яких безпосередньо залежатимуть інтереси захисту суспільства з кримінологічного погляду, одночасно задаватимуться питаннями допустимості втручання у права людини. Саме їхні дослідження могли б встановити, які обмеження прав дійсно варто визнавати потрібними та обґрунтованими з точки зору покарання, процесу його виконання та захисту суспільства, а які ні<sup>406</sup>. Особливість

---

<sup>406</sup> Утилітарне бачення обмежень прав засуджених має особливе значення для ефективності обмежень. Утилітаризм, у свою чергу, завжди вимагає наявності емпіричних досліджень. Як вказує К. Бебан, рекомендації щодо досягнення цілей залежать від

значення наукової обґрунтованості застосування обмежень засуджених полягає в тому, що помилкове визнання обмеження обґрунтованим, наприклад, з точки зору безпеки установи може призводити до різко негативних наслідків, у тому числі для життя та здоров'я людей.

Водночас неспроможність цієї теорії як такої, що базується на ретрибуції, є очевидною, незважаючи на всі намагання реабілітувати її та узгодити із сучасними вимогами прав людини. Її головною слабкою стороною є якраз та частина, яку Ліпке намагається представити як її сильну сторону. Ідеться про «конвертування» негативних для жертви наслідків злочину в обмеження засуджених так, щоб це було співмірно. Тобто фактично страждання жертви має бути «конвертоване» у страждання засудженого таким чином, щоб вони дорівнювали одне одному.

Така ідея викликає низку критичних зауважень. По-перше, формальне зауваження полягає в тому, що не кожен злочин має конкретизованого індивідуального потерпілого як це, наприклад, у випадках з корупціонерами. По-друге, навіть за запропонованого автором «перетворення» страждань у якісно інший вид, який лише за ступенем тяжкості і ні в якому разі не безпосередньо (буквально) відповідає стражданням, завданним жертві, необхідність його обмеження правами людини є очевидною. Це розуміє і сам автор, пропонуючи бар'єри заподіяння страждання — права людини. Однак він не помічає, що за такого підходу його теорія втрачає сенс. Річ у тім, що теорія, яка розроблена, щоб стати бар'єром від надмірних обмежень прав людини, сама потребує обмежень за допомогою цих прав.

Також Ліпке неодноразово підкреслює необхідність встановлення таких бар'єрів ретрибуції, як відсутність надмірного втручання в автономність засудженого та його контроль над своїм життям. Ці бар'єри нівелюють мету, до якої прагне автор, — встановити теорію, яка надасть можливість давати чіткі відповіді на питання щодо того, які обмеження обґрунтовані, а які ні. Чіткі відповіді не є можливими там, де є нечіткі критерії, як це у випадку з таким запропонованим автором бар'єром, як недопустимість втручання в автономність (самостійність) індивіда. Кожне обмеження права деякою мірою втручається в автономію засудженого й здійснює вплив на особисте прийняття ним відповідальних рішень та на його контроль щодо своїх дій.

Так само складно уявити втілення вимоги врахування ступеня вини засудженого, чи згаданої «осуджуваності» («blameworthiness») його злочину. Остання категорія є однією із частин фундаменту, на якому базується

---

емпіричних міркувань, які за дефініцією весь час піддаються перегляду, змінам (*Bebin X. Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale. Préface de Slama A.-G. — Paris : L'Harmattan, 2006. — P. 39*).

ся ретрибутивна теорія обмежень прав засуджених. Проте автором не дано відповідь на важливе питання — яким чином в'язнична адміністрація, яка не є судовим органом, враховуватиме індивідуальний ступінь «blameworthiness» за вчинений злочин у практиці застосування правозастосовних обмежень? Який вплив це може мати на визначеність та законність існуючої практики виконання покарань?

Нами не вбачається іншого можливого практичного потенціалу реалізації цієї ідеї, без якої, до речі, розпадається вся вибудована теорія, як тотальне порушення принципу законності. Про можливість врегулювання цього аспекту в законодавстві взагалі говорити не доводиться. Складно уявити врахування ступеню «blameworthiness» засудженого для встановлення співмірних страждань, заподіяних злочином жертві, в разі закріплення нормативних обмежень прав засудженого.

Насамкінець, незважаючи на мету теорії сформувані чіткий підхід для обґрунтування допустимих обмежень та їх обсягу, проблема «конвертації» страждань жертви є ключовою. У жодній зі своїх робіт автор не продемонстрував прикладів допустимої конвертації, а лише вказав на деякі приклади недопустимої (як-то згвалтування чи побиття). У цьому контексті дивним видається приклад із недопустимістю заборони засудженим за збройне пограбування мати доступ до порнографічних матеріалів, оскільки це не є еквівалентом та не відображає ретрибуцію<sup>407</sup>. Однак, як тоді бути із висловленою автором позицією, що такого роду завдані злочином страждання, які пов'язані з насиллям, мають «конвертуватись» у інші, не пов'язані із насиллям обмеження. У чому тоді могли б полягати такі обмеження окрім ізоляції від суспільства?

Особливо вразливою є пропозиція «конвертувати» завдану жертві шкоду, якщо застосувати її до злочину у вигляді умисного вбивства. Теорія не дає навіть наближеної відповіді щодо того, якими могли б бути «співмірні» обмеження для засудженого. Особливо з урахуванням того, що існує маса окреслених вище бар'єрів. Сам сенс можливості ретрибуції ставиться під питання, адже покарання за вбивство та, наприклад, за розбій у разі врахування вказаних бар'єрів для допустимих за ретрибуційною теорією обмежень можуть виявитись однаковими. На додаток, у випадку умисного вбивства ця теорія має навіть дещо цинічний вигляд, оскільки «конвертація» має відбуватись із урахуванням, що вона рівною мірою щодо всіх видів злочинів має враховувати ступінь вини щодо «позбавлення жертв здатності жити належним життям»<sup>408</sup>.

Питанням того, як далеко може зайти держава, обмежуючи права засуджених, спеціально займалась і британська дослідниця Л. Лазарус,

<sup>407</sup> Lippke R. L. Rethinking Imprisonment. Ibid. — P. 238.

<sup>408</sup> Ibid. — pp. 210–211.

яка здійснила дослідження обґрунтування обмежень у Сполученому Королівстві та Німеччині із особливим акцентом на значенні судової практики<sup>409</sup>. Дослідження розвинутої німецької теорії та практики обґрунтування обмежень прав засуджених у порівнянні із менш успішним у цьому сенсі Сполученим Королівством дозволяє їй у загальних рисах сформулювати своє власне бачення теорії щодо обґрунтування обмежень.

Вона, як і Ліпке, підкреслює орієнтуюче значення цілей для встановлення обмежень прав засуджених. Тоді як покарання обмежує права людини, обсяг обмеження має залежати від мети ув'язнення, що у свою чергу має пов'язуватися із прийнятою теорією обґрунтування покарання<sup>410</sup>. Для обмеження прав потрібно застосовувати три принципи, які становлять «дорожню карту» обґрунтування обмежень: принцип прав людини, принцип законності та принцип пропорційності<sup>411</sup>. Як можна помітити, таке бачення має багато спільного із трискладовим тестом ЄСПЛ, однак він нагадує і стандарт, що прийнятий у Німеччині для аналізу обмежень на предмет обґрунтованості.

Оригінальними є тлумачення цих принципів. Принцип прав людини накладає обов'язок на судову владу та інші влади обґрунтовувати обмеження прав<sup>412</sup>. У зв'язку з цим дуже важливим є змінити «культуру влади» на «культуру обґрунтування»<sup>413</sup>. Принципи законності та пропорційності застосовуються у встановленні легітимності<sup>414</sup> обмежень прав людини або, іншими словами, вони є «мовою, якою ми обґрунтовуємо обмеження прав засуджених»<sup>415</sup>. Принцип законності вимагає, щоб обмеження мали законну базу, а також щоб сама ця база була «доступною, чіткою та передбачуваною». Для цілей «дорожньої карти» результат застосування принципу пропорційності є менш важливим, ніж прозорість обґрунтування, до яко-

---

<sup>409</sup> *Lazarus L. Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England.* — New York: Oxford University Press, 2004.

<sup>410</sup> *Ibid.* — pp. 2–3.

<sup>411</sup> *Lazarus L. Conceptions Of Liberty Deprivation // The Modern Law Review.* — 2006. — No. 69(5). — pp. 739–740.

<sup>412</sup> Українське кримінально-виконавче законодавство передбачає принцип поваги до прав людини (ст. 5 КВК). Ми розділяємо думку автора та відносимо до його змісту необхідність належного обґрунтування обмежень прав (*Човган В. Обґрунтованість правових обмежень як складова змісту принципу поваги до прав і свобод людини у кримінально-виконавчому праві України // Від громадянського суспільства до правової держави. Збірник тез Internet-конференції 27 квітня 2012 року.* — Харків: ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2012. — С. 546–551).

<sup>413</sup> *Lazarus L. Conceptions Of Liberty Deprivation. Ibid.* — P. 740.

<sup>414</sup> Альтернативний переклад — «обґрунтованості» (прим. авт.).

<sup>415</sup> *Lazarus L. Conceptions Of Liberty Deprivation. Ibid.* — pp. 740–741.



го спонукає пропорційність. Для чого потрібна прозорість обґрунтування? А тому, що громадяни можуть повністю та критично брати участь у судовому обґрунтуванні або як критичні спостерігачі, або як сторони справи; вони мають щонайменше знати мотиви, що лежать за обмеженнями прав<sup>416</sup>.

Як видно, принцип пропорційності спрямовується до того, щоб надати легітимності обґрунтуванню правообмежень, адже процедура дозволяє громадянину знати мотиви рішення щодо нього, що є однією із передумов легітимності будь-яких владних рішень<sup>417</sup> та добровільного підпорядкування їм в'язнями<sup>418</sup>. Справедливе поводження із засудженими включає обов'язок персоналу пояснити мотиви рішень, що приймаються стосовно них<sup>419</sup>.

Але це лише невелика процедурна перевага пропорційності. У цій роботі ми наголошуємо на необхідності поширення судової компетенції на перевірку обґрунтованості обмежень засуджених<sup>420</sup>. Слід погодитись із твердженням Л. Лазарус, що принцип пропорційності має першочергове призначення для гарантування того, що обґрунтування і мотивування обмежень не залишиться незрозумілим. Це змушуватиме суд більш детально розмірковувати щодо обґрунтованості обмеження, що само собою є позитивним явищем і може сприяти більш обмеженому визнанню обґрунтованими нормативних чи практичних обмежень, застосованих в'язничною адміністрацією або іншим органом влади.

---

<sup>416</sup> Lazarus L. Conceptions Of Liberty Deprivation // *The Modern Law Review*. — 2006. — No. 69(5). — pp. 741–742.

<sup>417</sup> Tyler T. R. Why People Obey the Law. — New Jersey: Princeton University Press, 2006. Це повною мірою стосується в'язничного контексту: Sparks J. R., Bottoms A. E. Legitimacy and Order in Prisons // *The British Journal of Sociology*. — 1995. — Vol. 46, No. 1 (Mar., 1995). — pp. 45–62; Jackson J., Tyler T. R., Bradford B., Taylor D., Shiner M. Legitimacy and Procedural Justice in Prisons // *Prison Service Journal*. — 2010. — No. 191. — pp. 4–10; Beijersbergen K. A., Dirkzwager A. E., Eichelsheim V. I., van der Laan P. H., Nieuwebeerta P. Procedural Justice, Anger, and Prisoners' Misconduct. A Longitudinal Study // *Criminal Justice and Behavior*. — 2014. — № 20(10). — pp. 1–23. Див. також коментар до цієї статті професора М. Ерцог-Еванс: Herzog-Evans M. Une étude hollandaise demontre le lien entre équité processuelle et comportement des détenus //

<http://herzog-evans.com/une-etude-hollandaise-demontre-le-lien-entre-equite-procesuelle-et-comportement-des-detenus/> (останній доступ 20.06.2016);

Karin A., Beijersbergen K. A., Dirkzwager A. J. E., Nieuwebeerta P. Does Procedural Justice During Imprisonment Matter? // *Criminal Justice and Behavior*. — 2016. — № 43 (1). — pp. 63–82.

<sup>418</sup> Pinatel J. *Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale*. — Melun: Imprimerie Administrative Melun, 1950. — P. 266.

<sup>419</sup> Sens de la peine et droits de l'homme, Actes du colloque international inaugural de l'École Nationale d'Administration Pénitentiaire. — Agen : École Nationale d'Administration Pénitentiaire, 2000. — P. 178.

<sup>420</sup> Див. підрозділ 3.1.4 «Юридизація пенітенціарної сфери».

У центрі теорії Лазарус знаходиться цінне спостереження щодо розмежування цілей покарання та цілей пенітенціарної адміністрації в німецькій концепції правового статусу засуджених<sup>421</sup>. Такий розподіл є надзвичайно важливим для належного обґрунтування правообмежень засуджених. Автор називає його «ключовою відмінністю» (key distinction), яка полягає у тому, що обґрунтування обмежень має базуватись на чіткому розумінні того, які обмеження є наслідком покарання, а які наслідком в'язничного управління. Вона наводить приклад обмеження права на побачення. Якщо це обмеження відноситься до покарання, є його частиною, то його обґрунтованість має оцінюватись на підставі балансування прав людини із цілями покарання. Якщо ж воно відноситься до адміністративного заходу, то його обґрунтованість має оцінюватись на підставі балансування прав людини із цілями безпеки та порядку в установі. Відсутність чіткої межі між цими двома випадками не тільки підриває жорсткість пропорційності, а й сприяє правовій невизначеності<sup>422</sup>. Ключова відмінність вимагає чіткого закріплення цілей покарання так само як і закріплення цілей в'язничної адміністрації, а також чіткого розуміння, до якого із них обґрунтовується обмеження<sup>423</sup>.

Отже ідеї, які висловлює Лазарус, хоча й мають філософський відтінок, демонструють чіткий юридичний нахил. Вони ґрунтуються на адвокатуванні в підтримку пропорційності як такого принципу, що найкраще підходить для лімітування прав в'язнів. Особливе місце при цьому відводиться судам та їхньому мотивуванню рішень. Оригінальним є спостереження стосовно розмежування цілей обмежень прав у в'язничному контексті, що є відмінним від контексту прав вільних людей. Однак воно ігнорує можливість обґрунтування окремих обмежень цілями як пенітенціарної адміністрації, так і цілями покарання. Наприклад, заборона користуватись мобільними телефонами може обґрунтовуватись і превентивними цілями покарання і цілями пенітенціарної адміністрації. Проблемою запропонованого автором підходу є і неврахування цілей, закріплених у лімітативних клаузулах Конвенції як таких, що є єдиноможливими для обмеження прав, які закріплені в ній, а також співвідношення з іншими юридично обґрунтованими цілями, які визначають цільовий характер обмежень<sup>424</sup>.

<sup>421</sup> *Lazarus L. Conceptions Of Liberty Deprivation. Ibid. — P. 744.*

<sup>422</sup> *Ibid. — P. 742.*

<sup>423</sup> *Ibid. — pp. 743–744.*

<sup>424</sup> Детальніше про співвідношення цілей див. підрозділ 2.2.1.2.2 «Обґрунтованість цілей (legitimate objective)». Див. також: *Човган В. О. Співвідношення цілей обмежень прав засуджених // Проблеми законності. — 2014. — Вип. 126. — С. 155–162.*

Головне, що є корисним для мети нашого аналізу в теоретичних напрацюваннях Ліпке та Лазарус — це визначальна роль цілей, які криються за застосуванням обмежень. Ліпке додатково звертає особливу увагу на необхідність наукового підтвердження можливості досягнення/недосягнення цілей як підстави для застосування обмежень. Саме цілі, які ставляться перед обмеженнями, та можливість досягнення цих цілей мають бути визначальними для закріплення і застосування обмежень.

Юристи користуються таким баченням у доктрині пропорційності обмежень, про яку йтиметься в наступних частинах цієї роботи. Також для відповіді на питання щодо допустимих меж наближення обмежень на волі та у в'язниці можуть використовуватися і інші традиційні методи — як-то перевірка на конституційність та на відповідність міжнародним стандартам.

У Європі особливого значення набуває Конвенція та практика ЄСПЛ, які були розглянуті раніше. Немалу роль має і раціональний аналіз обґрунтованості обмеження, який може застосовуватись як судами, так і нормотворчим органом. Таким органом може виступати як парламент, так і пенітенціарна адміністрація.

Так само юристи можуть вказувати на нераціональність та навіть безглуздість окремих обмежень. При цьому вони можуть посилатись на здоровий глузд, власне логічне міркування, практичний досвід роботи із тюрмами чи засудженими або приклади відсутності таких обмежень в інших установах покарань, що не призводить до негативних наслідків для безпеки та порядку в установі.

Особливого значення для визначення допустимих рамок правозастосовної діяльності набувають порівняльно-правові дослідження. Вони не можуть дати однозначну відповідь на те, чи є окреме обмеження права обґрунтованим. Проте вони можуть впевнено орієнтувати законодавчу та правозастосовну практику щодо того, які обмеження мають позитивний, а які негативний потенціал. Найважливіше, що можуть дати порівняльні дослідження для теорії обґрунтування обмежень прав в'язнів, — це аналіз позитивного та негативного досвіду застосування або ж скасування чи зменшення тих чи інших обмежень.

Відомі фахівці з міжнародного пенітенціарного права відводять важливу роль так званим *best practices* («кращим практикам») у тюрмах інших країн для подальшого використання для розвитку тюремних систем інших країн<sup>425</sup>. Серед основних дослідників *best practices*, як правило, є науководослідні інститути та міжнародні неурядові організації, які залучають ві-

---

<sup>425</sup> Dünkel F. International vergleichende Strafvollzugsforschung // Schneider H.-J. (Hrsg.): Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 2: Besondere Probleme der Kriminologie. — Berlin: de Gruyter 2009. — pp. 145–226.

домих фахівців із порівняльної кримінальної юстиції<sup>426</sup>. Однак відомо, що запозичення кращих практик, яке ще називають правовими трансплантатами (*legal transplants*), тільки за певних умов приживаються та стають успішними<sup>427</sup>. Вони мають суттєвий потенціал і для встановлення обґрунтованих обмежень. Встановлення обмежень, які зарекомендували себе як безпечні/небезпечні в одних країнах, дає підстави прогнозувати схожі наслідки їх застосування в інших країнах.

Позитивним прикладом такого впливу є доступ до тривалих (сімейних) побачень у в'язницях країн Східної Європи. У той час, як у країнах Західної Європи такі побачення викликали побоювання, вони вже успішно зарекомендували себе на Сході, в т. ч. в Україні. Цей приклад не тільки неодноразово використовувався у франко- та англomовній літературі з пенітенціарного права. Про нього у своїй практиці позитивно відгукуються Європейський суд та Комітет з запобігання катуванням.

Слід зауважити, що в порівняльно-правових дослідженнях простежується певне викривлення. Вони здебільшого орієнтуються лише на позитивні практики, повністю залишаючи осторонь негативні. Останні ж можуть мати неабияке значення для підтвердження обґрунтованості обмежень прав засуджених. Вони також можуть мати особливе значення для організації належного забезпечення досягнення превентивних цілей покарання разом із безпекою громадян.

Обмеженість юридичного підходу до обґрунтування правообмежувальної діяльності є очевидною. Юрист не може дати однозначної відповіді щодо того, який вплив матиме на в'язничну практику зняття окремих обмежень із засуджених. Особливо це стосується встановлення різноманітних ризиків, адже юристи у сфері прав людини мають загострене почуття ризику як «не юридичного» знання<sup>428</sup>. І хоча вона працюють із

---

<sup>426</sup> Див. напр.: *Making Standards Work. An International Handbook on Good Prison Practice*. 2<sup>nd</sup> ed./ *Penal Reform International*. — London : Astron Printers Ltd, 2001; *A Compendium of Comparative Prison Legislation Researched by Adam Stapleton and Dirk van Zyl Smit with Dilafruz Nazarova*. — London: Penal Reform International, 2008; *Subramanian R., Shames A. Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States*. — New York: Vera Institute of Justice, 2013; *Crétenot M. From National Practices to European Guidelines: Interesting Initiatives in Prisons Management / European Prison Observatory*. — Rome: Antigone Edizioni, 2013.

<sup>427</sup> *Canton R. Taking Probation Abroad // European Journal of Probation*. — 2009. — Vol. 1, No. 1. — pp. 55–78; *Bowen P. & Fox A. The Limits of Legal Transplants. Is there a Problem with English and Welsh Problem-Solving Courts? // Offender Release and Supervision: the Role of Courts and the Use of Discretion*. M. Herzog-Evans (ed.). — Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2015. — pp. 447–463; *Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2<sup>nd</sup> ed. — Athens, London: University of Georgia Press, 1993.

<sup>428</sup> *Murphy T., Whitty N. Risk and Human Rights: Ending Slopping Out in a Scottish prison // Judges, Transition, and Human Rights*, Morison J., McEvoy K., Anthony G. (Eds). — Oxford: Oxford University Press, 2007. — P. 539.

доказами, навіть критика ризику відноситься до технічних та емпіричних площин, тобто до інших дисциплін, ніж право<sup>429</sup>. Прикладами обмежень, щодо обґрунтованості яких юристові (як теоретикові, так і практикові) складно дати відповідь, є такі: заборона користування мобільними телефонами, Інтернетом, контроль побачень, телефонних дзвінків, листування, відеоспостереження за засудженими в місцях їхнього проживання, обмеження дистанційного доступу до різноманітних сервісів поза установами, обмеження продуктів харчування, які дозволяються до зберігання, заборона мати при собі окремі предмети (музичні інструменти, комп'ютери та ін.).

З юридичної точки зору відповіді щодо обґрунтованості цих обмежень можуть базуватись лише на нормативній базі, наявності/відсутності відповідних норм, відповідність існуючих заборон міжнародним стандартам, конституції. Однак, коли справа доходить до застосування принципу пропорційності як юридичного інструмента оцінки обґрунтованості обмежень, з'являється багато ускладнень та неоднозначностей.

Візьмемо для приладу стандарт пропорційності ЄСПЛ. Юридично він є чітким лише в деяких його частинах. Наприклад, не викликає сумнівів, що систематичний перегляд кореспонденції засуджених є необґрунтованим. Так само не викликає сумнівів, що повна заборона візитів засуджених також є необґрунтованою. Необґрунтованість була встановлена ЄСПЛ, а для юриста правової позиції Суду здебільшого достатньо для обґрунтування своєї точки зору. Йому не потрібен додатковий аналіз щодо обґрунтованості обмеження з філософської точки зору чи міркувань безпеки. Разом з тим принцип пропорційності містить вимоги, аналіз дотримання яких ґрунтується на суто раціональному аналізі. До них відносяться, наприклад, вимога необхідності обмеження для досягнення визначених у Конвенції допустимих цілей обмежень, відсутності мінімальної альтернативи, яка давала б можливість не обмежувати права або досягати поставленої мети, завдаючи при цьому меншої шкоди.

Однак, на наш погляд, такий аналіз не буде належним без емпіричних знань.

Наведемо кілька прикладів.

Пенітенціарна адміністрація встановлює обмеження права на приватність, встановлюючи скляні перегородки у приміщеннях для проведення побачень. ЄСПЛ може розглядати це серед чинників, що становлять порушення статті 8 у разі, якщо таке обмеження є систематичним та без оцін-

---

<sup>429</sup> *Murphy T., Whitty N. Risk and Human Rights: Ending Slopping Out in a Scottish prison // Judges, Transition, and Human Rights, Morison J., McEvoy K., Anthony G. (Eds). — Oxford: Oxford University Press, 2007. — P. 539.*

ки індивідуального ризику<sup>430</sup>. Чи справді було обмеження необґрунтованим і чи не призведе його відсутність до, скажімо, проявів насилля під час побачень? Це не можна дізнатись напевно, не знаючи особу засудженого, до якого застосовується обмеження. ЄСПЛ використовує стандарт, що автоматичність обмежень може означати їх необґрунтованість, при цьому не завжди вдаючись у деталі кожного конкретного засудженого та його поведінки в минулому.

Водночас, стверджувати напевно про обґрунтованість обмеження можна лише тоді, коли є достовірні дані про те, що його незастосування не спричинить шкоди безпеці чи порядку установи. Такими достовірними даними можуть бути: оцінка небезпечності засудженого на основі його попередньої поведінки, або ж, якщо обмеження стосується широкого кола осіб, дослідження науковців щодо можливих наслідків незастосування перегородок. Здебільшого такі дані не є повними, або й взагалі доступними. Можливо, саме тому органи, відповідальні за встановлення обмежень, надають перевагу продовжувати застосовувати обмеження доти, доки це є можливим, адже вони не впевнені в можливих результатах його зняття та банально не бажають ризикувати.

Іншим прикладом може бути зняття із засуджених обмеження у вигляді систематичного контролю їхньої письмової кореспонденції. На думку пенітенціарних працівників, такий контроль є необхідним для попередження вчинення правопорушень, зокрема, втеч. Його відсутність означає потребу в кожному окремому випадку наявності підозри приймати індивідуальне рішення про встановлення контролю за кореспонденцією. Чи матиме це негативні наслідки для роботи по попередженню вчинення правопорушень? На це питання можна дати відповідь, лише скасувавши обмеження з систематичної перевірки кореспонденції або ж провівши дослідження, які могли б обґрунтовано доводити, що скасування систематичного контролю за кореспонденцією не використовуватиметься засудженими для передавання інформації, яка може нашкодити безпеці та порядку в установі або, щонайменше, що така передача насправді не може потягнути якийсь значний ризик.

Наведені приклади містять у собі ключові питання для принципу пропорційності — чи є обмеження необхідним для досягнення цілей, що стоять перед ним? Іншим питанням є те, чи є обмеження мінімально необхідним для досягнення цілей обмежень? Якщо, наприклад, закріплена законодавством максимально допустима частота надання побачень засудженим становить один раз у тиждень, то питання може стосуватись

---

<sup>430</sup> Див. напр.: *Murphy T., Whitty N. Ibid.* — pp. 535–557. Щодо давно відомих негативних психологічних наслідків такого обмеження див.: *Kotarba J. A. The Accomplishment of Intimacy in the Jail Visiting Room // Qualitative Sociology.* — 1979. — Vol. 2, 2. — pp. 80–103.

того, чи є це обмеження мінімальним. Слід буде встановити, чи не могло б, наприклад, щоденне надання побачень точно так само досягати цілей, які ставляться перед обмеженням кількості побачень. Чи, можливо, така частота просто суперечить організації належного управління установою або вимагає суттєвих додаткових економічних ресурсів<sup>451</sup>?

На ці питання може бути надана відповідь з огляду на попередній досвід скасування обмежень в інших пенітенціарних установах у країні або й за кордоном. Однак як бути, якщо такий досвід відсутній? У такому разі мало не єдиним достовірним орієнтиром можуть бути наукові дослідження емпіричного характеру. Саме вони мають бути ключовим чинником для встановлення обґрунтованості обмеження, а саме відповісти на питання: чи досягає обмеження тієї чи іншої мети, що ставиться перед ним державною владою; чи можна ефективно досягти цієї мети іншим, менш обмежувальним способом; які можуть бути негативні наслідки встановлення або навпаки зняття обмеження; якими можуть бути позитивні наслідки.

Використання досвіду і таких досліджень є необхідною умовою запровадження так званої Evidence-Based Policing (досл. «політика, що ґрунтується на доказах»), підхід у сфері кримінальної юстиції, який набирає все більшої популярності останніми роками. Наша робота доводить його необхідність для ліберальної і, водночас, безпечної правообмежувальної політики держави щодо в'язнів.

У той же час пенітенціарна сфера характеризується недостатністю емпіричних досліджень з метою оцінки обґрунтованості обмежень. Проте є приклади таких досліджень, які мають потенціал вплинути на розробку безпечного та доцільного «дизайну» обмежень. Окремі дослідження доволі чітко демонструють користь лібералізації певних обмежень. Наприклад, покращення соціальних контактів позитивно впливає на зменшення рецидивізму<sup>452</sup> та дисциплінарних порушень у пенітенціарних установах<sup>453</sup>. Позитивно впливає на попередження рецидивізму покращення реалізації

---

<sup>451</sup> Нагадаймо, що Європейські в'язничні правила вказують на те, що умови тримання, які втручаються у права людини (обмежують їх. — прим. авт.), не можуть бути обґрунтовані недостатністю ресурсів (Правило 4).

<sup>452</sup> *Clarc V., Duwe G.* Blessed be the Social tie That Binds: the Effects of Prison Visitation on Offender Recidivism // *Criminal Justice Policy Review*. — 2013. — No. 3, Vol. 24. — pp. 271–296.

<sup>453</sup> *Cochran J. C.* The Ties that Bind or the Ties that Break: Examining the Relationship Between Visitation and Prisoner Misconduct // *Journal of Criminal Justice*. — 2012. — Vol. 40, Issue 5. — pp. 433–440; *Cochran J. C., Daniel P., Mears D. P.* Social Isolation and Inmate Behavior: A Conceptual Framework for Theorizing Prison Visitation and Guiding and Assessing Research // *Journal of Criminal Justice*. — 2013. — Vol. 41, Issue 4. — pp. 252–261.

права засуджених на освіту<sup>434</sup>. З іншого боку, відомим є негативний вплив максимізації обмежень<sup>435</sup>.

Однак такого роду дослідження часто не є достатніми, щоб дати відповідь на питання, які саме обмеження є зайвими з точки зору безпеки. Вони, однак, можуть розглядатись як додаткові аргументи за те, щоб приділити більше уваги обмеженням, які є сумнівними з точки зору їх необхідності. Вони також можуть використовуватись для того, щоб виступити додатковою вагою в разі балансування користі та негативних наслідків від окремих обмежень.

Враховуючи вищезазначене, необхідно розуміти й те, що не можна оцінювати обґрунтованість обмежень тільки за допомогою їхньої підпорядкованості вимогам безпеки чи порядку або ж захисту суспільства загалом. Скасування обмеження може й зашкодити досягненню такого роду цілей у пенітенціарних установах, але обмеження все одно вважатиметься необґрунтованим. Такий випадок матиме місце в разі, коли цінність права, яке обмежується, переважає цінність вимог безпеки. Тоді цінність скасування обмеження буде більшою, аніж цінність можливих позитивних результатів для безпеки в разі його застосування<sup>436</sup>. Ідеться про балансування різних цінностей та пріоритети суспільства. Для вироблення міркувань щодо такого роду питань мають залучатись знання із галузі аксіології та філософії.

Навіть якщо припустити наявність твердого ґрунту для тверджень про небезпеку тих чи інших обмежень, його буде недостатньо для того, щоб розмірковувати про співвідношення цінності інтересів безпеки порівняно з індивідуальними інтересами в конкретних випадках. Філософія, а особливо філософія права та покарання, має допомагати давати відповіді на питання балансування індивідуальних прав із інтересами суспільства.

---

<sup>434</sup> *Vacca S. J.* Educated Prisoners Are Less Likely to Return to Prison // *Journal of Correctional Education*. — 2004. — Vol. 55, No. 4. — pp. 297–305; *Erismann W., Contardo J. B.* Learning to Reduce Recidivism: a 50-state Analysis of Postsecondary Correctional Education Policy. — The Institute for Higher Education Policy, 2005. // <http://files.eric.ed.gov/fulltext/ED558210.pdf> (останній доступ 09.08.2016); *Esperian J. H.* The Effect of Prison Education Programs on Recidivism // *Journal of Correctional Education*. — 2010. — Vol. 61, No. 4. — pp. 316–334.

<sup>435</sup> *Sykes G. M.* The Society of Captives. A Study of Maximum Security Prison. — Princeton: Princeton University Press, 1958; *Drake D.* The 'Dangerous Other' in Maximum-Security Prisons // *Criminology and Criminal Justice*. — 2011. — Vol. 11, No. 4. — pp. 367–382; *Chen K., Shapiro J.* Do Harsher Prison Conditions Reduce Recidivism? A Discontinuity-Based Approach // *American Law and Economics Review*. — 2007. — No. 1. — Vol. 9. — pp. 1–29.

<sup>436</sup> Балансування користі від обмеження права та шкоди завданої цим обмеженням особі на практиці є найскладнішою частиною застосування тесту пропорційності (*Revers J.* The Presumption of Proportionality // *The Modern Law Review*. — 2014. — No. 73 (3). — pp. 409–433).



Для наочної демонстрації ролі філософії у визначення того, які обмеження є допустимими, а які ні, застосуємо метод моделювання.

Уявімо, що засудженим дозволяється користуватись Інтернетом без будь-яких обмежень в засобах (мобільні телефони, ноутбуки) та змісті сайтів, що допускаються до перегляду (сайти із матеріалами порнографічного, насильницького характеру, різноманітні соціальні мережі). Припустімо, що за статистикою двоє засуджених зі ста використовують Інтернет для вчинення злочинів. Інші ж використовують його для спілкування зі своєю сім'єю, друзями (в тому числі із кримінального середовища), для самоосвіти, а також розваг (в тому числі шляхом перегляду фільмів зі сценами жорстокого насилля та порнографії).

Чи варто в такому разі дозволяти вільний доступ до Інтернету засудженим? Відповідь на це питання залежатиме не тільки від типів злочинів, які вчинятимуться, а й від інших запитань морального характеру. Наприклад, наскільки моральним є те, що засуджений, який покараний за вбивство, поєднане зі зґвалтуванням, проводить свій час у в'язниці, переглядаючи сцени насильства в Інтернеті?

Це правда, що філософія у відповідях на подібні питання може орієнтуватися на доступні наукові дані щодо можливих варіантів розвитку подій, так само як і на існуючі інструменти попередження зловживань зняттям обмежень (наприклад, можливості встановлення осіб, які використовують сайти для незаконної діяльності). Однак, ми припускаємо, що на практиці можна очікувати дискусій без будь-яких емпіричних даних, які в кращому разі базуватимуться саме на методології моделювання і на попередньому досвіді, а в гіршому — на популістичних міркуваннях. Це припущення підтверджується оцінками з досвіду країн, де формування політики держави у сфері ув'язнення відбувається без врахування даних науки щодо негативного впливу ув'язнення для досягнення задекларованих цілей та, як наслідок, обходиться державі і суспільству надто дорого<sup>437</sup>.

Нескладно вказати на необґрунтованість обмеження права та потребу його скасування, якщо це напевно не призведе до суттєвих проблем та шкоди інтересам суспільства. Наприклад, це може стосуватися збільшення кількості побачень, які дозволені засудженим. Зовсім іншою є ситуація, коли подібна визначеність відсутня, і пенітенціарне відомство та суспільство повинні вирішувати, наскільки впевнено вони готові ризикнути та наскільки далеко вони готові зайти у визнанні прав людини за в'язничними стінами. У такому разі, за відсутності належних доказів безпечності реалізації певного права це може викликати проблеми легітимізації суспільством. Відомо, що страх перед злочиним сприяє тому,

<sup>437</sup> Cullen F., Jonson C., Nagin D. Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science // *The Prison Journal*. — 2011. — Vol. 91. — No. 3. — pp. 49S–65S.

що маси легко поступаються перед державною владою, коли йдеться про злочинців<sup>438</sup>. Люди можуть підтримувати такі обмеження в'язнів, введення яких вони не толерували б в інших сферах<sup>439</sup>, а почуття тривоги стає головним ворогом помірності й обмеження репресії влади<sup>440</sup>.

Філософія має і більш глобальне завдання — визначення того, наскільки можуть стиратись межі між в'язницею та суспільством. Надаючи своє бачення цієї проблеми, вона водночас орієнтує і право, зокрема стосовно меж правообмежувальної діяльності. Філософія дає відповіді на запитання про цілі покарання, цілі ув'язнення, засоби, що можуть застосовуватись для їх досягнення, ступінь розвитку суспільства та його готовність і потребу гуманізації системи виконання покарань. Вона є рушієм настроїв у суспільстві та, водночас, зазнає суттєвого їхнього впливу.

Політика, а зокрема кримінально-правова та кримінально-виконавча політика впливають на ступінь репресивності в'язничних установ. Це, зокрема, проявляється і в правообмежувальній політиці. З огляду на те, що вона, як і будь-яка політика, залежить від настроїв у суспільстві, вона запроваджує і підтримує лише ті правові обмеження засуджених, які відповідають настроям у суспільстві, а також ступеню його розвитку та толерантності. Разом з тим суспільство може виявляти більш репресивним, ніж пенітенціарна політика, хоча громадськість і може мовчки толерувати гуманні обмеження. Це також буде прикладом відповідності обмежень настроям суспільства. Яскравим прикладом є дозвіл засудженим користуватись мобільними телефонами<sup>441</sup>, який був закріплений в Україні як частина кримінально-виконавчого законодавства у 2014 році. Незважаючи на бурхливе поширення цього нововведення, у медіа хвиля «народного невдоволення» була забута доволі швидко.

Навіть критикуючи пом'якшення існуючих умов відбування покарання та наближення статусу в'язнів до статусу вільних громадян, суспільство може з часом давати мовчазну згоду на це. Ступінь репресивності існуючих обмежень залежить і від історичного етапу, на якому знаходиться суспільство. Те, що ще 30–40 років тому не можна було уявити в тюрмах (телебачення, листування без обмежень, сексуальні стосунки із дружиною/чоловіком) сьогодні є реалією, без якої важко уявити в'язничну систему. Так само через кілька десятків років вільний доступ до Інтернету

---

<sup>438</sup> *Zimring F. E., Hawkins G. Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisoners' Rights // The Future of Imprisonment. Ed. by Tonry M. — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 159.*

<sup>439</sup> *Ibid.*

<sup>440</sup> *Ibid.* — P. 162.

<sup>441</sup> У результаті підзаконними актами його було суттєво обмежено.

та мобільного зв'язку може стати буденністю в'язниць. Для цього потрібен досвід практичної безпечності їх застосування.

Уся історія розвитку тюрми — це процес поступового скасування обмежень. Однак обов'язковою передумовою для цього стає саме переконливість про відсутність або низький ступінь загрози суспільству з боку засуджених у зв'язку зі зняттям існуючих обмежень. Саме тому ключову роль у подальшому скасуванні існуючих обмежень та наближенню в'язничного права до загального права відіграватимуть досвід, наявність якого вимагає сплив часу, а також емпіричні та порівняльні дослідження, які демонструватимуть безпечність тих чи інших обмежень для підтримки порядку та безпеки в установі та за її межами.

Подальше скасування обмежень прав засуджених зупиниться там, де ризик, під який ставиться суспільство у зв'язку зі скасуванням чи зменшенням обмеження, переважатиме користь, що воно отримуватиме від цього. Ця користь може бути як практичною (зниження рецидивізму), так ціннісною (збереження того чи іншого права індивіда без конкретного обмеження, захист іншого суспільного інтересу). Оцінка обмеження з точки зору його практичної користі для суспільства може ставати хоч і небажаною, але потрібною риторикою для маскування лібералізації обмежень в епоху низької симпатії суспільства до потреб правопорушника<sup>442</sup>. Оцінка ціннісної складової питання лібералізації обмежень завжди залежатиме від ціннісної орієнтації суспільства, його зрілості. У кінцевому підсумку завдання балансування вигоди та загрози для суспільства<sup>443</sup>, їх співставлення та оцінка залишатиметься за філософією, яка пануватиме в суспільстві.

Таким чином, з урахуванням того, що пріоритет прав людини вимагає мінімально необхідного їх обмеження, належна реалізація цього принципу потребує встановлення того, яким є ризик скасування чи пом'якшення обмеження того чи іншого права. Як вказувалось, існуючі дослідження є недостатніми для вирішення цієї проблеми.

---

<sup>442</sup> Genders E., Player E. Rehabilitation, Risk Management and Prisoners' Rights // *Criminology & Criminal Justice*. — 2014. — Vol. 14(4). — P. 436.

<sup>443</sup> Теоретики природного права зазначають у цьому ключі: «Принцип природного права полягає в тому, що особа може підвищувати суворість для іншої особи настільки, наскільки це необхідно для її захисту. Таким чином, позитивний закон, який повинен базуватись на природному законі, не може застосовувати інший принцип; він не досягне мети, що стоїть перед ним — зробити внесок у публічне благополуччя, якщо зайвою, непотрібною жорсткістю він буде сприяти незгодам; він втратив би з поля зору політичний принцип, який зобов'язує зробити суму суспільних благ вищою за суму негараздів» (Carmignani G. *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*. — Napoli: Tipografia dell'Ariosto, 1843: цит за: Tissot J. *Introduction philosophique à l'étude du droit pénal et de la réforme pénitentiaire*. — Paris : Librairie A. Marescq Ainé, éditeur 17, rue Soufflot, 17 , 1894. — P. 6).

У цьому світлі, на додаток до порівняльних досліджень, важливий потенціал щодо оцінки обґрунтованості обмежень можна вбачати в експериментуванні щодо зняття тих чи інших обмежень в окремих пенітенціарних установах. В умовах недостатності емпіричних досліджень таке експериментування є мало не єдиним шляхом для легітимної оцінки того, які обмеження є обґрунтованими, а які ні. Воно може відбуватися у формі пілотних проектів, юридичний статус яких, однак, потребує уважного вивчення та врегулювання. Часто пілотний проект потребуватиме скасування обмежень, закріплених у законі, а тому в такому випадку можливість та деталі його проведення мали б бути закріплені у нормах нормативного акту такої ж юридичної сили.

У цьому ж руслі компаративне дослідження як кращих, так і найгірших в'язничних практик слід розглядати як серйозний інструмент впливу на в'язничну політику у сфері прав людини. Це доводить, що порівняльне правознавство має посідати ключові позиції серед фахівців, які займаються дослідженнями обмеженнями прав засуджених. Міжнародний досвід дає те, чого не дає філософія і чого доведеться довго чекати від емпіричних досліджень — певну впевненість у тому, якими можуть бути наслідки лібералізації окремих обмежень і навпаки.

## Висновок до розділу 1.5

Філософія прав в'язнів не є розвиненою галуззю, а тому філософські підходи до обмежень цих прав є радше винятком. Через це такі важливі теми, як співвідношення прав в'язнів та прав вільних осіб, походження та природа прав в'язнів більше займають увагу юристів.

Природа прав в'язнів як і природа їх обмежень має свою специфіку, що обумовлюється кількома чинниками: вчинення злочину, тобто порушення суспільного порядку, ізоляція від суспільства, життя у мікросередовищі, залежність від пенітенціарної адміністрації та ін. Обмеження прав в'язнів традиційно обґрунтовується шляхом посилення на те, що оскільки злочинець порушує суспільний договір, він повинен понести за це відплату — покарання, яке проявляється в обмеженнях. Звідси випливає моральна підстава обмеження прав. Однак чіткої відповіді на те, яким є обґрунтоване обмеження прав, теорія втрати прав (морального обґрунтування) не дає, адже воно фокусується на відповіді на питання: «Чому допустимо карати?», а не «Якою мірою карати?».

Ступінь втрати прав особою залежить від поглядів на покарання. Тобто обсяг прав після ув'язнення буде залежати від вибраної теорії обґрунтування покарання. Це передбачає, перш за все, вплив цілей, які ставляться перед покаранням, на вибір обмежень, що належить засто-

совувати. Принциповим є те, що обмеження не повинні бути більшими, ніж цього мінімально вимагають цілі покарання та/або його виконання (ці цілі варто відрізнити). Окремі автори вказують ще й на необхідність відповідності обмежень, які застосовуються до засуджених, наслідкам їхніх злочинів для їхніх жертв. Нами критикується такий ретрибутивістський погляд та вказується на практичну неспроможність ідеї «конвертування» негативних для жертви наслідків злочину в обмеження засуджених так, щоб це було співмірно.

Однак філософські напрацювання, окрім того, що є досить обмежені, переплітаються із юридичним аналізом і навпаки. У свою чергу, юридична думка є так само досить обмеженою, щоб дати відповідь на складні філософські питання, які включають і моральні питання. На нашу думку, належні відповіді на питання, що означені у цьому розділі (щодо допустимого обсягу обмежень), не можуть даватись філософією та юриспруденцією, якщо вони не будуть ґрунтуватись на наукових досягненнях та міжнародному досвіді для того, щоб установити, які обмеження є справді необхідними з точки зору безпеки, а які є зайвими. Окрему роль у цьому може відіграти також експеримент як спосіб практичної перевірки безпечності обмежень.

У розділі здійснюється постановка складних філософських тем щодо обмежень засуджених, відповіді на які ще належить надати в майбутньому. Серед них і питання того, наскільки можуть стиратися межі між в'язницею та життям на волі (у контексті допустимого скасування та зменшення існуючих обмежень прав).

---

## ВИСНОВОК (Частина I)

Кожне право має дві ключових характеристики — зміст та обсяг. Зміст права є якісним показником, а обсяг — кількісним. Звуження змісту чи обсягу права (вони є взаємопов'язаними, звуження одного з них тягне за собою звуження іншого) є обмеженням права. Крім того, зміна порядку реалізації права може бути обмеженням права, адже вона може зменшувати його зміст та обсяг. У будь-якому разі звуження змісту чи обсягу права полягає в модифікації правомочностей, з яких воно складається. Це має результатом зменшення юридичних можливостей особи та допустимих варіантів поведінки особи.

Такі ознаки, як передбачення обмеження у законі чи наявність у нього цілей, не можна вважати обов'язковими ознаками обмеження. Натомість вони можуть бути ознакою його обґрунтованості. Обов'язковою ознакою обмеження права на додаток до звуження змісту чи обсягу, є суб'єкт такого звуження — держава; приватна особа не може обмежити право, але може порушувати його шляхом перешкоджання його реалізації.

Ми можемо говорити про обмеження права в'язня тільки тоді, коли воно має місце у зв'язку із його спеціальним статусом. В іншому разі, якщо до особи застосовується обмеження не у зв'язку із таким статусом, йтиметься про обмеження права особи як звичайного громадянина.

Нами пропонується два прийоми встановлення того, чи мало місце обмеження права в'язня. Перший — динамічний, полягає у порівнянні можливостей засудженого «до» та «після» застосування певного заходу (наприклад, зміни законодавства); другий — статичний, полягає в порівнянні можливостей особи із можливостями вільної особи (як *de jure*, так і *de facto*).

Ми виділяємо такі форми обмежень прав у законодавстві: позбавлення права, заборона вчинення певних дій, обов'язок, специфічні суб'єктивні права (за окремими винятками), специфічна відповідальність.

Зазначені прийоми та форми встановлення обмежень стосуються і так званих правозастосовних обмежень. Правозастосовні обмеження полягають у звуженні змісту та обсягу існуючих прав в'язнів шляхом використання пенітенціарною адміністрацією своєї дискреції. Таке обмеження може бути як законним, так і незаконним. Саме правозастосовні

обмеження є найбільш поширеними на практиці та завдають найбільшої шкоди правам людини в пенітенціарних установах.

Враховуючи це, у роботі пропонується класифікація обмежень на нормативні та правозастосовні. Нам не доводилось стикатися з такою класифікацією в роботах із пенітенціарного права, однак її важливість є очевидною, оскільки вона дає можливість виділити дві принципово різні характеристики правової природи обмежень.

Іншою принципово важливою класифікацією є поділ обмежень на юридичні та фактичні. Юридичні обмеження передбачаються у законі. Фактичні «об'єктивно випливають із факту ізоляції/ув'язнення». Популярним є твердження-стандарт, що всі обмеження, які не «випливають із факту ув'язнення», є зайвими та необґрунтованими. Однак така ідея викликає суттєві складності.

Доктрина фактичних обмежень, незважаючи на масу теоретичних розробок та міжнародних стандартів, які вважають застосування їхньої ідеї позитивним явищем для прав людини, не тільки не можуть бути додатковими гарантіями прав, а й навпаки. Однією із цілей цієї роботи є запропонувати критичне бачення теорії фактичних обмежень. Уявлення щодо того, що «об'єктивно впливає із ув'язнення», а що ні — не є універсальним, воно відрізняється як у різних культурах, у різних історичних періодах та навіть за різних економічних умов. Крім того розуміння поняття «ув'язнення» (чи ізоляції) так само не є сталим і чітким. Тому застосування ідеї фактичних обмежень може використовуватись для порушення принципу законності та надання необмеженої дискреції при застосуванні обмежень. Фактичні обмеження — шлях до юридичної невизначеності, який не виправдовує доктринальних сподівань на їх використання для зближення статусу ув'язнених осіб зі статусом вільних осіб.

Розуміння правової природи обмежень прав різниться в залежності від обраної теорії. Найбільш відомими варто вважати так звану внутрішню та зовнішню теорію. Внутрішня передбачає, що обмеженням права може бути звужена інтерпретація його змісту. Зовнішня передбачає, що зміст права залишається незмінним протягом історії, а змінюється тільки обсяг його реалізації. По суті вона означає, що обмежити право неможливо, можливе лише обмеження його реалізації. Право ж має своє межі — кваліфікатори, тобто внутрішні ознаки суб'єктивного права, які характеризують його зміст.

Спроба здійснити короткий огляд філософських поглядів з точки зору меж зближення прав в'язня та вільної людини не допомагає знайти навіть базових відповідей і лише демонструє бідність доктринального доробку з цієї теми. Моральна допустимість покарання та обмежень прав є однією із тем, над якими задумувалися філософи. Однією із головних підстав такої допустимості вважається порушення суспільного договору

засудженим. Однак допустимість не вказує на те, яким має бути зміст покарання — тобто обмеження Відповіді на питання щодо обмежень прав повинні даватись з точки зору обраної теорії покарання та цілей, що ставляться перед ним. Однак усе це є тільки частиною більш складного питання — якими є допустимі межі репресії держави, наскільки допустимо зближувати (і віддаляти) правові статуси осіб з обох сторін ґратів. Чим далі просуватиметься гуманізація в'язниці, яка, за загальним спостереженням, є з неминучістю поступовою, тим більше є підстав для філософів задумуватись над цим питанням.

Проте навіть їхні міркування потребуватимуть практичного ґрунту задля підкріплення своїх висновків. Суспільство завжди мало запит на безпеку, а тому коли йдеться про скасування/впровадження обмеження прав в'язнів — потрібно брати до уваги їх балансування із суперечливими суспільними інтересами та цінностями, а також практичний аспект їх раціоналізації. Для цього у нагоді стануть емпіричні та компаративні підтвердження, національний та зарубіжний досвід щодо безпечності лібералізації правових обмежень і *vice versa* — їх посилення.



---

## *Частина 2*

# МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ В'ЯЗНІВ

Міжнародні стандарти мають особливе значення у становленні теорії правових обмежень засуджених, а також практики їх застосування. Саме в них закріплювались перші захисні бар'єри від необґрунтованих обмежень прав засуджених. Визначаючи той мінімум, до якого треба прагнути, вони встановлюють межу, за якою обмеження починає мати характер необґрунтованого та такого, що має бути переглянуто та змінено. Ми розглядаємо міжнародні стандарти у сфері прав засуджених як еталон обґрунтованості обмежень прав засуджених. Більшість норм цих документів так чи інакше стосуються саме проблеми меж обмеження прав особи в усьому їх різноманітті. Тобто вказуючи, як «має бути» і як «не має бути» у в'язниці, міжнародні документи часто стосуються саме правообмежень засуджених. У цьому полягає загальний вплив стандартів на правообмежувальну діяльність держави, у той час як спеціальний вплив полягає у встановленні безпосередніх вимог до правообмежень, що застосовуються до в'язнів.

## **2.1. Стандарти ООН щодо обмежень прав в'язнів**

Ключовим міжнародним документом, що стосується обмежень прав людини, є Загальна декларація прав людини. Особливе значення для теорії обмеження прав людини має ч. 2 ст. 29 Декларації, де вказується, що «при здійсненні своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві». Декларація не містить специфічних норм щодо обмежень прав в'язнів та, за дефініцією, має декларативний характер.

Свій практичний сенс Декларація здобуває в Міжнародному пакті про громадянські і політичні права. Адже з-поміж інших забезпечувальних механізмів його порушення можуть бути встановлені Комітетом ООН з прав людини.

Пакт визначає низку підстав для обмежень різних прав особи, які повною мірою застосовуються до засуджених. Так, стаття 12 передбачає, що право на свободу пересування може бути обмежено, якщо обмеження передбачено законом, є необхідними для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення або прав та свобод інших і є сумісним з іншими правами, визначеними в Пакті (ч. 2 ст. 12). Право на свободу думки, совісті і релігії підлягає лише обмеженням, які встановлено законом і які є необхідними для охорони суспільної безпеки, порядку, здоров'я і моралі, так само як і основних прав та свобод інших осіб (ч. 3 ст. 18). Право на вільне вираження своїх поглядів, що включає свободу шукати, одержувати і поширювати будь-яку інформацію та ідеї незалежно від державних кордонів, усно, письмово чи за допомогою друку або художніх форм вираження чи іншими способами на свій вибір, може бути обмежено для поважання прав і репутації інших осіб; для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення (ч. 3 ст. 19). Право на свободу асоціації з іншими, включаючи право створювати профспілки і вступати до них, не підлягає ніяким обмеженням, крім тих, які передбачаються законом і які є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах державної чи громадської безпеки, громадського порядку, охорони здоров'я і моральності населення або захисту прав та свобод інших осіб (ст. 22).

Пакт містить окрему норму, яка має прямий стосунок до обмежень прав засуджених. Частина 3 статті 10 передбачає, що пенітенціарна система має передбачати таке поводження, ключовою метою якого має бути виправлення та соціальна реабілітація. Ця норма-принцип здобуває свого конкретного наповнення на практиці. Комітет ООН з прав людини навіть розробив коментар цього положення<sup>444</sup>. Він, серед іншого, передбачає, що особи, які позбавлені волі, не можуть бути суб'єктом іншого поводження або обмежень, ніж результат обмеження їхньої волі, а також, що особи, позбавлені волі, користуються всіма правами, які встановлені в Пакті, вони є суб'єктами лише тих обмежень, які неминучі в закритому середовищі.

---

<sup>444</sup> General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Art. 10): 10.04.1992. CCPR General Comment No. 21. (General Comments) Forty-fourth session, 1992 //

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f4731&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f4731&Lang=en) (останній доступ 26.07. 2016).

Комітет використовує зазначений стандарт у своїх рішеннях щодо порушень прав засуджених. Наприклад, у справі Євдокимова та Резанова проти Росії Комітет оцінював відповідність пакту конституційної заборони засуджених голосувати<sup>445</sup>. Як наслідок, було встановлено порушення статті 25 в поєднанні зі ст. 2.3 Пакту. Він посилався на згадану ч. 3 ст. 10 Пакту та на ідею неминучих в ув'язненні обмежень (параграф 7.4). Посилаючись на рішення ЄСПЛ у справі Хьорста (Hirst), Комітет також вказав, що автоматичне позбавлення права голосувати не відповідає критерію раціональності обмежень (параграф 7.5).

Комітет є доволі лаконічним у обґрунтуваннях своїх висновків. Іноді для визнання порушення він обмежується вказівкою на певні стандарти. Наприклад, коли йдеться про права в'язнів, він може обмежуватися посиланням на Коментар № 21, а саме на положення, що особи, позбавлені волі, продовжують користуватися правами з тими обмеженнями, які є неминучими в ув'язненні<sup>446</sup>.

Комітет може також посилатись на окремі лімітативні клаузули Пакту, встановлюючи чи було дотримано їхні вимоги. Наприклад, надмірне обмеження права на кореспонденцію порушувало статтю 17 Пакту у зв'язку з тим, що обмеження права у вигляді цензури чи контролю вимагають наявності належних правових гарантій від зловживань (параграф 9.2)<sup>447</sup>.

На відміну від Європейської конвенції Декларація та Пакт не набули окремої ролі в практиці в'язничних установ. Однак після прийняття цих документів з метою розвитку їх положень були сформовані спеціалізовані стандарти, які конкретизували вимоги до правообмежень з урахуванням специфіки положення засуджених. Серед них і такий важливий документ, як Мінімальні стандартні правила поведження з в'язнями.

## **2.1.1. Обмеження прав в'язнів у Мінімальних стандартних правилах поведження із ув'язненими 1957 року (МСП) та 2015 року (МСП Мандели)**

### **2.1.1.1. Обмеження в МСП**

Незважаючи на те, що МСП 1957 року були замінені новими МСП — Правилами Мандели короткий аналіз цього документа допоможе нам

---

<sup>445</sup> *Yevdokimov and Rezanov v. Russia*, Communication No. 1410/2005, CCPR/C/101/D/1410/2005 (adoption of views).

<sup>446</sup> *Pustovoit v. Ukraine*, Communication No. 1405/2005, CCPR/C/110/D/1405/2005/ У цьому рішенні Комітет встановив низку порушень Пакту у зв'язку із надмірним застосуванням наручників до позивача.

<sup>447</sup> *Miguel Angel Estrella v. Uruguay*, Communication No. 74/1980, CCPR/C/OP/2 (1990).

краще зрозуміти логіку ООН у питанні обмежень прав в'язнів. Більше того, майже всі стандарти щодо обмежень перемістились із МСП до МСП Мандели.

У МСП містилися як норми, які визначають орієнтири щодо обсягу та характеру обмежень, так і норми, які опосередковано стосуються більш конкретних правообмежень засуджених. Наприклад, нормою щодо конкретних обмежень є п. 20.2, де МСП вказують, що кожен в'язень повинен мати питну воду, коли відчуватиме в ній потребу. Це означає, що не може бути встановлено такого обмеження, як графік пиття води. Правило 33, яке передбачає безумовну заборону користуватися кайданами і ланцюгами як засобами втихомирення, вказує на недопустимий спосіб обмеження права.

Однак найбільший інтерес викликають положення, які визначають принципи, що безпосередньо визначають орієнтири щодо обсягу та характеру обмежень. У п. 27 МСП, що міститься в розділі «Дисципліна і покарання», вказано, що «Дисципліна і порядок повинні підтримуватися із суворістю, застосовуючи, однак, тільки ті обмеження, які потрібні для забезпечення надійного нагляду і дотримання належних правил спільного життя в установі». У цій вимозі закріплюється обов'язковість цільового характеру обмежень, а саме обмеження мають застосовуватися лише з метою надійного нагляду та дотримання належних правил спільного життя в установі.

Як свідчить буквальне тлумачення змісту цієї норми, вказані цілі мають бути вичерпними. Разом з тим розмитість змісту категорій «надійний нагляд» та «належні правила спільного існування» дозволяють використовувати цю норму як узагальнену ідею, принцип, якими слід керуватись у практичній і нормотворчій діяльності, а не як конкретну вимогу. Деякі автори навіть роблять розширювальне тлумачення цієї норми, вказуючи, що умови у в'язниці мають бути лише настільки обмежувальними, наскільки це необхідно для безпеки та належного співіснування в установі<sup>448</sup>.

Вважається, що вимога мінімальності обмежень, які застосовуються для забезпечення безпеки, є невід'ємною для дотримання статті 3 Загальної декларації прав людини, де зазначається, що «Кожен має право на життя, свободу і особисту недоторканість»<sup>449</sup>.

Як вказує у своєму коментарі до МСП Комісія з попередження злочинів та кримінальної юстиції, це правило означає, що «...держави повинні за-

---

<sup>448</sup> Bastick M. *Women in Prison: A Commentary on the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*. — Geneva: The Quaker United Nations Office, 2008. — P. 13.

<sup>449</sup> *Making Standards Work: An International Handbook on Good Prison Practice*. 2<sup>nd</sup> ed. — London: Astron Printers Ltd, 2001. — P. 12.

безпечувати безпеку і порядок у в'язницях, але не означає, що це може здійснюватись у надмірний або грубий спосіб. Обов'язком в'язничної адміністрації є виконання покарання, призначеного судом, але не накладати додаткові обмеження»<sup>450</sup>. При цьому твердість дисципліни, що має забезпечуватись, не означає її жорсткість (суворість), а повинна розумітись як справедливість та послідовність у застосуванні всіх заходів, спрямованих на підтримання порядку.

Правило, закріплене у п. 57 МСП, вплинуло на розвиток теорії правових обмежень у пенітенціарній науці. В ньому зазначається, що «ув'язнення та інші заходи, які ізолюють правопорушника від навколишнього світу, завдають йому страждань уже тому, що вони відбирають у нього право на самовизначення, оскільки позбавляють свободи. Тому, крім випадків, коли сегрегація (відокремлення) видається виправданою або коли цього вимагає дисципліна, в'язнична система не повинна поглиблювати страждань, що випливають із такого становища».

Це правило є важливим з кількох причин. У ньому містяться початки ідеї іманентних до ізоляції страждань. Якщо в теорії та інших міжнародних стандартах здебільшого вказується, що ув'язнення завдає страждань засудженому як певний факт, то в МСП розкривається, чому саме воно завдає таких страждань: бо у в'язня відбирають право на самовизначення. З одного боку це може означати конкретизацію того, чому саме ізоляція сама по собі вже є стражданням, а з іншого, можливо, розробники МСП вважали за потрібне підкреслити те, що є безпосередньою причиною завдання страждань у ізоляції або те, який її наслідок є найбільш обтяжливим для засуджених.

Також важливим є розуміння другого речення цього правила: «Тому в'язнична система не повинна, окрім випадку наявності неминучих наслідків обґрунтованої ізоляції (сегрегації) або підтримки дисципліни, обтяжувати іманентне в такій ситуації страждання». Тобто дозволяється поглиблення іманентних у позбавленні волі страждань, за умови, що це є неминучим наслідком обґрунтованої ізоляції або необхідним для підтримки дисципліни. Звісно ж, у правилі 57 не наводяться орієнтири щодо того, які ж наслідки є «неминучими».

Автори коментаря до МСП, підготовленого організацією Міжнародна тюремна реформа, вказують, що ціла низка досліджень у галузі кримінології показала, що поневір'яння та страждання в тюремному житті зближують ув'язнених із нормами тюремного світу і злочинними співтовариствами та призводять до заперечення загально визнаних соціальних

---

<sup>450</sup> Notes and comments on the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners: use and application of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice. Twenty-first session, Vienna, 23–27 April 2012 / E/CN.15/2012/CRP.1.

цінностей. Це означає, що навіть якщо право на самовизначення втрачає сенс у разі тюремного ув'язнення, можливості реалізації самовизначення й особиста відповідальність мають забезпечуватися на максимально можливому рівні<sup>451</sup>. Для цієї мети автори вважають, що у зв'язку з цим почуття справедливості і практичні міркування вимагають, щоб страждання, пов'язані з тюремним ув'язненням, обмежувалися тільки тим, що неминуче пов'язано із самим фактом утримування у в'язниці. При цьому, фактично визнаючи проблему, пов'язану із неоднозначністю того, що слід вважати такими (фактичними) обмеженнями, вони підкреслюють її непостійність та відсутність сталого розуміння неминучості: «Усе те, що вважається неминучими наслідками тюремного ув'язнення, повинно стати предметом постійного контролю і переоцінки з метою їх зменшення»<sup>452</sup>.

Важливим положенням МСП, що стосується правових обмежень засуджених, є п. 60, де вказується, що режим, прийнятий у закладі, має прагнути зводити до мінімуму різницю між життям у в'язниці і життям на свободі, що вбиває у в'язня почуття відповідальності та усвідомлення людської гідності. Фактично ця норма також вимагає мінімізацію обмежень, що накладаються на засудженого у зв'язку із його ув'язненням, адже режим знаходить своє вираження в правообмеженнях<sup>453</sup>.

Вищезгадане правило суттєво вплинуло на філософію виконання покарання в усьому світі.

Наприклад, в Україні його було імплементовано у КВК. Так, ч. 2 ст. 102 КВК передбачає, що: «режим у колоніях має зводити до мінімуму різницю між умовами життя в колонії і на свободі, що повинно сприяти підвищенню відповідальності засуджених за свою поведінку і усвідомленню людської гідності». Незважаючи на фактичне дублювання цієї норми, український законодавець дещо видозмінив її, що вплинуло на її зміст. Так у МСП вказується, що режим **має прагнути** звести до мінімуму різницю між життям у в'язниці і на свободі, а КВК України визначає, що режим **має зводити** до мінімуму таку різницю. Українська норма, схоже, є навіть більш амбітною, підкреслюючи обов'язковість зведення до мінімуму різниці між умовами у в'язниці та на волі.

Розуміння цього положення викликає складності. По-перше, до сьогодні відсутня згода щодо того, що слід вважати мінімальною різницею

---

<sup>451</sup> Making Standards Work. An International Handbook on Good Prison Practice. — London: Penal Reform International, 2001. — pp. 18–19.

<sup>452</sup> Ibid. — P. 19 (оригінал англ.: “What are seen as the unavoidable consequences of imprisonment should be subject to constant monitoring and reappraisal with a view to their reduction”).

<sup>453</sup> Степанюк А. Х. Режим відбування позбавлення волі в установах виконання покарань: конспект лекції. — Х.: Укр. юрид. акад., 1994.

між умовами в неволі та на волі, а тому ця норма втрачає характер визначеності та набуває оціночного характеру. По-друге, проблематичним є визначення меж мінімізації такої різниці. Мінімізувати різницю можна аж до повного зрівняння ситуації у в'язниці та на волі — тоді в'язниця перестане існувати. Погляди на максимально допустиму межу залежать від низки чинників, що визначають філософію та практику виконання покарання.

Вищезазначене правило є відображенням теорії нормалізації. Вона наголошує на необхідності наблизити умови в тюрмі до умов у відкритому суспільстві, що має полегшити повернення ув'язненого в суспільство<sup>454</sup>. Принцип нормалізації безпосередньо стосується обґрунтованості правообмежень, адже для того, щоб життя в ув'язненні максимально наблизилось до позитивних аспектів життя в суспільстві, необхідно, по-перше, щоб на засуджених накладалось якнайменше правообмежень, по-друге, ці обмеження мають бути мінімальними. Таким чином, забезпечення принципу нормалізації сприятиме і втіленню принципів мінімальності та пропорційності й навпаки.

Це наштовхує також на думку, що мінімізація обмежень також сприяє полегшенню соціальної адаптації осіб, які звільнені з місць позбавлення волі, адже чим менше обмежень прав засуджених, тим ближче вони до вільного суспільства, а тому тим легше їм переживати реінтеграційний процес, що завжди ускладнюється контрастом між умовами життя в ув'язненні та на волі.

Крім того, більші обмеження мотивують до зближення з тюремною субкультурою і цим самим віддаляють реінтеграційні перспективи. Г. Сайкс (G. Sykes) припускав, що неписаний кодекс засуджених є однією із колективних спроб пом'якшити «болі» та «позбавлення», притаманні в'язничному середовищу<sup>455</sup>. Тобто реакцією на обмеження була субкультура. Таке бачення іноді називають деприваційною теорією (від англ. «deprivation» — позбавлення). Проте існують дослідники, які спростовують цю думку — вони підтримують імпортативну теорію<sup>456</sup>. Остання означає, що субкультура не є наслідком умов замкнутого сере-

<sup>454</sup> *Платек М.* Значение минимальных правил ООН обращения с заключенными и Европейских тюремных правил для процесса нормализации // Неустанно прививать убеждение: Метериалы для сотрудников исправительных учреждений. — Варшава, 2002. — С. 148.

<sup>455</sup> Цит. за *Liebling A., Crewe B.* Prison Life, Penal Power, and Prison Effects // The Oxford Handbook of Criminology. Edited by Maguire M., Morgan R. and Reiner R. — Oxford: Oxford University Press, 2012. — P. 913.

<sup>456</sup> Про них, як таких, що висловлюються на противагу деприваційній теорії, згадується у: *Liebling A., Crewe B.* Ibid. — P. 913.

довища, а є імпортованою із зовнішньої субкультури, до якої належали засуджені<sup>457</sup>.

МСП також згадують про вимоги до обмежень прав осіб, які знаходяться в попередньому ув'язненні. У правилі 92 вказується, що в'язні, які перебувають під слідством, повинні мати можливість негайно інформувати сім'ю про факт їхнього затримання, а також користуватися розумною можливістю спілкування з родичами і друзями, підпадаючи при цьому тільки під ті обмеження і нагляд, що необхідні для належного виконання правосуддя, дотримання вимог безпеки і забезпечення нормальної роботи закладу. Як видно, досягнення цих цілей обмежується вимогами «розумної можливості» підтримки контактів із родичами, що вказує на необхідність балансування загального та індивідуального інтересів.

### 2.1.1.2. Правила Манделі

Правила Манделі стали результатом синтезу передових в'язничних практик із досвіду різних країн, а процес їх створення шляхом перегляду МСП був комплексним та тривалим. Головним завданням перегляду МСП було така їх зміна, яка посилила б практичні гарантії вже існуючих, найважливіших для тюремного життя прав, та доповнила б документ передовими світовими практиками в пенітенціарній сфері<sup>458</sup>. Він не був орієнтований на докорінний перегляд чи на питання щодо того, якими правами повинні володіти в'язні, наскільки ці права мають обмежуватись. Тому міркування з попереднього підрозділу щодо МСП практично повною мірою застосовний до аналогічних положень МСП Манделі.

Разом з тим норми щодо обмежень прав не завжди залишались осторонь від змін. У своїй Преамбулі Правила Манделі вперше відсилають до принципу, який був викладений у Резолюції 69/172 від 18 грудня 2014 року «Права людини в адміністрації правосуддя», в якій була визнана необхідність принципу, що за винятком правомірних обмежень, які явно обумовлюються фактом ув'язнення, позбавлені волі особи повинні зберігати

---

<sup>457</sup> Батьками цієї теорії вважають соціологів Дж. Ірвіна (J. Irwin) та Д. Крепсі (D. Cressey) (*Jacobs J. Race Relations and the Prisoner Subculture // Crime and Justice. An Annual Review of Research. Ed. By N. Morris and M. Tonry. Vol. 1. — Chicago, London: The University of Chicago Press, 1980. — P. 3*). Хоча її перші паростки вбачаються вже у роботах І. Гофмана (*Goffman E. Asylums : Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates. — London: Penguin Books, 1961. — P. 22*).

<sup>458</sup> Човган В. О. Современные тенденции развития минимальных стандартных правил обращения с заключенными // <http://www.khpg.org.ua/pda/index.php?id=1333969919> (останній доступ 26.06.2016).



їхні невід'ємні права та всі інші права і свободи<sup>459</sup>. Таким чином, принцип, який дає багато підстав для критики та є сумнівним як з теоретичної, так і з практичної точки зору, береться за основу філософії Правил Мандели<sup>460</sup>.

Правила дослівно зберігають деякі засадничі норми щодо обмежень прав, які містилися в МСП. Це стосується правил, що ув'язнення завдає страждань само по собі вже тим, що відбирає в особи можливість самовизначення (правило 57 (МСП) — 3 (МСП Мандели)), що тюремний режим має бути спрямованим до того, щоб зменшити різницю між в'язничним життям і життям на волі (правило 60.1 МСП — 5.1 МСП Мандели).

Однак окремі норми були дещо змінені. Наприклад, раніше в правилі 27 МСП вказувалось, що «дисципліна і порядок повинні підтримуватися із суворістю, застосовуючи, однак, тільки ті обмеження, які потрібні для гарантування безпечного ув'язнення і впорядкованого співжиття в установі», тепер же це правило звучить так: «Дисципліна і порядок повинні підтримуватися із застосуванням обмежень не більше, ніж це необхідно для гарантування безпечного ув'язнення, безпечного управління в'язницею та впорядкованого співжиття в установі» (правило 36). Таким чином, серед допустимих цілей обмежень з'явилася мета безпечного управління в'язницею. Можна припускати, що головною ціллю новели стало вилучення старого провокативного формулювання, що «дисципліна і порядок повинні підтримуватися із суворістю». Щоправда, робочі документи експертної групи з перегляду МСП не дають можливості дізнатися, від кого походила ця ініціатива і якою було її автентичне обґрунтування<sup>461</sup>.

МСП Мандели містять і деякі інші нові правила щодо обмежень. Серед них правило мінімальності при застосуванні заходів стримування. Зокрема, правило 48 вказує, що засоби стримування можуть застосовуватись тільки тоді, коли жодна інша м'якша форма контролю не було б підходящою для того, щоб впоратись із ризиками. Засіб стримування має бути таким, що мінімально втручається у право та є необхідним і раціонально доступним контролем, виходячи зі ступеню та характеру ризику,

<sup>459</sup> Цей принцип раніше вже був закріплений у Базових принципах поводження з в'язнями (resolution 45/111 of 14 December 1990), однак автори МСП Мандели роблять посилення саме на цю, новішу резолюцію.

<sup>460</sup> *Chovgan V. Le principe des limitations inhérentes à la détention: la valeur incertaine des Règles Mandela // Actualité juridique pénale. — 2015. — № 12. — pp. 576–578. Див. підрозділ 1.3.2. «Класифікація за джерелом походження обмеження. Правообмеження, що обумовлені ізоляцією».*

<sup>461</sup> Див. наприклад робочі документи для зустрічей експертних груп у Буенос-Айресе UNODC/CCPCJ/EG.6/2012/2 та у Відні UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/CRP.1 // <https://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/ieg-standards.html> (останній доступ 26.06.2016).

який представляє в'язень. Засоби стримування мають застосовуватись протягом якомога коротшого часу. Також вони в жодному разі не можуть застосовуватись під час праці, під час народження дитини та відразу після цього.

Так само має місце вимога суворої пропорційності щодо застосування сили. Зокрема, персонал не повинен застосовувати силу більше, ніж це суворо необхідно (правило 82.1).

Закріплюються гарантії від необґрунтованих обмежень права на приватність під час обшуків. Наприклад, правило 51 вказує, що обшуки не повинні докучати, залякувати або втручатись у приватність в'язнів без необхідності. Надмірно інтрузивні обшуки, такі як обшуки з роздяганням та обшуки порожнин тіла можуть здійснюватись тільки тоді, коли це абсолютно необхідно. Закріплюються також процесуальні гарантії від неналежних обмежень, у такому разі зокрема обшук має фіксуватись разом із мотивами для його здійснення, він має здійснюватись кваліфікованим медичним персоналом (іншим, ніж той, що надає медичну допомогу в установі) або співробітником, навченим медичним персоналом щодо питань гігієни, здоров'я та безпеки.

## 2.1.2. Базові принципи поведінки з в'язнями

Одним із ключових міжнародних документів, що стосуються прав засуджених, є також Основні принципи поведінки з в'язнями<sup>462</sup>. Він вирізняється тим, що містить «найбільш важливий аспект щодо виправних установ, а саме: якою мірою обмежені прав в'язнів, якими вони володіли на волі, і якими вони не повинні володіти. Це значне досягнення 5-го Конгресу ООН з попередження злочинності і поведінки з правопорушниками, оскільки воно певним чином дало відповідь, поставлену під час 4-го Конгресу щодо того, якою мірою в'язні продовжують володіти своїми правами»<sup>463</sup>.

У документі міститься важливий принцип, який сформульований таким чином: «За винятком тих обмежень, які явно обумовлені фактом ув'язнення, усі в'язні продовжують користуватись тими самими правами і фундаментальними свободами, що встановлені Загальною декларацією

---

<sup>462</sup> Basic Principles for the Treatment of Prisoners (A/RES/45/111, 14 December 1990) // <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r111.htm> (останній доступ 10.11.2016).

<sup>463</sup> *Shikita M.* Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners as Prisoners' Magna Carta and their Implementation in Japan and other Asian Countries in Light of Changing World Conditions // *Droits fondamentaux et détention pénale. Actes du 7e Colloque international de la Fondation internationale Pénale et Pénitentiaire.* Neuchâtel, 3 au 7 octobre 1992, sous la direction de Pierre-Henri Bolle. — Neuchâtel: Edition Ides et Calendes, 1993. — P. 148.

прав людини, Міжнародним пактом про економічні соціальні і культурні права, і Міжнародним пактом про громадянські, політичні права та Факультативному протоколу до них, так само як іншими правами, що закріплені в інших пактах ООН» (п. 5).

М. Шікіта зазначає, що деякі вказують на недостатню специфічність цього правила. Одна із перших версій цього правила передбачала більш м'яку версію: «за винятком необхідного обмеження свободи» (excerpt for the necessary limitation of the freedom of movement), а не як зараз — обмеження, «які явно обумовлені фактом ув'язнення». Тим не менш це правило й досі залишається неоднозначним<sup>464</sup>. Інтерпретація цього твердження може здійснюватися національною владою, навіть якщо механізм його імплементації не є визначеним<sup>465</sup>. Утім, які обмеження є «явно обумовлені фактом ув'язнення»? Це передбачає, щонайменше обмеження прав, які можуть ставити під загрозу безпеку, але чи означає це й інші обмеження<sup>466</sup>?

Мета цієї ідеї Базових правил була вказати, що кількість та обсяг обмежень, які застосовуються до засуджених, мають бути, наскільки це можливо, зменшені до мінімуму. Цим положенням було підкреслена прихильність Генеральної асамблеї ООН до ідеї, що засуджені повинні користуватись якомога більшою кількістю прав, закріплених у головних документах ООН, цим самим закріпивши як базову ідею про суттєвість та достатність для покарання особи страждань, до яких призводить уже сам факт ізоляції. Однак, як ми доводимо, через неоднозначність розуміння «неминучості» наслідки можуть бути зовсім протилежними та вилитись у створення підстав для зловживань у застосуванні обмежень.

### 2.1.3. Звід захисту всіх осіб, що піддаються затриманню або ув'язненню в будь-якій формі

У Зводі захисту всіх осіб, що піддаються затриманню або ув'язненню в будь-якій формі<sup>467</sup> Генеральна асамблея сфокусувала увагу на врахуван-

---

<sup>464</sup> *Shikita M.* Ibid. Див. також п. 5 проекту Базових принципів: Latin American and Caribbean regional preparatory meeting for the eighth UN Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders. San José, Costa Rica, 8–12 May 1989. Report (A/Conf.144/RPM.3 25 August 1989).

<sup>465</sup> *Shikita M.* Ibid. — P. 149.

<sup>466</sup> *Naylor B.* Human Rights and Their Application in Prisons // Prison Service Journal. — 2016. — No. 227. — P. 17.

<sup>467</sup> Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (A/RES/43/173, 1998) // <http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm> (останній доступ 11.11.2015).

ні специфічних потреб осіб при затриманні або тих, що затримані і знаходяться в умовах попереднього ув'язнення. Однак принципи, що закріплені у Зводі та стосуються правообмежень, стосуються і засуджених.

Принцип 19 передбачає, що затриманому або особі, яка знаходиться в ув'язненні, надається, серед іншого, право на відвідування членами сім'ї та переписку з ними, а також можливість вступати у відносини з зовнішнім світом у відповідності до розумних умов і обмежень, що містяться в законі або в підзаконних актах, які відповідають закону<sup>468</sup>. Цей принцип викликає інтерес, адже в ньому, перш за все, закріплена така вимога до обмежень, як розумність, а, по-друге, він передбачає можливість закріплення обмежень у законі або підзаконних актах, що відповідають закону (by law or lawful regulations). Останнє спостереження є особливістю Зводу, адже зазвичай у міжнародних стандартах як допустиме джерело обмежень використовується категорія «закон», зміст якої іноді викликає дискусію щодо того, чи включає вона в себе і підзаконні акти. На відміну від них Звід чітко вказує на допустимість встановлення обмежень у підзаконних актах.

Орієнтований перш за все на досудовий етап ув'язнення Звід також передбачає, що право ув'язненої особи мати побачення із захисником у конфіденційному порядку, за загальним правилом, не може бути обмеженим. Однак обмеження допускаються у виняткових випадках, визначених законом або підзаконними нормативними актами, які відповідають закону, коли це вважається абсолютно необхідним суддівською або іншою владою з метою підтримки безпеки та належного порядку (п. 18.3). Тобто допускаються змішаний тип обмежень — поєднання нормативного та правозастосовного виду.

## Висновок до розділу 2.1

Загальна декларація прав людини закріпила в собі загальну лімітативну клаузулу щодо обмежень прав. На відміну від неї Міжнародний пакт про громадянські і політичні права містить специфічні лімітативні клаузули щодо окремих прав. Жоден із цих документів не визначає специфіки щодо обмежень прав в'язнів. Разом з тим Комітет ООН з прав людини закріпив дещо специфічне бачення щодо обмежень прав. На його думку, засуджені є суб'єктами лише тих обмежень, які неминучі в закритому середовищі. Отже, якщо обмеження не є «неминучим», то воно не є обґрунтованим. Ідея «неминучості», яка критику-

---

<sup>468</sup> Вітчизняний переклад суттєво викривляє зміст оригіналу. Наприклад, розділовий сполучник між вказівкою на закон **або** інші акти, перекладений як з'єднувальний сполучник «і».

валась нами в попередній частині, таким чином зводиться в ранг міжнародного стандарту.

Вимоги до обмежень прав Декларації та Пакту з точки зору в'язничного контексту здобули більш конкретного виразу в так званому м'якому праві (soft law). Наприклад, у розділі аналізуються обидві версії Мінімальних стандартних правил поводження з ув'язненими, прийнятих у 1957 та у 2015 році. Хоча вони дуже схожі в частині щодо обмежень прав, проте містять деякі відмінності.

Обидва документи містять здебільшого норми, що встановлюють певні мінімальні стандарти, а отже, визначають максимальні межі можливого застосування обмежень. Окрім опосередкованих вимог до обмежень, обидві версії Правил містять стандарти, які наголошують на тому, що обмеження мають бути мінімальними та повинні бути спрямовані до певної обґрунтованої мети (як-то забезпечення порядку чи безпеки). Правила закріплюють вимогу зведення до мінімуму різниці між умовами життя на волі та в ув'язненні, тим самим додатково підкреслюючи принцип мінімальності обмежень як складову нормалізації.

Правила Мандели, на відміну від попередньої версії МСП, закріпили сумнівний з точки зору захисту прав людини принцип невід'ємних в ув'язненні обмежень. Разом з тим не вносячи загалом значних змін у норми, які містились у попередній версії і стосувались обмежень прав, Правила Мандели зробили додатковий акцент на пропорційності (мінімальності) обмежень.

Базові принципи поводження з в'язнями є одним із перших документів ООН, який так само закріпив проблемний принцип недопустимості обмежень прав в'язнів, які не є «явно обумовлені фактом ув'язнення». Фахівці ООН підтверджують такий підхід, наголошуючи на тому, що особа втрачає лише свободу пересування, інші ж обмеження є похідними.

Звід захисту всіх осіб, що піддаються затриманню або ув'язненню в будь-якій формі, на відміну від інших стандартів ООН, закріплює таку вимогу до обмежень, як розумність. Документ також додатково наголошує на тому, що обмеження мають бути передбачені у законі або підзаконних актах, що відповідають закону. Незвичним є допущення встановлення обмежень на рівні підзаконних актів.

Таким чином окрему увагу обмеженням прав в'язнів приділяють тільки ті стандарти ООН, які відносяться до м'якого права та мають рекомендаційний характер. Вони, зі свого боку, не містять систематизованих рекомендацій щодо обмежень. У кожному з них можна знайти щось специфічне в підході до обмежень, однак вони групуються навколо кількох ключових принципів: мають застосовуватись тільки ті обмеження, які є неминучими в ізоляції, обмеження мають бути пропорційні та передбачені нормативними актами.

## 2.2. Стандарти Ради Європи

### 2.2.1. Обмеження прав засуджених у практиці ЄСПЛ

#### 2.2.1.1. Доктрина неминучих в ув'язненні обмежень та специфіка стандарту обмежень прав в'язнів

Цей підрозділ має на меті описати стандарти обмежень прав людини в практиці Європейського суду з прав людини в контексті обмежень прав засуджених. З цією метою на початку нами буде коротко описано загальні підходи Суду до питання обмежень прав людини, а потім їх буде конкретизовано з урахуванням специфіки обмежень прав засуджених, їх походження, правової природи.

Засуджені, як і вільні громадяни, користуються захистом Конвенції й усіма правами, що передбачені нею<sup>469</sup>. Принцип пропорційності обмежень Конвенції застосовується практично в усіх рішеннях стосовно життя у в'язниці<sup>470</sup>. Тим не менш, незважаючи на те, що стандарти конвенційного права мають застосовуватися без яких-небудь відмінностей з огляду на статус особи, практика Суду є неоднозначною з приводу специфіки їх застосування у справах засуджених. Більше того, історія інтерпретації Конвенції пам'ятає часи, коли засудженим відмовляли в оцінці обмежень прав на тому ж рівні, який передбачали стандарти обмежень прав вільних осіб.

##### 2.2.1.1.1. Розвиток доктрини неминучих в ув'язненні обмежень

У розвитку практики ЄСПЛ особливе місце посідає доктрина так званих неминучих (невід'ємних) обмежень прав особи, яким піддаються позбавлені волі особи (фр. *limitations implicites*, англ. *implied limitations*). Вона передбачала, що існують певні обмеження, які є такими, що випливають із правового статусу особи. Тобто по суті йшлося про описану нами раніше ідею фактичних правообмежень засуджених. Такі обмеження не повинні були відповідати загальним стандартам обмежень прав людини у відповідності до Конвенції.

До того, як Комісія з прав людини була замінена Судом<sup>471</sup>, вона, розглядаючи скарги на порушення Конвенції, погоджувалася із національ-

---

<sup>469</sup> *Livingstone S., Harley C. Protecting the Marginalized: the Role of the European Convention on Human Rights // Northern Ireland Legal Quarterly. — 2000. — No. 51. — pp. 445–465.*

<sup>470</sup> *Reynaud A. Les droits de l'homme dans les prisons. — Strasbourg: Les éditions du Conseil de l'Europe, 1995. — pp. 57–58.*

<sup>471</sup> Комісія розглядала справи до того, як був створений Європейський суд з прав людини та перестала існувати у 1998 році.

ними владами, що законне позбавлення особи свободи неминуче тягне за собою негативні правові наслідки, що є невід'ємними від їх статусу<sup>472</sup>. Відповідна практика з'явилася в середині 60-х років та протягом майже десяти років допускала застосування мало не будь-якого обмеження прав засуджених.

К. Жак у своїй дисертації, яка аналізує розвиток юриспруденції ЄСПЛ у сфері прав засуджених, припускає, що причиною цієї практики були несприятлива національна судова практика щодо засуджених, а також обмежувальна політика, спрямована на забезпечення порядку та безпеки в установах. Проте, скоріше за все, головним мотивом була «обережність» (prudence) Ради Європи. Річ у тому, що з 1962 року до 1975 року кількість скарг засуджених серед усіх скарг складала близько 60 відсотків<sup>473</sup>, що не могло не турбувати новостворений механізм захисту прав людини в Страсбурзі.

Окрім створення підстави для уникнення оцінки обґрунтованості обмежень<sup>474</sup> та фактичного відступу від положень Конвенції щодо обмежень прав, ключовою рисою доктрини невід'ємних обмежень було також зміщення тягаря доведення їх обґрунтованості з держави на особу. Тобто не держава повинна була доводити обґрунтованість обмежень, а в'язні мали доводити, що обмеження, які застосовувалися до них, були необґрунтованими. Таким чином їм необхідно було доводити, що застосовані до них обмеження, виходили за межі нормальних наслідків неминучих в обмеженні<sup>475</sup>.

Тим не менш, пізніше ця доктрина була відкинута Судом. Він вказав, що способи обґрунтування обмежень є вичерпними, і тому ті статті Конвенції, що містять можливості обмеження закріплених у них прав, не залишають жодного місця для свободи розсуду і для аргументів на підтримку доктрини невід'ємних обмежень специфічних категорій осіб, таких як

---

<sup>472</sup> При цьому формально нею визнавалось ще з 1962 року, що ув'язнення жодним чином не позбавляє особу грантій захисту прав, які містяться у Конвенції (*Koch c. la République fédérale d'Allemagne* (déc. no. 1270/61, 08.03.1962)).

<sup>473</sup> *Jacq C. Vers un droit commun de la sanction — l'incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, Thèse de doctorat en droit. — Paris: Université de Paris-Sud, 1989. — pp. 348–349.

<sup>474</sup> *Jacobs F. G. The European Convention on Human Rights*. — Oxford: Clarendon Press, 1975. — pp. 198–201.

<sup>475</sup> *Jacq C. Vers un droit commun de la sanction — l'incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*. — P. 350. Яскравим прикладом такого застосування неминучих обмежень була постанова у справі *K. H. C. v. The United Kingdom* (dec. no. 2749/66, 11.07.1967), у якій Комісія встановила, що обмеження права на кореспонденцію було неминучим наслідком покарання у вигляді позбавлення волі.

позбавлені волі<sup>476</sup>. Було немислимим, що засуджений позбавлявся своїх прав тільки у зв'язку із його статусом<sup>477</sup>. Відповідно, особа зберігає свої Конвенційні права в ув'язненні, тому кожне обмеження цих прав має бути обґрунтованим у кожному індивідуальному випадку<sup>478</sup>. Вважається, що шляхом відмови від доктрини невід'ємних (неминучих) обмежень шляхом встановлення принципу жорсткого (чіткого) тлумачення підстав обмежень, Суд допоміг забезпечити перевагу індивідуальних інтересів над намірами держави мати позицію переваги<sup>479</sup>.

Зокрема, у 1975 році Суд вказав на недопустимість врахування становища особи, як одного із чинників, що має братись до уваги при обмеженні її прав та свобод. Так трапилось у справі Голдера — засудженого, якому відмовили у відправці кореспонденції до його адвоката<sup>480</sup>.

У цій справі на свій захист уряд вказував, що право на кореспонденцію піддається не тільки обмеженням, які допускаються частиною 2 статті 8 Конвенції, а й неминучим обмеженням (*limitations implicites, implied limitations*), що є наслідком покарання, яке з неминучістю тягне за собою наслідки для застосування статей Конвенції, у тому числі статті 8 (пар. 44). На що Суд відповів, що такий підхід суперечить недвозначному тексту статті 8, а тому «однозначне формулювання, яке використовується у ч. 2 ст. 8 («Не може бути ніякого втручання ... окрім ...») не залишає місця для концепції неминучих обмежень прав» (пар. 44). Як наслідок, Суд визнав порушення Конвенції з огляду на заборону кореспонденції з адвокатом.

У ті часи встановлення порушення в цій справі вважалось суттєвим кроком саме по собі, однак особливе значення цього рішення полягає в тому, що для обґрунтування Суд використав мотивацію, якою відкинув теорію неминучих обмежень<sup>481</sup>. Принципово важливою для майбутньої інтерпретації Конвенції у справах позбавлених волі осіб була вказівка у § 44 на необхідність застосування загальних підстав для обмежень їхніх прав. Обмеження прав за в'язничними мурами мало піддаватись тим самим вимогам, що й обмеження прав на волі.

---

<sup>476</sup> *Gomien D., Harris D. J., Zwaak L.* Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. — Strasbourg: Council of Europe, 1996. — P. 210.

<sup>477</sup> *Hirst v. the United Kingdom* (No. 2), §§ 69–70 (no. 74025/01, 06.10.2005), *Dickson v United Kingdom* (GC) § 67 (no. 44362/04, 02.12.2007).

<sup>478</sup> *Stumer v. Austria* § 67 (no. 37452/02, 07.07.2011).

<sup>479</sup> *Gomien D., Harris D. J., Zwaak L.* Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. — Strasbourg: Council of Europe, 1996. — P. 211.

<sup>480</sup> *Golder v. United Kingdom* (no. 4451/70, 21.02.1975).

<sup>481</sup> *Van Zyl Smit D., Snacken S.* Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights. — New York: Oxford University Press, 2009. — pp. 10–11.



Рішення у справі Голдера вважається першим, що відкинуло доктрину неминучих обмежень<sup>482</sup>, хоча Радою Європи вказувалось, що й після його прийняття відповідна доктрина була видозмінена і застосовувалась дуже обмежено<sup>483</sup>. Наслідком цього рішення став серйозний поштовх до розвитку практики Суду, пов'язаної із правами в'язнів. Відкидання доктрини невід'ємних обмежень у подальшому призвело до визнання великої кількості порушень Конвенції<sup>484</sup>. Це було логічним, адже застосування загальних стандартів обмежень прав замість теорії неминучих обмежень, яка дозволяла уникати належної перевірки обґрунтованості обмежень, змусило Суд почати більш прихильно ставитись до прав осіб за тюремними стінами.

У рішенні справи Голдера йдеться про недопустимість «імпліцитних» (фр. *implicites*) обмежень, які, як наголошують деякі автори, часто плутають із «неминучими» (фр. *inhérentes*) обмеженнями. При цьому поширеною є думка, що справа Голдера дала підстави для відходу саме від доктрини неминучих обмежень в'язнів (*doctrine des limitations inhérentes*). С. Ван Дрогенброек, який спеціально вивчав це питання в частині своєї дисертації, вважає, що має місце плутанина в самому рішенні Голдера<sup>485</sup>. Разом з тим ця плутанина не применшує того факту, що обидва види обмежень конфліктують зі статтями 17 та 18 Конвенції<sup>486</sup>, які передбачають, що не допускається обмеження прав у більшому, ніж визначено в самій Конвенції обсязі, а також, що обмеження не можуть застосовуватись для інших цілей ніж ті, для яких вони встановлені.

Незважаючи на таке давнє заперечення Судом доктрини невід'ємних від ув'язнення обмежень у її найрадикальнійшій формі, деякі її модифікації продовжували застосовуватись у в'язничній та в інших сферах<sup>487</sup>, а деякі й до сьогодні використовуються в практиці ЄСПЛ. Це відбуваєть-

---

<sup>482</sup> *Abels D.* Prisoners of the International Community: The Legal Position of Persons Detained at International Criminal Tribunals. — The Hague: Asser Press, 2012. — P. 46; *Yutaka A., Yutaka A. T.* The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR. — New York: Intersentia, 2001. — P. 78.

<sup>483</sup> Council of Europe Decisions and Reports 10 — European Commission of Human Rights (June 1978). — Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1978 (reprinted in 1995). — P. 43.

<sup>484</sup> *Jacq C.* Ibid. — P. 376.

<sup>485</sup> *Van Drooghenbroeck S.* La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux. — Bruxelles: Publications Fac St Louis, 2001. — P. 55.

<sup>486</sup> *Jacobs F. G., White R. A.* The European Convention on Human Rights. — Oxford, Clarendon Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1996. — pp. 300–302; *Drooghenbroeck S.* Ibid. — P. 96.

<sup>487</sup> Схожа філософія, яка допускала відступ від загальних підстав для обмежень прав продовжувала застосовуватися у справах пов'язаних із перебуванням в армії, публічною адміністрацією, освітою (*Van Drooghenbroeck S.* Ibid. — pp. 55–56).

ся настільки часто, що навіть призвело до помилкових тверджень з цього приводу окремих сучасних авторів. Наприклад, і в сучасний період висловлюється твердження, що в'язні зберігають усі конвенційні права, які не втрачаються з необхідністю як наслідок ув'язнення<sup>488</sup>. А окремі автори, хоча й визнають, що такі обмеження не пов'язуються з жодною обґрунтованою метою обмежень у відповідності до Конвенції (тобто через це вже є необґрунтованими), усе ж допускають обґрунтування мінімальних обмежень у зв'язку з їх «неминучістю»<sup>489</sup>.

Більш складним є розуміння вказівки на користування в'язнями всіма правами за винятком тих, що втрачаються як безпосередній наслідок позбавлення волі, у контексті застосування статті 2 та 3 Конвенції<sup>490</sup>. Річ у тому, що стаття 3 містить абсолютне право, яке не може обмежуватись взагалі (не бути підданим катуванням), а обмеження права, яке закріплено статтею 2 (право на життя), унаслідок факту ув'язнення взагалі не узгоджується із підвалинами Конвенції.

#### 2.2.1.1.2. Сучасність доктрини невід'ємних в ув'язненні обмежень

Можна стверджувати, що місце доктрини невід'ємних обмежень позбавлених волі осіб у практиці ЄСПЛ не визначене достатньо чітко. Винятком є хіба що недвозначний висновок Суду, що ця доктрина не може створювати додаткові підстави для обмежень прав в обхід уже закріплених у лімітативних клаузулах Конвенції підстав (рішення Голдера). У свою чергу, сама ідея, що обмеження невід'ємно випливають із ув'язнення (ізоляції) продовжує використовуватися Судом. Саме це і призводить до плутанини в питанні: яку роль продовжує відігравати доктрина невід'ємних обмежень у практиці ЄСПЛ? Спробуймо визначитись із відповіддю на нього.

##### 2.2.1.1.2.1. Невід'ємність обмежень та стаття 3 Конвенції

Класичним прикладом застосування теорії неминучих обмежень є рішення у справі Кудли проти Польщі<sup>491</sup>. У ній Суд пригадав свою попередню практику, у відповідності до якої для застосування статті 3 Конвенції не-

---

<sup>488</sup> Davis H. Human Rights Law : Directions. 3rd edition. — Oxford: Oxford University Press, 2013. — P. 432.

<sup>489</sup> Enderlin S. Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés. Thèse. — Paris: Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008. — pp. 445–446.

<sup>490</sup> Belda B. Les droits de l'homme des personnes privées de liberté: contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. — Bruxelles : Etablissements Evile Bruylant, 2010. — P. 39.

<sup>491</sup> *Kudla v. Poland* (GC) § 91 (no. 30210/96, 26.10.2000).

належне поводження має досягати мінімального рівня суворості. Оцінка цієї суворості є відносною, вона залежить від обставин справи, природи і контексту поводження, способу та методу його здійснення, його тривалості, фізичного та психічного впливу і, в окремих обставинах, — статі, віку та стану здоров'я жертви.

Разом з тим страждання та приниження мають іти далі неминучого елементу страждання чи приниження, які пов'язані із обґрунтованим поводженням чи покаранням<sup>492</sup>. Такого роду захід, як ув'язнення, може включати такий елемент, однак це не означає, що тримання в ув'язненні саме по собі порушує питання статті 3 Конвенції. Ця стаття вимагає, щоб держава гарантувала ув'язнення особи в умовах, які сумісні з її людською гідністю, щоб спосіб та метод ув'язнення не піддавав її таким стражданням, інтенсивність яких перевищує неминучий рівень страждання іманентний до ув'язнення та щоб, враховуючи практичні вимоги ув'язнення, її здоров'я належно забезпечувалось шляхом надання медичної допомоги<sup>493</sup>. Як результат, Суд встановив відсутність порушення статті 3 Конвенції, адже поводження із Кудлюю не досягло достатнього рівня суворості, щоб підпадати під статтю 3.

Цей підхід має своїм корінням рішення у справі Тайрера проти Сполученого Королівства<sup>494</sup>. У ньому Суд вказав, що саме призначення покарання не може розглядатись як порушення статті 3, адже в цій статті йдеться саме про «принижуюче» чи «нелюдське» покарання. Проте варто враховувати, що будь-яке обмеження може бути принижуючим. А тому таке приниження для того, щоб розглядатись як порушення статті 3, має досягати певного рівня. Крім того, для порушення статті 3 особа має бути принижена не тільки засудженням, а й порядком виконання покарання<sup>495</sup>.

Зазначена правова позиція у справі Кудли стала класичною та систематично цитується у справах щодо в'язнів. На нашу думку, ця правова позиція є спірною в тому сенсі, що вона може інтерпретуватись як така, що допускає обмеження права на підставі невід'ємних в умовах ув'язнення обмежень або, як їх називає Суд, невід'ємних страждань.

---

<sup>492</sup> *Mutatis mutandis*, *Tyrer v. the United Kingdom* § 30 (no. 5856/72, 25.03.1978), *Soering v. the United Kingdom* § 100 (no. 14038/88, 07.07. 1989), *V. v. the United Kingdom* [GC] § 71 (no. 24888/94, 16.12.1999).

<sup>493</sup> *Kudla* §§ 93–94.

<sup>494</sup> *Tyrer v. the United Kingdom* (no. 5856/72, 25.03.1978).

<sup>495</sup> *Tyrer v. the United Kingdom* § 30. У майбутньому Суд дещо видозмінить цю позицію, вказавши на довічне позбавлення волі без перспективи звільнення як на таке, що порушує статтю 3 Конвенції (*Vinter v. the United Kingdom* (nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, 09.07.2013)).

Річ у тому, що відповідності до статті 15 Конвенції обмеження права, закріпленого в статті 3, не допускається навіть в умовах надзвичайної ситуації. Однак обмеження відбувається заувальовано, шляхом застосування доктрини невід’ємних обмежень для **інтерпретаційного** звуження змісту права. Для того, щоб застосовувати право, передбачене в статті 3 Конвенції, потрібно встановити яким є його зміст. Цей зміст встановлюється шляхом інтерпретації Конвенції Судом, який визначає межі права, тобто шляхом встановлення того, що правом охоплюється, а що ні. Відповідно, коли Суд вказує на те, що ув’язнення призводить до мінімального рівня страждання, яке, однак, не є достатнім для визнання порушення статті 3 Конвенції, він вказує на зміст права, передбаченого статтею 3. Іншими словами, права не бути підданим неминучим в ув’язненні стражданням не існує. Заборона піддавання в’язнів неминучим стражданням не входить до змісту права, яке передбачене статтею 3. З’ясовуючи, що є неминучим, встановлюється і зміст права. Визнання певного страждання неминучим в ув’язненні по суті звужує захист права у відповідності до статті 3, а тому, на нашу думку, може розглядатись як обмеження інтерпретаційного характеру.

Нагадаймо приклад професора Барака, який допомагає краще зрозуміти ситуацію: норму у відповідності до якої кожен має право збиратись мирно, без зброї, здійснювати демонстрації, пікетувати і представляти петиції. У самому формулюванні цієї норми містяться так звані кваліфікатори права — конкретні вказівки, у чому полягає зміст права. У відповідності до прикладу, зміст у цьому випадку не включає можливості зборів зі зброєю або не з мирними цілями. Отже, таким чином ідеться не про обмеження права, а про інтерпретацію його обсягу<sup>496</sup>. Єдина різниця між цим та нашим прикладом у справі Кудли полягає в тому, що невключення неминучих в ув’язненні страждань не впливає з тексту статті 3 Конвенції, а формулюється шляхом інтерпретації статті 3 Судом.

Разом з тим варто звернути увагу, що цьому підходу протистоїть підхід Р. Алексі<sup>497</sup>, який вважає, що в такому разі ідея обмежень замінюється ідеєю обсягу. Ця ідея є характерною для так званої внутрішньої теорії обмежень прав, яка передбачає, що обмежень прав не існує, оскільки ідея обмежень замінена ідеєю обсягу. Протилежною цій теорії є зовнішня теорія обмежень, у відповідності до якої є право, а є його обмеження. Після застосування обмеження необмежене право стає об-

---

<sup>496</sup> Barak A. Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations. — Cambridge: Cambridge University Press, 2012. — P. 33.

<sup>497</sup> Більш детально щодо теорій Барака та Алексі див. підрозділ 1.5.2 «Межі наближення прав засуджених до прав вільних громадян».

меженим<sup>498</sup>. Таким чином, у відповідності до внутрішньої теорії обмеження права ніби «завуальоване» за інтерпретацією його змісту. Хоча, на наш погляд, цим не заперечити того факту, що в результаті право виявляється обмеженим.

У світлі сказаного нами вбачаються проблеми підходу ЄСПЛ у застосуванні статті 3. Суд вказує, що для її застосування «неналежне поведження має досягнути певного рівня суворості»<sup>499</sup>. З цього випливає доволі неочікуване з гуманістичного погляду твердження, що до певного ступеня неналежне поведження не є порушенням статті 3 (а тому воно допускається?). Неминучі в ув'язненні страждання не мали б вважатись неналежним поведженням взагалі, замість того, щоб вважатись неналежним поведженням, яке не підпадає під дію статті 3 Конвенції. Разом з тим сучасний підхід по суті прирівнюється з думкою, що будь-яке неналежне поведження в принципі підпадало б під дію статті 3, однак є певний мінімум такого поведження, після досягнення якого Суд застосовує захист у відповідності до цієї статті.

У будь-якому разі межа між визначенням Судом змісту права, яке міститься у статті 3 Конвенції, шляхом її інтерпретації та обмеженням цього права за своєю суттю є примарною. Як би це позбавлення не назвати — обмеженням права не бути підданим катуванню чи інтерпретацією його змісту, на практиці особа позбавлятиметься захисту статті 3<sup>500</sup>.

Разом з тим прирівнювання інтерпретації змісту права до обмеження права означатиме те, що теорія невід'ємних обмежень прав продовжує бути підставою для обмеження прав. У свою чергу, навіть заперечення такого прирівнювання не означатиме відсутність впливу теорії неминучих обмежень на рівень захисту, який передбачений Конвенцією. В залежності від того, що вважатиметься неминучим стражданням в ув'язненні визначатиметься ступінь різниці захисту в'язня в порівнянні із вільною особою. В цьому ми спостерігаємо специфіку підходу Суду.

Таким чином у контексті статті 3 слід визнати, що теорія невід'ємних обмежень має відгук у теорії невід'ємних страждань, що, однак, не змінює суті, — категорія «невід'ємності» тих чи інших наслідків ув'язнення продовжує оцінюватись Судом та впливати на ступінь захисту Конвенції. Нагадаймо, що категорія невід'ємності (неминучості) обмежень в ув'яз-

---

<sup>498</sup> Alexy R. *A Theory of Constitutional Rights*, translated by Julian Rivers. — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 179.

<sup>499</sup> *Kudla v. Poland* (GC) § 91 (no. 30210/96, 26.10.2000).

<sup>500</sup> Див. наприклад справу в якій продовжуване тримання в'язня, який пересувався на інвалідному візку, в ув'язненні з посиленням наглядом було визнано таким, що не є порушенням статті 3, адже воно не виходило за межі невід'ємних страждань (*Enea v. Italy* § 67 (no. 74912/01, 17.09.2009).

нення є надто розмитою та ненадійною для її застосування як підстави визначення обсягу захисту прав в'язнів<sup>501</sup>. На додаток, у справах про порушення статті 3 Суд визнає, що для її порушення «мінімальний» рівень страждань має досягати певного мінімального рівня. Цей мінімум є відносним та залежить від таких чинників як: тривалість, фізичні та психічні наслідки та, у деяких справах, від статі, віку, стану здоров'я<sup>502</sup>. Тобто по суті заперечується об'єктивний характер того, що є «мінімальним» для порушення статті 3. Як тоді Суд може одночасно користуватись об'єктивною категорією «неминучих» в ізоляції страждань для встановлення наявності порушення статті 3?

Прихильники теорії невід'ємних страждань можуть також аргументувати, що такі страждання об'єктивно мають місце, а тому повинні враховуватися для застосування стандартів Суду. Однак така логіка має означати і врахування інших специфічних ситуацій, до яких може застосовуватися Конвенція. Наприклад, логічним було б запитання, чому ідея «невід'ємного рівня» страждання не застосовується в процесі встановлення Судом наявності чи відсутності порушення статті 3 Конвенції у зв'язку із затриманням особи? Адже в такому разі також мають місце «невід'ємні при затриманні» страждання.

Це додаткове свідчення того, що невід'ємність страждань, як теорія, яка враховується при встановленні мінімального рівня суворості неналежного поведіння для цілей статті 3, є штучною та нераціональною. Вона демонструє специфіку стандарту Суду стосовно в'язнів. При цьому, повторимось, ми не заперечуємо наявність невід'ємних страждань, а вказуємо на недопустимість впровадження в юриспруденцію такої нечіткої категорії як невід'ємність обмежень (страждань) в умовах ув'язнення. Натомість невід'ємні обмеження в контексті застосування статті 3 Конвенції є відлунням колишньої теорії неминучих в ув'язненні обмежень. На нашу думку, індикатором цього відлуння є встановлення відмінностей у стандарті прав вільних та ув'язнених осіб з огляду на факт їх ув'язнення.

Звісно, запропонована нами ідея, у відповідності до якої Суду було б краще не встановлювати мінімальний рівень неналежного поведіння з метою застосування статті 3, а визначати, чи підпадає поведіння під диспозицію статті 3, має той самий недолік — оціночність. Однак ця оціночність залежала б тільки від виробленої Судом дефініції того, що вважається катуванням або нелюдським чи таким, що принижує гідність, поведінням або покаранням на конкретному етапі розвитку суспільства та практики Суду. Чинний же підхід допускає не тільки вплив розвитку

---

<sup>501</sup> Див. підрозділ 1.3.2 «Класифікація за джерелом походження обмеження. Право-обмеження, що обумовлені ізоляцією».

<sup>502</sup> *Frérot c. France* § 35 (70204/01, 12.06.2007).

суспільства на розуміння вказаних категорій, а й його вплив на розуміння того, що є неминучим наслідком ув'язнення. На нашу думку, існуючий підхід внаслідок цього є менш прогресивним з точки зору еволюції прав людини і прав в'язнів зокрема, адже він встановлює стосовно останніх додаткові підстави для звуження ступеню захисту Конвенції<sup>503</sup>. Він є невдалим намаганням Суду подолати згадану іманентну складність у застосуванні загального стандарту захисту прав людини до осіб, які знаходяться в ув'язненні. На пониження стандарту статті 3 щодо в'язнів вказують і дослідники практики Суду; на їх думку, це можна розглядати як наслідок впливу особистого досвіду та упереджень суддів ЄСПЛ<sup>504</sup>.

#### 2.2.1.1.2.2. Невід'ємність обмежень та інші статті Конвенції

Суд досить часто згадує про те, що ув'язнення за своєю природою призводить до обмежень. Найчастіше це має місце, коли йдеться про обмеження, передбаченого статтею 8 Конвенції права на приватність<sup>505</sup>. У таких випадках Суд зазвичай обмежується самою лише згадкою про факт, що ув'язнення природно чи з неминучістю має результатом обмеження прав. Хоча, у деяких випадках після вказівки на існування неминучих обмежень, він також додає, що пенітенціарна влада та інші відповідальні органи повинні, тим не менш, вживати заходів для допомоги в'язням у підтримці контактів зі своєю сім'єю<sup>506</sup>.

ЄСПЛ вважає добре встановленим принцип, який передбачає, що в'язні продовжують користуватися всіма фундаментальними правами та свободами, які гарантуються Конвенцією за винятком права на свободу (у випадках, коли позбавлення волі було законним та підпадає під

---

<sup>503</sup> Прецедентне право Суду демонструє й інші невідповідності заявленої абсолютності права, передбаченого статтею 3 Конвенції, власній практиці. Наприклад, це демонструє врахування попередньої поведінки особи при встановленні наявності порушення цієї статті. З одного боку, Суд вказує на те, що право, передбачене у ст. 3, є абсолютним, тобто заборона катувань не має винятків, а тому не має значення, як поводи́ла себе ув'язнена особа (*Raninen v. Finland* § 55 (no. 20972/92, 16.12.1997)). У той же час у окремих випадках Суд встановлює пропорційність певного заходу в рамках встановлення порушення статті 3 Конвенції, в тому числі звертає увагу на відсутність поведінки, яка обґрунтовувала б застосування певного безпекового заходу (*Mouisel v. France* § 47 (no. 67263/01, 14.11.2002)).

<sup>504</sup> *Murdoch J. The Treatment of Prisoners: European Standards.* — Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2006. — P. 117.

<sup>505</sup> *Inter alia, Messina v. Italy* (no. 2) §§ 61-62 (no. 25498/94, 28.09.2000); *Lavents v. Latvia* § 139 (no. 58442/00, 28.11.2002); *Estrikh v. Latvia* § 166 (no. 73819/01, 18.01.2007); *Nazarenko v. Latvia* § 73 (no. 76843/01, 01.11.2007); *Trosin v. Ukraine* § 39 (no. 39758/05, 23.02.2012); *Epnerns-Gefners v. Latvia* §§ 60-66 (no. 37862/02, 29.05.2012).

<sup>506</sup> *Nazarenko v. Latvia* § 73 (no. 76843/01, 01.02.2007), *Khoroshenko v. Russia* (GC) § 106 (no. 41418/04, 30.06.2015).

статтю 5 Конвенції)<sup>507</sup>. У зв'язку з цим будь-яке обмеження цих прав має обґрунтовуватись у кожному індивідуальному випадку. Разом з тим таке обґрунтування може впливати, серед іншого<sup>508</sup>, із неминучих наслідків ув'язнення<sup>509</sup>. І хоча особа продовжує користуватись усіма правами за винятком права на свободу, Суд визнає, що будь-який захід, який позбавляє свободи, за визначенням (by definition) має деякий вплив на нормальні умови свободи та з неминучістю призводить до обмежень та контролю щодо здійснення конвенційних прав<sup>510</sup>. При цьому неминучість обмежень передбачає вжиття державою заходів для забезпечення реалізації обмеженого права<sup>511</sup>. Отже, у вказаних рішеннях Суд визнає, що невід'ємність обмежень можна розглядати як підставу для визнання їх обґрунтованими.

Показовим підтвердженням цього є і рішення у справі Діксона<sup>512</sup>. У ньому було встановлено порушення статті 8 Конвенції на тій підставі, що засудженому та його дружині не надали можливості здійснити штучне запліднення. Серед аргументів на захист такої заборони уряд указував, що втрата можливості зачинати дітей була неминучим наслідком ув'язнення. Суд, у свою чергу, вказав, що «хоча втрата можливості зачинати дітей і може бути наслідком ув'язнення, вона не є неминучим наслідком»<sup>513</sup>. Звідси логічно випливає, що якби уряд довів, що втрата можливості зачинати дітей як наслідок є неминучою в ув'язненні, то Суд прийняв би таке обґрунтування як достатнє для визнання обмеження обґрунтованим.

В окремих випадках Суд сам може вказувати, що він вважає неминучим обмеженням внаслідок ув'язнення. Наприклад, у справі Вінтман проти України він вказав, що Конвенція не гарантує в'язням права вибору

<sup>507</sup> *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) § 69 (no. 74025/01, 06.10.2005).

<sup>508</sup> Наприклад, обґрунтування може також пов'язуватись із міркуваннями безпеки, які з неминучістю впливають з умов ув'язнення. Зокрема, може йтися про попередження злочинів чи безладів (*Gulmez v. Turkey* § 46 (no. 16330/02, 20.05.2008)).

<sup>509</sup> *Dickson v. United Kingdom* (GC) § 68 (no. 44362/04, 02.12.2007), *Stummer v. Austria* [GC] § 99 (07.07.2011, no. 37452/02).

<sup>510</sup> *Dickson v. the United Kingdom* § 27 (no. 44362/04, 18.04.2006), *Dickson v. United Kingdom* (GC) § 68 (02.12.2007, no. 44362/04).

<sup>511</sup> *Istvan Gabor Kovacs v. Hungary* § 35 (no. 15707/10, 17.01.2012).

<sup>512</sup> *Dickson v. United Kingdom* (GC).

<sup>513</sup> *Dickson v. United Kingdom* (GC) § 74. До речі, це твердження відразу ж нагадує нам про вказані раніше аргументи, що будь-яке обмеження можна визнати таким, що не є неминучим, адже завжди є низка способів забезпечити будь-яке право вільної особи — для цього, наприклад, може бути організований виїзд за межі установи. Ми доводимо, що обґрунтування обмеження прав як неминучого наслідку ув'язнення дозволяє заперечувати та обмежувати низку прав, які насправді можна доволі легко реалізувати.



місця їхнього ув'язнення і факт, що в'язні відділені від їх сімей та знаходяться на певній відстані від них, є неминучим (inevitable) наслідком ув'язнення<sup>514</sup>. Проте надто віддалене від сім'ї позбавлення волі може визнаватись порушенням Конвенції<sup>515</sup>.

Незважаючи на визнання доктрини невід'ємних обмежень як такої, що може бути обґрунтуванням обмеження, на практиці вона застосовується дуже рідко. Детальний аналіз рішень Суду в пенітенціарній сфері свідчить про відсутність практичного впливу доктрини невід'ємності обмежень<sup>516</sup>. Зазвичай вона лише згадується Судом, однак практично майже не вживається для цілей мотивації щодо обґрунтованості чи необґрунтованості обмеження. Так само Суд, за винятком одиничних випадків, не вдається до міркування щодо того, які обмеження є неминучими, а які ні. Натомість використовується звичайний стандарт пропорційності. Тому закономірною є і рідкість вживання національною владою цієї теорії для обґрунтування обмежень та відстоювання своєї позиції в Суді в сучасний період.

З огляду на це можна стверджувати, що доктрина невід'ємних обмежень зберігає свій вплив лише в контексті застосування статті 3 Конвенції та втратила своє практичне значення для встановлення наявності порушення інших статей.

### 2.2.1.1.3. Додаткові свідчення специфіки підходу ЄСПЛ у справах про обмеження прав в'язнів

Конвенція була створена як загальний інструмент вимірювання обґрунтованості обмежень прав усіх громадян, але не визначила специфіки ситуації в'язнів<sup>517</sup>. Однак практика Суду демонструє, що в застосуванні такого підходу виникало і виникає фундаментальне протиріччя — ситуація в'язнів на практиці вимагає відмінного підходу до обґрунтування обмеження здійснення їхніх прав. Це протиріччя між загальним правовим статусом особи та неможливістю його повної реалізації в умовах позбавлення волі постійно вимагало корегування загальних стандартів ЄСПЛ обмежень прав людини та їх пристосування до справ в'язнів. Спроба заперечити протиріччя полягала не тільки у відкиданні Судом доктрини

<sup>514</sup> *Vintman v. Ukraine* § 78 (no. 28403/05, 23.10.2014).

<sup>515</sup> *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia* (nos. 11082/06, 13772/05, 25.07.2013).

<sup>516</sup> Своєрідним винятком є її застосування у практиці щодо статті 3 Конвенції. Див. вище.

<sup>517</sup> *Tulkens F. Droits de l'homme et prison. Jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme // L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus. De Schutterm O. and Kaminski D. (eds). — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — P. 252.*

неминучих в ізоляції обмежень, а й у вказівці, що це не є функцією Суду створювати загальну теорію обмежень, які застосовуються у справі засуджених осіб<sup>518</sup>.

Однак проблемність порівняння підходів до обмежень прав вільних осіб і засуджених з неминучістю дала про себе знати, адже в'язниця є свого роду «призмою, через яку права людини підлягають специфічному читанню»<sup>519</sup>. Наприклад, уже у справі Голдера Суд (§ 45) вказав, що він приймає аргумент, що «необхідність» обмеження здійснення права на кореспонденцію засудженою особою має оцінюватися з огляду на «звичайні та раціональні вимоги ув'язнення»<sup>520</sup>. Це призводить до того, що «Попередження безладу або злочину», наприклад, можуть обґрунтовувати «більш широкий розсуд стосовно заходів щодо втручання (обмеження прав. — авт.) у справах засуджених, ніж у справах вільних громадян»<sup>521</sup>.

Далі Суд зазначає, що в такому випадку і тільки в такому випадку, законне позбавлення волі в розумінні статті 5 Конвенції не суперечитиме застосуванню статті 8. Пояснимо, що останнє твердження пов'язано із тим, що уряд у своїх аргументах проти Голдера ґрунтувався якраз на тому, що стаття 5 допускає обмеження права, закріпленого у статті 8, у тому сенсі, що таке обмеження допускалось на підставі самого лише позбавлення волі. Тобто Суд відразу вказав, у чому може полягати вплив позбавлення волі на застосування стандарту обмеження у відповідності до статті 8 — у більшому значенні мети забезпечення порядку та безпеки.

Беззаперечним є той факт, що в рішенні Голдера Суд визнав саме існування специфіки. Іронічним є те, що це визнання трапилось у рішенні, яке було спрямоване на аргументування того, що жодна специфіка не допускається — адже була відкинута ідея «неминучих обмежень» як підстави для відмови в захисті прав засуджених.

Таким чином, оцінюючи, чи було обмеження «необхідним» у демократичному суспільстві, Суд також звертає увагу на так звані «звичайні та раціональні вимоги ув'язнення» (англ. *ordinary and reasonable requirements of imprisonment*, фр. *des exigences normales et raisonnables de la détention*)<sup>522</sup>. Ці вимоги здебільшого згадуються для вказівки на те,

<sup>518</sup> *Golder v. United Kingdom* § 39 (no. 4451/70, 21.02.1975).

<sup>519</sup> *Gouttenoire A. Les droits de l'homme en prison // Revue pénitentiaire et de droit pénal.* — 2005. — No. 1. — P. 107.

<sup>520</sup> Див. також: *Silver and Others v. the United Kingdom* § 98 (no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983), *Malone v. the United Kingdom* (no. 8691/79, 02.08.1984).

<sup>521</sup> *Golder v. United Kingdom* § 45.

<sup>522</sup> *Golder v. United Kingdom* § 45 (no. 4451/70, 21.02.1975), *Silver and Others v. the United Kingdom* § 98 (no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983), *Malone*

що певний контроль кореспонденції засуджених не є несумісним із Конвенцією, а саму ідею відносять до загального принципу прецедентного права ЄСПЛ<sup>523</sup>.

Разом з тим із аналізу практики Суду не вбачається, щоб «звичайні та раціональні вимоги» мали вплив як такі, що обґрунтовують чи не обґрунтовують якісь конкретні обмеження або дозволяють більший обсяг таких обмежень. Однак є окремі винятки. У нечисленних справах прямо вказується, що мета попередження безладів та злочинів може обґрунтувати більш широку дискрецію щодо втручання в права<sup>524</sup>. Суд вказав, що ці міркування не означають, що можна зупиняти скарги в'язнів<sup>525</sup>. Ці вимоги також обґрунтовують систему дисциплінарних заходів за порушення режимних норм<sup>526</sup>. Для визнання обґрунтованості обмежень окремих прав ці вимоги згадуються, як такі, що необхідні у світлі співжиття з іншими в'язнями<sup>527</sup>. У будь-якому разі Судом не було здійснено спроби, до чого «звичайні та раціональні вимоги» можуть призводити на практиці, а тому розуміння того, які обмеження виходять за межі таких вимог немає<sup>528</sup>.

Так само не спостерігається впливу на результати розгляду справ Судом аналога вищезазначеної категорії звичних та раціональних вимог — «практичних вимог ув'язнення» (англ. *the practical demands of imprisonment*). Він лише згадується у справах про порушення статті 3 Конвенції в стандартному формулюванні, що страждання не повинні перевищувати неминучий в ув'язненні рівень, «враховуючи практичні вимоги ув'язнення». Іноді Суд безпосередньо вказує, що обґрунтування обмежень прав засуджених може, *inter alia*, впливати із необхідних і неминучих

---

*v. the United Kingdom* (no. 8691/79, 02.08.1984); *Campbell v. the United Kingdom* § 45 (13590/88, 25/03/1992), *Doerga v. the Netherlands* § 53 (no. 50210/99, 27.04.2004), *Szuluk v. the United Kingdom* § 46 (no. 36936/05, 02.06.2009), *Yefimenko v. Russia* § 143 (no. 152/04, 12.02.2013).

<sup>523</sup> *Piechowicz v. Poland* § 232 (no. 20071/07, 17.04.2012).

<sup>524</sup> *Golder* § 45; *Boyle and Rice v. the United Kingdom* § 74 (no. 9659/82, 27.04.1988); *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland* § 25 (no. 11368/85, 20.06.1988); *Dikme v. Turkey* § 117 (no. 20869/92, 11.07.2000).

<sup>525</sup> *Puzanis v. Lithuania* § 33 (no. 63767/00, 09.01.2007).

<sup>526</sup> *Stitic v. Croatia* § 72 (no. 29660/03, 08.11.2007).

<sup>527</sup> *A. B. v. the Netherlands* § 93 (no. 37328/97, 29.01.2002); *Nusret Kaya and Others v. Turkey* § 42 (nos. 43750/06, 43752/06, 32054/08, 37753/08 and 60915/08, 22.04.2014); *Hagyó v. Hungary* § 79 (no. 52624/10, 23.07.2013).

<sup>528</sup> *Toner H. Foreign National Prisoners, Deportations and Gender // Gender and migration in 21<sup>st</sup> century Europe*. Stalford, H, Currie, S and Velluti, S (eds). — Abingdon: Routledge, 2016. — P. 189; *Lazarus L. Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England*. — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 196.

наслідків ув'язнення або із адекватного зв'язку між обмеженням і конкретними обставинами засудженого<sup>529</sup>.

Отже, правомірність обмеження прав засуджених може розглядатись дещо під іншим кутом зору, ніж обмеження прав вільних осіб. Як зазначено раніше, це може серед іншого стосуватись відмінності в широті тлумачення тієї чи іншої мети, з якою накладається обмеження. Існують і інші відмінності.

Теоретики визнають, що ЄСПЛ, вирішуючи справи щодо обмежень прав осіб, позбавлених волі, не може не брати до уваги специфічне правове положення цих осіб.

Найбільш влучно описують ситуацію, що склалася, Д. Ван Зіль Сміт та С. Снакен. Вони підкреслюють: ЄСПЛ не займається безпосередньо тюрмами, однак Суд неминуче займається інтерпретацією загальних прав, що містяться в Конвенції в процесі їх застосування до тюрем. Хоча більш чітке розуміння щодо прав, якими продовжують користуватись в'язні, а також краще розуміння цілей ув'язнення допомогло в інтерпретації загальних прав, проблеми залишаються<sup>530</sup>. Незважаючи на те, що кожен може аргументувати, що Суд непогано справився із завданням тлумачення Конвенції, яка не спрямована на права в'язнів безпосередньо, вірогідним є те, що якби він міг застосовувати спеціальний протокол із правами в'язнів, він зайшов би набагато далі в розвитку в'язничного права і захисті їх прав<sup>531</sup>.

Очевидно, що питання ефективності застосування загальних положень Конвенції до специфічної ситуації в'язнів є водночас і питанням необхідності створення додаткового протоколу з питань прав в'язнів до Конвенції, який був би спрямований на ситуацію позбавлених волі осіб. Деякі дослідники дійшли висновку, що відкидання ідеї створення додаткового протоколу до Конвенції щодо в'язнів свідчить про відмову від ідеї визнання специфічних прав засуджених<sup>532</sup>. Однак це скоріше свідчить про відсутність у Ради Європи політичної волі та ресурсів для того, щоб узятись додатково за величезну кількість справ, яка неодмінно з'явиться в разі прийняття такого протоколу. Як влучно зауважував С. Трешсель<sup>533</sup>,

---

<sup>529</sup> *Stummer v. Austria* [GC] § 99 (no. 37452/02, 07.07.2011); *Dickson v. the United Kingdom* (GC) § 68 (no. 44362/04, 04.12.2007).

<sup>530</sup> *Van Zyl Smit D., Snacken S.* Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights. — New York: Oxford University Press, 2009. — P. 265.

<sup>531</sup> *Ibid.* — P. 377.

<sup>532</sup> *Enderlin S.* Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés. Thèse. — Paris: Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008. — P. 422.

<sup>533</sup> Другий віце-президент колишньої Європейської комісії з прав людини.

Суд все одно не зможе зробити свого роду «перебудову» європейських пенітенціарних систем через завантаженість, а також через недостатність компетенції та відповідного досвіду<sup>534</sup>.

Хоча питання необхідності додаткового протоколу до Конвенції щодо прав в'язнів і виходить за межі цієї роботи, сама ідея його створення в кінцевому підсумку вказує на недостатність потенціалу загальних положень Конвенції для врахування всієї специфіки в'язничного середовища<sup>535</sup>. Як справедливо зауважує Б. Бельда, Конвенція не розрахована безпосередньо на в'язнів і тим більше на умови ув'язнення. Тому використовується свого роду «захист рикошетом»<sup>536</sup>. Для прикладу можемо пригадати такі надважливі сфери прав позбавлених волі, як застосування дисциплінарних санкцій та умовно-дострокове звільнення, визнані Судом такими, що не підлягають захисту у відповідності до Конвенції (за окремими специфічними винятками).

Б. Бельда у своїй дисертації спеціально досліджувала питання специфіки підходу ЄСПЛ до прав в'язнів. На її думку, в'язень є підпорядкованим державній владі і тому є вразливим. Підпорядкування є неминучим стримувачем інтепретативної діяльності ЄСПЛ. Таким чином, особа володіє такими якостями, які європейський суддя обов'язково має брати до уваги. В цьому значенні суддя ЄСПЛ виробив специфічну норму застосування Конвенції до засуджених. Конвенція пристосовується до всієї складності статусу позбавленого волі, тобто відбувається пристосування текстуального права і судової практики до фактичного і юридичного статусу заявника. Конвенційні права застосовуються з урахуванням контексту виконання покарань, до уваги беруться цілі цього соціального середовища, зокрема безпека суспільства. Як наслідок, з'являється свого роду «загальне право» (*droit commun*) ув'язнення, рушієм якого є євро-

---

<sup>534</sup> *Trechsel S.* Droits de l'homme des personnes privées de leur liberté. Les droits des détenus // Droits des personnes privées de leur liberté : égalité et non-discrimination, 7e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme. — Copenhagen, Oslo, Lund : Conseil de l'Europe, 1990. — pp. 33–60.

<sup>535</sup> Колишній суддя ЄСПЛ та відомий люксембурзький юрист А. Шпільман ще у 1988 році шкодував, що Конвенція не передбачає тексту, який враховував би специфіку засуджених. Він вказував, що в теорії, як її формулює ЄСПЛ, «правосуддя не може зупинитись перед воротами в'язниці». Однак на практиці, Конвенція іноді наштовхується на серйозні складності для того, щоб прокласти дорогу через ґрати місць позбавлення волі (*Spielmann A.* Les détenus et leurs droits (de l'homme) // Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire; Mélanges en hommage à Pierre Lambert. — Bruxelles : Bruylant, 2000. — pp. 782, 787–788).

<sup>536</sup> *Belda B.* Les droits de l'homme des personnes privées de liberté contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme. — Montpellier: Montpellier 1, 2007. — P. 69.

пейський суддя, який мобілізує різні методи інтерпретації, щоб пристосувати конвенційне право до ситуації в'язнів<sup>537</sup>. У цьому контексті ЄСПЛ намагається справитись зі своєю фундаментальною метою — гарантувати в'язневі користування і захист його фундаментальними правами і, з іншого боку, узгодити її з невід'ємними стримуваннями у функціональному або суспільному контексті інтерпретації. Особливо це стосується обмежень, які з неминучістю необхідні для імперативу загальних суспільних інтересів<sup>538</sup>.

Враховування Судом особливостей становища особи в умовах позбавлення волі для пристосування вимог Конвенції може полягати і у вказівці на позитивний обов'язок держави забезпечувати окремі права, який випливає із статті 1 Конвенції, що вимагає гарантування всіх прав, які містяться в Конвенції. З огляду на це, якщо ситуація особи призводить до перепон у реалізації тих чи інших прав, то держава має усувати ці перешкоди. Іншими словами, у такому разі захист прав полягає не в пасивному обов'язкові не вчиняти дій і не втручатись у ці права, а у вимозі вчинення позитивних дій, щоб допомогти їх реалізувати. Таким чином, ця техніка позитивних обов'язків дозволяє адаптувати традиційний конвенційний захист до особливої ситуації осіб, позбавлених волі, факт чого сам по собі є обмеженням ефективного користування цих прав, враховуючи ущемлення, пов'язані із закритим середовищем і безпекою<sup>539</sup>, а також залежність засуджених від адміністрації<sup>540</sup>. Найкращим прикладом таких позитивних обов'язків є вимога забезпечення державою підтримки соціальних зв'язків в'язнів із зовнішнім світом<sup>541</sup>. Цей приклад вписується в логіку, що ув'язнення саме по собі має негативні наслідки на сімейні зв'язки, а тому Суд закликає до зменшення таких наслідків<sup>542</sup>. Іншим яскравим прикладом позитивних зобов'язань є зобов'язання держави задля забезпечення

---

<sup>537</sup> *Belda B. Ibid.* — pp. 26–31, 202, 262.

<sup>538</sup> *Ibid.* — P. 15.

<sup>539</sup> *Ibid.* — pp. 172–173, 186.

<sup>540</sup> *Enderlin S. Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés.* — P. 432.

<sup>541</sup> *Van Kempen P. H. Positive Obligations to Ensure the Human Rights of Prisoners: Safety, Healthcare, Conjugal Visits and the Possibility of Founding a Family under the ICCPR, the ECHR, the ACHR and the AfChHPR // Prison Policy and Prisoners' Rights. The Protection of Prisoners' Fundamental Rights in International and Domestic Law. / Tak P.J.P. & Jendly M., eds. — Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008. — pp. 21–44.*

<sup>542</sup> *Herzog-Evans M. Droit civil commun, droit européen et incarcération // Droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, F. Sudre (dir.). — Bruxelles: Bruylant, 2002. — P. 242.*

права на індивідуальне звернення до Суду (ст. 34 Конвенції) зробити копії необхідних документів<sup>543</sup>.

Отже, специфіка застосування Конвенції до пенітенціарного контексту може полягати і в такому її тлумаченні, коли в'язні наділяються додатковими в порівнянні з вільними громадянами правами. Хоча теоретики вказують, що ЄСПЛ відкинув доктрину згідно з якою засуджені володіють специфічними правами<sup>544</sup>, практика свідчить про зворотне.

### Висновок до підрозділу 2.2.1.1

Доктрина неминучих в ув'язненні обмежень практикувалася з самого початку прийняття скарг в'язнів на порушення Конвенції. Однією із основних причин, які приховувались за її застосуванням, було полегшення роботи страсбурзького арбітра з обґрунтування відмов у скаргах в'язням. Зокрема, доктрина дозволяла відмовляти у встановленні порушень Конвенції та визнанні того чи іншого обмеження в'язнів необґрунтованим не з огляду на підстави, закріплені в самій Конвенції, а з огляду на те, що обмеження «було неминучим (невід'ємним) під час позбавлення волі». Суд відійшов від цієї доктрини після прийняття рішення у справі Голдера у 1975 році.

Разом із тим ідея «неминучих обмежень», зазнавши деяких перетворень, продовжує мати певний вплив на практику Суду. Вирішуючи справи про порушення статті 3 Конвенції, Суд встановлює, чи перевищували страждання особи той рівень, який є неминучим в ув'язненні. Якщо не перевищували, то порушення статті 3 не встановлюється. Спірним є питання, чи можна вважати застосування категорії «неминучий рівень страждань» свого роду підставою для обмеження права, передбаченого в статті 3 (обмеження цього права забороняються самою Конвенцією). Відповідь на нього залежить від того, яку теорію обмежень прав застосувати — зовнішню чи внутрішню<sup>545</sup>.

У будь-якому разі, межа між інтерпретаційним визначенням Судом змісту права, яке міститься в статті 3 Конвенції, та обмеженням цього права є нечіткою. На практиці внаслідок застосування ідеї «неминучих в ув'язненні страждань» особа позбавлятиметься захисту статті 3, як би це позбавлення не назвати — обмеженням права не бути підданим катуванню або іншому неналежному поводженню чи інтерпретацією змісту цього права. Таким чином, у контексті статті 3 слід визнати, що теорія невід'ємних обмежень має відгук у теорії невід'ємних страждань, що,

<sup>543</sup> *Naydyon v. Ukraine* §§ 64–69 (no. 1647/03, 14.10.2010).

<sup>544</sup> *Enderlin S. Ibid.* — P. 420.

<sup>545</sup> Див. розділ 1.4 «Межі суб'єктивних прав».

однак, не змінює суті — невід’ємність тих чи інших наслідків ув’язнення продовжує оцінюватись Судом та впливати на ступінь захисту особи Конвенцією. Такий підхід є невдалим намаганням Суду подолати іманентну складність у застосуванні загального стандарту захисту прав людини до осіб, які знаходяться в ув’язненні. В результаті зміст права, передбаченого статтею 3, залишається невизначеним, а щодо позбавлених волі осіб Судом створюється специфічний у порівнянні з вільними громадянами підхід.

Окремі рішення Суду свідчать про сучасне визнання ним доктрини невід’ємних обмежень не тільки у контексті права, передбаченого статтею 3, а й інших конвенційних прав. Щоправда, в таких випадках ця доктрина лише згадується в рішеннях та практично не вживається експліцитно для цілей мотивації щодо обґрунтованості чи необґрунтованості обмеження. Схоже стосується й так званих «звичайних та раціональних вимог ув’язнення», які нібито беруться Судом до уваги при встановленні того, чи мало місце порушення конвенційних прав. Насправді ж вони тільки згадуються і, схоже, не мають реального впливу на практику.

Можливість повноцінного застосування загального стандарту обґрунтування обмежень прав до обмеження прав в’язнів є непевною. Таке застосування є об’єктивно неможливим до тих пір, поки ізоляція є атрибутом в’язниці. Окремі цілі обмежень (як-то безпека та порядок), у відповідності до позиції Суду можуть обґрунтовувати більш широкий розсуд у обмеженні прав в’язнів. Специфіка підходу до обмежень у справах в’язнів також може полягати в наділенні їх додатковими позитивними правами, в індивідуалізації обмежень з огляду на попередню поведінку особи та ін. Недостатність потенціалу загальних положень Конвенції для врахування всієї специфіки в’язничного середовища підтверджується й ініціативами створити додатковий протокол до Конвенції щодо прав в’язнів.

### 2.2.1.2. Вимоги Конвенції до обґрунтованих обмежень

Багато із прав, що захищаються Конвенцією, є умовними, тобто такими, які можуть зазнавати втручання (обмежень) за певних обставин. Тим не менш, таке втручання має володіти окремими характеристиками для того, щоб воно могло бути визнане у відповідності до Конвенції та її прецедентного права. Будь-яке обмеження, якщо воно визнається втручанням у право<sup>546</sup>, має бути передбачено законом або у відповідності

---

<sup>546</sup> Зазвичай Суд безапеляційно визнає наявність втручання в право, тобто його обмеження. Випадки, коли Суд встановлює відсутність втручання в право, є надзвичайно рідкісними. Зазвичай сторони не оспороюють наявності втручання, на що Суд часто вказує у рішенні. Однак у виняткових випадках такі справи трапляються. Наприклад, у справі Ранінена проти Фінляндії Суд всупереч своїй попередній та наступній практиці вста-



до нього, бути необхідним у демократичному суспільстві для захисту однієї або кількох цілей, які перераховані в самій статті, яка закріплює обмеження<sup>547</sup>. Цей підхід ЄСПЛ іноді називають трискладовим тестом пропорційності, який вимагає: передбаченість обмеження законом, наявність обґрунтованих цілей такого обмеження та його пропорційність цим цілям.

Достатньо недотримання хоч однієї з цих складових для встановлення того, що обмеження порушувало Конвенцію.

Раніше нами вказувалось, що Суд хоч і не виробив спеціального стандарту обмежень прав щодо засуджених, однак є певні особливості його підходу<sup>548</sup>. Аналіз застосування трискладового тесту так само як і вищезазначений підхід у застосуванні статті 3 та особливостей щодо застосування інших статей Конвенції дає додаткові підстави стверджувати про специфіку застосування загального стандарту обмежень у їхніх справах. Це є додатковим підтвердженням вищезазначених міркувань стосовно наявності специфіки стандартів Суду щодо в'язнів.

#### 2.2.1.2.1. Передбаченість законом

Визначення того, що варто розуміти під передбаченістю законом, має особливе значення для кримінально-виконавчого права. У цій галузі часто мають місце дискусії щодо питання, у яких актах допустимо визначати обмеження прав засуджених. Це пов'язано з тим, що роль нормотворчої діяльності в'язничних відомств у регулюванні прав засуджених є суттєвою, а іноді стає визначальною. Також часто така нормотворчість стає свавільною, суперечить законам та йде врозріз із стандартами прав людини.

Категорія «закон» зустрічається в багатьох статтях Конвенції. Наприклад, частина 1 статті 2 зазначає, що право кожного на життя охороняється законом. У статті 5 ідеться про законний арешт, законне рішення, забезпечення виконання обов'язку, встановленого законом. Стаття 6 передбачає необхідність незалежного суду, встановленого законом. Стаття 7 закріплює те, що нікого не може бути покарано без закону. Крім того, статті 8–11, які, як вказувалось, закріплюють умовні права, передбачають, що їх обмеження мають бути встановлені законом.

---

новив, що застосування наручників не було обмеженням права, оскільки рівень впливу цього заходу на фізичну та психічну цілісність не був достатнім (*Raninen v. Finland* § 55 (no. 20972/92, 16.12.1997)).

<sup>547</sup> Foster S. *Human Rights and Civil Liberties*. 2<sup>nd</sup> ed. — Dorchester: Pearson Education, 2008. — P. 54.

<sup>548</sup> Човган В. Стандарти обмежень прав засуджених у практиці Європейського суду з прав людини // Проблеми законності. — 2013. — Вип. 122. — С. 251–258.

Суд мав справу із категоріями «передбачений законом» та «у відповідності до закону» («prescribed by law» та «in accordance with law») у великій кількості справ. Він вказав, що, перш за все, не має необхідності робити прив'язування до існування в англomовному варіанті Конвенції різних формулювань вимоги належної законодавчої бази<sup>549</sup>, тобто фактично визнав однаковим значення цих термінів. Тим більше французький варіант Конвенції містить формулювання «prévu par la loi» що є аналогом як для англійських «передбачений законом», так і для «у відповідності до закону»<sup>550</sup>. Це означає, що застосування обмеження має бути закріпленим у законі або допускатись таким законом.

Суд розвинув чотирьохскладовий тест<sup>551</sup> для визначення того, що мається на увазі під цими категоріями для цілей статей 8–11 Конвенції.

**1. По-перше, можливість обмеження має бути передбачена внутрішнім (національним) законодавством.**

Те, що розуміється під внутрішнім законодавством, може змінюватись залежно від країни. Оскільки національним урядам краще визначати, що вважати внутрішнім законом, а що ні і чи була національна законодавча процедура дотримана чи ні, Суд надає їм широку дискрецію в цьому питанні<sup>552</sup>. Проте це зовсім не означає, що «Страсбурзькі установи мають просто прийняти позицію держави-відповідача... Ці «факти» можуть і мають бути досліджені Судом щодо їхньої відповідності Конвенції. Спирним на цьому етапі є не тлумачення і застосування внутрішнього законодавства, а інтерпретація і застосування слів «передбачені законом» і «у відповідності до закону»<sup>553</sup>.

Як вказувалось, для пенітенціарного права особливе значення має відповідь на питання, чи є допустимим встановлення обмежень підзаконними актами. Як свідчить наш аналіз, таке питання виникає як у країнах Східної так і Західної Європи. Відповідь на нього є однозначною і вона була сформульована самим Судом у «пенітенціарних» справах.

---

<sup>549</sup> *Silver and Others v. the United Kingdom* (no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983), *Malone v. the United Kingdom* (no. 8691/79, 02.08.1984).

<sup>550</sup> *Dijk P., Hoof G. J. H., Van Hoof J. G. F., Heringa A. W.* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 3-rd edition. — The Hague: Kluwer Law International, 1998. — P. 766.

<sup>551</sup> *Greer S.* The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects. — New York: Cambridge University Press, 2006. — P. 201–203.

<sup>552</sup> *Chorherr v. Austria* § 26 (no. 13308/87, 25.08.1994), *Kokkinakis v. Greece* § 40 (no. 14307/88, 25.05.1993).

<sup>553</sup> *Dijk P., Hoof G. J. H., Van Hoof J. G. F., Heringa A. W.* Ibid. — P. 766; див. також: *Doebbler C. F.* International Human Rights Law: Cases and Materials. Volume 1. — Washington: CD Publishing, 2004. — P. 391.

У справі *Лавентса проти Литви*<sup>554</sup> Суд нагадав, що «...„передбачений законом“ у сенсі частини 2 статті 8 Конвенції означає перш за все, що захід, який застосовується, має базуватись на внутрішньому праві. В цьому сенсі Суд завжди розуміє термін „закон“ у його матеріальному, а не формальному сенсі; він так само включає і тексти підзаконного рівня, розроблені компетентною владою на підставі делегованої нормотворчої влади<sup>555</sup>» (§ 135). Тобто у відповідності до цього рішення, всупереч доктринальному трактуванню Конвенції<sup>556</sup>, обмеження можуть передбачатись і підзаконними актами.

У справі *Біржієтіса проти Литви*<sup>557</sup> такий підхід був безапеляційно підтверджений. Заявник скаржився на те, що заборона мати бороду у в'язниці порушувала його право на приватне життя. Суд визнав порушення статті 8, але не визнав аргумент заявника, що таке обмеження було закріплено в нормативному акті не того рівня. Зокрема, мати бороду заборонялось у Правилах внутрішнього розпорядку установи, в якій тримався засуджений (документ був затверджений начальником установи), а не у Кодексі виконання покарань чи Внутрішніх правилах виправних установ, що були затверджені Мін'юстом. Суд нагадав, що поняття «закон» варто розуміти не формально, а по суті. Тому він включає не тільки закони, прийняті парламентом, але й інші підзаконні акти, що прийняті органами, яким делеговано повноваження з розробки норм, а також неписане право. Навіть якщо національне право передбачає, що обмеження права може закріплюватись тільки в нормативних актах певного рівня, то стаття 8 Конвенції не містить такої вимоги (§ 50). Важливим було, щоб нормативний акт, який закріплював обмеження, був доступним для в'язнів, а його норми достатньо чіткими та передбачуваними (§ 47).

Так само рішення у справі Сільвера свідчить, що норми, які містяться у Правилах внутрішнього розпорядку установ виконання покарань чи інших підзаконних актах, розглядаються Судом як такі, що підпадають під категорію «встановлені законом», адже складно уявити, щоб закон (як протилежність підзаконним актам) міг встановлювати всі необхідні деталі щодо обмежень<sup>558</sup>. Тим не менш, це не означає, що

<sup>554</sup> *Lavents v. Latvia* §§ 134–135 (no. 58442/00, 28.11.2002).

<sup>555</sup> У цьому місці Суд здійснює посилання на рішення: *Silver et autres c. Royaume-Uni du 25 mars 1983*, série A no 61, p. 37, §§ 85–90, *Kruslin c. France et Huvig c. France* du 24 avril 1990, série A no 176-A et B, p. 20, §§ 27–30, et p. 52, § 28.

<sup>556</sup> *Seriaux A. Des intérêts légitimes sans protection juridique : les droits des détenus // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 1979. — P. 464.*

<sup>557</sup> *Biržietis v. Lithuania* (no. 49304/09, 14.06.2016).

<sup>558</sup> *Silver and others v. the UK* § 88–89 (no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983).

не може бути встановлена невідповідність підзаконних актів якісним критеріям «закону»<sup>559</sup>.

На додаток, поняття «закон» означає не тільки законодавство, а й загальне (прецедентне) право. Адже в іншому разі довелося б обмежити країни прецедентного права в користуванні захистом Конвенції<sup>560</sup>.

## 2. Нормативні положення, які закріплюють обмеження, **мають бути доступними для громадян.**

Для того, щоб «закон» вважався доступним, не обов'язково, щоб він був опублікований у загальнонаціональних джерелах. Достатньо, щоб особа, якої стосується документ, була ознайомлена з ним, як це було у випадку в згаданій справі Біржієтіса<sup>561</sup>. Можна стверджувати, що ознайомлення передбачає не тільки одноразове повідомлення про зміст документа, а й можливість його отримати з метою зберігання.

Також Суд може погоджуватися із тим, що документ, який не був опублікований як частина законів держави-відповідача, є «доступним», оскільки він був першочергово розрахований на фахівців, які знали, як вони можуть отримати відповідну інформацію, яка була надана в Офіційному збірнику законів. Суд базується на тому, що уявлення про передбачуваність і доступність залежить від конкретної справи, сфери, яку планувалось охопити, від кількості і статусу тих, на кого розраховувались відповідні норми<sup>562</sup>. Останнє твердження особливо актуальне щодо засуджених. На нашу думку, воно вимагає додаткових гарантій доступності документів щодо обмежень їх прав порівняно із вільними громадянами, враховуючи їх специфічне положення та можливі труднощі із отриманням доступу до документів.

У справі *Сіорана проти Молдови*<sup>563</sup> було встановлено порушення права на приватність. У ній в'язнична влада встановлювала скляну перегородку під час побачень заявника із родичами. Законодавство лише в загальних рисах вказувало, що пенітенціарна адміністрація мала право контролювати побачення. Можливість установаження ж перегородки була закріплена в Тюремному статуті № 13, який не тільки ніколи не був опублікований та ніколи не використовувався національними судами, а навіть не був наданий владою до ЄСПЛ (§ 113). Це рішення є свідченням недопустимості встановлення підстав та порядку для обмеження прав

<sup>559</sup> Див. нижче.

<sup>560</sup> *Sunday Times v. the United Kingdom* § 47 (no. 6538/74, 26.04.1979).

<sup>561</sup> *Biržietis v. Lithuania* (no. 49304/09, 14.06.2016).

<sup>562</sup> *Loukaides L. G. Essays on the Developing Law of Human Rights.* — The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. — P. 187.

<sup>563</sup> *Ciorap v. Moldova* (no. 12066/02, 19.06.2007).

у документах, які є засекреченими або недоступними особам, яких вони стосуються.

В українському контексті це означає, що документи із грифом «для службового користування» не можуть містити норм щодо обмежень прав. У той же час, наскільки нам відомо окремі накази під грифом «для службового користування» містять такі норми. Вони здебільшого пов'язані з процедурними аспектами застосування заходів примусу, як-то застосування наручників.

Вимога доступності стосується не тільки опублікування документа, а й його змісту. Суд встановив, що ця вимога означає, що громадяни повинні бути здатні мати належну вказівку щодо тих законодавчих норм, які застосовуються в конкретній справі; вони мають бути сформульовані із достатньою точністю, щоб особа могла регулювати свою поведінку та передбачати її наслідки<sup>564</sup>. Норма не може вважатись «законом», якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю: особа повинна мати можливість передбачати наслідки своїх дій тією мірою, якою це раціонально в конкретних обставинах<sup>565</sup>. Цю частину тесту можна відносити як до другої, так і до третьої складової.

3. Нормативні положення мають надавати **можливість достатньо чітко передбачати законні наслідки своєї поведінки**.

Суд встановив, що ступінь необхідної конкретизації залежить від кожної окремої справи<sup>566</sup>. Вона залежить також від відповідної сфери застосування: якщо, наприклад, ідеться про статтю 8 Конвенції, то закон має вказувати чітку термінологію для вказівки на обставини та умови, за дотримання яких влада може втручатись у право<sup>567</sup>. Принципово важливою у в'язничному контексті є позиція Суду, що закон, який надає дискрецію, має визначати її обсяг<sup>568</sup>.

Наприклад, коли закон дозволяє втручання у телефонні розмови в'язнів через прослуховування, обмежуючи цим самим їхнє право на приватність, можливість цього втручання має бути максимально конкретизована, беручи до уваги серйозність втручання у приватне життя, недостатність громадського контролю і ризик зловживання владою, особливо з урахуванням сучасних технологій, що швидко стають усе більш витон-

---

<sup>564</sup> *Silver and Others v. the United Kingdom* § 88 (no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983), *Sunday Times v. United Kingdom* § 49.

<sup>565</sup> *Silver and Others v. the United Kingdom* § 88.

<sup>566</sup> *Vogt v. Germany* § 68 (no. 17851/91, 26.09.1996), *Malone v. United Kingdom* § 68 (no. 8691/79, 02.08.1984).

<sup>567</sup> *Lavents v. Latvia* § 135 (no. 58442/00, 28.11.2002).

<sup>568</sup> *Malone v. United Kingdom* § 68 (no. 8691/79, 02.08.1984).

ченими<sup>569</sup>. Якщо правило сформульовано настільки нечітко, що його значення і широта не може бути раціонально передбачено, то таке правило не може розглядатись як закон, який вимагається Конвенцією, і втручання буде незаконним, незалежно від його значимості<sup>570</sup>.

Відсутність вказівки на допустимі мотиви застосування обмеження в'язня або його тривалість є достатньою для визнання закону недостатньо чітким і, як результат, встановлення того, що обмеження не було передбачене законом<sup>571</sup>.

Третя вимога тісно пов'язана із четвертою.

#### **4. Нормативні положення мають забезпечувати належний захист від свавільного втручання у право.**

Ця вимога має особливе значення для засуджених, тому що вона фокусується на необхідності чіткого визначення обсягу дискреції, що надається представникам в'язничного персоналу для застосування обмежень. Знаючи постійну напруженість між дискрецією в'язничного персоналу та протистоянням їй з боку засуджених<sup>572</sup>, не дивно, що саме ця вимога часто стає причиною для визнання порушень у справах засуджених.

У справі Мелоуна Суд вказав, що фраза «у відповідності до закону» означає, що у національному праві мають існувати заходи законного захисту проти свавільного втручання державних органів і що закон має визначати обсяг будь-якого розсуду (дискреції) наданого компетентним органам влади і способом їх здійснення із належною чіткістю, маючи на увазі законні цілі цих заходів, для того щоб дати індивіду належний захист проти свавільного втручання<sup>573</sup>.

Для того, щоб обмеження вважалось «у відповідності до закону», сам закон має передбачати можливість оскарження обмежень. Наприклад, обмеження права на кореспонденцію засуджених у законі має передбачати можливість оскарження, тобто не бути «неоскаржуваним» (unappealable)<sup>574</sup>, адже можливість оскарження є одним із аспектів забезпечення мінімаль-

---

<sup>569</sup> *Doerga v. Netherlands* §§ 44–54 (no. 50210/99, 27.04.2004); *Kruslin c. France*, § 33 (no. 11801/85, 24.04.1990).

<sup>570</sup> *Foster S. Human Rights and Civil Liberties*. 2<sup>nd</sup> ed. — Dorchester: Pearson Education, 2008. — P. 56.

<sup>571</sup> *Lavents v. Latvia* § 136.

<sup>572</sup> *Noali L. Les résistances carcérales du comment au pourquoi. Une approche juridique et pluridisciplinaire*. Préface de Martine Herzog-Evans. Postface de Reynald Ottenhof. — Paris : Harmattan, 2012.

<sup>573</sup> *Malone v. United Kingdom* §§ 66–68.

<sup>574</sup> *Petra v. Romania* § 37 (no. 27273/95, 23.09.1998), *Puzinas v. Lithuania* (No. 2) § 32 (no. 63767/00, 09.01.2007).

ного рівня захисту притаманного верховенству права в демократичному суспільстві<sup>575</sup>.

У справі Мессіна проти Італії<sup>576</sup> було встановлено порушення ст. 8 Конвенції у зв'язку із переглядом кореспонденції тюремною адміністрацією. Незважаючи на те, що можливість перегляду була передбачена національним законодавством, було визнано, що відповідні норми не встановлювали період, протягом якого міг відбуватись такий перегляд, підстави для такого перегляду, ні його обсяг, ні навіть те, у який спосіб влада могла здійснювати свої дискреційні повноваження у цій сфері (§ 81).

Справа *Моєєєв проти Росії*<sup>577</sup> є ще одним наочним прикладом того, як велика кількість обмежень права на приватність заявника суперечила Конвенції на підставі їх непередбаченості законом.

Заявникові, який протягом певного часу знаходився під вартою, заборонялося мати будь-які побачення із своєю сім'єю протягом кількох періодів тривалістю до одного року кожен. Ця заборона застосовувалася слідчим у його справі згідно зі статтею 18 закону про попереднє ув'язнення. Суд визнав, що цей закон був офіційно опублікований, а тому доступним для заявника. Однак він не відповідав вимозі «передбаченості законом» через те, що надавав слідчому надто широку дискрецію щодо встановлення заборони на право на побачення під час слідства. Закон обмежився тільки вказівкою на можливість такої заборони, але не визначив ні тривалості, ні підстав для її застосування. Також він не містив положення щодо можливості оскарження відмови у видачі дозволу на побачення. Тому заявник не користувався належним ступенем захисту від дискреції, яка, до того ж, була надто широкою. Відповідно «передбаченість законом» була відсутня через неналежну якість норм закону.

У цьому ж рішенні на підставі недотримання вимоги «передбаченості законом» обмеження Суд визнав необґрунтованими два інші обмеження: встановлення скляної перегородки під час побачень та систематичну перевірку кореспонденції.

Що стосується скляної перегородки, то обмеження було не «у відповідності до закону», оскільки відповідна норма була взагалі відсутня в національному законодавстві. Річ у тому, що заявник утримувався в слідчому ізоляторі Служби безпеки, на який не поширювались правила внутрішнього розпорядку установ попереднього ув'язнення Федеральної служби виконання покарань, які якраз передбачали відповідну норму. Хоча цього було достатньо, щоб визнати обмеження необґрунтованим,

---

<sup>575</sup> *Petra v. Romania* § 39.

<sup>576</sup> *Messina v. Italy* (No. 2) (no. 25498/94, 28.09.2000).

<sup>577</sup> *Moiseyev v. Russia* (no. 62936/00, 09.10.2008).

Суд пішов далі і зазначив також, що фізичне відокремлення під час побачень має базуватись на міркуваннях безпеки у світлі індивідуальних обставин. Встановлення перегородки не може вважатись необхідним за відсутності встановленого ризику для безпеки (§§ 257–258)<sup>578</sup>.

Обмеження права на кореспонденцію полягало у її постійному відкриванні та читанні. Суд визнав, що це обмеження базувалось на положеннях національного законодавства. Однак відповідна стаття була сформульована надто загально — вона допускала рутинну перевірку кореспонденції. Це погіршувалось і тим, що відповідне законодавство надавало в'язничній владі надто широку дискрецію з цього приводу, а також тим, що не містило норм щодо оскарження обсягу та тривалості цензурних заходів. Крім того, у національному законодавстві були відсутні належні заходи захисту для оскарження свавільного застосування обмежень на кореспонденцію (§ 266).

Отже, рішення у справі Моєсеєва встановлює чіткі вимоги до «передбаченості законом» у пенітенціарному контексті. Законодавчі положення мають бути не тільки наявними та доступними, а й бути належної якості, тобто передбачати чіткі підстави, тривалість та порядок їх застосування, щоб не залишалось місця для надмірної дискреції пенітенціарної влади. Також мають бути належні заходи оскарження таких обмежень.

Примітно, що вимога наявності норми щодо можливості та порядку оскарження не зовсім вписується у вимогу «у відповідності до закону». Вона є скоріше процедурним аспектом, який виступає додатковою гарантією від необґрунтованих обмежень, однак, тим не менш, використовується Судом для встановлення того, чи було обмеження «у відповідності до закону». Така вимога є ніби зменшеною «вмонтованою копією» права на ефективний засіб правового захисту, що передбачено у статті 13 Конвенції. Про цей аспект вимоги «у відповідності до закону» вказує і сам ЄСПЛ<sup>579</sup>.

Іншим прикладом сукупності різних вимог у питанні визначення якості закону є рішення *Месута Юртсевера та інших проти Туреччини*<sup>580</sup>. У цій колективній справі, яка об'єднала більше десятка позивачів, турецька пенітенціарна адміністрація обмежила право засуджених отримувати видання журналу на тій підставі, що він був надрукований курдською, а не турецькою мовою.

---

<sup>578</sup> Суд серед іншого посилався на рішення у справах *Van der Ven v. the Netherlands* § 71 (no. 50901/99, 04.02.2003), та *Lorsé and Others v. the Netherlands* § 85 (no. 52750/99, 04.02.2003), *Ciorap v. Moldova* § 117 (no. 12066/02, 19.06.2007).

<sup>579</sup> *Silver and Others v. the United Kingdom* § 90.

<sup>580</sup> *Mesut Yurtsever et Autres c. Turquie* (no. 14946/08, 20.01.2015).



Суд нагадав, що «передбаченість законом» означає не лише наявність законодавчої бази, а і його якість: наприклад, що стосується доступності та передбачуваності ефекту (§ 103)<sup>581</sup>. Далі він вказав, що в цій справі існування законодавчої бази для втручання, а також її доступність не викликала дискусії. Однак проблемною була передбачуваність закону в розумінні сенсу і природи заходів, що могли вживатися (§104). У цьому контексті Суд особливо підкреслив, що норма є «передбачуваною» тоді, коли вона надає певну гарантію проти свавільних втручань публічної влади і проти надмірного застосування обмеження (§ 103)<sup>582</sup>.

Аргументуючи про обґрунтованість обмежень, турецька влада посилялась на статтю 62 § 3 Закону № 5275, яка визначала: «Засудженому не може бути видана жодна публікація, яка містить інформацію, текст, фотографії і коментарі непристойного або такого характеру, що може становити загрозу безпеці установи» (цит. за § 78). Суд вказав, хоча влада і посилалась на цю норму, вона відмовлялась видавати публікації курдською мовою не через те, що зміст публікації міг би нашкодити установі, а через нездатність оцінки його змісту (§ 106). Разом з тим у процесі комунікації із Судом, національна влада спробувала захищатись також аргументом про наявність у змісті заборонених публікацій інформації на підтримку терористичної організації та її діяльності, а також несли загрозу репутації Туреччини та її військовим. Однак Суд відкинув цей аргумент на тій підставі, що така мотивація не впливала із жодного рішення національних органів, які були досліджені в цій справі (§ 106).

В остаточному підсумку було встановлено порушення статті 10 Конвенції. Головною причиною стало те, що законодавство не містило такої підстави для вилучення публікацій, як викладення їх змісту іноземними мовами, а також те, що влада прийняла рішення без попередньої оцінки змісту публікацій, обмежуючи засуджених у доступі до певної категорії публікацій, застосовуючи дискреційний підхід (§ 109). Тобто така підстава, як можливість того, що публікація іноземною мовою становитиме загрозу безпеці установи, була недостатньою для визнання передбаченості законом. В останньому твердженні простежується натяк на скептичне ставлення Суду до такої поширеної підстави для обмежень, як «загроза безпеці установи», якщо вона не є конкретизованою.

Суд уже демонстрував подібний хід міркувань у справі, яка мала схожу проблему, пов'язану із перекладом. У рішенні у справі *Мехмет Нурі*

---

<sup>581</sup> При цьому Суд послався на § 52 рішення у справі *Rotaru c. Roumanie* [GC] (no. 28341/95, 04.05.2000).

<sup>582</sup> При цьому Суд послався на § 143 рішення *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC] (no. 38433/09, 07/06/2012).

*Озен та інші проти Туреччини*<sup>583</sup> порушувалося питання щодо вилучення вхідних та вихідних листів засуджених на тій підставі, що вони були написані курдською мовою. В той же час національне законодавство дозволяло вилучення письмової кореспонденції засуджених тільки на підставі її змісту: коли вони могли завдати шкоди порядку та безпеці установи, були спрямовані проти персоналу, дозволяли передачу інформації між терористичними або іншими організаціями негативного чи кримінального спрямування, містили неправдиву або оманливу інформацію такого роду, яка могла призвести до паніки окремих осіб чи установ, або містила погрози чи образи (§ 30). Однак через те, що законодавство не передбачало такої підстави для вилучення кореспонденції, як викладення змісту кореспонденції іноземною мовою, питання її вилучення повністю відносилось до розсуду адміністрації пенітенціарних установ (§ 60). Відповідно, було встановлено порушення статті 8 Конвенції<sup>584</sup>.

Що стосується чіткості підстав для обмежень, то разом з тим Суд не заперечує можливості їх певної «розмитості»<sup>585</sup>. Часто у своїх рішеннях, які стосуються цього питання (наприклад, два рішення проти Туреччини вище), він посилається на рішення у справі Сільвера. У цьому рішенні вказується: «Закон, який надає свободу розсуду, має встановлювати межі такого розсуду. Тим не менш, Суд вказував на неможливість досягнення абсолютної однозначності у законодавстві і ризик того, що намагання надмірної конкретизації може призвести до надмірної жорсткості. Ці спостереження мають особливе значення в контексті ув'язнення [...]. Навряд чи було б можливим сформулювати закон, щоб передбачити всі можливі випадки [...]. З урахуванням цих міркувань, Суд знову вказує, що «багато законів неминуче сформульовані в термінах, які є до певної міри нечіткими і інтерпретація та застосування яких є питаннями практики»<sup>586</sup>.

Разом з тим визнаючи такий підхід, Суд вказує, що надто широкий розсуд національної влади так само є недопустимим. Так сталось у справі *Калогеро Діана проти Італії*<sup>587</sup>. В обставинах справи закон визначав лише категорію в'язнів, чия кореспонденція могла переглядатись, і компетен-

<sup>583</sup> *Mehmet Nuri Özen et autres c. Turquie* (no. 15672/08, 11/01/2011).

<sup>584</sup> Також була визнана такою, що суперечить Конвенції, практика, яка полягала в покладанні на засуджених обов'язку перекладу за їхні власні кошти (§ 60) та була спрямована заповнити прогалину в законодавчих підставах для вилучення кореспонденції іноземною мовою.

<sup>585</sup> *Domenichini v. Italy* § 32 (no. 15943/90, 15.11.1996).

<sup>586</sup> *Silver and others v. the United Kingdom* § 88.

<sup>587</sup> *Calogero Diana v. Italy* (no. 15211/89, 15.11.1996).

тний орган, який міг застосовувати перегляд, однак, не вказував ні на допустиму тривалість заходу, ні на підстави, які можуть обґрунтувати його застосування.

Недостатніми були й аргументи уряду, що встановлення перегляду кореспонденції відносилось до виключної компетенції судів і що вони мали спеціальний обов'язок обґрунтувати мотиви рішення, через що свавільність була виключена (§ 29). Відсутність чітких підстав для перегляду кореспонденції (хоча у законодавстві була наявна сама норма, яка дозволяла перегляд) призвело до того, що розсуд відповідної влади не був визначений законом, а тому засуджений не мав мінімального рівню захисту, на який уповноважені вільні громадяни в демократичному суспільстві (§ 32–33). Таку ж саму мотивацію використовував Суд у інших схожих рішеннях, тим самим закріпивши конкретні вимоги до чіткості законодавчих норм-підстав для обмежень<sup>588</sup>.

Цікаво, що ЄСПЛ навіть за дотримання інших його стандартів щодо обмежень прав встановлює порушення Конвенції в разі відсутності «передбаченості законом» підстави для застосування обмеження в законі. Так, у рішенні по справі *Enea проти Італії*<sup>589</sup> Суд оцінив намагання судді, відповідального за контроль виконання покарання, дотриматися таких стандартів Конвенції щодо перегляду кореспонденції, як встановлення обсягу та тривалості перегляду. Однак він вказав, що відповідне в'язничне законодавство не регулювало ні тривалість перегляду кореспонденції, ні підстави, які могли б обґрунтувати такий захід, і не визначало із достатньою чіткістю обсяг і спосіб здійснення наданого владі розсуду, а тому мало місце порушення вимоги «передбаченості законом» і статті 8 Конвенції (§ 143–144).

Низка інших рішень підтверджують, що Суд звертає увагу на те, що він не визнає обмеження права на кореспонденцію «передбаченим законом», якщо закон не встановлює час, протягом якого має відбуватись перегляд кореспонденції, спосіб, у який може відбуватись втручання, або якщо перегляд був автоматичний, і влада не зобов'язана приймати мотивоване рішення та обґрунтувати підстави для перегляду<sup>590</sup>. Так само для встановлення якості закону має значення, чи встановлював він специфічні засоби захисту для оскарження обсягу застосування обов'язкових за-

---

<sup>588</sup> *Domenichini v. Italy* § 32–33 (no. 15943/90, 15.11.1996); *Rinzivillo c. Italie* (no. 31543/96, 21.12.2000).

<sup>589</sup> *Enea v. Italy* (no. 74912/01, 17.09.2009).

<sup>590</sup> *Onoufriou v. Cyprus* § 109 (no. 24407/04, 07.01.2010), *Niedbała v. Poland* §§ 81–82 (no. 27915/95, 04.07.2000), *Sałapa v. Poland* §§ 97–102 (no. 35489/97, 19.10.2002), *Vintman v. Ukraine* §128 (no. 28403/05, 23.10.2014), *Sergey Volosyuk v. Ukraine* §§ 85–86 (no. 1291/03, 12.04.2009), *Labita v. Italy* (GC) § 176, 180 (no. 26772/95, 06.04.2000).

ходів перегляду<sup>591</sup>. Також має значення, чи встановлювало законодавство можливість залучення в'язня до перегляду на якомусь із його етапів, та чи проводило воно різницю щодо моніторингу залежно від типу кореспондентів, з ким здійснювалася переписка<sup>592</sup>. Обмеження не є «передбаченим законом» і у тому разі, коли особа через нечіткість законодавчих норм не володіє мінімальним рівнем захисту, якого вимагає верховенство права в демократичному суспільстві<sup>593</sup>.

Також обмеження може бути визнано «не у відповідності до закону», якщо норми національного права банально не були дотримані. У справі Сіорапа проти Молдови<sup>594</sup> Суд визнав, що втручання у право на кореспонденцію засудженого було необґрунтованим через те, що відповідне законодавство дозволяло його тільки на підставі рішення суду, а кореспонденція перевірялась без такого рішення (§§ 103–104).

З цього випливає важливий висновок: *хоча вважається, що Суд вирішує тільки питання про порушення Конвенції, а не національного законодавства, у разі порушення національного законодавства стосовно встановлення обмежень прав, які передбачені Конвенцією, у розумінні Суду може мати місце необґрунтоване обмеження Конвенції*. Адже обмеження в такому разі не є «передбачене законом». Це означає, що в окресленому випадку, всупереч загальноприйнятому висновку про недопустимість вирішення Судом питань щодо порушення національного законодавства, а тільки про порушення Конвенції, він з неминучістю опосередковано вирішує питання про порушення і національного законодавства.

З цього прикладу випливає можливість оскарження до ЄСПЛ випадків, коли обмеження було застосовано з порушенням національного законодавства. В такому разі обмеження також не буде «у відповідності до закону».

Отже, Суд, вирішуючи справи, звертає увагу не тільки на наявність передбачення обмеження в законі, а й на якість такого закону. Як видно із вищезазначеного, якість закону в розумінні Суду характеризується наявністю практичних гарантій незастосування необґрунтованих обмежень. Ці гарантії здебільшого мають процедурний характер: чіткі підстави, наявність та мотивація рішення, строки, спосіб, можливість оскарження обмеження та ін. Сам же закон не обов'язково має бути законом *stricto sensu*,

---

<sup>591</sup> *Belyaev and Digtyar v. Ukraine* §53 (nos. 16984/04 and 9947/05, 16.02.2012), *Vintman v. Ukraine* § 130–131.

<sup>592</sup> *Niedbała v. Poland* §§ 81, *Sergey Volosyuk v. Ukraine* § 85, *Belyaev and Digtyar v. Ukraine* §53.

<sup>593</sup> *Belyaev and Digtyar v. Ukraine* §53 (nos. 16984/04 and 9947/05, 16.02.2012), *Vintman v. Ukraine* § 130–131.

<sup>594</sup> *Ciorap v. Moldova* (no. 12066/02, 19.06.2007).

як видом нормативного акта. Під цією категорією може розумітись і підзаконний акт.

Важливо, що для ЄСПЛ достатнім є встановлення однієї лише «непередбаченості законом» для того, щоб визнати необґрунтованість обмеження та, відповідно, порушення Конвенції. Якщо на цьому першому етапі встановлено, що обмеження не було застосоване «у відповідності до закону», подальший аналіз цього обмеження на другому (наявність обґрунтованих цілей обмеження) та на третьому (пропорційність обмеження) етапах не здійснюється.

#### 2.2.1.2.2. Обґрунтованість цілей

Стаття 18 Конвенції передбачає, що обмеження, які дозволені щодо зазначених у ній прав і свобод, не застосовуються для інших цілей, ніж ті, для яких вони встановлені. Іншими словами, це означає, що будь-яке обмеження прав чи свобод, які передбачені Конвенцією, може бути обмежено тільки задля досягнення визначених нею ж цілей.

Зазвичай такі цілі, тобто цілі, з якими дозволяється обмеження права, передбачаються в другій частині статті, яка закріплює обмежуване право. Водночас щодо окремих прав, закріплених Конвенцією, допустимі цілі обмежень не встановлені взагалі. Це, наприклад, права, передбачені додатковими протоколами до Конвенції (право голосу, право на освіту та ін.), які були прийняті через певний час після її прийняття. Як у випадку, коли допустимі для обмежень прав цілі закріплені у Конвенції, так і у випадку коли ні, при встановленні обмежень прав засуджених і врахуванні їх відповідності цілям має братись практика Суду щодо розуміння таких цілей.

Здебільшого Суд приділяє небагато уваги цій частині тесту. Як вказує Д. Свіні, частина рішення, що відведена їй, зазвичай була однією із найбільш стислих, адже Суд схильний до того, щоб встановлювати, чи відповідали вжиті заходи (обмеження) встановленій меті<sup>595</sup>, тобто встановлювати, чи були вони пропорційними меті (третя складова тесту, яка буде розглянута нижче), а не обґрунтованість самої мети. Встановлення ж обґрунтованості мети здебільшого не викликає ніяких серйозних проблем. Вказується, що це пов'язано із шириною змісту загальних формулювань цілей, якими допустимо обґрунтовувати обмеження, а тому вирішення Судом цього питання рідко коли є проблемним<sup>596</sup>. Як наслідок,

<sup>595</sup> *Sweeney J. A. Margins of Appreciation, Cultural Relativity and the European Court of Human Rights: a thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy.* — Hull: The University of Hull, 2003. — P. 198.

<sup>596</sup> *Dijk P., Hoof G. J. H. Theory and Practice of the European Convention on Human Rights.* 2nd edition. — Boston: Kluwer, 1990. — P. 606.

урядам доволі легко довести спрямованість обмеження до якоїсь обґрунтованої мети.

Є декілька пояснень тому, що встановлення наявності мети обмеження як вимоги до його обґрунтованості, не викликає суттєвих складностей. По-перше, це пояснюється ступенем демократичного управління, який переважає в Договірних сторонах. Жодна країна, яка позиціонує себе як демократична, не хоче бути обвинуваченою у включенні у своє законодавство деспотичних цілей<sup>597</sup>. По-друге, пов'язати обмеження із обґрунтованою метою можна штучно. Інша річ довести, що такий зв'язок був належним. Оцінка ж належності здійснюється на наступному етапі (складовій тесту) — встановлення необхідності в демократичному суспільстві, яке ми розглянемо далі. Тому Суд приділяє набагато більше уваги саме третьому етапу обґрунтування обмежень.

Разом з тим випадки, коли Суд критично ставиться до цілей обмежень прав в'язнів, все-таки трапляються. Наприклад, у справі Хорошенко проти Росії<sup>598</sup> Суд вказав, що цілі, які ставились урядом перед обмеженням права на побачення засудженого (заборона тривалих побачень і надто обмежувальний характер частоти та порядку проведення побачень), були спірними у світлі частини 2 статті 8 Конвенції. Перш за все цілями обмеження уряд декларував цілі покарання — відновлення справедливості, виправлення правопорушника та попередження нових злочинів. Але зі змісту рішення випливає, що Суд поставився критично не до цих цілей, а до тих, які були висловлені представником російської влади під час усного слухання в Суді. Ідеться про уточнення уряду, що відповідне законодавство щодо обмежень права на побачення повинно не має на меті соціальну реінтеграцію та скоріше обмежується метою ізоляції від суспільства (§§ 99, 113). Однак, хоча Суд і висловив свій сумнів щодо відповідності цих цілей ч. 2 ст. 8 Конвенції, він вважав непотрібним детальний аналіз обґрунтованості цілей, оскільки це було зайвим у світлі аналізу пропорційності (третьій етап аналізу), який все одно був здійснений у рішенні (§§ 114–115)<sup>599</sup>.

---

<sup>597</sup> *Arai-Takahashi Y. The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR.* — Antwerpen, Oxford, New York: Innersintia, 2001. — P. 11.

<sup>598</sup> *Khoroshenko v. Russia (GC) (no. 41418/04, 30.06.2015).*

<sup>599</sup> В окремих співпадаючій думці судді Pinto de Albuquerque та Turkovic критикували Суд зате, що він уникнув такого аналізу. Надумку суддів, Суд мав би чітко зазначити, що мета кари та ізоляції не могли бути обґрунтованими в розумінні статті 8 Конвенції, особливо у світлі того, що російська влада не надала жодних переконливих доказів того, що автоматичні та суворі обмеження служили якимось іншим цілям, ніж каральним. Цілі російської влади, на погляд суддів, були необґрунтованими, оскільки вони не відповідали принципу ресоціалізації, який має пріоритет у європейській в'язничній політиці. До речі, ця окрема думка ставить під питання й українську ціль кари як цілі покарання згідно з КК України.

Оцінюючи пропорційність у цьому рішенні, Суд підкреслював також кілька аспектів цілей обмежень прав засуджених. Так, вказувалось, що підхід до оцінки пропорційності обмежень із посиланням на «каральні цілі» еволюціонував протягом останніх років. Більший наголос мав би робитись на потребі належного балансу між карою та реабілітацією (виправленням) засуджених<sup>600</sup>. Посилаючись на попередні рішення, в яких підкреслювалась потреба превалювання реабілітативної в'язничної політики над каральною<sup>601</sup>, Суд нагадав свій скептицизм до каральних цілей обмежень та фаворитизм реінтеграційних і реабілітативних цілей (§ 121). Такий підхід робить натяк на те, що обмеження, які застосовуються із суто каральними цілями, мають мало шансів на визнання обґрунтованими. Можна припускати й те, що в обмеження буде набагато менше шансів пройти перевірку Суду, якщо мета, з якою воно застосовується, матиме пунітивний, а не реабілітативний (виправний) нахил.

Існує думка, що національним владам легше обґрунтувати перед Судом відповідність обґрунтованим цілям обмежень прав засуджених, аніж обмежень прав вільних осіб. Як приклад приводиться така мета, як попередження заворушень (безладів), що обґрунтовує певні обмеження права на листування<sup>602</sup>. Вона перекликається із висловленим раніше твердженням, що, незважаючи на загальну позицію Суду, що спеціальний статус засудженої особи не може бути підставою для винятку із доктрини обґрунтування обмежень прав людини за Конвенцією, тим не менш, особливе положення цих осіб дає підстави розглядати окремі елементи обґрунтування дещо по-іншому, ніж у випадку із вільними особами. Ця думка підтверджується і практикою Суду<sup>603</sup>.

Завдання встановлення обґрунтованої мети полегшується також тим, що Конвенція дозволяє низку широких цілей для обмежень, закріплених у ній прав: інтереси національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, запобігання заворушенням чи злочинам, захист здоров'я чи моралі або захист прав і свобод інших осіб (для обмеження поваги до приватного і сімейного життя); інтереси громадської безпеки,

---

<sup>600</sup> Суд при цьому посилався на рішення у справах *Mastromatteo v. Italy* [GC] § 72 (no. 37703/97, ECHR 2002-VIII); *Schemkamper v. France* § 31 (no. 75833/01, 18.10.2005); *Maiorano and Others v. Italy* § 108 (no. 28634/06, 15.12.2009).

<sup>601</sup> *Vinter and Others v. the United Kingdom* [GC] §§ 111–116 (nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10); *Harachiev and Tolumov v. Bulgaria* §§ 243–246 (nos. 15018/11 and 61199/12).

<sup>602</sup> *Gomien D., Harris D. J., Zwaak L.* Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. — Strasbourg: Council of Europe, 1996. — P. 218.

<sup>603</sup> *Golder v. United Kingdom* § 45 (21.02.1975, no. 4451/70), *Boyle and Rice v. the United Kingdom* § 74 (no. 9659/82, 27/04/1988); *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland* § 25 (no. 11368/85, 20.06.1988); *Dikme v. Turkey* § 117 (no. 20869/92, 11.07.2000).

охорона публічного порядку, здоров'я чи моралі або захист прав і свобод інших осіб (для обмеження свободи думки, совісті, і релігії); інтереси національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, запобігання заворушенням чи злочинам, охорона здоров'я чи моралі, захист репутації чи прав інших осіб, запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду (для обмеження свободи вираження поглядів); інтереси національної або громадської безпеки, запобігання заворушенням чи злочинам, охорони здоров'я чи моралі або захисту прав і свобод інших осіб (для обмеження свободи зібрань та об'єднання). Крім того, окремі цілі обмежень прав іноді закріплюються і в протоколах до Конвенції.

Практика Суду свідчить, що одне обмеження може мати за мету відразу кілька встановлених Конвенцією цілей. Однак для встановлення правомірності застосування обмеження достатньо встановлення наявності лише однієї мети. Дуже часто цією метою по суті є саме безпека, в якій держави-члени Ради Європи мають досить невизначену свободу розсуду<sup>604</sup>.

Крім того, як вказувалось, допустимі цілі обмежень окремих прав за Конвенцією не є визначеними та можуть включати широке коло таких цілей. Це стосується, наприклад, права на вільні вибори (стаття 3, Протокол № 1 до Конвенції), права на освіту (стаття 2 Протокол № 1 до Конвенції). У таких випадках Судом досліджується обґрунтованість тих цілей, які в процесі комунікації у справі позначаються урядом як цілі, з якими були застосовані обмеження. Так, наприклад, у справі *Хьорста проти Сполученого Королівства*, уряд вказував, що метою обмеження засуджених у їхньому активному виборчому праві було попередження злочинів, а також підвищення їхньої громадянської відповідальності й поваги до верховенства права. Однак Суд відмітив, що під час прийняття закону, яким передбачалася заборона засуджених голосувати, уряд посилався на таку мету як додаткове покарання засуджених, тобто позбавлення права голосу розглядалось як додаткова до ізоляції кара. У зв'язку з цим він відкинув ідею, що ув'язнення призводить до втрати прав далі втрати права на свободу (*beyond the right to liberty*)<sup>605</sup>. Таким чином, була сформульована

---

<sup>604</sup> *Rubi-Cavagna E.* Le respect de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et l'Espagne concernant la protection de la personne du détenu. Thèse. — Montpellier : Université Montpellier I, 1995. — P. 113.

<sup>605</sup> *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)* §75 (no. 74025/01, 06.10.2005); До речі, у відповідності до ч. 6 ст. 3 Закону України «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» від 10.07.2012 громадяни України, які за вироком суду перебувають у місцях позбавлення волі, вважаються такими, що не належать до жодної територіальної громади та не мають права голосу на місцевих виборах. Ідея про те, що позбавлені волі особи не належать до громади є апіорі помилковою, адже той же ст. 1 Закон України «Про місцеве самоврядування»



позиція, що спонукає національні практики тяжіти до скасування надлишкових обмежень до засуджених, оскільки ізоляція сама по собі є достатньою карою (із правової позиції Суду, з певною мірою двозначності, впливає, що він не здійснив однозначного засудження пунітивної мети позбавлення волі).

Ідея про необхідність розуміння ізоляції як покарання самим по собі на теперішній час є загальноприйнятною та знаходить своє джерело у відомому вислові А. Петерсона (Alexander Paterson), що люди посилаються у в'язницю як покарання, а не для покарання. Водночас, як ми доводимо в цій роботі, не є однозначною відповідь на питання що варто розуміти як таке, що «йде далі» обмеження права на свободу.

#### *2.2.1.2.2.1. Узгодження цілей обмежень у світлі різних нормативних актів*

Окремо стоїть питання про узгодження цілей обмежень у світлі різних нормативних документів, що регулюють цільову спрямованість кримінальної та кримінально-виконавчої політики держави.

Проблема співвідношення цілей обмежень прав засуджених обумовлена тим, що вимоги до таких цілей безпосередньо чи опосередковано встановлюються одразу в декількох нормативно-правових актах. По-перше, це загальні вимоги до обмежень прав засуджених у конституції, по-друге, у Конвенції про захист прав та основоположних свобод, по-третє, як цілі покарання в кримінальному та як цілі ув'язнення (чи виконання покарання як такого), що закріплені в кримінально-виконавчому законодавстві.

#### *2.2.1.2.2.1.1. Цілі обмежень у Конвенції і Конституції України*

Стаття 63 Конституції України передбачає, що засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і встановлені вироком суду. Обов'язковою умовою застосування будь-якого обмеження права засудженого так само, як

---

жителі, об'єднані постійним проживанням у межах села, селища, міста, що є самостійними адміністративно-територіальними одиницями, є членами територіальної громади (ст. 1). До того ж у відповідності до ст. 3 цього ж Закону будь-які обмеження права громадян України на участь у місцевому самоврядуванні залежно від їх раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, **терміну проживання** (виділено авт.) на відповідній території, за мовними чи іншими ознаками забороняються. Окрім законодавчих аргументів, можна розмірковувати над обґрунтованістю обмеження активного виборчого права на місцевих виборах і з іншої точки зору. Наприклад, чи не є особа, яка відбуває покарання, пов'язане з ізоляцією, об'єктом місцевої політики, знаходячись у кримінально-виконавчих установах? Звичайно ж так, адже до змісту цієї політики входить окрім загальних напрямків розвитку регіону більш конкретні, такі як питання водопостачання, підсобного виробництва кримінально-виконавчих установ і т. д. Разом з тим обґрунтованість цього обмеження виборчого права не має перспективи стати предметом оцінки Суду, адже стаття 3 Протокол 1 до Конвенції стосується тільки виборів законодавчого органу.

і інших громадян, є відповідність такого обмеження цілям, закріпленим у Конституції України. Загальні вимоги до обмежень прав передбачені у статті 64 Основного закону, а от конкретні вимоги до обмежень тих чи інших прав передбачаються в окремих його статтях.

Наприклад, стаття 34 Конституції встановлює, що здійснення права на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань може бути обмежене законом в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя.

Порівнюючи цілі, задля яких можуть застосовуватися обмеження прав громадян України (а відповідно і засуджених) із цілями, закріпленими в Конвенції, вітчизняні фахівці відмічали низку невідповідностей між ними<sup>606</sup>. Можливо, саме це посприяло включенню відомим українським конституціоналістом В. Речицьким до розробленого ним проекту конституції України спеціальної норми: «Закріплені в цій Конституції права людини і основоположні свободи не можуть тлумачитися як обмеження чи порушення прав і основоположних свобод, визнаних міжнародними договорами України», а також переформулювання у низці статей тих цілей, з якими можуть застосовуватись обмеження реалізації прав особи за чинною конституцією<sup>607</sup>.

ЄСПЛ, розглядаючи справи про обґрунтованість обмежень прав засуджених, безумовно бере до уваги лише ті цілі, що закріплені у Конвенції. Однак, як бути із невідповідністю між цілями обмежень за Конвенцією і Конституцією України у національній практиці, яким шляхом має йти теорія і практика виконання-відбування покарань, у встановленні яким саме цілям мають відповідати обмеження прав засуджених? Напевно, що з огляду на те, що міжнародно-правова відповідальність національної влади за застосування необґрунтованих обмежень до прав засуджених має своїм походженням саме практику Європейського суду з прав людини, більш вигідним з практичної точки зору буде взяти до уваги цілі можливих обмежень прав засуджених за Конвенцією.

У той же час варто мати на увазі необхідність узгодження такого підходу із найвищою юридичною силою Конституції. До тих пір, поки наявність суперечностей між цілями Конституції та Конвенції не є очевидною,

---

<sup>606</sup> Див. наприклад зауваження В. Г. Буткевича: Конституційна Комісія. Робоча група з прав, свобод та обов'язків людини і громадянина. — Київ, 2015. — С. 7–9.

<sup>607</sup> Речицький В. В. Проект Конституції України — 2012 / Харківська правозахисна група. — Харків: Права людини, 2012.

здається, що немає необхідності шукати теоретичні способи вирішення. Проте, якщо така необхідність виникне, то вирішення цього питання відноситиметься до політичного рівня.

Саме такий шлях пропонує ЄСПЛ у своєму рішенні щодо виборчих прав засуджених у справі *Анчугова і Гладкова проти Росії*. Зокрема, у відповідь на твердження російського уряду, що російський підхід у цій справі відрізнявся від інших країн Ради Європи, проти яких уже приймалися рішення щодо виборчих прав засуджених, тим, що в Росії відповідне обмеження прав було закріплено у конституції, яка має найвищу юридичну силу, пропонувалось вирішити проблему шляхом інтерпретації конституції у відповідності до Конвенції<sup>608</sup>. Як відомо, Росія обрала шлях конфронтації із ЄСПЛ шляхом створення небезпечного прикладу для інших країн Ради Європи. Зокрема, Конституційний Суд РФ визнав допустимим невиконання рішення ЄСПЛ, якщо воно суперечить Конституції РФ<sup>609</sup>.

Українська правова система має схожість із російською в тому, що Конституція України має вищу юридичну силу, ніж Європейська конвенція чи будь-який інший міжнародний договір. Тому не виключено, що в майбутньому так само може бути поставлено питання про невідповідність Конституції виконання рішення ЄСПЛ щодо необґрунтованості обмежень, які встановлюються Конституцією стосовно засуджених осіб. На нашу думку, в такому разі варто буде на відміну від шляху, обраного РФ, розглядати більш коректні для країни, яка визнала пріоритет міжнародного права<sup>610</sup> та не зробила застережень щодо статті 3 Протоколу № 1, варіанти вирішення проблеми, як-то зміни до Конституції.

<sup>608</sup> *Anchugov and Gladkov v. Russia* § 111 (04.07.2013, Nos. 11157/04, 15162/05).

<sup>609</sup> Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 апреля 2016 г. № 12-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу „Анчугов и Гладков против России“ в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации».

<sup>610</sup> Стаття 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів (Україна як і Росія приєдналась до неї у складі СРСР у 1986 році) передбачає, що її сторони не можуть використовувати внутрішнє (національне) право для обґрунтування неможливості виконання міжнародного договору. Існує низка інших міжнародно-правових аргументів щодо того, чому Конституція не може обґрунтовувати відступ від чинних міжнародних договорів (*Anchugov and Gladkov v. Russia* §§ 36–41 (nos. 11157/04, 15162/05, 04.07.2013)).

Разом з тим визнаною є проблема пріоритету міжнародного права в сучасній Україні, в тому числі що стосується дії Віденської конвенції у світлі вимог Конституції та Закону України «Про міжнародні договори» (Див.: *Третьяков Д.* Ієрархія законів і принцип «*resta sunt servanda*»: до питання про статус та місце міжнародних договорів у правовій системі України // Віче. — 2008. — №14. — С. 53–57; *Лисенко О.* Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року як джерело права у правовій системі України // Віче. — 2011. — № 2. — С. 26–30).

Наприклад, одним із потенційних проблемних випадків може стати застосування ч. 3 ст. 76 Конституції, у відповідності до якої: «не може бути обраним до Верховної Ради України громадянин, який має судимість за вчинення умисного злочину, якщо ця судимість не погашена і не знята у встановленому законом порядку». Як видно, ця норма стосується абсолютно всіх засуджених за умисні злочини та позбавляє їх права балотуватись на парламентських виборах<sup>611</sup>. При чому вона стосується не тільки під час відбування ними покарання, а й після нього, адже судимість може продовжуватися і після відбування покарання залежно від виду покарання та тяжкості злочину<sup>612</sup>. Такий підхід передбачає встановлення автоматичних обмежень, які не толеруються Європейським судом<sup>613</sup>.

Нагадаймо, що Парламентська Асамблея Ради Європи в одній зі своїх резолюцій уже висловлювала жаль з приводу «положень, що обмежують право засуджених осіб балотуватися на виборах, незалежно від тяжкості скоєного злочину. Визнаючи, що ці положення засновані на нормах статті 76 Конституції України, Асамблея пропонує невідкладно скасувати їх у рамках процесу Конституційної реформи відповідно до рекомендацій Асамблеї»<sup>614</sup>. Однак у процесі нещодавньої конституційної реформи це положення так і не було скасовано.

#### 2.2.1.2.1.2. Цілі обмежень у Конвенції і Кримінальний кодекс України

У рішенні у справі Великої Палати Суду «Діксон проти Сполученого Королівства»<sup>615</sup> Суд у відповідь на доводи Уряду, що обмеження сімейного життя (ненадання можливості штучного запліднення) мало за мету кару, відповів, що він хоч і визнає, що кара є однією із цілей в'язничного ув'язнення, але вказує на те, що розвиток європейської пенальної політики відбувається у напрямку до підвищення важливості реабілітативної мети покарання (§ 75). Тим самим Суд опосередковано визнав прийнятними доводи Уряду про те, що накладення обмеження може мати й каральну мету, хоча й при цьому вказав, що бажаним є застосування обмежень і з метою реабілітації (виправлення). З цього ми можемо зробити висновок — ЄСПЛ визнає допустимим переслідування обмеженнями прав засуджених цілі кари (хоча вона не визнається бажаною).

<sup>611</sup> Стаття 3 Протокол № 1 Конвенції включає як активне, так і пасивне право голосу (*Anchugov and Gladkov v. Russia* § 93 (nos. 11157/04, 15162/05, 04.07.2013)).

<sup>612</sup> Стаття 89 КК України «Строки погашення судимості».

<sup>613</sup> Див. нижче.

<sup>614</sup> Resolution 1862 (2012) "The Functioning of Democratic Institutions in Ukraine" // <http://assembly.coe.int/nw/xml/Xref/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=18068&lang=en> (останній доступ 13.08.2016).

<sup>615</sup> *Dickson v. the United Kingdom* (GC) (no. 44362/04, 04.12.2007).

Це рішення наштовхнуло нас на думку про пов'язаність цілей обмежень прав засуджених, які закріплені у Конституції та Конвенції, із цілями покарання у КК України. Очевидною стала і необхідність вирішення питання їх узгодження, що є складним завданням, якщо враховувати контрадикторність окремих цілей.

У відповідності до ч. 1 ст. 50 Кримінального кодексу України покарання є заходом примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду до особи, визнаної винною у вчиненні злочину, і полягає в передбаченому законом обмеженні прав і свобод засудженого. Інакше кажучи, змістом покарання є обмеження прав та свобод. Саме це дало нам підстави для висновку, що обмеження, у яких проявляється зміст покарання (наприклад, ізоляція, заборона користуватися мобільними телефонами, обмеження кількості грошей, дозволених до користування, побачень із рідними і т. ін.), мають відповідати вимогам Конституції України та Конвенції, а також, що вони мають переслідувати цілі покарання, які закріплені у КК України (кара, виправлення, спеціальна та загальна превенція). Це обґрунтовується й тим, що обмеження становлять зміст покарання, тобто є його складовими та одночасно тими засобами за допомогою кумулятивного ефекту, яких і мають досягатися цілі покарання. До схожої ідеї доходить американський філософ Р. Ліпке, який пише: «Із кожним правом ми повинні зважити, чи може його обмеження або втрата сприяти досягненню цілей покарання»<sup>616</sup>.

Встановлення того, які цілі має/може мати на меті обмеження права засудженого, є складною проблемою вже хоча б тому, що встановлення навіть того, яку з чотирьох цілей покарання має на меті кожне окреме обмеження викликає труднощі. Чи має обмеження одночасно бути спрямованим на досягнення всіх цілей покарання чи лише окремих із них? Чи можливо взагалі, щоб одне й те ж обмеження досягало різних цілей? Наприклад, заборона засудженим вживати алкогольні напої одночасно має карати та запобігати злочинам і виправляти, чи тільки, наприклад, запобігати злочинам?

Є такі логічно допустимі варіанти відповіді на ці питання:

- 1) обмеження, що становлять зміст покарання, спрямовані однаковою мірою до всіх цілей покарання, закріплених у КК України;
- 2) кожне обмеження може/має переслідувати тільки одну мету покарання;
- 3) обмеження може/має переслідувати одночасно декілька цілей і не переслідувати іншу/інші;

---

<sup>616</sup> Lippke R. L. Toward a Theory of Prisoners' Rights // Ratio Juris. — 2002. — Vol. 15, 2. — P. 125.

- 4) окремі обмеження мають тільки одну мету, в той час як інші можуть/мають переслідувати одразу декілька або всі цілі покарання;
- 5) кожне окреме обмеження має свого роду «акценти», тобто цілі, до яких вони переважно спрямовані.

Перший підхід є логічним, однак він ігнорує випадки, коли зміст обмежень, які застосовуються до засуджених, є діаметрально протилежним.

Другий, третій та четвертий підхід виявляють певне логічне протиріччя. Адже, якщо задекларовано 4 цілі покарання, то всі змістовні елементи покарання, до числа яких входять обмеження, мали б також спрямовуватися до всіх цих цілей одночасно. У цьому разі цілі слід розуміти як ознаки покарання як цілого явища, які тією чи іншою мірою мають бути притаманними всім його елементам.

Четвертий підхід дозволяє стверджувати, що обмеження свободи пересування (ізоляції) вичерпує мету кари (адже саме в ізоляції засудженого та в поміщенні його на певний строк до кримінально-виконавчої установи закритого типу формально й полягає позбавлення волі (ч. 1 ст. 63 КК України)), а тому всі інші обмеження не можуть мати за мету кару, а мають бути спрямовані на інші цілі покарання. При цьому, як вказувалось, треба розуміти, що будь-яке обмеження відображає кару, однак це не означає з необхідністю, що кара є їх метою.

П'ятий підхід, що має на увазі «акцентування» цілей, передбачає визнання пріоритетних цілей за окремими обмеженнями: ізоляція — кара та превенція, дисциплінарні стягнення, розпорядок дня — виправлення. Він дає змогу уникнути зазначених логічних протиріч, однак не дає практичної можливості жодним чином стримувати нормотворчу і правозастосовну практику. Вказане «акцентування» цілей, яке, вочевидь, не можна нормативно закріпити, повністю залежатиме від розсуду правозастосувача, що дає широке поле для його уяви про призначення кожного обмеження, а тому й для їх максимального розширення так само, як і до максимального звуження. Це може наблизити політику держави до підходу, схожого на «соціалістичну доцільність», коли право трактується та пишеться так, як це вигідно державі, що є неприпустимим для застосування до сфери прав людини.

Проблема ускладнюється й тим, що існують протиріччя між самими цілями покарання, оскільки воно має і карати, і виправляти одночасно<sup>617</sup>. Одні фахівці називали таке співвідношення між цілями покарання «колізією»<sup>618</sup>. Інші й узагалі вказували на протиріччя між цілями покаран-

---

<sup>617</sup> *Bageric M. Punishment & Sentencing: A Rational Approach.* — London: Routledge, 2001. — P. 157.

<sup>618</sup> *Наташев А. Е., Стручков Н. А. Основы теории исправительно-трудового права.* — М.: Юрид. лит-ра, 1967. — С. 136.

ня у вигляді позбавленні волі та самою природою цього покарання, адже про неможливість підготувати до життя в суспільстві в умовах ізоляції від суспільства, навчити корисній поведінці, утримуючи засудженого серед собі подібних, свідчить «здоровий глузд»<sup>619</sup>. Реінтеграція, захист, відновлення соціальної рівноваги і гідності особи, залякування — усі ці цілі покарання суперечать одна одній<sup>620</sup>.

Аналізоване питання ускладнюється й у світлі існування атрибутивних цілей, які треба мати на увазі. Вони містяться, наприклад, у ст. 1 Кримінально-виконавчого кодексу України, яка називається «мета і завдання кримінально-виконавчого законодавства України», та включають: захист інтересів особи, суспільства і держави шляхом створення умов для виправлення і ресоціалізації засуджених, запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень як засудженими, так і іншими особами, а також запобігання катуванням та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню із засудженими. У другій частині цієї статті ставляться завдання, які, можливо, мають хоч і менше, але все ж важливе значення для розуміння природи та цілей обмежень прав засуджених.

З урахуванням того, що обмеження, які становлять зміст покарання, найчастіше закріплені саме в кримінально-виконавчому законодавстві, вони також мають відповідати його меті та завданням. З цього випливає те, що ст. 1 КВК України, з огляду на відсутність достатніх теоретичних напрацювань з приводу її розуміння, практики її застосування як у нормотворчій, так і в правозастосовчій діяльності, може розглядатися як така, що створює додаткову плутанину у визначенні меж правообмежень засуджених, їх кількісних та якісних характеристик. Наприклад, шляхи досягнення мети захисту інтересів суспільства та держави шляхом створення умов для виправлення та ресоціалізації бачиться по-різному різними фахівцями, а тому й необхідні характеристики правообмежень, якими вона й має досягатися, можуть тлумачитися представниками різних правових шкіл (або ж практиками) протилежно.

Врахувавши зазначене, можна стверджувати про обов'язковий зв'язок між Конвенцією та Конституцією, з одного боку, та змістом покарання, з іншого. Складовими елементами змісту покарання є обмеження прав, а вони мають відповідати цілям, що закріплені як у Конституції, так і у Конвенції. До того ж вони мають відповідати іншим вимогам до обмежень, які закріплені в останній, таким як необхідність у демократично-

<sup>619</sup> Хохряков Г. Ф. Парадоксы тюрьмы. — М.: Юрид. лит., 1991. — С. 5.

<sup>620</sup> Valloton A. La protection de la dignité en prison — brève approche analytique des agences de régulation en Europe // L'Administration pénitentiaire face aux principes de la nouvelle gestion publique. Une réforme en question(s). Sous la direction de J.-C. Froment et M. Kaluszynski. — Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2011. — P. 204.

му суспільстві (пропорційність). Таким чином, Конституція та Конвенція містять вимоги, які опосередковано визначають допустимий зміст покарання, а також і його цілі. Тому ми вбачаємо підстави стверджувати про наявність стримуючого потенціалу Конвенції та практики Суду стосовно кримінально-правової політики та політики у сфері виконання покарань, адже обидві політики прямо або опосередковано стосуються обмежень прав засуджених осіб<sup>621</sup>. Наприклад, той факт, що обмеження, які є змістом покарання, мають відповідати цілям Конвенції, у майбутньому може поставити під сумнів відповідність Конвенції такої цілі покарання в Україні як кара. Однак поки що ЄСПЛ не здійснював подібних кроків щодо інших країн із пунітивними цілями покарання.

Твердження, що обмеження прав засуджених мають переслідувати додаткові порівняно з вільними громадянами цілі вказує на джерело відмінностей підходів до обмежень їхніх прав. Це дозволяє краще зрозуміти специфіку правової природи таких обмежень.

#### 2.2.1.2.3. *Необхідність у демократичному суспільстві (пропорційність)*

Найчастіше обмеження прав в'язнів визнаються необґрунтованими саме на етапі встановлення того, чи були обмеження необхідними в демократичному суспільстві. Цей етап вважається третім після встановлення дотримання двох інших вимог — передбаченості обмеження законом та спрямування їх до обґрунтованої мети. Необхідність у демократичному суспільстві тісно пов'язують із пропорційністю. Головною ідеєю пропорційності є те, що обмеження не має бути більшим, ніж це необхідно для досягнення обґрунтованої мети.

У справі *Сільвер та інші проти Сполученого Королівства*<sup>622</sup> формулюється розуміння пропорційності Судом. Вважається, що рішення в цій справі було одним із ключових у встановленні стандарту необхідності в демократичному суспільстві. У ній засуджений скаржився на необґрунтованість обмежень його кореспонденції, що виявлялось у зупинці тюремною адміністрацією листів до Міністра внутрішніх справ цієї країни. Судом було встановлено порушення Конвенції, а також невідповідність такого обмеження вимозі необхідності в демократичному суспільстві.

Варто процитувати частину рішення, що стосується стандарту пропорційності:

«97. У великій кількості випадків Суд встановлював розуміння фрази «необхідність у демократичному суспільстві», природу її функцій у вста-

---

<sup>621</sup> Човган В. О. Співвідношення цілей обмежень прав засуджених // Проблеми законності. — 2014. — Вип. 126. — С. 160–161.

<sup>622</sup> *Silver and Others v. the United Kingdom* (no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983).



новленні питань, пов'язаних із цією фразою і способом, у який втілюються ці функції. Варто підсумувати кілька окремих принципів:

- [...] (b) Договірні сторони користуються певною, проте не безмежною, свободою розсуду в питаннях застосування обмежень, але справою Суду є фінальна оцінка того, чи відповідали вони Конвенції;
- (c) фраза «необхідний у демократичному суспільстві» означає, що для відповідності Конвенції втручання (тобто обмеження. — прим. авт.) воно має, з-поміж іншого, відповідати «нагальній соціальній потребі» і бути «пропорційними переслідуваній цілі»;
- (d) ті параграфи статей Конвенції, що передбачають винятки з гарантованих прав (тобто обмежувальні клаузули — авт.) мають тлумачитись вузько».

Невід'ємним критерієм вимоги «демократичного суспільства» є плюралізм, толерантність, ширина свободи думки<sup>623</sup> без них не може бути «демократичного суспільства»<sup>624</sup>. Ці ознаки стають ключовими у визначенні балансу між суспільними та індивідуальними інтересами. Вони мають братись до уваги в разі конкурування індивідуальних та суспільних інтересів. Це фактично означає, що перевага має максимально віддаватись індивідуальному інтересу.

«Необхідність» обмеження припускає наявність «нагальної суспільної потреби»<sup>625</sup> обмеження права. При цьому країни мають певну ширину розсуду (*marge d'appréciation*) у визначенні наявності такої потреби. Тим не менш, застосована доктрина «ширини розсуду» може бути оцінена Судом з точки зору вироблених стандартів.

Разом з тим вважається, що її застосування до всіх випадків обмежень навряд чи є підходящим. Фахівці з конвенційного права вказують, що, наприклад, тоді, коли поліцейські втручаються у право на приватність шляхом моніторингу конфіденційної інформації, дійсно, може йтись про «нагальну соціальну потребу», то доречність цього терміна стосовно інших прав, закріплених у Конвенції, залишається під питанням<sup>626</sup>. У той же час Суд використовує цю категорію до справ засуджених, що стосується права на приватність; серед іншого, вона передбачає обов'язок держави продемонструвати наявність такої мети для втручання у права засуджених<sup>627</sup>.

<sup>623</sup> *Bayatyan v. Armenia* § 126 (no. 23459/03, 07.07.2011).

<sup>624</sup> *Handyside v. the United Kingdom* § 49 (no. 5493/72, 07.12.1976).

<sup>625</sup> *Polat v. Turkey* § 43 (no. 23500/94, 08.07.1999).

<sup>626</sup> *Cooper J. Understanding Human Rights Principles*. — Portland: Hart Publishing, 2001. — P. 75.

<sup>627</sup> *Khoroshenko v. Russia* (GC) § 118 (no. 41418/04, 30.06.2015), *Biržietis v. Lithuania* § 55 (no. 49304/09, 14.06. 2016).

С. Фостер окреслює у своїй книзі загальний порядок дій Суду при встановленні того, чи було обмеження необхідним у демократичному суспільстві<sup>628</sup>. Суд спочатку розглядає, чи є нагальна соціальна потреба для обмеження. Якщо така потреба була, друге, що має бути встановлено, це чи відповідає обмеження такій потребі. Якщо й ця вимога задовольняється має бути розглянуто питання, чи було б обмеження відповідним цій потребі за інших обставин, чи є належними мотиви, на яких ґрунтується влада.

У зв'язку з цим може постати запитання про те, чим у принципі відрізняються «нагальна суспільна потреба» (pressing social need) обмеження і обґрунтована ціль обмеження, наявність якої є другою складовою описуваного трискладового тесту. Адже по суті нагальна суспільна потреба також є певною ціллю, що має переслідуватися владою при застосуванні до особи обмежень.

Встановлення наявності обґрунтованої цілі ще не означає наявності нагальної суспільної потреби обмеження. Інакше потреба другої складової трискладового тесту відпала б узагалі. Різниця полягає в тому, що уряд має продемонструвати, чому обмеження має на меті нагальну суспільну потребу в кожному конкретному випадку<sup>629</sup>. Це твердження стало **особливо важливим з тих пір, як Суд фактично не здійснює критичного аналізу доводів держави про наявність обґрунтованих цілей**, тобто другої складової трискладового тесту, яка з часом почала нівелюватись.

Оцінюючи, чи було обмеження «необхідним» у демократичному суспільстві, Суд також звертає увагу на так звані «звичайні та раціональні вимоги ув'язнення» (ordinary and reasonable requirements of imprisonment)<sup>630</sup>. Хоча ця концепція і не має суттєвого впливу на практику Суду<sup>631</sup>.

Чи не найголовнішим у визначенні того, чи було обмеження права засудженого необхідним у демократичному суспільстві, є встановлення **пропорційності** (відповідності) між обмеженням, що застосовується, та метою, з якою воно застосовується. Для аналізу цієї вимоги Суд тривалий час застосовує чіткий тест пропорційності, який включає відповіді на питання щодо того, чи було втручання у право особи (мається на увазі обмеження) підходящим та належним, чи була «нагальна соціальна потреба» для втручання, чи було втручання *відповідним* обґрунтованій меті, яка переслідувалась. У більш пізніх рішеннях ним застосовується менш

<sup>628</sup> Foster S. Human rights and Civil Liberties: 2008 and 2009. — New York: Oxford University Press, 2008. — P. 42.

<sup>629</sup> Guild E., Minderhoud E. P. Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe. — The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001. — P. 30–31.

<sup>630</sup> Szuluk v. the United Kingdom § 46 (no. 36936/05, 02.06.2009).

<sup>631</sup> Див. вище.

жорсткий тест: чи було втручання «обґрунтованим в принципі і пропорційним?», чи було «обґрунтоване відношення пропорційності» між обмеженням і переслідуваною обґрунтованою метою<sup>632</sup>.

При встановленні того, чи є пропорційним втручання в право, має обговорюватись питання про вплив такого втручання на право, підстави для втручання, ефект, до якого призвело втручання в право, контекст застосування обмеження. З того часу, як була визнана ідея, що саме держава має обґрунтовувати необхідність втручання, Комісією та Судом використовувались різні вислови з цього приводу. Наприклад, підстави мають бути «підходящими та належними», необхідність обмеження має бути «переконаливо встановлена», винятки мають бути сформульовані максимально вузько, втручання має бути відповідним «нагальній соціальній потребі»<sup>633</sup>.

Принцип пропорційності, який не згадується ні в Конвенції, ні в протоколах до неї, тим не менш став ключовим у практиці Суду. Тому дослідження пропорційності обмеження по відношенню до цілі є надзвичайно об'ємною темою, а визначення пропорційності обмеження базується на обширній доктрині пропорційності, а також принципі пропорційності. Саме ж розуміння принципу й до сьогодні не є однозначним серед теоретиків права. Вважається, що «вгадати», коли Суд встановить наявність чи відсутність пропорційності, досить важко, адже його попередня практика в цій сфері доводить значну відмінність у підходах у залежності від кожної конкретної справи. Це навіть дало підстави науковцям стверджувати те, що наслідки справи важко передбачити, а тому ідея пропорційності має «малу дедуктивну цінність як загальний принцип»<sup>634</sup>.

Зрозуміло, що відсутність чіткої доктрини Суду стосовно того, як з точністю визначити пропорційність обмеження, породжує і породжуватиме проблеми в Договірних Сторін Конвенції. З цього приводу теоретик у сфері застосування Конвенції Лорд Лестер висловив метафору: «Якщо рупор дає неоднозначний клич із Страсбурга, то хто в Договірних Сторонах має готуватись до битви?»<sup>635</sup>.

---

<sup>632</sup> *Dijk P., Hoof G. J. H., Van Hoof J. G. F., Heringa A. W.* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 3rd edition. — The Hague: Kluwer Law International, 1998. — P. 94.

<sup>633</sup> *Greer S.* The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Human Rights Files No. 17. — Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000. — P. 20.

<sup>634</sup> *Viljanen J.* The European Court of Human Rights as a Developer of General Doctrines of Human Rights Law — A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights. — Tampere: Tampere University Press, 2003. — P. 339.

<sup>635</sup> *Lester A.* Universality versus Subsidiarity: A Reply // *European Human Rights Law Review.* — 1998. — P. 81.

Незважаючи на те, що теорія конвенційного права тяжіє до встановлення одноманітного підходу до оцінки пропорційності, надзвичайно важко вказати на чіткий перелік критеріїв і їх незмінний порядок як на узагальнену характеристику підходу Суду. Як влучно вказує відомий дослідник принципу пропорційності Й. Хрістоферсон, «принцип пропорційності у Конвенції дуже далекий від того, щоб навіть віддалено нагадувати його доктринальне тлумачення. Надзвичайно сумнівним є те, що такий наперед заданий трьохскладовий тест може бути коли-небудь створений. Принцип пропорційності визначає тлумачення та застосування міжнародного та національного права у великій кількості сфер, які дуже відрізняються, надзвичайно комплексних сферах і було б антиінтуїтивно думати, що рішення, які стосуються міжнародних прав людини, можуть бути зведені до простої формули, яка могла б бути застосована, щоб вирішити всі і кожний спір»<sup>636</sup>.

Як вказують деякі науковці, Суд іноді розглядає три елементи пропорційності, а іноді два. Перший випадок включає в себе: належність обмеження, його необхідність та відсутність диспропорційного характеру. Другий же включає вимогу відповідності обмеження *важливості* переслідуваної мети та його *необхідності* для досягнення такої мети. При цьому залишається незрозумілим, як корелюють елементи двоскладового підходу з елементами трискладового. Адже, наприклад, відповідність важливості мети може бути віднесена як до першого елемента — належності обмеження, так і до третього — відсутності диспропорційного характеру<sup>637</sup>. Що ж стосується трискладового змісту, то для розуміння його елементів можуть використовуватись такі орієнтуючі формулювання: «чи були заходи належними і необхідними для досягнення законної мети», «чи були альтернативні менш обтяжуючі обмеження і якщо були, то перевага мала бути надана найменш обмежуючому» і «втрати, спричинені обмеженням, не можуть бути невідповідними меті, що переслідувалась»<sup>638</sup>.

---

<sup>636</sup> *Christoffersen J.* Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. — The Hague: BRILL, 2009. — P. 71.

<sup>637</sup> *Van Gerven W.* The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe // The Principle of Proportionality in Laws of Europe. Ed. by E. Ellis. — Portland: Hart Publishing, 1999. — P. 38.

<sup>638</sup> Суд має власне бачення пропорційності, тоді як існують і більш оригінальні підходи. Наприклад, А. Барак пропонує розглядати пропорційність як таку, що вимагає балансу між граничною соціальною важливістю досягнення мети закону та важливістю попередження заподіяння шкоди праву у зв'язку з його обмеженням (*Barak A.* Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations. — Cambridge: Cambridge University Press, 2012. — P. 11, 350–353). Інші фахівці вважають, що пропорційність може впливати із важливості цінності (*Verdussen M.* Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal. Préface de F. Delpérée. — Bruxelles: Bruylant, 1995. — P. 140).

Якщо узагальнити, то можна описати зміст принципу пропорційності в кількох словах. За влучним визначенням окремих теоретиків, пропорційність обмеження означає, що «обмеження не має бути більшим, ніж це необхідно для досягнення обґрунтованої мети»<sup>639</sup>. Пропорційність зазвичай стосується питання, чи можна було б досягнути переслідувану законну мету менш обмежувальними засобами або чи спричинило обмеження користувачеві права шкоду, яка може переважати вигоду від такого обмеження, яку могло б бути досягнуто за допомогою переслідування обґрунтованої мети<sup>640</sup>.

Можливість використання менш обтяжувальних заходів для досягнення тих самих цілей є центральним питанням у доктрині пропорційності ЄСПЛ, а застосування непропорційного обмеження порівнюють із розбиванням горіха за допомогою кувалди<sup>641</sup>. Іншою подібною аналогією є постріл у горобця за допомогою гармати. Р. Ліпке, говорячи про ступінь допустимості обмежень прав в'язнів, пропонує аналогію з лікарем. Як і лікар, якому ми надаємо «мандат» на заподіяння болю з певною метою під час операції, так і влада має завдавати тільки того «болю» (обмежень), який є потрібний для досягнення відповідних цілей<sup>642</sup>.

При визначенні того, чи було обмеження надмірним, до уваги береться також форма обмеження та його процедура<sup>643</sup>, а також його тривалість<sup>644</sup>. Обмеження буде пропорційним лише тоді, коли мета обмеження обґрунтовує втручання у право. Має бути раціональний зв'язок між метою та обмеженням і застосовані засоби не мають бути більшими, ніж це необхідно для досягнення мети<sup>645</sup>.

При аналізі обмеження з погляду пропорційності вирішується питання про співвідношення індивідуальних та суспільних інтересів. Співвідносячи шкоду, завдану індивідуові обмеженням, із тією вигодою для

---

<sup>639</sup> *Webley L., Samuels H. Complete Public Law: Text, Cases, and Materials. 2<sup>nd</sup> ed.* — Oxford: Oxford University Press, 2012. — P. 254; *Malloy R. P., Diamond M. R. The Public Nature of Private Property.* — Surrey: Ashgate Publishing, Ltd., 2011. — P. 113.

<sup>640</sup> *Feldman D. Civil Liberties and Human Rights in England and Wales.* — Oxford: Oxford University Press, 2002. — P. 57.

<sup>641</sup> *Brems E. 'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights // Human Rights Law Review.* — 2015. — No. 15 (1). — pp. 139–168.

<sup>642</sup> *Lippke R. L. Criminal Offenders and Right Forfeiture // Journal of Social Philosophy.* — 2001. — Vol. 32, 1. — P. 80.

<sup>643</sup> *Reid K. A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights. 4<sup>th</sup> ed.* — London: Sweet & Maxwell, 2012. — P. 67.

<sup>644</sup> *Istvan Gabor Kovacs v. Hungary* § 38 (no. 15707/10, 17.01.2012).

<sup>645</sup> *Ormerod D., Hooper A. Blackstone's Criminal Practice 2012.* — Oxford: Oxford University Press, 2011. — P. 122.

суспільства, що була здобута його застосуванням, неминуче постає питання про те, яким має бути саме розумне, обґрунтоване співвідношення. Це обумовлено тим, що шкоду, яка завдана індивідуальним інтересам внаслідок обмеження його прав, можна завжди поставити нижче, ніж інтереси суспільства. Щоб цього не сталось, необхідно, щоб таке співвідношення було необхідним у демократичному суспільстві, як якісній характеристиці суспільства, що вимагає максимально широку індивідуальну свободу. Тому, оцінюючи наявність балансу, оцінюється наявність саме *справедливого балансу*.

Визначення ж того, що таке справедливий баланс, у свою чергу, залежить від чинників, які не є незмінними та враховуються по-різному в кожній індивідуальній справі. Тому для характеристики справедливого балансу найкраще знайомитись безпосередньо із практикою Суду з увагою до тих справ, у яких було встановлено порушення балансу. Наприклад, порушення пропорційності може полягати в такому: було альтернативне менш обмежуваче обмеження; було застосовано обмеження, яке не враховувало індивідуальні випадки, а обмежувало в правах автоматично; мотиви, які не обґрунтовували обмеження належним чином; відсутності належних процедур, за допомогою яких можна було б мінімізувати обмеження та ін<sup>646</sup>. При цьому пропорційність оцінюється контекстуально, враховуючи негативні наслідки обмеження для особи та інші чинники в індивідуальних ситуаціях<sup>647</sup>.

Одне із ключових у формуванні стандарту «необхідність у демократичному суспільстві» рішень Суду є рішення у справі *Хендісайд проти Сполученого Королівства*<sup>648</sup>. У ньому Суд встановив, що будь-яке обмеження має чітко відповідати законній меті, яка переслідується, і що обмеження не має йти далі безпосередньо необхідного для досягнення цієї мети. Наскільки Суд готовий проводити перевірку обмеження на предмет пропорційності, може залежати від великої кількості чинників, таких як важливість права, що було обмежено, обсяг цього обмеження, терміновість нагальної суспільної потреби і санкція, яка накладена на користувача права, включаючи питання, чи було застосоване обмеження найменш обмежувачим із тих альтернатив, що були доступні владі<sup>649</sup>.

Таким чином, ***чи не найважливішим питанням, яке може виникати в процесі оцінки пропорційності обмеження, буде його мінімальна необ-***

<sup>646</sup> Davis H. Human Rights Law: Directions. — New York: Oxford University Press, 2007. — P. 12.

<sup>647</sup> *Shahanov and Palfreeman v. Bulgaria* (nos. 35365/12 and 69125/12, 21.07. 2016).

<sup>648</sup> *Handyside v. the United Kingdom* (no. 5493/72, 07.12.1976).

<sup>649</sup> Foster S. Human Rights and Civil Liberties: 2008 and 2009. — New York: Oxford University Press, 2008. — P. 43.

**хідність (і необхідність взагалі) для досягнення обґрунтованої цілі.** В контексті прав в'язнів це питання набуває особливої важливості, коли йдеться про ціль, яка найчастіше обґрунтовує обмеження цих прав, — безпеку і порядок. Чи було конкретне обмеження необхідним та мінімальним для досягнення цієї мети, чи існувала менш обмежувача альтернатива? ЄСПЛ може виявитись не в найкращій позиції для відповіді на це питання, якщо воно виникає стосовно пенітенціарної сфери.

Останнім наочним прикладом цього було рішення у справі «*Калда проти Естонії*»<sup>650</sup>. У ній засудженому було відмовлено у доступі до Інтернету. Головним дискусійним питанням було, чи буде такий доступ ставити під загрозу безпеку. Суд відхилив аргументи уряду з цього приводу та вказав, що засуджені в цій країні вже мали доступ до окремих веб-сайтів, а тому немає підстав вважати, що доступ до кількох інших сайтів із юридичними матеріалами становитиме таку небезпеку. Уряд же посилався на складність контролю такого доступу.

Як зазначив у своїй окремій незгодній думці суддя Кйолбро (Kjølbro), Суд не володів підставами для того, щоб ставити під сумнів оцінку ризиків та загрози безпеці, здійснену національною владою (§ 7 окремої думки). Він цілком влучно зауважив, що для того, щоб Суд міг робити такі висновки, мають існувати докази безпечності доступу засуджених до Інтернету із практики та порівняльного права. На нашу думку, це окрема думка судді підкреслює саму квінтесенцію проблеми — обмеженість юристів у наданні відповіді щодо безпечності окремих обмежень прав в'язнів. Ми відстоюємо позицію, що такі відповіді повинні давати кримінологи, фахівці у сфері інформаційних технологій, інші вчені, які здійснюють емпіричні дослідження, компаративісти<sup>651</sup>.

Це рішення дозволяє зробити найкращу демонстрацію обмеженості ЄСПЛ та юристів загалом для оцінки необхідності та мінімальності обмежень, які застосовуються у в'язничній сфері для досягнення поставлених урядом цілей. Використання логіки та раціональних аргументів часто не буде достатнім для встановлення безпечності скасування обмежень прав у пенітенціарних установах. За відсутності підтвердження досвідом чи емпіричними даними такої безпечності рішення Суду матиме низький ступінь легітимності серед країн-членів Ради Європи. Це особливо стосується тих категорій обмежень, щодо яких у цих країнах немає згоди. Вони не обмежуються справами щодо безпеки в пенітенціарних установах чи попередження злочинів загалом та охоплюють усі справи,

<sup>650</sup> *Kalda v. Estonia* (no. 17429/10, 19.01.2016).

<sup>651</sup> *Chovgan V. L'accès des détenus à internet devant la Cour EDH* (commentaire de l'arrêt *Kalda c. Estonie* du 19 janvier 2016) // *Actualité juridique pénal.* — 2016. — No. 4. — pp. 225–226.

у яких є сумніви щодо співмірності обмеження для досягнення обґрунтованої цілі.

#### 2.2.1.2.3.1. Пропорційність у рішеннях ЄСПЛ по справах в'язнів

При встановленні, чи були обґрунтованими обмеження засуджених, Суд бере до уваги навіть кримінально-виконавчу характеристику особи, в тому числі її попередню поведінку під час відбування покарання.

Так, у справі *Юліна проти Естонії* (§§ 191–192)<sup>652</sup> заявник скаржився, що під час повернення до тюрми з судового засідання його необґрунтовано було піддано обшуку шляхом роздягання в присутності п'яти співробітників установи. Суд, розглядаючи, чи було таке обмеження права на приватність (ст. 8 Конвенції) обґрунтованим, вказав на необхідність встановлення того, чи був спосіб, у який проводився обшук засудженого, пропорційним обґрунтованій цілі. Для цього було розглянуто питання, чи були ці заходи мінімально необхідними в цій справі, і було встановлено, що з урахуванням того, що засуджений раніше вже був спійманий на зберіганні заборонених предметів і неодноразово конфліктував з адміністрацією установи, таке втручання (в присутності п'яти чоловік) не було необґрунтованим з огляду на оцінку індивідуального ризику для забезпечення вимог безпеки в установі.

Крім поведінки особи під час відбування покарання (пенітенціарна характеристика особи), до чинників, які впливають на оцінку обґрунтованості судом обмеження, відноситься і тип злочину, який особа вчинила або у вчиненні якого підозрюється (кримінальна характеристика). Наприклад, у справі *Ердема проти Німеччини*<sup>653</sup> Суд встановив, що підозра у вчиненні злочину, пов'язаного з тероризмом, обґрунтовувала контроль кореспонденції в'язня з адвокатом. Щоправда, такому незвичному для практики Суду визнанню обґрунтованості обмеження у світлі вчиненого особою злочину посприяло інші два чинники:

- а) перевірка кореспонденції здійснювалась не пенітенціарною адміністрацією, а судом, який мав зберігати конфіденційність щодо змісту кореспонденції;
- б) норма-підстава для такої перевірки мала дуже чіткий характер. До речі, це рішення дало підстави окремим дослідникам сумніватися щодо сумісності такого підходу із рівним поводженням із засудженими<sup>654</sup>, адже обґрунтування обмеження права залежало від

<sup>652</sup> *Julin v. Estonia* (no. 16563/08, 29.05.2012).

<sup>653</sup> *Erdem c. Allemagne* (no. 38321/97, 05.07.2001).

<sup>654</sup> *Hild B.* La liberté de correspondance des personnes détenues : étude de la correspondance épistolaire en prison : Mémoire de recherche réalisé sous la direction des Pr. A. Darsonville et J. Fernandez, Année 2012–2013. — Lille: Université Lille 2, 2013. — P. 70.



типу вчиненого злочину. На жаль, цей цілком логічний сумнів не сприяв здійсненню спроби співвіднесення індивідуалізації обмежень у пенітенціарній сфері та принципу рівності прав засуджених за різні злочини<sup>655</sup>. На нашу думку, вчинений злочин може тільки тоді визначати оцінку обмеження права під час відбування покарання, коли він має безпосередній вплив на оцінку ризиків. При цьому він не повинен бути безальтернативним чинником, до уваги повинні братись і інші обставини, такі як поведінка під час відбування покарання.

У справах, пов'язаних з обмеженнями прав засуджених у випадках обшуків, Суд завжди бере до уваги спосіб проведення обшуку, що дає можливість встановити мінімальну необхідність обмеження права, як складової вимоги необхідності в демократичному суспільстві. Іноді, у разі грубого недотримання цих вимог, Суд розглядає такі випадки як принижуюче поводження у розумінні статті 3 Конвенції. Так, у справі *Маленко проти України*<sup>656</sup> було встановлено, що засуджений під час входу та виходу у виробничу зону установи піддавався обшуку шляхом його роздягання, що відбувалось у присутності інших засуджених та не в спеціально обладнаних приміщеннях. На додаток, Суду не було надано жодних деталей щодо, наприклад, особливостей виробництва установи чи будь-якої іншої інформації, щоб пояснити обґрунтування обмеження. Як наслідок, в сукупності з іншими обставинами (неналежні умови тримання та медичне обслуговування) було встановлено порушення статті 3 Конвенції (§ 61).

Іншим прикладом недопустимого способу обмеження прав засуджених під час обшуку Судом часто приводяться справа *Валасінаса проти Литви*<sup>657</sup>. У цій справі засудженого обшукували (з повним роздяганням) в присутності особи жіночої статі. При цьому обшукувачі торкалась голими руками його статевих органів, а також їжі, яку він мав при собі (§ 117). Крім того, як необхідна вимога обґрунтованості обшуку розглядається їх обумовленість міркуваннями безпеки в установі виконання

---

<sup>655</sup> У свою чергу, це наштовхує нас на ідею, що індивідуалізація обмежень, як необхідна складова принципу пропорційності, виключає чинну в Україні класифікацію засуджених задля відбування покарання в установах різних видів безпеки (режиму) на формальних критеріях, як-то вид вчиненого злочину. Така класифікація повинна здійснюватись здебільшого з огляду на індивідуальну оцінку ризиків. Автору вдалося включити відповідне завдання до Плану дій з реалізації Нацстратегії у сфері прав людини (див.: Човган В. Ключові напрями пенітенціарної реформи як складові національного Плану дій у сфері прав людини //

[http://www.khpg.org/index.php?id=1453461065#\\_ftn1](http://www.khpg.org/index.php?id=1453461065#_ftn1) (останній доступ 29.11.2016).

<sup>656</sup> *Malenko v. Ukraine* (no. 18660/03, 19.02.2009).

<sup>657</sup> *Valašinas v. Lithuania* (no. 44558/98, 24.07.2001).

покарань в кожному конкретному випадку<sup>658</sup>. Тому, наприклад, щотижневі обшуки без належного обґрунтування також розглядаються як порушення Конвенції<sup>659</sup>.

Можна припускати, що якби в зазначених випадках обмеження у вигляді обшуків було обґрунтованим, Суд скоріше за все встановив би правомірність його застосування у відповідності до ч. 2 ст. 8 Конвенції (підстави та умови обмеження права на приватність). Тобто обґрунтованість обмеження права може розглядатись не тільки у світлі «спеціалізованої» статті 8 чи іншої статті, яка містить лімітативну клаузулу, а й у світлі статті 3. Це може мати місце тоді, коли необґрунтованість обмеження, у тому числі з огляду на принижуючий спосіб його здійснення, досягає такого рівня, коли воно порушує статтю 3. Якщо ступінь непропорційності обмеження є занадто високим, то Суд може взагалі не розглядати обґрунтованість обмеження в порядку трискладового тесту, а відразу встановлювати порушення статті 3. Також обмеження прав можуть бути чинниками, які беруться до уваги при встановленні порушення статті 3<sup>660</sup>. З іншого боку, якщо обмеження не досягає рівня суворості, достатнього до порушення статті 3, його обґрунтованість може розглядатись за статтею 8 Конвенції<sup>661</sup>.

Як вказувалося, для визначення пропорційності важливим є встановлення справедливого балансу між суспільною вигодою від обмеження та обмеженнями індивідуальних прав.

У справі *Янкова проти Болгарії*<sup>662</sup>, засуджений з-поміж іншого скаржився на те, що його було поміщено в дисциплінарний ізолятор на 7 діб у зв'язку з тим, що він намагався передати через свого адвоката рукопис книги, якою критикувалась тюремна система країни і, зокрема, тюрма, в якій він знаходився, а також її співробітники. До того ж тюремною адміністрацією було заборонено передати рукопис. Влада стверджувала, що таке обмеження мало за мету підтримку репутації правосуддя та захист репутації державних службовців. Однак Суд визначив, що був відсутній справедливий баланс між обмеженням, яке було накладено на заявника, і між цими цілями, які декларувались. Адже розповсюдження рукопису і навіть його друк не зміг би створити серйозної загрози репутації тюрем-

<sup>658</sup> *Valašinas v. Lithuania* § 117, *Iwańczuk v. Poland* § 59 (no. 25196/94, 15.11.2001), *McFeeley et al. v. the United Kingdom* §§ 60–61 (no. 8317/78, 15.05.1980).

<sup>659</sup> *Lorsé and others v. the Netherlands* § 74 (no. 52750/99, 04/02/2003).

<sup>660</sup> Наприклад, на додаток до недостатньої жилої площі одним із таких чинників може бути недостатність корисної діяльності поза межами камерами *Truten v. Ukraine* §§ 52–54 (no. 18041/08, 23.06.2016).

<sup>661</sup> *Raninen v. Finland* § 63 (no. 20972/92, 16.12.1997).

<sup>662</sup> *Yankov v. Bulgaria* (no. 39084/97, 11.12.2003).

ної адміністрації (§ 143). Тому було встановлено порушення свободи вираження поглядів, закріпленої у ст. 10 Конвенції.

Так само у справі *Маріна Костова проти Болгарії* Суд встановив, що накладення на засудженого максимального стягнення у вигляді поміщення в дисциплінарний ізолятор на 14 діб не було пропорційним порушенню, за яке воно було застосовано (спроба відправки до прокуратури скарги, яка, на думку в'язничного персоналу, містила неправдиві твердження щодо невидачі йому посилки), та цілі захисту репутації в'язничного персоналу, яку захищав уряд<sup>663</sup>. У цій справі було також визнано порушення статті 10 Конвенції, оскільки обмеження права не було необхідним у демократичному суспільстві.

З вищезазначених прикладів видно, що в контексті прав засуджених пропорційність обмежень може стосуватись співрозмірності стягнення, накладеного за порушення норм поведінки в установі, тобто пропорційності дисциплінарної відповідальності. Це підтверджується іншим нещодавнім рішенням Суду проти Болгарії<sup>664</sup>.

Відсутність справедливого балансу (як частини принципу пропорційності) була встановлена також у справі *Хорича проти Польщі*<sup>665</sup>. У ній засуджений скаржився на невиправдано обтяжливі обмеження на право на повагу до приватного життя, а саме, що стосувалось права на побачення. Засуджений у зв'язку із тяжкістю його злочину був поміщений до спеціального режиму. Через це він був більш обмежений у кількості побачень, а також у порядку їх проведення, що виражалось у відсутності можливості безпосереднього контакту зі своїми родичами під час візитів. Між заявником та його сім'єю встановлювалась перегородка зі скла, а також додаткове оснащення із ґратів. Крім того, тюремною адміністрацією не були створені належні умови проведення візиту заявника зі своїми дочками, що виразилося в тому, що їм доводилось проходити довгий коридор всередині самої установи повз камери, де тримались ув'язнені, які в цей час бурхливо реагували на присутність неповнолітніх. Такий порядок був настільки обтяжливим для дочок заявника, що йому довелося відмовитися від побачень з ними взагалі.

Як результат описаних обставин було встановлено, що обмеження, які застосовувались до заявника, не відображали справедливого балансу між вимогами особливого режиму, з одного боку, та правом заявника на повагу до його сімейного життя, — з другого (§ 132), що призвело до порушення статті 8 Конвенції.

<sup>663</sup> *Marin Kostov v. Bulgaria* §§ 48–51 (no. 13801/07, 24.07.2012).

<sup>664</sup> *Shahanov and Palfreeman v. Bulgaria* (nos. 35365/12 and 69125/12, 21.07.2016).

<sup>665</sup> *Horych v. Poland* (no. 13621/08, 17.07.2012).

Відсутність індивідуальної оцінки ризиків перед застосуванням обмежень може ставати підставою для порушення вимоги необхідності в демократичному суспільстві. Наприклад, встановлення перегородок під час побачень допускається тільки на підставі індивідуальної оцінки ризиків та не допускається на рутинній основі. Так, у згаданій справі *Ciorap проти Молдови*<sup>666</sup> Суд підкреслив відсутність намагань домашніх судів встановити наявність відповідного ризику для безпеки установи, яким обґрунтовувалось встановлення перегородки, у світлі індивідуальних характеристик справи заявника. Як наслідок, було встановлено порушення вимоги необхідності в демократичному суспільстві. Суд також зауважив, що заявникові навіть кілька разів надавалась можливість мати тривалі побачення, які допускали фізичний контакт, а тому тим більше нелогічним було посилатись на міркування безпеки для того, щоб забороняти йому такий контакт під час короткострокових побачень (§§ 117–118). До речі, така логіка повною мірою стосується і української в'язничної практики, у відповідності до якої під час короткострокових побачень обов'язково встановлюється перегородка, але при цьому всі засуджені мають право на тривалі (сімейні) побачення! Єдиним її виправданням є більш широке коло осіб, які можуть мати із засудженими короткострокові побачення.

У справі Дональдсона проти Сполученого Королівства<sup>667</sup> засуджений скаржився на заборону тюремною адміністрацією носити на своєму одязі спеціальний символ — лілію, який був тісно пов'язаний із військово-політичним конфліктом у Північній Ірландії. Оскільки в установі були засуджені, які підтримували різні сторони конфлікту, то демонстрація такого символу могла б викликати агресивну реакцію та насильницькі дії. Суд встановив, що, дійсно, таке обмеження свободи вираження політичних поглядів було обґрунтованим, бо мало на меті попередження злочинів, безладів та захисту прав інших осіб, тобто цілі, для досягнення яких Конвенція дозволяє обмежувати свободу вираження поглядів. Зокрема, це було необхідно для забезпечення середовища без знаків будь-якої зі сторін конфлікту. Таким чином, суспільний інтерес переважив індивідуальний.

У надзвичайно важливій для теорії правообмежень засуджених у справі Діксона проти Сполученого Королівства<sup>668</sup> засуджений скаржився на ненадання йому можливості здійснити процедуру штучного запліднення та зачати дитину. Судом було встановлено, що сама відсутність вимоги встановлення пропорційності обмеження в кожному конкретному

---

<sup>666</sup> *Ciorap v. Moldova* (no. 12066/02, 19.06.2007).

<sup>667</sup> *Donaldson v. the United Kingdom* § 32 (no. 56975/09, 25.01.2011, decision).

<sup>668</sup> *Dickson v. the United Kingdom* (GC) (no. 44362/04, 04.12.2007).

випадку відмови в задоволенні звернення за організацією цієї процедури є порушенням справедливого балансу інтересів особи і суспільства (§§ 83–85). Тобто відсутність зважування індивідуальних та суспільних інтересів у кожному конкретному випадку вже саме по собі може означати порушення справедливого балансу. Аргумент, що такі обмеження стосувались кількох індивідуальних справ, не був переконливий (§ 84).

Крім того, Судом ставились під сумнів ті інтереси держави, що були покладені у основу обґрунтування цих обмежень державою. Так, уряд вказував, що обмеження на право зачати дитину є неминучим і обов'язковим наслідком позбавлення волі (§ 74). Крім того, вказувалось, що, дозволяючи засудженим зачати дитину, могла б бути підірвана довіра до пенітенціарної системи, адже каральні та профілактичні елементи покарання були б упущені (§ 75). Також урядом доводилось, що дозвіл штучного зачаття дитини ставить під загрозу інтереси самої дитини, адже її розвиток за відсутності батька міг би бути неповноцінним.

Тим не менш, Суд відповів на перший довід тим, що хоча неможливість мати дітей і може впливати із позбавлення волі, *втрата цієї можливості не є неминучою*, оскільки немає ніяких підстав припускати, що надання послуг щодо організації штучного запліднення призведе до загрози безпеці установи виконання покарань. Крім того, слід враховувати можливість безпроблемної організації процедури штучного запліднення з фінансових та адміністративних міркувань (§ 74). Остання теза опосередковано свідчить і про те, що необхідність встановлення обмеження (у цьому випадку шляхом відмови вчинення позитивних дій в'язничною адміністрацією) може обґрунтовуватись адміністративними та, що цікаво, фінансовими міркуваннями. Допустимість фінансових мотивів як обґрунтування обмежень прав в'язнів прямо визнається і в інших рішеннях Суду<sup>669</sup>. З цього приводу варто звернути увагу на певну невідповідність цієї тези рекомендації Європейських в'язничних правил, що незабезпечення прав не може виправдовуватись фінансовими мотивами<sup>670</sup>.

Щодо другого обґрунтування Суд вказав, що в країні, де толерантність та доброзичливість до самих різних поглядів та суджень є визначними рисами демократичного суспільства<sup>671</sup>, система Конвенції не за-

<sup>669</sup> *Kalda v. Estonia* § 53 (no. 17429/10, 19.01.2016); детальніше див.: *Chovgan V. L'accès des détenus à internet devant la Cour EDH (commentaire de l'arrêt Kalda c. Estonie du 19 janvier 2016)* // Actualité juridique pénal. — 2016. — No. 4. — pp. 224–226.

<sup>670</sup> Правило 4 ЄВП.

<sup>671</sup> Як вказувалось, толерантність у відповідності до практики Суду є невід'ємною ознакою демократичного суспільства, а тому третя складова трискладового тесту — необхідність у демократичному суспільстві потребує розгляду питання про сумісність обмеження з толерантністю суспільства та доброзичливістю до різноманітних суджень.

лишає місця для автоматичного позбавлення засуджених прав, навіть незважаючи на те, що здійснення таких прав може йти врозрід із поглядами суспільства (§ 75). Стосовно ж третього доводу про можливу загрозу майбутньому дитини, було вказано, що держава має обов'язок забезпечувати добробут дітей, а також, що в будь-якому разі один із майбутніх батьків знаходився на волі.

#### 2.2.1.2.3.2. Автоматичність обмежень як порушення пропорційності

Як видно із вищенаведеного, непропорційність обмеження може полагати й у тому, що обмеження накладається на особу автоматично, тобто без врахування наявності чи відсутності міркувань безпеки та оцінки індивідуального ризику в кожному конкретному випадку.

Ця проблема є особливо актуальною у в'язничному контексті з огляду на велику кількість обмежень прав на підставі закону, без жодної індивідуальної оцінки адміністрацією установи. На думку відомих міжнародних організацій, які борються проти катувань, автоматичні обмеження є наслідком того, що робота в місцях позбавлення волі стає рутиною і засуджені починають втрачати свій статус індивідів в очах персоналу, перетворюючись на «неживі об'єкти» (inanimate objects)<sup>672</sup>.

На нашу думку, причиною застосування автоматичних обмежень є і те, що балансування індивідуальних інтересів засудженого та загального інтересу суспільства в кожній окремій справі в пенітенціарній установі є досить обтяжливою з практичної точки зору. Разом з тим вимога пропорційності обмеження права є неминучою для в'язничної системи, яка декларує перед собою пріоритет прав людини. Вона вимагає індивідуального підходу в оцінці обґрунтованості обмежень прав<sup>673</sup>. Для України ця вимога є особливо актуальною з огляду на її радянське минуле, коли підхід «всіх під одну гребінку» був підвалиною колективістської філософії держави, що впливало та впливає на підходи до прав у в'язниці<sup>674</sup>.

---

Суд підкреслює цю ідею, вказуючи, що встановлення того, що є неминучим в умовах ув'язнення, не може базуватись лише на суспільній думці (Dickson, § 68).

<sup>672</sup> Institutional Culture in Detention: A Framework for Preventive Monitoring. Association for the Prevention of Torture, Penal Reform International. 2<sup>nd</sup> ed. — London: PRI, APT, 2015. — P. 8.

<sup>673</sup> Необхідність оцінки обмеження права на індивідуальній основі вважається однією із найважливіших рис практики ЄСПЛ стосовно прав в'язнів (*Easton S. Prisoners' Rights: Principles and Practice*. — New York: Routledge, 2011. — P. 245).

<sup>674</sup> Човган В. О. Усіх засуджених під одну гребінку або Проблеми індивідуалізації обмежень прав в'язнів у пенітенціарних установах України // Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина. — Харків: Права людини, 2015. — С. 489–494.

Згідно з практикою Суду про відсутність справедливого балансу між метою, що переслідується, і самим обмеженням може свідчити неспівмірність користі від досягнення мети, що переслідувалась, тій шкоді, що була завдана індивідуальним інтересам. Однак сама *відсутність спроби* оцінки такої співмірності, оцінки балансу індивідуальних та суспільних інтересів владою, яка застосовує обмеження, може свідчити про порушення вимоги необхідності в демократичному суспільстві. Про відсутність такої спроби може свідчити якраз автоматичність обмежень.

В описаному рішенні у справі Діксона було встановлено, що при вирішенні питання про надання засудженому та його дружині можливості здійснити процедуру штучного запліднення, не були взяті до уваги індивідуальні обставини справи. Тим не менш, уряд вказував, що внутрішні нормативні акти передбачали можливість кожного засудженого звернутись за реалізацією цього права до влади і були зобов'язані довести винятковість обставин, у зв'язку з якими можна було б стверджувати про необхідність реалізації конкретного права. Тобто уряд фактично заперечував, що обмеження на право зачати дитину були автоматичними та доводив, що можливість застосування такого обмеження визначалась у кожному конкретному випадку. Однак Суд визначив такі доводи як непереконливі через необхідність доведення винятковості обставин заявником, а не державою, а також беручи до уваги надану статистику, яка свідчила про те, що переважна більшість звернень засуджених за можливістю штучного запліднення була відхилена (§§ 60, 84).

У згаданій справі, щоправда, було вказано, що існує різниця між цим випадком порушення вимоги необхідності оцінки кожної конкретної ситуації від ситуації, коли обмеження визначенні як автоматичні безпосередньо в законодавстві. Прикладом такого роду автоматичності обмежень є рішення у справі *Хьорст проти Сполученого королівства*<sup>675</sup>, в якій обмеження виборчих прав було закріплено в законодавстві.

У справі Хьорста було встановлено, що автоматичне позбавлення засуджених до позбавлення волі права голосу було непропорційним переслідуваній обґрунтованій цілі. Непропорційність проявилась саме у тому, що обмеження було автоматичним і його необхідність не розглядалась у кожному конкретному випадку. Це призвело до того, що права голосувати були позбавлені як ті особи, що відбували покарання строком один день, так і ті, що були засуджені до позбавлення волі довічно; як ті, що були засуджені за найменш тяжкі, так і за найбільш тяжкі злочини. У рішенні було також здійснено посилання на стандарти Венеційської комісії, що обмеження політичних прав мають накладатись тільки судом у кожній конкретній справі (§ 32). Відповідно, коли обмеження та-

<sup>675</sup> *Hirst v. the United Kingdom (No. 2) (GC)* (no. 74025/01, 06.10.2005).

кого політичного права, як право голосувати на виборах до парламенту, було застосовано згідно з законом, це означало відсутність індивідуального підходу.

Крім того, на непропорційність обмеження також вказувала сама відсутність спроб зважити конкуруючі публічні та індивідуальні інтереси, що саме по собі може конституювати відсутність обґрунтованості право-обмеження з точки зору пропорційності. Отже, у зв'язку із усім цим Судом було встановлено, що обмеження порушувало статтю 3 Протоколу № 1 до Конвенції (§ 85).

Разом з тим коли державі вдається довести, що нею були здійснені намагання вирішити питання необхідності обмеження права в кожному конкретному випадку, Суд встановлює відсутність порушення Конвенції. Наприклад, у справі *Мессіна проти Італії*<sup>676</sup> була врахована уважна оцінка урядом необхідності застосування до засудженого спеціального режиму, який передбачав суттєві обмеження на побачення, з урахуванням конкретної ситуації (засуджений був членом італійської мафії). Крім того, Судом були оцінені намагання держави надавати засудженому додаткові побачення. Тому було встановлено відсутність порушення Конвенції у зв'язку із триманням в умовах спеціального режиму, який включав специфічні правила, які стосувались суттєвих обмежень кількості та порядку побачень із сім'єю (§§ 70–74).

Отже, у практиці Суду, що стосується автоматичних обмежень, вироблений підхід, який тяжіє до того, щоб об'ємні, кількісні та змістовні показники обмежень були максимально індивідуалізовані. Це означає, що серед шляхів розв'язання проблеми необґрунтованих обмежень можна розглядати максимізацію індивідуалізації виконання покарання, адже вона виключає автоматичне позбавлення права (зокрема, права голосу)<sup>677</sup>.

Автоматичність застосування обмежень є особливо демонстративною у справах про обмеження виборчих прав. Не вдаючись до відмінностей низки схожих рішень щодо автоматичного обмеження виборчих прав засуджених, звернімо особливу увагу на те, як саме, на думку Суду, може бути встановлено обмеження права голосу, щоб таке обмеження не визнавалось автоматичним. Зокрема важливо дати відповідь, чи має влада приймати окреме, індивідуальне рішення щодо застосування обмеження для того, щоб воно не визнавалось автоматичним. Це також дасть нам важливу методологічну основу задля розуміння логіки того, яким чином потрібно закріплювати нормативні обмеження, щоб вони не визнавались необґрунтованими Європейським судом.

<sup>676</sup> *Messina v. Italy* (No. 2) (no. 25498/94, 28.09.2000).

<sup>677</sup> *Martucci F. Le détenu-citoyen // Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.* — Paris: Dalloz, 2013. — P. 225.



У справі *Фрюдля проти Австрії*<sup>678</sup> Суд установив, що рішення про обмеження права голосу має прийматись суддею та містити мотивацію щодо того, чому обмеження права в певній конкретній справі було обґрунтованим (§§ 34–35). Однак у подальшому, у рішенні *Скоппола проти Італії*<sup>679</sup> Велика Палата Суду відійшла від такого бачення запропонувавши нове бачення «неавтоматичності» обмеження. Причиною цього було те, що, на думку Великої Палати, у рішенні Фрюдля Суд пішов далі стандарту, закріпленого в рішенні Хьорста, яке: «не робить очевидного зауваження щодо втручання судді серед ключових критеріїв для визначення пропорційності обмеження права голосу. Відповідні критерії стосуються тільки того, чи застосовувався захід у загальному вигляді, автоматично та без розрізнення між різними категоріями осіб у розумінні Суду. Тоді як втручання Суду в принципі має високу вірогідність гарантувати пропорційність обмежень на права засуджених голосувати, такі обмеження не будуть автоматичними, загальними та без розрізнення між різними категоріями осіб, якщо вони не будуть застосовані суддею. Більше того, **обставини, у яких право голосувати втрачається, може бути деталізовано в законі** (виділено авт.), роблячи застосування такої втрати залежним від природи та тяжкості злочину, який було вчинено» (§ 99). З цього випливає, що національні влади країн Ради Європи: «...можуть вирішувати, чи залишити обмеження права засуджених голосувати на розсуд судів **або включити до законодавства положення, які визначатимуть обставини, за яких такі заходи мають застосовуватись** (йдеться про обмеження, виділено авт.). У цьому останньому випадку це залежить від законодавця, як балансувати протилежні інтереси, щоб уникнути автоматичного та без розрізнення між різними категоріями осіб (indiscriminate) обмеження» (§ 102).

Отже, позиція в рішенні у справі Скопполи свідчить про те, що для визнання обмеження неавтоматичним державі не обов'язково приймати індивідуальне рішення для застосування обмежень. Ми припускаємо, що таке розуміння стосується не тільки обмеження права голосу, а й усіх інших обмежень прав. З цього випливає, що в тому разі, коли законодавство містить положення, які належним чином індивідуалізують застосування тих чи інших обмежень, то це цілком може задовольняти вимоги Конвенції.

В протилежному випадку, повне невизнання автоматичних обмежень межує з невизнанням будь-яких нормативних обмежень, які не містять елемента правозастосовних обмежень, тобто якщо вони не містять підстав для гнучкості на практиці. Однак, схоже, що здебільшого практика Суду якраз демонструє таке розуміння — Конвенція вимагає елементу гнучкості у нормативних обмеженнях.

<sup>678</sup> *Frodl v. Austria* (no. 20201/04, 08.042010).

<sup>679</sup> *Scoppola v. Italy* (no. 3) [GC] (no. 126/05, 22.05.2012).

Аналіз практики Суду свідчить про надання ним переваги вимозі прийняття індивідуальних рішень про застосування обмежень задля визнання обмежень пропорційними<sup>680</sup>. Складно сказати, як така перевага узгоджується із вищезазначеним твердженням Суду про можливість закріплення неавтоматичних обмежень на рівні законодавства без прийняття індивідуального рішення. Можна здогадуватись, що неодноразово підкреслена вимога прийняття індивідуальних рішень як частина «неавтоматичності» обмежень потребуватиме додаткової дискусії в подальшій практиці Суду.

У справі *Тросін проти України*<sup>681</sup> засуджений до довічного позбавлення волі скаржився на умови, в яких надавались побачення із його сім'єю, а також на недопустимо малу можливу кількість таких побачень у відповідності до законодавства (спочатку одне побачення раз на півроку, а пізніше, після змін закону, один раз у три місяці). Судом було зазначено, що «відповідними положеннями внутрішнього законодавства введені автоматичні обмеження на частоту і тривалість візитів усіх засуджених довічно і вони (обмеження. — авт.) не припускають будь-якого ступеню гнучкості для визначення того, чи були такі жорсткі обмеження відповідними і чи дійсно вони були необхідними в кожному конкретному випадку, навіть якщо вони й були застосовані до осіб, засуджених до найбільш суворого покарання у відповідності до кримінального закону. Суд вважає, що регулювання цих питань **не може відноситись до негнучких обмежень**<sup>682</sup> (виділено та прим. авт.) і держави мають розвивати свої техніки оцінки співмірності обмежень, що дозволить владі збалансувати конкуруючі індивідуальні та суспільні інтереси, а також врахувати особливості кожного конкретного випадку».

Далі в рішенні було вказано, що варто визнати відсутність обґрунтованих міркувань для обмеження побачень заявника із сім'єю до одного разу в півроку (як це було до змін у КВК у 2010 році — авт.). Крім того, було висловлено зауваження стосовно того, що, незважаючи на збільшення кількості побачень для позбавлених волі довічно, нова вимога частоти побачень усе ще автоматично застосовується до всіх засуджених без здійс-

---

<sup>680</sup> Як зазначалось раніше, вимога якості закону, у відповідності до якого допускаються обмеження прав, іноді включає і такі вимоги, як необхідність вказівки підстав та порядку, вимоги прийняття індивідуальних рішень щодо застосування обмежень та недопустимість автоматичних обмежень загалом (див. підрозділ 2.2.1.2.1 «Передбаченість законом»).

<sup>681</sup> *Trosin v. Ukraine* (no. 39758/05, 23.02.2012).

<sup>682</sup> Такого роду фрази дають підстави вважати, що Суд може розглядати певні обмеження як такі, що вимагають гнучкості і навпаки. Це ще один аргумент на підтримку нашого твердження, що у майбутньому це питання потребуватиме уточнення Судом.

снення оцінки необхідності такого обмеження у світлі конкретних обставин кожного засудженого.

Також порушення було виявлено і в умовах проведення побачень. Вказувалось, що у справі заявника законодавство забороняло одночасне знаходження в кабінці для побачення більше трьох дорослих осіб, що позбавляло засудженого можливості бачитись одночасно зі всією сім'єю<sup>683</sup>. Також побачення проходили в присутності співробітника установи, який прослуховував розмови, а заявник був відділений від сім'ї скляною перегородкою. Такий спосіб, з позиції Суду, не допускав ніякої приватності й виключав будь-яких фізичний контакт між засудженими та його відвідувачами. Врешті такі умови побачення також були визнані «негнучкими», адже їх необхідність не була встановлена в кожному конкретному випадку. До того ж Суд не знайшов жодних доказів того, що такі обмеження були необхідні у випадку заявника.

З урахуванням усієї сукупності описаних обставин у рішенні було вказано, що держава не вжила ніяких заходів для того, щоб оцінити співвідношення індивідуальних інтересів засудженого та відповідних суспільних інтересів. Підсумовуючи всі міркування, було визнано порушення статті 8 Конвенції (право на повагу до приватного життя), адже приватні інтереси засудженого не були належно збалансовані із суспільним інтересом обмеження права засуджених на контакти із зовнішнім світом (§§ 39–47).

Знову ж таки, у зв'язку з цим рішенням та у світлі вищезазначеного рішення у справі Скополи не є очевидним, як саме може бути здійснена оцінка ризиків для застосування обмежень без прийняття індивідуального рішення із обґрунтуванням необхідності обмеження права з огляду на таку оцінку.

У будь-якому разі, незважаючи на чітку позицію Суду про неправомірність встановлення автоматичних обмежень на право засуджених до довічного позбавлення волі на побачення, а саме, що стосується часто-

---

<sup>683</sup> За нашим наполяганням ДПтС пообіцяла змінити це правило під час розробки нових Правил внутрішнього розпорядку. Однак наші рекомендації були враховані не до кінця. Натомість у п. 14.1 нових ПВР передбачається, що кількість осіб, які одночасно можуть бути присутні на побаченні із засудженим, визначається залежно від пропускнуої спроможності приміщень для надання побачень згідно з передбаченими нормами, а також можливостей забезпечення їхньої безпеки. Цим хоча й було надано можливість гнучкості у встановленні максимально допустимої кількості присутніх осіб, але і з'явилися загрози зловживань. На можливість такого зловживання вказують і деякі вітчизняні науковці та передбачають, що результатом такого формулювання норми може стати ще більше обмеження прав засуджених (*Яковець І. С. Сімейні права засуджених // Права і законні інтереси засуджених до позбавлення волі в умовах реформування Державної кримінально-виконавчої служби України: моногр. / К. А. Автухов, А. П. Гель, О. Г. Колб, І. С. Яковець ; за заг. ред. А. Х. Степанюка. — Х. : Право, 2015. — С. 165*).

ти, порядку та умов їх проведення, українське кримінально-виконавче законодавство й по сьогодні не змінено належним чином. Це означає, що відповідні положення КВК України та ПВР, які стосуються побачень, знаходяться в стані триваючого порушення Конвенції. Це рівною мірою стосується і засуджених до позбавлення волі<sup>684</sup>. У цьому світлі, варто особливо наголосити на неприпустимості поширеного (не тільки в Україні) автоматичного підходу до встановлення частоти й тривалості побачень.

Іншим яскравим прикладом скептичного ставлення Суду до автоматичних та негнучких обмежень є рішення у справі Хорошенка проти Росії<sup>685</sup>. Засуджений Хорошенко був довічно позбавленим волі і протягом десяти років відбував покарання у суворому режимі, де йому дозволялось лише одне короткострокове побачення (до 4 годин) на півроку, максимум із двома особами одночасно та через скляну перегородку і в присутності співробітника установи, а також заборонялось мати телефонні дзвінки (за винятком особливих обставин) та тривалі побачення. При цьому ці обмеження встановлювались законом без індивідуалізації та без жодної можливості гнучкості для їх зміни (§§ 128–129)<sup>686</sup>.

Посилаючись на рішення Тросіна в частині щодо недопустимості автоматичності обмежень частоти, тривалості та порядку проведення побачень засудженого, Суд указував, що держава не є вільною у встановленні обмежень у загальному порядку без надання жодної гнучкості для встановлення того, чи є ці обмеження належними та необхідними (§ 126). У результаті Суд дійшов висновку про непропорційність вказаних обмежень задекларованим цілям.

Варта уваги відсутність мотивування в рішенні щодо балансування індивідуальних та суспільних інтересів. Висновок про непропорційність

---

<sup>684</sup> Наприклад, Комітет з запобігання катуванням у своїй доповіді про результати візиту в Росію у 2012 році прямо вказав, що кількість дозволених побачень повинна базуватися на індивідуальній оцінці кожного конкретного випадку з точки зору безпеки та не повинна визначатися автоматично як частина покарання і в залежності від режиму відбування покарання : Пункт 98, Report to the Russian Government on the visit to the Russian Federation carried out by the CPT from 21 May to 4 June 2012 // <https://rm.coe.int/1680697bd6> (останній доступ 12.07.2017).

<sup>685</sup> *Khoroshenko v. Russia* (GC) (no. 41418/04, 30.06.2015).

<sup>686</sup> Суд вказав, що він був вражений суворістю та тривалістю всіх цих обмежень, а особливо тим, що короткострокові побачення дозволялись тільки два рази на рік (§ 140). В окремій співпадаючій думці суддів Pinto de Albuquerque та Turkovic вони вказували, що вважають, що Суд має більш чітко вказати на те, що така частота є нелюдською *per se*. Також вони вказали, що Суд мав би більш чітко вказати, що в'язнична влада має розглядати всі запити щодо сімейних візитів у кожній конкретній справі й на підставі індивідуальної оцінки ризиків та потреб. Така негнучкість, яка мала місце в Росії, на їхню думку, була антитезою технік оцінки (ризиків), які вимагаються сучасними Європейськими пенологічними стандартами.

був зроблений із посиланням на міжнародні стандарти, у тому числі й на свою практику щодо нетолерування автоматичних обмежень на підставі самого лише призначеного покарання та без оцінки індивідуального ризику<sup>687</sup>, компаративний аналіз різних в'язничних систем<sup>688</sup> та важливість реінтеграційної мети<sup>689</sup>. Відсутність самого балансування інтересів та співвідношення обмежень і відповідних цілей є очевидним недоліком встановлення пропорційності в цьому рішенні. Як наслідок, справедливий баланс між обмеженням та цілями, які переслідувалися урядом, не були дотримані (§ 148).

Важливим твердженням у цьому сенсі є те, що Росія не взяла до уваги інтереси сім'ї заявника, тоді як Конвенція вимагає від держав-членів брати до уваги інтереси засуджених та їх сімей (§ 142). Така позиція додатково акцентує на тому, що балансування суспільних інтересів та інтересів засудженого при встановленні обмежень прав має включати й інтереси третіх осіб — членів сім'ї. Зазвичай же їхні інтереси не розглядаються, коли відбувається балансування індивідуальних інтересів засуджених та суспільства. Це є дивним, адже обмеження прав засуджених на контакти із зовнішнім світом мають не менший, або й більший, негативний ефект і на родичів, які також є членами суспільства, інтереси якого зважуються<sup>690</sup>.

У справі *Янкаускаса проти Литви*<sup>691</sup> Суд визнав порушення Конвенції у зв'язку з рутинною перевіркою кореспонденції під час перебування заявника під вартою. Незважаючи на специфіку злочинів (зловживання владою та корупція), у яких обвинувачувався заявник, Суд визнав необґрунтованою автоматичну перевірку (читання) його кореспонденції із громадськими організаціями, державними органами та приватними особами. Особливо

---

<sup>687</sup> Аналіз рішення дає підстави вважати, що це був головний чинник, на підставі якого було встановлено відсутність пропорційності між обмеженням та цілями.

<sup>688</sup> Суд зазначив, що Росія напевно була єдиною країною у Раді Європи із такими суворими правообмеженнями (§ 135).

<sup>689</sup> Незважаючи на те, що Уряд вказував на незастосування цієї мети до довічників, Суд посилався на російське законодавство, яке допускало можливість клопотання ними про дострокове звільнення через 25 років відбування покарання (§ 144).

<sup>690</sup> М. Ерцог-Еванс вказує на іще один важливий аспект впливу пенітенціарних обмежень на третіх осіб на волі. Обмеження кореспонденції в'язнів пенітенціарною адміністрацією можна обґрунтувати безпекою та належним функціонуванням пенітенціарних установ. Однак цим міркуванням набагато складніше обґрунтувати неминучі кореспондуючі обмеження третіх осіб, які виникають як наслідок обмежень прав в'язнів (*Herzog-Evans M. L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé.* — Paris: L'Harmattan, 2000. — P. 49). Це привертає увагу до двоякої природи обмежень прав в'язнів та порушує питання про необхідність врахування відмінності обґрунтування кореспондуючих обмежень вільних осіб. Однак, схоже, що навіть практика ЄСПЛ поки що не враховує цього аспекту.

<sup>691</sup> *Jankauskas v. Lithuania* (no. 59304/00, 24.02.2005).

вказувалось, що не вбачалось жодних підстав для перевірки кореспонденції до органів державної влади, до яких скаржився заявник. Суд зазначив, що цілі уряду, які полягали в попередженні ухилення чи впливу на слідство, могли бути належними для обґрунтування обмеження, однак не були достатніми самими по собі для обґрунтування тотальної перевірки листування. Відповідно, повний контроль кореспонденції був визнаний таким, що не був «необхідним у демократичному суспільстві» (§§ 22–23).

В іншому рішенні проти *Литви у справі Сіяпаса*<sup>692</sup> Суд більш конкретно підійшов до визначення проблеми обмежень права на кореспонденцію під час перебування під вартою. Зокрема зазначалось, що дозвіл на перевірку кореспонденції не вказував, у чому саме вона мала полягати (читання, вилучення чи якась інша форма). Це по суті означало надання *carte blanche* владі для надмірних обмежень. Для дотримання вимог лімітативної клаузули статті 8 Конвенції необхідно було чітко вказувати, у чому саме могли полягати перевірки та тривалість, протягом якої вони могли здійснюватись (§ 25)<sup>693</sup>.

Так само у справі *Моєєєва проти Росії*<sup>694</sup> було встановлено порушення через негнучкі обмеження, які встановлювались у загальному порядку. Так, протягом певного періоду строку покарання заявникові дозволялось мати максимум два побачення на місяць. Це стосувалось дружини та дочки засудженого. Суд вказав, що таке обмеження могло б бути обґрунтованим, наприклад, у специфічних обставинах в Італії, де це могло б бути потрібним для попередження вчинення злочинів мафією, до якої можуть долучатись і члени родини. Однак у даній справі не було мотивів для того, щоб думати, що дружина може бути задіяна в злочинній діяльності. Суд хоча й прийняв мету такого обмеження — попередження вчинення злочинів та забезпечення громадської безпеки, але й звернув увагу на автоматичний характер частоти побачень без можливості їх зміни у світлі кожного конкретного випадку. Тому обмеження було набагато більшим, ніж це було обґрунтовано неминучими обмеженнями на сімейне життя, чи ніж це потрібно для досягнення вказаної мети (§§ 254–255). Отже, національній владі не вдалося довести справедливий баланс пропорційності між обмеженням та метою, яку планувалось досягнути.

Одним із прийомів встановлення наявності ознаки пропорційності в обмеженні є *визначення того, чи були наявні інші, альтернативні обмеження засоби* (курсив авт.), за допомогою яких накладення обмеження мож-

<sup>692</sup> *Ciapas v. Lithuania* (no. 4902/02, 16.11.2006).

<sup>693</sup> Із рішення суду не видно однозначно, чи було порушено вимогу передбаченості законом чи необхідності в демократичному суспільстві.

<sup>694</sup> *Moiseyev v. Russia* (no. 62936/00, 09.10.2008).

на було б або уникнути взагалі, або максимально зменшити його обтяжливність для суб'єкта, до якого таке обмеження застосовується.

Наприклад, у справі *Плоскі проти Польщі*<sup>695</sup> заявник скаржився на те, що йому було відмовлено в тому, щоб тимчасово покинути установу виконання покарань для відвідування похоронів своїх батьків, які померли протягом одного місяця. В обох випадках заявникові було відмовлено. Уряд, захищаючи пенітенціарну адміністрацію, вказував, що така відмова обґрунтовувалась небезпекою, яка могла загрожувати суспільству у зв'язку із виїздом засуджених за межі тюрми, а також тим, що немає гарантій, що засуджений, який був рецидивістом, повернеться до установи після закінчення похоронів. Суд у відповідь на це відмітив, що таке обґрунтування не є належним, по-перше, з огляду на попередню беззаперечну поведінку засудженого, по-друге, урядом не була розглянута можливість супроводу засудженого за межами установи співробітниками установи<sup>696</sup>.

Було підкреслено, що навіть якщо ув'язнений через саму природу його становища може бути суб'єктом різних обмежень його прав і свобод, кожне таке обмеження має тим не менш бути обґрунтованим, як необхідне в демократичному суспільстві<sup>697</sup>. Обов'язком держави є показати, що така необхідність реально існувала, тобто продемонструвати наявність нагальної соціальної потреби. Тим не менш, якщо брати до уваги серйозність ситуації, яка розглядається, а саме відмови в праві відвідати похорони батьків, Суд вважав, що держава-відповідач могла б відмовити в такому відвідуванні лише тоді, якби були дуже серйозні мотиви і якщо не можна було б знайти ніякого альтернативного вирішення — як-то виїзд за межі установи під супроводом (§ 39). Як наслідок у цій справі було встановлено порушення статті 8 Конвенції, з огляду на те, що обмеження не було необхідним у демократичному суспільстві і було непропорційним меті, що переслідувалась. Головною причиною цього була наявність менш обмежувачих альтернатив застосованому обмеженню.

У рішенні у справі *Хагйо проти Угорщини*<sup>698</sup>, заявникові протягом трьох місяців було заборонено побачення та телефонні дзвінки із цивільною дружиною. Заявник та його цивільна дружина зловживали правом привілей-

<sup>695</sup> *Płoski v. Poland* (no. 26761/95, 12.11.2002).

<sup>696</sup> Як і у справі Діксона та Мессіні це є прикладом, який підтверджує, що Суд, встановлюючи пропорційність обмеження, враховує гнучкість та наявність намагання уряду знайти способи для того, щоб уникнути застосування певного обмеження.

<sup>697</sup> Це ще раз відсилає до нашої тези про те, що навіть визнаючи походження деяких обмежень від ізоляції, такі обмеження все одно мають обґрунтовуватись, оскільки будь-яке такого роду обмеження може бути подолане за наявності волі керівництва пенітенціарної влади.

<sup>698</sup> *Hağyó v. Hungary* (no. 52624/10, 23.07.2013).

ованих побачень (жінка стала законним представником та представляла юридичні інтереси партнера). Крім того, ними була здійснена спроба незаконно обійти деякі правила порядку проведення побачень. Як наслідок, було почато кримінальне розслідування і, згідно з позицією уряду, вказані обмеження були необхідні для уникнення змови (§ 82). Суд вказав, що такі обмеження не були необхідними в демократичному суспільстві й не відповідали вимогам справедливого балансу між ними та переслідуваними цілями, оскільки не була розглянута можливість застосування альтернативних, менш обмежувальних заходів (§ 88). Ними могли б бути, наприклад, нагляд за побаченнями та прослуховування дзвінків (§ 87).

Також про порушення пропорційності між обмеженням права і цілями, на досягнення яких воно спрямовано, може свідчити те, що *обмеження вразило саму сутність права* (курсив авт.), тобто, що воно настільки обмежило право, що була втрачена його сутність. Такий стандарт був вироблений у справі *Хамера (Hamer) проти Сполученого Королівства*<sup>699</sup>, у якій засуджений скаржився на законодавчу заборону засудженим укладати шлюб. У рішенні було встановлено, що заборона засудженим одружуватись руйнує саму сутність права, закріпленого у статті 12 Конвенції. Визнання втручання в саму сутність права означає непропорційність обмеження<sup>700</sup>. Тому втручання у сутність права не може мати місце, якщо обмеження є пропорційним.

Отже, загалом Суд негативно оцінює автоматичні обмеження, відсутність оцінки ризиків та відсутність балансування індивідуальних і суспільних інтересів. Порушення обмеженням вимоги індивідуалізації обмежень, їх автоматичний характер призводить до визнання його непропорційним, тобто таким, що не є необхідним у демократичному суспільстві.

Однак порушення вимоги індивідуалізації не завжди є порушенням третьої складової тесту обґрунтованості обмежень Суду — пропорційності. Наш аналіз продемонстрував, що автоматичність обмежень може розглядатись і крізь призму першої складової тесту Суду — передбаченість законом. Закон визнається неякісним, якщо обмеження, яке ним закріплюється, є автоматичним та не допускає гнучкості з огляду на індивідуалізацію. Цим самим такий закон не відповідає вимогам до «закону» у розумінні Конвенції. Отже у справах, коли йдеться про автоматичні обмеження, Суд може піти одним із двох шляхів — визнання обмеження таким, що не встановлене законом, або ж визнання його таким, що не є необхідним у демократичному суспільстві.

Вимога індивідуалізації обмежень не дарма є однією із ключових рис практики ЄСПЛ у справах в'язнів. Пенітенціарні системи тяжіють до вста-

<sup>699</sup> *Hamer v. the United Kingdom* §§ 71–72 (no. 7114/75, 13.12.1979).

<sup>700</sup> *Goss R. Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights.* — Oxford, Portland: Hart Publishind, 2014. — P. 198.



новлення автоматичних обмежень, адже в'язниці є місцем співжиття цілих колективів, а тому з практичної точки зору набагато простіше застосувати однотипні обмеження для всіх. В іншому разі вимога постійної індивідуальної оцінки ризиків для застосування кожного окремого обмеження може призвести до перевантаження пенітенціарних співробітників. З іншого боку, не варто забувати, що індивідуалізація допомагає «розділяти, щоб краще керувати». Щоправда, це можливо тільки за умови належного розвитку національних технік індивідуалізації обмежень.

Практичне застосування вимоги індивідуалізації у відповідності до практики ЄСПЛ є складною темою для майбутніх дослідників. Застосування індивідуалізації до всіх обмежень, які застосовуються до в'язнів, складно уявити. Проте на теперішньому етапі розвитку практики ЄСПЛ проблеми із дотриманням вимоги індивідуалізації обмежень прав в'язнів переважно обмежуються вузьким колом питань, пов'язаних із правом на приватність, як-то листування та побачення.

Яким же буде розвиток негативного бачення Судом автоматичних обмежень інших прав, які охоплюватимуть набагато більшу кількість аспектів тюремного життя, поки що складно передбачати. Особливо дискусійними є питання щодо того, у яких випадках у відповідності до Конвенції мають прийматись індивідуальні рішення на підставі індивідуальної оцінки ризиків, а в яких ні. Так само залишається нечіткою до кінця відповідь на питання, як має бути сформульована норма закону для визнання її такою, що не містить автоматичних обмежень.

### Висновок до підрозділу 2.2.1.2

Вирішуючи питання про обґрунтованість обмежень прав в'язнів, ЄСПЛ застосовує так званий трискладовий тест. Загалом цей тест є таким самим, як для вільних громадян. Тим не менш, наш аналіз демонструє, що він має свої особливості з огляду на специфіку становища в'язнів. У будь-якому разі обмеження прав осіб, які тримаються у пенітенціарних установах, мають:

- 1) бути передбачені законом;
- 2) переслідувати обґрунтовані цілі;
- 3) бути необхідними в демократичному суспільстві (пропорційними).

**1) «Передбаченість законом».** Особливе значення у в'язничному контексті має питання про визнання у практиці Суду підзаконних актів як таких, що підпадають під категорію «закон». Незважаючи на поширене бачення, що під категорію «закон» у відповідності до Конвенції не підпадають внутрішні документи пенітенціарного відомства та інші підзаконні акти, ми знайшли підтвердження зворотнього. Важливого значення набуває також доступність для засуджених документів-підстав для

обмежень прав. Практика свідчить, що обмеження права на підставі документів пенітенціарного відомства, які є недоступними, визнаватиметься необґрунтованим.

Ключовою вимогою для визнання норм, які встановлюють обмеження, «законом» є їх якість. Якщо вони надають пенітенціарним співробітникам надмірну дискрецію щодо встановлення можливих обмежень або якщо підстави для такого застосування є недостатньо конкретними чи відсутні взагалі, то обмеження будуть необґрунтованими. Хоча певний рівень «нечіткості» визнається допустимим, якщо є достатні гарантії від зловживань дискрецією. Якість закону передбачає наявність конкретних процесуальних гарантій, які формулюються Судом.

**2) Обґрунтована мета.** Ця складова тесту порушується найрідше. Встановлення обґрунтованості мети та її переслідування обмеження зазвичай не викликає сумнівів Суду. Здебільшого сумніви, пов'язані із досягненням цілей, установлюються в третій складовій тесту — пропорційності.

Специфікою цієї складової у контексті справ засуджених є те, що країнам іноді легше обґрунтувати перед Судом відповідність певним цілям обмежень прав засуджених, ніж вільних осіб. Це стосується, в першу чергу, мети безпеки в пенітенціарних установах. Те, що вона обґрунтовує такі обмеження, які, можливо, не були б обґрунтованими у справах вільних осіб, підтверджується і самим Судом.

Особливий інтерес представляє співвідношення цілей покарання та ув'язнення у національному законодавстві із цілями обмежень у відповідності до Конвенції. Обмеження є змістом покарання, а тому вони мають спрямовуватися не тільки до цілей, зазначених у Конвенції, а й до цілей покарання. При цьому складним питанням є те, чи може/повинно обмеження спрямовуватись до однієї, чи одночасно до кількох цілей покарання. Воно ускладнюється ще й тим, що існують протиріччя між самими цілями покарання, оскільки воно має і карати, і виправляти одночасно; іншим ускладненням є необхідність підпорядкування цілям ув'язнення, якщо такі є. У розділі пропонуються різні бачення щодо можливих варіантів відповідей на зазначені питання. Ми доходимо висновку, що оскільки цілі покарання та ув'язнення на національному рівні мають безпосередній вплив на вимоги до обмежень прав, ці цілі мають узгоджуватися з Конвенцією. Це одне із свідчень нашого твердження, що Конвенція має стримуючий вплив на кримінально-правову та кримінально-виконавчу політику.

Різноманітність цілей, які мають братися до уваги при застосуванні обмежень до в'язнів, їхні внутрішні протиріччя, є додатковим підтвердженням специфіки правової природи обмежень прав в'язнів у порівнянні з вільними громадянами.

**3) Необхідність у демократичному суспільстві (пропорційність).** Необхідність у демократичному суспільстві передбачає, що обмеження спрямовується до нагальної суспільної мети та є пропорційним їй. При цьому наявність обґрунтованої мети (2-ий елемент трискладового тесту) не означає, що мета є нагальною. Нагальність оцінюється у світлі пропорційності.

Пропорційність включає в себе визначені у практиці Суду вимоги: належність обмеження, відсутність диспропорційного характеру, відповідність обмеження важливості переслідуваної мети та необхідність для досягнення такої мети. Суд може також оцінювати, чи були доступними менш обтяжуючі обмеження для досягнення тієї ж мети, а також може порушувати питання про справедливий баланс між індивідуальними і колективними інтересами.

Найскладнішим питанням, яке стосується обмежень прав в'язнів, може виявитись питання про необхідність та мінімальність обмеження для досягнення цілей. Оскільки цими цілями часто є порядок, безпека та попередження злочинів, роль Суду в оцінці обмеження може виявлятися обмеженою. Особливо це стосується тих випадків, коли відсутні належні дані практики та порівняльного права, які свідчать про можливі наслідки скасування обмежень. Таким чином, для того щоб юридична оцінка пропорційності була легітимною серед країн-членів Ради Європи та пенітенціарних практик зокрема, вона має ґрунтуватись не тільки на логічних та раціональних аргументах, а й на емпіричних даних та конкретному досвіді.

Однією із специфічних проблем пропорційності в застосуванні обмежень до прав в'язнів є використання так званих бланкетних (автоматичних) обмежень. Часто обмеження прав застосовуються автоматично до певної групи чи всіх засуджених без індивідуальної оцінки ризику та належної мотивації. Така оцінка та мотивація є справжнім викликом для пенітенціарної практики, адже на практиці складно забезпечити належну оцінку ризиків у кожному випадку застосування обмежень. Тому застосування автоматичних обмежень є набагато зручнішим для пенітенціарної адміністрації.

Застосування автоматичних обмежень свідчить про відсутність як таких намагань аналізу необхідності та пропорційності обмеження цілі. В цьому і полягає порушення пропорційності автоматичним обмеженням. Особливо часто автоматичні обмеження в пенітенціарних установах застосовуються до права на приватність: контроль і умови здійснення письмової кореспонденції та дзвінків, надання й контроль побачень, застосування додаткової ізоляції. Однак є неприпустимим, щоб ці обмеження були негнучкими та застосовувалися без врахування індивідуальних особливостей кожної окремої справи.

Практика Суду свідчить про те, що застосування автоматичних обмежень може порушувати як вимогу необхідності встановлення обмеження законом, так і вимогу пропорційності (необхідності в демократичному суспільстві). Таким чином, автоматичність обмежень може свідчити не тільки про непропорційність обмеження, а й про неякісність закону як підстави для обмеження прав.

Вирішення проблеми індивідуалізації обмежень, на нашу думку, є основним завданням пенітенціарної системи, яка намагається втілити стандарти обґрунтованих обмежень прав. Прецедентне право Суду містить тільки окремі, однак далеко не достатні орієнтири щодо того, якими мають бути норми-підстави для обмежень прав для того, щоб вони не визнавались автоматичними і, як наслідок, непропорційними. Так само неоднозначною є вимога Конвенції щодо прийняття індивідуального рішення про кожне застосування обмеження, наявність якої підтверджується низкою рішень Суду, але заперечується у одиничних випадках.

На додаток, застосування цієї складової тесту обґрунтування обмежень неминуче вимагає поєднання вимоги постійної диференціації виконання покарання в залежності від ризиків для безпеки та порядку із застосуванням одного й того ж покарання до різних осіб. Так само потребує узгодження принцип індивідуалізації обмежень та необхідного ступеня врахування типу вчиненого особою, до якої воно застосовується, злочину. Через це постає питання про співвідношення принципу пропорційності та принципу рівності в пенітенціарній сфері.

## 2.2.2. М'яке право Ради Європи

### 2.2.2.1. Стандарти КЗК щодо обмежень прав в'язнів

Наше дослідження рекомендацій КЗК, які тривалий час не виконуються в Україні<sup>701</sup>, демонструє, що найгірше імплементуються саме ті рекомендації, які стосуються обмежень прав в'язнів. Напевно, це можна пояснити тим, що такі рекомендації суттєво збільшують відповідальність та ускладнюють завдання пенітенціарної влади, а спосіб їх виконання не завжди вказується самим КЗК та залишається на розсуд національної влади. Хоча й тоді, коли Комітет вказує на конкретні шляхи виконання рекомендацій, це не гарантує їх (належну) імплементацию.

---

<sup>701</sup> *Ащенко О. М., Човган В. О.* Українське пенітенціарне законодавство у світлі стандартів Комітетів проти катувань ООН та Ради Європи. Передм. М. М. Гнатовського; за заг. ред. Є. Ю. Захарова. — Харків: Права людини, 2014; англ. версія: *Ashchenko O., Chovgan V.* Ukrainian Penitentiary Legislation in the Light of the Standards of the UN and Council of Europe Anti-torture Committees. Preface by M. Gnatovskyy. Ed. by E. Zakharov. — Kharkiv: Prava Ludyny, 2014.

Комітет формулює свою позицію щодо обмежень прав, виходячи із принципу, що «в'язні відправляються до в'язниці як покарання, а не для того, щоб бути підданим покаранню» («envoyées en prison en tant que punition, et non pour y subir une punition») <sup>702</sup>. Цим самим за основу береться принцип мінімізації та недопущення зайвих, не потрібних з точки зору безпеки обмежень прав.

Підхід КЗК до обмежень прав в'язнів базується на стандартах Європейського суду. Він сам експліцитно вказує на це у своїх стандартах: «для того, щоб установити, чи є застосування того чи іншого заходу обґрунтованим належить застосовувати традиційні критерії, що містяться в положеннях Європейської конвенції з прав людини і розвинуті в прецедентному праві Європейського суду з прав людини» <sup>703</sup>.

Разом з тим Комітет пропонує дещо специфічне бачення стандартів Суду і по-своєму інтерпретує їх. Найбільш комплексно цей стандарт було описано стосовно обмежень, пов'язаних із одиночним ув'язненням <sup>704</sup>. Він дає орієнтири не тільки щодо одиночного ув'язнення, а й щодо того, якими мають бути обмеження взагалі. Отже, обмеження мають бути:

1. Пропорційними: будь-яке додаткове обмеження прав в'язнів має бути пов'язане із фактичною або потенційною шкодою, яку в'язень завдав, або завдасть своїми діями (або потенційною шкодою, якій він/вона піддається) у тюремному закладі. Рівень фактичної або потенційної шкоди має бути щонайменше однаково серйозним (як і шкода, що завдається застосуванням обмеження) і можливість протидії йому може мати місце тільки таким способом. Чим тривалішим є захід — тим обґрунтованішим має бути мотив його застосування <sup>705</sup>.

2. Законними: у національному праві має бути положення щодо кожного виду одиночного ув'язнення і це положення має бути обґрунтованим. Воно має повідомлятися у зрозумілій формі всім, кого воно може стосуватись. Закон має встановлювати чіткі обставини, за яких кожен із

---

<sup>702</sup> Цей принцип згадується у пункті 56 своєї 21-ої Загальної доповіді, який стосується тримання в посиленій ізоляції. Однак він використовується і в доповідях до окремих країн стосовно обмежень прав усіх категорій засуджених.

<sup>703</sup> Пункт 55, 21st General Report on the CPT's activities covering the period 1 August 2010 to 31 July 2011 (CPT/Inf (2011) 28).

<sup>704</sup> Ibid.

<sup>705</sup> Комітет по-своєму розвиває стандарт пропорційності та, окрім потреби балансування індивідуальних інтересів та інтересів безпеки, вказує на те, що обмеження має балансуватись із компенсуючими привілеями. Наприклад, це може означати, що в тому разі, коли в'язням заборонено контактувати з іншими в'язнями, вони повинні мати контакти з пенітенціарними співробітниками, що компенсуватимуть недостатність спілкування (Morgan R., Evans M. *Combating Torture in Europe: The Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT)*. — Strasbourg: Council of Europe, 2001. — P. 119).

цих видів одиночного ув'язнення може бути застосований, осіб, які можуть їх застосовувати, процедуру, права особи бути представленою та на отримання всебічних мотивів рішення, частоту можливості перегляду та оскарження рішення.

Ці вимоги однаковою мірою стосуються й інших обмежень прав та безпосередньо відображають першу складову трискладового тесту обґрунтованості обмежень ЄСПЛ — закріплення обмежень у законі, який має бути якісним. У порівнянні з ЄСПЛ КЗК додатково розставляє акценти в цій вимозі: необхідність якомога більш чіткої регламентації процедури застосування обмеження, а також особлива увага приділяється закріпленню процедурних гарантій, таких як можливість бути представленим захисником та отримання детальної мотивації рішення. Ці акценти спричинені специфікою дисциплінарного стягнення у вигляді одиночного ув'язнення та безпосередньо з нею пов'язані. Однак наш подальший аналіз покаже, що деталізований характер процедури застосування обмежень та їх мотивації підкреслюється КЗК і щодо обмежень інших прав, зокрема прав на контакти із зовнішнім світом.

3. Підзвітними: мають бути детальні записи (реєстрація) щодо всіх рішень про застосування обмеження (нагадаймо, що йдеться саме про одиночне ув'язнення як один із типів обмежень). Записи мають містити інформацію щодо чинників та інформації, які бралися до уваги. Також має бути запис щодо відмови в'язня брати участь у процесах вирішення його справи.

У більш широкому контексті застосування інших обмежень ці вимоги вказують на необхідність якомога повнішого відображення в рішеннях про застосування обмеження всієї інформації та фактів, які вплинули на його прийняття.

4. Необхідними: дозволяються тільки ті обмеження, які необхідні для безпечного, впорядкованого ув'язнення та для вимог правосуддя. Відповідно, не має бути автоматичного позбавлення права на побачення, телефонні дзвінки, кореспонденцію чи доступу до ресурсів, які зазвичай доступні (як-то доступ до друківаних матеріалів)<sup>706</sup>. Так само режим має

<sup>706</sup> Українське законодавство та практика прямо суперечать цьому правилу. Наприклад, під час тримання в дисциплінарному ізоляторі засудженим забороняються побачення (за винятком адвокатів), придбання продуктів харчування і предметів першої потреби, одержання посилок та передач (ч. 11 ст. 134 КВК України). Зі схожих підстав необґрунтованим обмеженням є й заборона побачень засуджених під час тримання у дільниці карантину, діагностики та розподілу (крім побачень з адвокатом). Так само не дозволяється доступ до читальних та багатьох інших матеріалів, які доступні іншим засудженим. До речі, КЗК неодноразово та безрезультатно вказував Україні на необхідність скасування цього обмеження (див. доповіді щодо візитів у 1999 році (п. 53), 2002 році (п. 131), 2005 році (п. 141), 2009 році (п. 149).

бути достатньо гнучким, щоб дозволяти пом'якшення будь-якого обмеження, яке не є необхідним в індивідуальних випадках.

Необхідність гнучкості обмеження означає, що навіть тоді, коли автоматичне застосування обмеження мало місце всупереч стандартам, все одно мають бути процедури для їх скасування в індивідуальних випадках. У цьому сенсі КЗК (як і ЄСПЛ) тяжіє до надання якомога більшої дискреції в'язничній адміністрації не тільки у тих випадках, коли йдеться про можливість пом'якшення обмежень прав, а й узагалі коли йдеться про можливість застосування обмежень. Втім, протипагою суттєвій дискреції мають бути належні процедурні гарантії застосування обмеження.

5. Недискримінаційними: треба стежити не тільки за тим, щоб бралися до уваги всі питання, які є важливими у справі, але також за тим, щоб не бралися до уваги ті питання, які не мають значення для справи. Органи влади мають стежити за застосуванням будь-якого виду одиночного ув'язнення для того, щоб переконатися, що цей захід не застосовується непропорційно, без об'єктивного і розумного виправдання і не є спрямованим проти конкретного ув'язненого або групи ув'язнених.

Про застосовність цих стандартів до засуджених, які не утримуються в умовах додаткової ізоляції, можна зробити висновок із пункту 61 цієї ж Доповіді «Як це і з іншими режимами, які застосовуються до ув'язнених, принцип, що ув'язнений, поміщений в одиночну камеру, повинен підлягати лише тим обмеженням, які необхідні для їх безпечного і впорядкованого утримання, має дотримуватись».

Далі знову підкреслюється недопустимість автоматичного характеру обмежень: «Крім того, щоб мінімізувати негативні наслідки, до яких його (додаткового ув'язнення — прим. авт.) застосування може призвести, мають бути докладені особливі зусилля стосовно режиму тримання тих, хто утримується в умовах тривалого одиночного ув'язнення і тих, хто перебуває тривалий строк в одиночній камері, як таких, що потребують особливої уваги. Не обов'язково застосовувати підхід «усе або нічого» («tout ou rien»). Кожне обмеження має застосовуватися тільки в разі потреби, яка відповідає оцінці небезпеки кожного в'язня».

У цьому разі під «усе або нічого» розуміється такий підхід, при якому всім без винятку засудженим забороняється вчиняти якісь дії, володіти якимись предметами без будь-якої індивідуалізації, тобто без вимоги застосування таких обмежень тільки тоді, коли вони дійсно необхідні в кожному конкретному випадку. Замість пошуку компромісу для гнучкого застосування обмеження, застосовується автоматичне обмеження в деяких правах усіх засуджених з певним статусом (наприклад, статусом такого, що перебуває в ДІЗО, ПКТ).

Наприклад, про це ж було наголошено в Доповіді про візит в Україну 2009 року (п. 150): «Слід додати, що ув'язнені, які поміщаються в ДІЗО/

карцер і ПКТ, є, як правило, автоматично позбавленими контактів із зовнішнім світом (тобто відвідувань, листів і телефонних дзвінків). **КЗК рекомендує українській владі вжити заходів для забезпечення того, щоб приміщення засуджених у ДІЗО/карцері та ПКТ не включала в себе повну заборону на сімейні контакти** (див. також правило 60 (4) Європейських тюремних правил). **Будь-які обмеження сімейних контактів, як форма покарання мають використовуватися тільки там, де порушення має відношення до таких контактів** (виділено авт.). В останньому реченні йдеться про те, що якщо дисциплінарне стягнення було накладено внаслідок порушення порядку проведення побачень, то тільки тоді особу може бути обґрунтовано обмежено в побаченнях (така інтерпретація впливає з огляду на окремі доповіді КЗК<sup>707</sup>).

Право на контакти з сім'єю є одним із найбільш підходящих для аналізу стандартів обмежень прав. Це рівною мірою стосується й аналізу відповідних стандартів КЗК. Наприклад, Комітет звертає увагу на недопустимість автоматичного характеру таких обмежень. Їх він ще називає «бланкетними». Вони розглядаються як частина покарання, адже застосовуються автоматично на підставі покарання, яке застосовуються щодо окремої категорії засуджених<sup>708</sup>. На думку КЗК, система, у відповідності до якої **обсяг контактів в'язнів із зовнішнім світом визначається автоматично як частина призначеного покарання є фундаментально хибною** (виділено авт.)<sup>709</sup>. «Надання контактів із зовнішнім світом має бути нормою, а їх заборона — винятком», — вказує КЗК за результатами візиту до Ліхтенштейну<sup>710</sup>. Цим принципам, які впливають із практики ЄСПЛ та ЄВП<sup>711</sup>, Комітет неухильно слідує завжди, коли оцінює обґрунтованість обмежень контактів із зовнішнім світом.

<sup>707</sup> Наприклад, у доповіді щодо візиту до Монако у 2012 році КЗК вказав, що «...будь-яке обмеження цих контактів має застосовуватись тільки тоді, коли порушення, за яке застосовано дисциплінарне стягнення, пов'язано із цими контактами (як, наприклад, передача наркотиків під час побачення)» (пункт 54, Rapport au Gouvernement de la Principauté de Monaco relatif à la visite effectuée à Monaco par le CPT du 27 au 30 novembre 2012 (CPT/Inf (2013) 39).

<sup>708</sup> Див. напр. пункт 98 Візиту Комітету до Росії у 2012 році (Report to the Russian Government on the visit to the Russian Federation carried out by the CPT from 21 May to 4 June 2012 (CPT/Inf (2013) 41)).

<sup>709</sup> Пункт 90 доповіді за результатами візиту до Грузії у 2007 році (Report to the Georgian Government on the visit to Georgia carried out by the CPT from 21 March to 2 April 2007 (CPT/Inf (2007) 42)).

<sup>710</sup> Пункт 43 Доповіді про візит 2007 року до Ліхтенштейну (Report to the Government of the Principality of Liechtenstein on the visit to Liechtenstein carried out by the CPT from 5 to 9 February 2007 (CPT/Inf (2008) 20).

<sup>711</sup> ЄВП не закріплюють заборону застосування автоматичних обмежень безпосередньо, хоча у коментарі до правила 4 безпосередньо вказується, що в'язничні політики



Наприклад, під час візиту до Фінляндії у 2014 році<sup>712</sup> він звернув увагу на таке. В'язні у тюрмах Riihimäki та Vantaa скаржились на те, що вони не могли доторкатись до своїх близьких та/або дітей під час побачень. Вони також скаржились, що ці обмеження застосовувалися бланкетним способом. Наприклад, таке застосування могло статись через те, що в'язень був засуджений за злочини, пов'язані із наркотиками. При цьому не враховувалась його поведінка в самій тюремній установі. Комітет досить уважено підкреслив свій стандарт. Він вказав, що «визнаючи, що для окремих засуджених протягом певного періоду часу може бути необхідно піддаватись обмеженням стосовно порядку, в якому відбуваються побачення, КЗК рекомендує, щоб теперішня практика була переглянута так, щоб гарантувати, що вказані обмеження застосовуються в такому обсязі та на такий час, який є обґрунтований загрозою (як-то проникнення незаконних речовин чи заборонених предметів), яку представляє відповідний засуджений» (п. 84).

Стандартними мотивами, задля яких, на думку КЗК, можуть допускатись обмеження права на побачення, вважаються безпека<sup>713</sup> та обґрунтовані інтереси слідства (коли це стосується осіб під вартою)<sup>714</sup>. Тим не менш, обмеження мають залишатися винятком, який має місце тільки в окремих індивідуальних справах (п. 56)<sup>715</sup>. Цим підкреслюється необхідність врахування принципу пропорційності та його складової — вимоги мінімальної необхідності обмеження.

З іншого боку, дещо суперечливий вигляд має допущення Комітетом можливості обмеження права з огляду на «міркування, які пов'язані із наявними ресурсами»<sup>716</sup>. Річ у тім, що Європейські в'язничні правила, навпа-

---

та практики, які систематично (routinely) дозволяють втручання у права не є прийнятними (Commentary to recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member states on the European Prison Rules).

<sup>712</sup> Report to the Finnish Government on the visit to Finland carried out by the CPT from 22 September to 2 October 2014 (CPT/Inf (2015) 25).

<sup>713</sup> Мотиви безпеки мають бути такого характеру, щоб була можлива їхня оцінка. Тобто вони мають бути «оцінювані» (англ. appreciable) (Пункт 43 Доповіді про візит до Ліхтенштейну 2007 року, Report to the Government of the Principality of Liechtenstein on the visit to Liechtenstein carried out by the CPT from 5 to 9 February 2007 (CPT/Inf (2008) 20). Такого роду уточненнями Комітет достатньо підкреслює у своїх доповідях необхідність конкретності та недопустимості «надуманого» чи неконкретного характеру мотивів безпеки.

<sup>714</sup> Report to the Icelandic Government on the visit to Iceland carried out by the CPT from 3 to 10 June 2004 (CPT/Inf (2006) 3).

<sup>715</sup> Ibid.

<sup>716</sup> Пункт 51, 2nd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1991 (CPT/Inf (92) 3); пункт 56 Report to the Georgian Government on the visit

ки, заперечують таке обґрунтування в принципі, який закріплений у правилі 4, де вказується, що тюремні умови, які «втручаються у права в'язнів», не можуть бути обґрунтовані недостатністю ресурсів. Формально в цьому правилі йдеться тільки про умови, але дух цього принципу явно не є сприятливим для обмежень інших, ніж право на тримання в належних умовах прав на підставі недостатності ресурсів. Як вказують співавтори ЄВП, це правило йде далі умов тримання і стосується обмежень прав та вимагає від держави виділення належних ресурсів для забезпечення такого режиму, який здатний гарантувати реалізацію прав. Більше того, враховуючи наявність альтернативних санкцій, держава не повинна мати в'язничну систему, за якої вона не може забезпечити здійснення прав в'язнів<sup>717</sup>.

Іноді Комітет безпосередньо відсилає до практики ЄСПЛ, формулюючи свою позицію щодо тих чи інших обмежень. Наприклад, у своїй доповіді щодо візиту до Вірменії у 2014<sup>718</sup> році він посилався на рішення *Тросіна проти України*, де Суд визнав порушення Конвенції, оскільки «відповідні положення національного законодавства передбачали автоматичні обмеження частоти та тривалості побачень для всіх довічників і не дозволяли жодної гнучкості для встановлення того, чи були такі суворі обмеження належними або необхідними в кожному окремому випадку, навіть незважаючи на те, що вони застосовувалися до засуджених за найбільш суворе покарання». Як наслідок, він рекомендував вірменській владі, щоб усі довічники «як правило, мали право отримувати короткострокові побачення у відкритих умовах (тобто побачення за столом) і щоб побачення через перегородку застосовувалися тільки на підставі індивідуальної оцінки ризиків» (п. 22). Комітет навіть недвозначно заявляє, що візити за столом (тобто без перегородок) мають бути правилом, а візити з перегородками — винятком<sup>719</sup>.

Традиційним є врахування Комітетом питання безпеки як такого, що може обґрунтовувати певні обмеження прав, що критикуються. Часто він використовує формулювання на кшталт «Комітет повністю усвідомлює» необхідність окремих обмежень. Це стосується як конкретних обмежень прав, так і надмірних заходів безпеки, що можуть обмежувати права опосередковано.

Наприклад, в одній зі словацьких тюрем Комітет звернув увагу на спеціальне скло вікна камери, яке не дозволяло бачити оточення за ме-

---

to Georgia carried out by the CPT from 19 to 23 November 2012 (CPT/Inf (2013) 18).

<sup>717</sup> Van Zyl Smit D., Snacken S. Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights. — New York: Oxford University Press, 2009. — P. 103.

<sup>718</sup> Report to the Armenian Government on the visit to Armenia carried out by the CPT from 20 to 23 May 2014 (CPT/Inf (2015) 10).

<sup>719</sup> Пункт 43, Report to the Government of the Netherlands on the visit to the Caribbean part of the Kingdom of the Netherlands carried out by the CPT from 12 to 22 May 2014 (CPT/Inf (2015) 27).

жами камери та, на його думку, призводило до гнітючого ефекту. Він вказав: «КЗК повністю розуміє, що окремі специфічні заходи безпеки, які спрямовані на попередження ризику змови та/або кримінальних правопорушень, можуть бути необхідними щодо окремих в'язнів. Однак вжиття такого роду заходів має бути скоріше винятком, ніж правилом. Це означає, що відповідна влада має розглянути справу кожного в'язня з тим, щоб упевнитись, чи дійсно специфічні заходи безпеки є обґрунтованими в його справі»<sup>720</sup>.

Іноді, коли це стосується питань безпеки, КЗК вказує на конкретні випадки, у яких застосування обмежень може бути обґрунтованим. Наприклад, під час візиту до Італії у 2012 році<sup>721</sup>, вказувалось, що «КЗК розуміє, що відеоспостереження всередині камер може бути обґрунтованим у індивідуальних випадках, наприклад, коли особа вважається такою, що має ризик членушкодження, суїциду або якщо є конкретна підозра, що в'язень здійснює у камері діяльність, яка може нашкодити безпеці. Рішення застосувати відеоспостереження до конкретного в'язня має завжди базуватись на індивідуальній оцінці ризиків та має переглядатись на регулярній основі» (пункт 60)<sup>722</sup>. Таким чином, окрім традиційної вимоги індивідуальної оцінки ризиків вказується й на іншу процедурну гарантію — необхідність регулярного перегляду обмеження. Така вимога доволі часто зустрічається в доповідях КЗК, але здебільшого в контексті гарантій для осіб, які тримаються в додатковій ізоляції, а не як вимога до інших обмежень.

Як і інші заходи, пов'язані із гарантуванням безпеки, обмеження у вигляді застосування наручників має зводитись до мінімуму. Так у пункті 33 11-ї Загальної доповіді, який стосується довічників та засуджених на тривалі строки, КЗК вказує: «...багато хто з таких засуджених піддаються особливим обмеженням, які здатні посилити шкідливі ефекти, властиві тривалому тюремному ув'язненню; прикладами таких обмежень можуть бути ... застосування наручників, коли ув'язнений виводиться з камер ... КЗК не бачить виправдання застосуванню повсюдних обмежень до всіх ув'язнених, засуджених до певних видів покарання, без належного урахування індивідуального ризику, який вони можуть (або не можуть) представляти».

---

<sup>720</sup> Пункт 74, Report to the Government of the Slovak Republic on the visit to the Slovak Republic carried out by the CPT from 24 September to 3 October 2013 (CPT/Inf (2014) 29).

<sup>721</sup> Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the CPT from 13 to 25 May 2012 (CPT/Inf (2013) 32).

<sup>722</sup> При цьому, згідно з думкою КЗК, навіть у такому разі має забезпечуватись приватність під час використання туалету та місця для миття.

У п. 102 Доповіді про візит до України у 2002 році зазначалось: «КЗК нагадує, що практика регулярного надягання наручників на осіб, засуджених до довічного ув'язнення, коли вони перебувають поза камерами, досить сумнівна, тим більше, що це робиться, коли ув'язнені перебувають у місці забезпечення безпеки. Такі заходи явно не виправдані та можуть розглядатися тільки як покарання. Крім того, надягання наручників при зустрічі з відвідувачами, безсумнівно є принизливим як для ув'язненого, так і для відвідувача. КЗК рекомендує українським посадовим особам негайно покласти край вищеписаній практиці». Необхідність оцінки індивідуального ризику стосується й ізоляції від інших засуджених, заборони комунікації з ними і т. ін.

Те ж саме стосується використання собак у в'язничних установах. У Доповіді про візит до України 2012 року КЗК висловився щодо систематичного використання службових собак (п. 49): «КЗК із заклопотаністю відзначає, що ніякого перегляду надмірних заходів безпеки, що застосовуються до довічно ув'язнених чоловіків, не було проведено з часів попередніх візитів. До ув'язнених цієї категорії продовжували систематично застосовувати наручники під час виведення з камери супроводжуваним персоналом, який завжди повинен був бути в супроводі працівника кінологічної служби та сторожової собаки. Сторожові собаки, як вказувалось, залишалися без намордника, а іноді спонукалися до гавкання. Комітет знову закликає українську владу забезпечити, щоб систематичне застосування наручників до довічно ув'язнених чоловіків при виведенні їх з камер було припинено... **Комітет рекомендує поставити крапку на систематичній практиці використання службових собак у вищевказаних обставинах. ...**» (шрифт оригіналу. — авт.).

Систематичне проведення обшуків, у тому числі з роздяганням, без індивідуальної оцінки ризику також не є сумісним зі стандартами КЗК<sup>723</sup>. Логічною є думка Комітету щодо недопустимості колективних обшуків<sup>724</sup>.

Так само виправданою є індивідуалізація обмежень шляхом покамерного розміщення засуджених. У своїй 11-ій Загальній доповіді (2001 р.)

---

<sup>723</sup> Див., напр.: пункт 86, Report to the Czech Government on the visit to the Czech Republic carried out by the CPT from 1 to 10 April 2014 (CPT/Inf (2015) 18). Разом з тим іноді Комітет стримано коментує систематичні обшуки, приймаючи факт, що вони є поширеними, але зауважуючи, що вони мають здійснюватись у спосіб, який максимально дотримується гідності в'язнів (пункт 101, Report to the Government of "the former Yugoslav Republic of Macedonia" on the visit to "the former Yugoslav Republic of Macedonia" carried out by the CPT from 15 to 26 May 2006 (CPT/Inf (2008) 5)).

<sup>724</sup> Пункт 57, Report to the Government of the Slovak Republic on the visit to the Slovak Republic carried out by the CPT from 24 March to 2 April 2009 (CPT/Inf (2010) 1).

Комітет критикував «сам принцип розміщення (в'язнів) у гуртожитках із великою кількістю місць», адже часто тримання в таких гуртожитках «призводило до тримання в тісноті та шкідливих умовах». На додаток до недостатності приватності, Комітет встановив високий ризик залякування й насилля окремих в'язнів та проблеми контролю з боку персоналу. Більше того, належне розміщення в'язнів у відповідності до їхнього індивідуального ризику ставало практично неможливим. Відхід від колективного тримання є однією із передумов незастосування автоматичних, колективних обмежень. Наприклад, складно уявити індивідуалізацію обмежень права на приватність у приміщенні, у якому утримується 50–100 чоловік.

У документі «Житловий простір на одного в'язня у в'язничних установах: стандарти ЄКЗК» Комітет резюмує, що з огляду на проблеми масового колективного тримання в гуртожитках, він тривалий час виступає за відхід від багатомісних приміщень гуртожитків на користь менших житлових відділень<sup>725</sup>. Ці стандарти є особливо актуальними для пострадянських країн і, зокрема, для України, у якій колективне тримання призводить до низки похідних проблем з погляду прав людини та в'язничного менеджменту<sup>726</sup>.

У своїй Загальній доповіді про діяльність у 2015 році КЗК, розглянувши стандарти виконання довічного позбавлення волі, також звернув увагу на необхідність індивідуалізації обмежень. Як і для засуджених до строкових покарань, довічники не мають піддаватись жодним обмеженням, які не є необхідними для підтримки належного порядку, безпеки чи дисципліни у в'язниці<sup>727</sup>. Рівень безпеки, який застосовується до кожного індивіда, має бути пропорційним ризику, який представляє особа. При цьому вчинений особою злочин — це тільки один із чинників, що мають враховуватись під час такої оцінки. Застосування режиму має завжди

---

<sup>725</sup> Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards (CPT/Inf (2015) 44, 15.12.2015).

<sup>726</sup> Проміжний альтернативний звіт Української Гельсінської спілки з прав людини щодо виконання рекомендацій, наданих Комітетом ООН проти катувань за результатами розгляду шостої періодичної доповіді України (CAT/C/UKR/6) / А. Б. Блага, О. А. Мартиненко, І. О. Теличкін, В. О. Човган; за заг. ред. А. П. Бушенка: Науково-практичне видання / Українська Гельсінська спілка з прав людини. — Київ: КИТ, 2015. — С. 16–17. Англійською: Alternative interim report by Ukrainian Helsinki Human Rights Union on implementation of recommendations, provided by the Committee against Torture based on the consideration of the sixth periodic report of Ukraine (CAT/ C/UKR/6) / Blaga A., Martynenko O., Telychkin I., Chovgan V. Ed. by A. Bushchenko. — Kyiv: KIT, 2015. — pp. 14–16.

<sup>727</sup> Таке твердження викликає непорозуміння, адже у ньому вказується вичерпний перелік обґрунтованих цілей, з якими можуть застосовуватись обмеження. Водночас перелік таких цілей, які повною мірою застосовуються до засуджених, є набагато ширшим у Конвенції.

базуватись на індивідуальній оцінці і не бути автоматичним результатом покарання, яке застосовується (п. 77)<sup>728</sup>.

Таким чином, стандарти Комітету не дозволяють автоматичного, без індивідуальної оцінки ризику застосування обмежень до в'язнів. У його доповідях ці стандарти обмежень найчастіше згадуються в контексті обмеження права на приватність (право на телефонні дзвінки, письмову кореспонденцію, побачення), хоча мають місце і щодо заходів безпеки (як-то застосування наручників чи використання собак).

В окремих випадках ним вказується і більш загальний підхід до обмежень у контексті режиму, який застосовується до особи. Наприклад, у доповіді про візит до Албанії у 2010 році зазначалось: «...будь-які обмеження режиму, який застосовується до засуджених в'язнів, мають базуватись винятково на міркуваннях безпеки, які піддаються оцінці (security concerns of an appreciable nature), та застосовуватися в кожному конкретному випадку в'язничною адміністрацією, замість того, щоб застосовуватись автоматично як частина покарання»<sup>729</sup>. Загалом, критика автоматичних обмежень Комітетом та вимога індивідуалізації є логічним продовженням підходів ЄСПЛ до принципу пропорційності у в'язницях.

Комітет звертає особливу увагу на **обмеження прав під час попереднього ув'язнення**. З його точки зору, відправним пунктом для оцінки режиму попередньо ув'язнених осіб має бути презумпція невинуватості й принцип, що в'язні не мають піддаватись обмеженням більше, ніж це суворо необхідно для забезпечення їхнього безпечного утримання та інтересів правосуддя.

Будь-які обмеження мають зводитись до мінімуму та бути якомога коротшої тривалості<sup>730</sup>. Більше того, Комітет вважає, що попередньо ув'язнені повинні мати навіть більші права, зокрема, що стосується побачень<sup>731</sup>.

Характерні риси стандартів Комітету простежуються й у неодноразових рекомендаціях Українському Уряду щодо контактів із зовнішнім світом осіб, які знаходяться в попередньому ув'язненні.

---

<sup>728</sup> 25th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2015 (CPT/Inf (2016) 10).

<sup>729</sup> Пункт 60, Report to the Albanian Government on the visit to Albania carried out by the CPT from 10 to 21 May 2010 (CPT/Inf (2012) 11); див. також пункт 55, Report to the Ukrainian Government on the visit to Ukraine carried out by the CPT from 01 to 10 December 2012 (CPT/Inf (2013) 23).

<sup>730</sup> Пункт 60, Report to the Government of Serbia on the visit to Serbia carried out by the CPT from 19 to 29 November 2007 (CPT/Inf (2009) 1).

<sup>731</sup> *Morgan R., Evans M.* Combating Torture in Europe: The Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT). — Strasbourg: Council of Europe, 2001. — P. 89.

Проблема має своїм джерелом декілька складових:

- а) у відповідності до статті 12 Закону України «Про попереднє ув'язнення» побачення з родичами або іншими особами може<sup>732</sup> надаватися взятим під варту особам адміністрацією місця попереднього ув'язнення лише з письмового дозволу слідчого або суду, які здійснюють кримінальне провадження, не менше трьох разів на місяць. Дещо лицемірний вигляд має остання частина диспозиції, вказуючи на те, що кількість побачень має бути не менше трьох на місяць. Насправді, якщо немає дозволу слідчого або суду, які здійснюють кримінальне провадження, то немає й побачень, а тому така гарантія є примарною;
- б) згідно з п. 1.1 Правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України (Наказ Мін'юсту від 18.03. 2013), дозвіл слідчого або суду, які здійснюють кримінальне провадження, є дійсним тільки на одне побачення. Це призводить до «біганини» родичів (або захисника, який допомагає родичам потрапити на побачення) для того, щоб отримати побачення із взятим під варту, що потрібно робити окремо для кожного побачення;
- в) умови проведення побачень є далекими від таких, що сприяють підтриманню нормального контакту хоча б із родичами. Такі побачення виключають можливість безпосереднього контакту з ними, а спілкування відбувається за допомогою телефонної трубки та через скло (подвійне скло завтовшки 6 мм кожне або органічне скло).

Ув'язненим дозволяється бачитися з захисником в умовах «що виключають можливість прослуховування чи підслуховування», при цьому побачення проводяться в умовах, що дозволяють адміністрації СІЗО бачити ув'язненого або засудженого і захисника, але не чути. Разом з тим такі умови не стосуються побачень із родичами та близькими, які здійснюється «у присутності посадових осіб СІЗО». Про необхідність організації побачень в СІЗО у більш відкритих умовах КЗК зазначав неодноразово.

Як не дивно, особам, що утримуються під вартою, не дозволяється отримувати телефонні дзвінки. Закон України «Про попереднє ув'язнення» не передбачає можливості отримання телефонних дзвінків за жодних умов, а тому вони не дозволяються. Забороняється листування із близькими та родичами, побачення з ними за винятком отримання згоди слідчого або органу, що проводить слідство. До того ж дозвіл на побачення часто доводиться отримувати окремо щодо кожного побачення. Усі ці правооб-

<sup>732</sup> Слово «може» у цьому випадку є неприйнятним та потребує особливої уваги через надмірний ступінь диспозитивності, а отже, загрозу зловживань.

меження виявляються необґрунтованими з огляду на їх «автоматичне» застосування до всіх узятих під варту, замість того, щоб застосовувати їх на індивідуальній основі.

Ці заборони також викликають певні логічні зауваження, якщо спробувати обґрунтувати її інтересами слідства. Ув'язненому в СІЗО дозволяється отримувати конфіденційні побачення із адвокатом, якому в разі необхідності може бути передана вся інформація співучасникам злочинів і т. ін. Однак саме загроза передачі негативної інформації лежить в корені мотивування поширеної заборони побачень із іншими особами.

Також замість тотальної заборони телефонних дзвінків не вбачається перешкод для надання права телефонних дзвінків з можливістю їх прослуховування адміністрацією установи для всіх ув'язнених і передбачення можливості заборони таких дзвінків у разі, якщо є підстави вважати, що це може зашкодити слідству.

Усі ці характеристики вітчизняного законодавства про тримання під вартою йдуть урозріз зі стандартами КЗК. Головний принцип, на якому будуються відповідні стандарти, полягає в тому, що «взяті під варту особи повинні, як правило, мати можливість отримувати побачення і комунікувати із їхніми сім'ями та іншими особами (в тому числі телефоном) у такий же спосіб, як і засуджені; це також позиція, яка міститься в Європейських в'язничних правилах»<sup>733</sup>.

Уже у п. 168 своєї доповіді щодо візиту до України у 1998 році<sup>734</sup> КЗК вказує:

«Комітет розуміє, що іноді в інтересах правосуддя, можливо, слід обмежувати побачення з окремими в'язнями, що утримуються в СІЗО. Але ці обмеження мають бути аргументовані потребами справи і мають застосовуватися, по можливості, протягом якомога коротшого часу. Побачення особи, яка перебуває в СІЗО, зі своєю сім'єю не мають заборонятися на тривалий час ні з яких причин. Якщо існує ризик змови, бажано дозволяти зустрічі, але під суворим наглядом. Цей підхід має стосуватися і листування з родичами.

**Комітет рекомендує переглянути у світлі вищевказаних зауважень питання надання особам, які перебувають в попередньому ув'язненні, побачень і можливостей листування. ...»** (виділення збережено. — авт.).

У п. 106 Доповіді щодо візиту в Україну у 2002 році Комітет зазначив: «КЗК вважає, що прийшов час українській владі переглянути також ре-

---

<sup>733</sup> Пункт 95, Report to the Polish Government on the visit to Poland carried out by the CPT from 5 to 17 June 2013 (CPT/Inf (2014) 21).

<sup>734</sup> Report to the Ukrainian Government on the visit to Ukraine carried out by the CPT from 8 to 24 February 1998 (CPT/Inf (2002) 19).



жими попереднього ув'язнення та ув'язнення в очікуванні остаточного вироку (після подачі апеляції). Ці режими мають певні неприйнятні риси, наприклад, ув'язнені повинні одержувати дозвіл слідчого, прокурора або суду (залежно від стадії процесу) на роботу та підтримку контактів із зовнішнім світом (відвідування, листування). Делегація зустрічалася зі значною кількістю таких ув'язнених, дорослими та неповнолітніми, які провели місяці, будучи замкненими у своїх камерах по 23 години на добу, без жодних занять і позбавлені контактів з родинами.

КЗК нагадує, що, на його думку, у деяких випадках необхідно, в інтересах слідства, обмежувати контакти ув'язнених з іншими ув'язненими або зовнішнім світом. Однак рішення про такі обмеження має сприйматися відповідно до обставин у кожному конкретному випадку й застосовуватися протягом якомога коротшого часу. Далі, необхідність накладення обмежень на окремих ув'язнених не може виправдувати введення режиму обмеження для всіх без винятку ув'язнених. Нарешті, КЗК не бачить причин для того, аби особи, що очікують остаточного вироку, утримувалися при такому режимі тільки на тій підставі, що вони подали апеляцію проти вироку.

**КЗК рекомендує українській владі негайно вжити заходів, включаючи, якщо потрібно, ліквідацію існуючих законодавчих перешкод, для припинення обмежувального режиму для осіб, що перебувають у попередньому ув'язненні, і тих, хто очікує остаточного вироку. ...»** (виділення збережено. — авт.).

У продовження цих рекомендацій та у зв'язку з їх невиконанням Комітет не переставав повторювати ті ж самі зауваження та наполягати на своїх рекомендаціях з приводу контактів в'язнів із зовнішнім світом.

У п. 152 доповіді щодо візиту у 2009 році зазначалось: «Незважаючи на попередні рекомендації КЗК, ситуація, що стосується контактів осіб, які перебувають під вартою з зовнішнім світом залишається незмінною. Для таких осіб рідкістю було, включаючи неповнолітніх, отримати дозвіл на побачення і навіть не було дозволено відправляти/отримувати листи і здійснювати телефонні дзвінки. У деяких випадках заборона на відвідування тривала навіть після того, як кримінальна справа була закрита. Делегації зустрічалися ув'язнені, які не отримували жодних побачень протягом 21 місяця.

**КЗК закликає українську владу вжити заходів для забезпечення того, щоб особи, які утримуються в попередньому ув'язненні, мали право на побачення і право відправляти/отримувати листи, як справа принципу. Будь-яка відмова дати дозвіл на відвідування або відправляти/отримувати листи повинна бути спеціально обґрунтована потребами розслідування, що має вимагати схвалення органом, непов'язаним з розглядом справи, і має застосовува-**

тися протягом певного періоду часу, із зазначенням мотивів. У разі необхідності, мають бути внесені зміни до відповідних законодавчих актів та положень.

Крім того, КЗК рекомендує, щоб був гарантований доступ до телефонних розмов для слідчо-заарештованих осіб; будь-яке рішення заборонити або ввести обмеження на доступ до телефонних дзвінків має базуватися на обґрунтованому ризику змови, залякування або іншої незаконної діяльності і має бути введеним на певний період часу. Мають бути внесені відповідні зміни до законодавства» (виділення збережено. — авт.). З відповіді на це зауваження щодо візиту 2009 року видно, що національна влада також визнала, що такі обмеження також призводять до позбавлення можливості дистанційного навчання ув'язнених в СІЗО.

Нарешті, у п. 50 доповіді щодо візиту у 2011 році Комітет вказав:

«...незважаючи на конкретні рекомендації, зроблені Комітетом після всіх попередніх візитів в Україну, жорсткі обмеження як і раніше часто застосовуються до **контактів із зовнішнім світом** осіб, узятих під варту. Багатьом утримуваним під вартою не дозволялося отримувати будь-які побачення з особами, які не є їх адвокатом (чи законним представником), ні здійснювати телефонні дзвінки протягом тривалого часу; в ряді випадків, ця ситуація тривала вже більше року. Такий стан справ є неприйнятним.

КЗК знову закликає українську владу вжити заходів для того, щоб переконатися, що слідчо-заарештовані, як справа принципу, мають право на отримання побачень та отримання/відправлення листів. Будь-яка відмова дати дозвіл на відвідування або відправлення/отримання листів має бути спеціально обґрунтована потребами розслідування, вимагати схвалення органом, не пов'язаного з відповідною справою і застосуватися на вказаний період часу, із зазначенням причин. У разі необхідності, відповідне законодавство і правила мають бути змінені.

Крім того, Комітет підтверджує свою рекомендацію про необхідність вжиття заходів для забезпечення того, щоб слідчо-заарештованим, як правило, надавався постійний доступ до телефону. Якщо є передбачуваний ризик змови в окремих випадках, конкретний телефонний дзвінок завжди може відстежуватися. **Будь-яке рішення, забороняти або обмежувати доступ ув'язнених до телефону має базуватися на обґрунтованому припущенні про ризик змови, залякування або іншої незаконної діяльності і застосовуватися протягом визначеного періоду»** (виділення збережено. — авт.).

Вимога мотивації рішення є суттєвою гарантією попередження зловживання та свавілля, можливості належного оскарження рішення (адже

в'язень знає, чому саме застосовано відповідне обмеження) та легітимності рішення. КЗК, розуміючи надзвичайну важливість належної мотивації, зазвичай, особливо підкреслює цю вимогу в контексті оцінки деяких обмежень прав. В окремих випадках він детально уточнює цю рекомендацію. Наприклад, у доповіді про візит до Ісландії у 2004 році<sup>735</sup> була звернена увага на надто загальні формулювання мотивів заборони контактів із зовнішнім світом та було вказано на необхідність «**письмового викладення специфічних мотивів, які обґрунтовують застосування обмежень на попередньо ув'язнену особу, і що в'язень має бути проінформований щодо цих мотивів (зрозуміло, що ці мотиви можуть не включати деталі, які в інтересах слідства доцільно не повідомляти в'язням)**». Метою цих рекомендацій є забезпечення того, щоб суди могли проводити *належну оцінку* (meaningful assessment) того, чи є необхідними специфічні обмеження. Обмеження мають зводитись до ситуацій, де має місце дійсний ризик шкоди в контексті відповідного кримінального розслідування і де цей ризик є достатнім для гарантування використання конкретних обмежень в конкретній справі» (виділення збережено. — авт.).

Не можна оминати увагою й посилання Комітету на Європейські в'язничні правила, які рівною мірою поширюються на осіб, які утримуються під вартою. Зокрема, правило 24.1, що передбачає: «ув'язненим необхідно дозволяти максимально часто спілкуватися поштою, по телефону або в інші способи спілкування зі своїми родинами, іншими особами та представниками зовнішніх організацій; необхідно дозволяти також відвідування ув'язнених зазначеними особами» та п. 99, який закріплює таке: «**За відсутності спеціальної заборони, встановленої судовою інстанцією в конкретній справі** (виділено авт.) на конкретно визначений термін, ув'язнені, справи яких ще не розглянуті, мають право:

- а) на відвідування, і їм дозволяється спілкування з родиною та іншими особами таким же чином, як і засудженим ув'язненим;
- б) на додаткові відвідування та на додатковий доступ до інших видів контактів;
- в) доступу до книг, газет та інших засобів інформації».

У Доповіді за результатами візиту в Україну у 2013 році КЗК вкотре повторив свою рекомендацію щодо необхідності зміни філософії обмеження фізичних контактів із зовнішнім світом цієї категорії ув'язнених, які, до того ж, *de jure* вважаються невинуватими (пункт 125): «попередньо ув'язнені можуть отримувати не менше трьох візитів протягом від

<sup>735</sup> Пункт 58, Report to the Icelandic Government on the visit to Iceland carried out by the CPT from 3 to 10 June 2004 (CPT/Inf (2006) 3).

одного до чотирьох годин на місяць. Однак такі візити можуть мати місце тільки на підставі письмового дозволу слідчого або суду. Слід нагадати, що подібний дозвіл має бути також отриманий щодо листування. Крім того, як і в минулому, телефонні дзвінки не дозволені законом... Слідчі/судді рідко дозволяють візити (або можливість надсилати листи). Крім того, багато ув'язнених, з якими говорила делегація, вважали, що їм не дозволили контакти із зовнішнім світом у помсту за їх відмову надати зізнання або надати іншу інформацію слідчим. Що стосується невеликої кількості попередньо ув'язнених, уповноважених на отримання візитів, їм, як правило, не дозволявся фізичний контакт зі своїми відвідувачами».

У зв'язку з цим Комітет рекомендував чіткі пропозиції змін законодавства: «Запровадити зміни до чинного законодавства з метою забезпечення того, щоб попередньо ув'язнені, як правило, мали право на отримання візитів, виконання/отримання телефонних дзвінків і відправлення/отримання листів. Будь-яке обмеження/заборона, встановлене на них відносно відвідувань, телефонних дзвінків чи листування, мають бути спеціально обґрунтовані потребами розслідування, завжди вимагати схвалення судовим органом і застосовуватися протягом певного періоду часу, із зазначенням причин для цього. Водночас, слідчим і суддям має бути нагадано, що відправною точкою для розгляду прохання про відвідування і для відправки листів мають бути презумпція невинуватості і принцип, що попередньо ув'язнені повинні **піддаватись такій кількості обмежень, яка суворо необхідна для інтересів правосуддя, і що, якщо немає чітко визначеної причини для заборони візитів/листування або для накладення певних обмежень (наприклад, організація відвідувань через перегородку) протягом заданого періоду в кожному окремому випадку** (виділено авт.), попередньо ув'язнені повинні бути уповноважені отримувати принаймні три візити до чотирьох годин на місяць, а також відправляти/отримувати листи, як це передбачено законом».

Як видно, КЗК вказує на те, що обмеження осіб, узятих під варту, мають схвалюватись судовим органом. Проте в деяких випадках формулюються дещо відмінні рекомендації. Наприклад, у п. 137 Доповіді про візит до Азербайджану у 2002 році<sup>736</sup> рекомендувалось, щоб «Будь-яка відмова слідчим отримувати побачення має бути спеціально обґрунтована потребами слідства й вимагає затвердження органом, який не пов'язаний з цією справою, та має застосовуватись на визначений період». Така ж рекомендація міститься у згаданому п. 152 про візит до України у 2009 році.

<sup>736</sup> Report to the Azerbaijani Government on the visit to Azerbaijan carried out by the CPT from 24 November to 6 December 2002 (CPT/Inf (2004) 36).

Із доповідей КЗК не є однозначним чи йдеться лише про суд як допустимий орган для затвердження обмежень.

У будь-якому разі, коли суддя затверджує обмеження контактів із зовнішнім світом, вони мають бути суворо необхідними і використовуватись протягом якомога коротшого періоду<sup>737</sup>. Крім того, обмеження в попередньому ув'язненні та їх обґрунтування мають регулярно переглядатись, а в'язні повинні мати можливість їх оскаржити до суду чи іншого незалежного органу<sup>738</sup>.

Варто додатково підкреслити, що необхідність обмежень для потреб слідства завжди звертає особливу увагу Комітету<sup>739</sup>. У своїй доповіді про візит до Данії у 2014 році ним підкреслювалося особливе значення гарантій того, щоб надмірні обмеження не мали місця. Обмеження мали бути безпосередньо пов'язані із цілями слідства. Наприклад, метою слідства у справі одного засудженого, якого зустріла делегація, було попередження залякування свідків, хоча, водночас, йому було заборонено телефонувати до своєї сім'ї. Такі обмеження, на думку Комітету, були надмірними. У зв'язку з цим він рекомендував посилити гарантії від надмірних обмежень, серед яких особливо цінною є згадка про необхідність мотивації та про те, що застосування окремих обмежень на побачення, телефонні дзвінки та листування має розглядатись окремо<sup>740</sup>. Звідси впливає важливий аспект стандарту — необхідність диференціації обмежень, а не застосування їх як одного комплексу, навіть якщо цей комплекс був застосований на підставі вмотивованого рішення. Диференціація обмежень у такому разі може розглядатись як логічне продовження вимоги гнучкого підходу до обмежень.

---

<sup>737</sup> Пункт 71, Rapport au Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg relatif à la visite effectuée au Luxembourg par le CPT du 28 janvier au 2 Février 2015 (CPT/Inf (2015) 30).

<sup>738</sup> *Evans M. D., Morgan R. Protecting Prisoners: The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context.* — New York: Oxford University Press, 1999. — P. 56.

<sup>739</sup> Це питання неодноразово виникало під час візитів до Скандинавських країн — Данії, Норвегії та Швеції, адже в них була поширеною практика обмежень контактів попередньо ув'язнених осіб з метою попередження змови та збереження доказів (*Morgan R., Evans M. D. Protecting Prisoners: The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context.* — New York: Oxford University Press, 1999. — P. 37; *Tonry M., Frase R. S. Sentencing and Sanctions in Western Countries.* — New York: Oxford University Press, 2001. — P. 396). Коментатори Європейських в'язничних правил, коментуючи правило 51 щодо вимог до заходів безпеки, вказують, що багато тюремних систем ґрунтуються на припущенні, що всі попередньо ув'язнені повинні триматися на високому рівні безпеки. Однак це не завжди є необхідним і має бути можливість застосовувати індивідуальну оцінку ризику для безпеки (Commentary to recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member states on the European Prison Rules. Ibid).

<sup>740</sup> Пункти 34–35, Report to the Danish Government on the visit to Denmark carried out by the CPT from 4 to 13 February 2014 (CPT/Inf (2014) 25).

Чи не найбільш повно відповідні вимоги артикулювались у візиті Комітету до Швеції у 2003 році<sup>741</sup>. Особливо підкреслювалась необхідність щоб обмеження застосовувались тільки у тих випадках, коли прокурор як особа, яка могла звертатись до суду за затвердженням відповідних обмежень, «може переконати суддю, що має місце справжній ризик шкоди в контексті відповідного кримінального розслідування і що цей ризик є достатнім для того, щоб обґрунтувати застосування конкретного обмеження у справі» (пункт 43). Кожен раз, коли прокурор звертається до суду за застосуванням чи продовженням обмежень, він має надати:

- а) пояснення щодо специфічних обмежень, які він бажає застосувати до особи;
- б) належні мотиви, які обґрунтовують такі обмеження у світлі обставин справи. Заповнення відповідних документів має здійснюватися так, щоб чітко встановлювати обґрунтовані підстави для застосування обмежень. Законодавчі положення мають передбачати, що як перше застосування, так і продовження обмежень, має бути індивідуалізованим та повністю обґрунтованим (пункт 49). Зауважимо, що КЗК приділив таку велику увагу деталям у зв'язку із ситуацією, що склалася із застосуванням та продовженням застосування обмежень до осіб під вартою. Річ у тім, що суди надзвичайно формально підходили до підтвердження обмежень, про які клопотав прокурор, а прокурори практично не вказували мотивів або лише формально зазначали їх у загальних термінах. Як один із наслідків, адвокати, з якими спілкувалась делегація, скаржились, що через недостатність інформації щодо мотивів оскаржуваних обмежень суди майже ніколи не скасовували їх.

Незважаючи на критику підходів Швеції до застосування обмежень прав осіб, узятих під варту, яка розпочалась з самого першого візиту Комітету до цієї країни у 1991 році, проблема надмірних обмежень залишається. Останніми роками мали місце деякі зміни в нормативній базі з цього приводу, однак на практику ці зміни майже не вплинули. У зв'язку з цим Комітет під час свого останнього візиту до цієї країни у 2015 році рішуче закликав до вжиття необхідних заходів<sup>742</sup>, здійснивши імпліцитну дипломатичну погрозу цій країні.

Варто зазначити, що раніше Комітет установив певні докази того, що відповідні обмеження іноді використовувалися поліцією для здійснення тиску на підозрюваних. Однак він не ризикнув визнати «психологічні ка-

---

<sup>741</sup> Пункти 40–49, Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the CPT from 27 January to 5 February 2003 (CPT/Inf (2004) 32).

<sup>742</sup> Пункти 48–53, Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the CPT from 18 to 28 May 2015 (CPT/Inf (2016) 1).

тування» у зв'язку з цим, на відміну від натяків на те, що за певних умов тривале тримання в одиночному ув'язненні могло становити нелюдське або принижуюче поводження<sup>743</sup>.

Комітет вважає, що навіть якщо обмеження (контактів із зовнішнім світом) обґрунтовані законом, вони можуть мати шкідливі наслідки, які можна компенсувати такими заходами:

- огляд лікаря щодо фізичного та психічного стану в'язня і, якщо потрібно, можливі наслідки обмеження;
- створення можливостей корисної діяльності на додаток до щоденних прогулянок<sup>744</sup>.

Аналіз змісту всіх вищенаведених стандартів свідчить про те, що сама філософія обмеження контактів у попередньому ув'язненні має бути змінена. Замість презумпції заборони контактів (побачення, листування, телефонні розмови) має бути презумпція дозволу цих контактів. І тільки коли цього суворо вимагають потреби слідства, за умови дотримання принципу пропорційності та належного обґрунтування, орган влади повинен мати можливість обмежувати такі контакти. Як випливає з цитованих стандартів КЗК, кожне рішення щодо обмеження має обґрунтовано мотивуватися в разі наявності підвищеного ризику змови чи іншої незаконної діяльності особи, яка взята під варту, а також має визначати чіткий строк такого обмеження. Звичайно ж, щодо такого рішення для ув'язнених повинна бути можливість оскарження, це також має бути закріплено в законодавстві, як і сама необхідність прийняття окремих процесуальних обґрунтованих та мотивованих рішень слідчим чи органом, що проводить слідство.

На наш погляд, варто відрізнити два типи обмежень під час попереднього ув'язнення. Перший — обмеження, пов'язані зі слідством. Вони мають застосовуватися органом, що здійснює слідство; адміністрація пенітенціарної установи не повинна могли встановлювати такі обмеження. Другий тип — обмеження, пов'язані із необхідністю забезпечення безпеки та порядку в установі. Такі обмеження можуть застосовуватися адміністрацією пенітенціарної установа, наприклад, до порядку проведення побачень<sup>745</sup>, обшуків та ін. У такому разі адміністрація повинна ма-

<sup>743</sup> *Evans M. D., Morgan R. Protecting Prisoners: The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context.* — New York: Oxford University Press, 1999. — P. 37.

<sup>744</sup> *Evans M., Morgan R. Combating Torture in Europe: The Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT).* — Strasbourg: Council of Europe, 2001. — P. 89–90.

<sup>745</sup> Обмеження в порядку проведення побачень також можна частково віднести до першого типу, адже контроль за передачею інформації може бути потрібний для слідства.

ти можливість встановлювати обмеження незалежно від рішення органу, який здійснює слідство.

З іншого боку, під питанням залишається взаємозв'язок між застосуванням цих обмежень. Наприклад, чи повинна адміністрація установи попереджувати орган слідства про доцільність застосування обмежень контактів із певною особою, якщо вона має підстави вважати, що готується змова чи інша спроба заплутати слідство? Це питання про межі повноважень та завдання адміністрацій установ попереднього ув'язнення, а також про їх роль у здійсненні слідства. Навіть саме визнання такої ролі має ставитись під питання.

### **Висновок до підрозділу 2.2.2.1**

Стандарти КЗК щодо обмежень прав в'язнів головним чином ґрунтуються на стандартах ЄСПЛ, а тому схожі на останні. Однак вони мають деякі особливості.

Найбільш комплексно бачення стандартів КЗК було сформульовано у зв'язку з принципами застосування одиничного ув'язнення. Зокрема, обмеження мають бути пропорційними, законними, підзвітними (особлива увага приділяється питанню юридичного відображення обмежень), необхідними та недискримінаційними. Як і ЄСПЛ, Комітет виступає проти автоматичних, неіндивідуалізованих обмежень, які встановлюються законом для всіх в'язнів чи для певної їх групи тільки з огляду на їхній статус (наприклад, довічників). Він вказує, що не варто застосовувати підхід «усе або нічого». Мається на увазі, що обмеження не можуть бути раз і назавжди зацементовані та мають бути гнучкими, тобто має бути уможливлена їхня зміна на практиці у світлі конкретних обставин. Особливо це стосується обмеження права на контакти із зовнішнім світом.

У стандартах Комітету знаходиться відображення та адвокатується принцип мінімальності обмежень. Мінімальність оцінюється з урахуванням таких поширених цілей для обмежень, як безпека або ж потреби правосуддя (у випадках із попередньо ув'язненими).

Комітет у своїх доповідях формулює також деякі важливі практичні гарантії проти застосування необґрунтованих обмежень. Однією із таких гарантій є встановлення часових рамок для застосування обмежень. Це може проявлятися як шляхом вимоги встановлення часу дії певного обмеження, так і шляхом вимоги систематичного перегляду певного обмеження. Іншими такими гарантіями є вимога надання детальної мотивації обмеження, встановлення їхньої форми, осіб, яких вона стосується (у випадку заборони побачень) та ін.

Особливого розвитку стандарти КЗК щодо обмежень набули в його рекомендаціях різним країнам щодо попереднього ув'язнення. Річ у тому,



що, незважаючи на презумпцію невинуватості, у багатьох країнах, в т. ч. в Україні, філософія попереднього ув'язнення ґрунтується на максимальному обмеженні контактів із зовнішнім світом. Основною причиною цього є несправедливе балансування інтересів слідства та індивіда, що по суті означає протистояння суспільних та індивідуальних інтересів. Надмірність обмежень контактів у інтересах слідства якраз призводить до презумпції обмеження контактів. Натомість має бути презумпція користування правами, обмеження ж мають бути суворо необхідним винятком. Яскравим прикладом є стандарт Комітету про недопустимість автоматичних обмежень і дозволів слідства (чи суду) на контакти із зовнішнім світом. Такі контакти мають бути дозволені, якщо тільки немає обґрунтованого рішення про їх заборону.

Таким чином, Комітет активно користується ключовими ідеями стандарту обґрунтування прав людини Європейського суду, однак не застосовує трискладовий тест як такий. З іншого боку, у його власних стандартах містяться специфічні та детальні гарантії і механізми захисту від необґрунтованого обмеження прав. Формулювання цих гарантій стало закономірною необхідністю задля узгодження загальних стандартів обмежень ЄСПЛ та в'язничних реалій, які спостерігаються Комітетом. Цей досвід засвідчив необхідність конкретних юридичних гарантій, які зможуть уникнути застосування необґрунтованих обмежень прав.

#### **2.2.2.2. Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи**

Рекомендації Ради Європи відносяться до м'якого права (*soft law*) та мають рекомендаційний характер. Однак вони мають значний вплив на національні в'язничні практики, в тому числі вони допомагають впроваджувати стандарти обмежень прав в'язнів. Особливе місце серед них посідають Європейські в'язничні правила.

##### *2.2.2.2.1. Європейські в'язничні правила*

Європейські в'язничні правила (ЄВП, Правила) є важливим документом для теорії правових обмежень<sup>746</sup>. Уже в п. 2 Правил вказується, що особи, позбавлені волі, зберігають усі права, яких вони не були законно позбавлені за рішенням суду, відповідно до якого вони засуджені до позбавлення волі чи взяті під варту.

У коментарі Комітету Міністрів Ради Європи до ЄВП вказується, що п. 2 доповнює п. 1 ЄВП, яке передбачає, що при поводженні з усіма осо-

---

<sup>746</sup> Човган В. О. Вимоги до правообмежень осіб, які позбавлені волі, за Європейськими тюремними правилами і їх втілення у національному законодавстві // Право та управління. — 2012. — № 2. — С. 977–988.

бами, позбавленими волі, необхідно дотримуватись їхніх прав людини. Правило 2, на думку Комітету, також підкреслює, що безумовні страждання, яких зазнає ув'язнений, втрачаючи право на свободу, не мають призводити до автоматичної втрати їхніх політичних, цивільних, соціальних, економічних та культурних прав. Неминуче права засуджених є обмеженими втратою їхньої свободи, але таких похідних обмежень має бути настільки мало, наскільки це можливо. Це правило вказує на деякі кроки, що мають бути здійснені для того, щоб знизити негативні наслідки втрати свободи. Будь-які похідні (від ізоляції — авт.) обмеження мають бути конкретизовані в законі і мають встановлюватись лише тоді, коли вони є суттєвими для порядку та безпеки у в'язниці. Обмеження, що можуть накладатись, не повинні суперечити ЄВП<sup>747</sup>.

Логічним продовженням обґрунтування правових обмежень засуджених у правилах 1 і 2 є правило 3, яке передбачає базове положення щодо встановлення стандартів обмежень прав в'язнів. Воно закріплює, що «обмеження, які застосовані до осіб, позбавлених волі, мають бути мінімально необхідними та відповідати тій обґрунтованій меті, з якою вони накладалися».

Коментар правила 3 не містить великої кількості деталей. У ньому тільки вказується, що це правило спрямовано на те, щоб підкреслити принцип пропорційності, який має відображатись у таких обмеженнях<sup>748</sup>.

З огляду на значення цього правила для нашої роботи ми звернулися за коментарями до співавтора ЄВП професора Дірка Ван Зіль Сміта<sup>749</sup>. Зокрема, він вказує, що це правило було одним із останніх, які були включені до ЄВП. Його метою було «уточнити Правило 2, яке дозволяє «законне» позбавлення прав, але не дає орієнтиру щодо того, якою мірою і чому це може бути зроблено». Найперша версія коментаря до Правил містила таке речення, яке пізніше було виключене: «Непропорційне обмеження прав для досягнення відносно незначної мети не дозволяється»<sup>750</sup>.

Як видно зі змісту Правила 3, воно включає дві головних вимоги до розміру обмежень: вони мають бути мінімальними та пропорційними. Однак мінімальність є складовою пропорційності, адже пропорційне обмеження — це таке обмеження права, коли було відсутнє альтернативне менше обмеження, яке могло б досягнути тієї ж мети. Тобто пропорційність обмеження з неминучістю передбачає й мінімальність обмеження,

---

<sup>747</sup> Commentary to recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member states on the European Prison Rules.

<sup>748</sup> Ibid.

<sup>749</sup> З особистого листування. Далі ми цитуватимемо за повідомленням професора, отриманим 23.08.2016.

<sup>750</sup> Там само.

адже вона передбачає, що для досягнення цілей обирається найменше обмеження. Тому нас особливо цікавила мотивація окремого включення до Правила 3 вимог мінімальності та пропорційності.

Зі спогадів Д. Ван Зіль Сміта, під час розробки ЄВП такий підхід міг мати два альтернативних пояснення. Перше полягало в тому, що в правилі містяться «злиття двох ідей в одній: мінімальне втручання у права загалом та специфічний зв'язок пропорційності й окремої цілі, скажімо, виправлення (rehabilitation)». Друге пояснення підтримувало висловлену нами здогадку, що оскільки розуміння пропорційності є досить складним на практиці, «мінімальна необхідність» могла стати категорією, яка могла бути більш зрозумілою та підтримувала б її практичне застосування<sup>751</sup>.

Вважається, що така увага до принципу пропорційності у ЄВП обумовлена серйозним впливом на розробників нової редакції ЄВП формулювань із практики ЄСПЛ<sup>752</sup>, який, вирішуючи справи, що стосуються правообмежень засуджених, керується саме вимогою пропорційності обмежень.

Сам же принцип є «ключовим концептом» у застосуванні в'язничного права та політики, адже диспропорційне суттєве втручання у право, навіть на прийнятних підставах, наприклад, для гарантування безпеки, може підірвати правовий статус в'язнів<sup>753</sup>. Його можна розглядати як розвиток ідеї Александра Петерсона (Alexander Paterson), що позбавлення волі є достатнім покаранням і додаткові обтяження чи обмеження не мають завдаватись<sup>754</sup>. Такий підхід відображає теорію школи «нової пенології», яка передбачає зведення до суворой необхідності обмежень, які супроводжують кримінальну санкцію<sup>755</sup>.

Слід звернути увагу, що в правилі 3 має місце важливий синтаксичний зв'язок між мінімальною необхідністю та обґрунтованою метою, з якою вони накладаються. Правило підкреслює, що обмеження мають бути міні-

---

<sup>751</sup> Схоже розуміння мало місце в Канаді, де під час заміни в законодавстві вимоги мінімальності вимогою пропорційності фахівці вбачали загрозу конкретній практичній вимозі. Це підтверджувалося й тим, що таку заміну відстоювала пенітенціарна адміністрація Канади, яка вважала концепцію мінімальності надто вимогливою порівняно із пропорційністю.

<sup>752</sup> *Eudes M.* La révision des règles pénitentiaires européennes, les limites d'un droit commun des conditions de détention // *Droits fondamentaux.* — 2006. — No. 6. — P. 10.

<sup>753</sup> *Van Zyl Smit D., Snacken S.* Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights. — New York: Oxford University Press, 2009. — P. 99.

<sup>754</sup> *Paterson on Prisons. The Collected Papers of Sir Alexander Paterson.* Ruck S. K. (ed.). — London: Muller, 1951. : цит. за *Van Zyl Smit D., Snacken S.* Ibid. — P. 99).

<sup>755</sup> *Gontard P.-R.* L'utilisation européenne des prisons ouvertes : l'exemple de la France. Thèse de doctorat. — Avignon: Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2013. — P. 441.

мально необхідними саме для досягнення обґрунтованої мети, що також відображає підхід ЄСПЛ, який використовує цю ідею як невід'ємну частину при встановленні справедливого балансу між обмеженнями та цілями, на досягнення яких вони спрямовані.

Що ж стосується цілей, з якими можуть встановлюватися обмеження, то у правилі 3 йдеться про відповідність обмежень «обґрунтованій меті». Тобто цілі, з якими можуть накладатись обмеження, не називаються безпосередньо в цьому пункті. Що розуміти під «обґрунтованою метою» — не уточнюється. У коментарі до ЄВП відповіді на це питання також не дається. Однак цілі, які вважаються обґрунтованими, частково містяться в деяких правилах ЄВП щодо окремих прав<sup>756</sup>.

Орієнтирами для визначення обґрунтованої мети є практика ЄСПЛ та сама Конвенція, яка визначає цілі, задля яких можуть встановлюватися окремі обмеження. Саме ці цілі, напевно, і мають вважатись обґрунтованими у відповідності до ЄВП. З іншого боку, цілі обмежень прав, які закріплюються в Конвенції, стосуються тільки частини прав, які мають в'язні у відповідності до неї. Що стосується іншої частини, то щодо них такі цілі або взагалі не згадуються (обмеження права голосу у Протоколі № 1 до Конвенції), або такі права не захищаються Конвенцією (соціальні права), а тому відсутні вказівки щодо обґрунтованих цілей їх обмеження.

Принцип мінімальності додатково відображений і в загальній нормі щодо вжиття заходів, пов'язаних із безпекою. Нею також передбачаються й обґрунтовані цілі обмежень. Зокрема, обмеження мають бути мінімально необхідними для досягнення безпечного ув'язнення (правило 51.1)<sup>757</sup>. Коментатори цього правила вказують<sup>758</sup>, що є три основних причини, чому заходи безпеки, які застосовуються до в'язнів, мають бути мінімальними:

- персонал більш схильний без складностей встановлювати, хто із в'язнів потребує високого рівня безпеки, якщо кількість заходів безпеки обмежується;
- чим нижчий рівень безпеки, тим більша вірогідність гуманнішого поводження;
- безпека є дорогою, і чим вищий її рівень, тим вищою буде ціна. Є фінансові мотиви не поміщати в'язнів до вищої категорії небезпеки, ніж необхідно.

---

<sup>756</sup> Див. нижче.

<sup>757</sup> На додаток до цього правила, правила 53.1–53.7 вказують, що особливі заходи підвищеної безпеки мають вживатися тільки у виняткових випадках, вживатися протягом якомога коротшого строку.

<sup>758</sup> Commentary to recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member states on the European Prison Rules.

Очевидно, що правило 51.1, у першу чергу, вказує на необхідність мінімізації рівня безпеки установи, в яку має поміщуватися в'язень. Однак це правило стосується й окремих заходів безпеки. Вжиття ж заходів безпеки як у вигляді встановлення рівня безпеки, так і у вигляді індивідуальних заходів завжди кореспондує обмеженню певних прав. Тому логічним є висновок, що обмеження прав внаслідок вжиття заходів безпеки (як індивідуальних, так і комплексних у порядку визначення рівня безпеки) так само мають зводитись до мінімуму. Така ж логіка може стосуватися і комплексних обмежень, які використовуються в порядку дисциплінарних санкцій, адже вони мають застосовуватись як виняток та бути пропорційними (правила 56.1, 60.2).

Вказані перші три правила мають особливе значення для Європейської в'язничної політики<sup>759</sup>, і не дарма знаходяться в розділі «Основні принципи» ЄВП. Підкреслимо, що ЄВП стосується не тільки правозастосувачів, а й нормотворця, адже обмеження застосовуються не тільки ними, але і правотворчими органами через прийняття відповідних нормативно-правових актів. Використовуючи нашу класифікацію обмежень, можна стверджувати, що правило 3 ЄВП стосується як правозастосовних, так і нормативних видів обмежень.

Правило 5 ЄВП (також є основним принципом) встановлює, що життя в місцях позбавлення волі має бути, наскільки це можливо, наближене до позитивних аспектів життя в суспільстві<sup>760</sup>.

Воно нагадує формулювання п. 5.1 МСП Мандели, яке передбачає необхідність максимального наближення умов життя на волі та в ув'язненні.

Комітет Міністрів вказує, що це правило підкреслює позитивні аспекти нормалізації.

Життя у в'язниці, звичайно, не може ніколи бути таким самим, як у вільному суспільстві. Однак мають здійснюватись намагання для того, щоб зробити умови тримання у в'язницях настільки близько до нормального життя, наскільки це можливо, і забезпечити, щоб ця нормалізація не призводила до нелюдських в'язничних умов<sup>761</sup>. Більше того, у відповідності до правила 5 життя у в'язниці має максимально наближатись саме до позитивних аспектів життя в суспільстві. Тому закріплену

---

<sup>759</sup> *Van Zyl Smit D., Snacken S. Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights.* — New York: Oxford University Press, 2009. — P. 99.

<sup>760</sup> Цей принцип також знаходить своє продовження у правилі 26.7, яке закріплює, що організація та методи тюремної роботи мають нагадувати, наскільки це можливо, організацію та методи відповідних типів роботи у вільному суспільстві.

<sup>761</sup> *Commentary to recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member states on the European Prison Rules.*

у правилі 5 ідею називають принципом нормалізації або ж «принципом нормальності»<sup>762</sup>.

Існує безпосередній зв'язок принципу нормалізації із питаннями встановлення обмежень<sup>763</sup>. Якщо життя у в'язниці має максимально наближатись до позитивних аспектів життя на свободі, то ключову роль у цьому відіграють саме обмеження, адже у них проявляється суть в'язничного покарання. Відповідно, нормалізація вимагає, щоб обмеження прав в'язнів максимально наближались до обмежень прав вільних осіб. Це стосується як підстав застосування обмежень, так і їх обсягу.

Повертаючись до принципу мінімальності, який пронизує ЄВП, найбільшою проблемою, що виникає як у законотворчості, так і в правозастосуванні, є встановлення того, що ж є мінімальним правообмеженням.

Однак іноді невідповідність окремих норм національного законодавства принципу мінімальності є очевидною. В окремих випадках може застосовуватись логічний метод «від протилежного», адже мінімальні обмеження не є максимальними і *vice versa*. Наприклад, відповідно до ч. 11 ст. 134 КВК під час тримання в дисциплінарному ізоляторі, карцері або приміщенні камерного типу (одиначній камері) засудженим забороняються побачення, придбання продуктів харчування і предметів першої потреби, одержання посилок (передач). Такі обмеження є максимальними, тому вони суперечать вимогам ЄВП.

Додамо також, що повне обмеження контактів із зовнішнім світом прямо суперечить Стандартам КЗК і правилу 24.2 ЄВП, у відповідності з яким спілкування і відвідування можуть бути обмежені або поставлені під контроль, якщо це необхідно для розслідування, підтримки порядку та безпеки, попередження кримінальних злочинів і захисту жертв злочинів, але такі обмеження, включаючи спеціальні обмеження, які встановлюються судовим органом, мають допускати мінімальний рівень спілкування.

У цьому правилі вказуються і цілі встановлення відповідних правообмежень, які, по суті, зводяться до того, щоб забезпечити безпеку людини і сприяти розслідуванню певних вчинених злочинів (у випадку осіб, узятих під варту). Однак якщо припустити мету безпеки осіб, які відбувають дисциплінарні стягнення у вигляді поміщення до ДІЗО чи

---

<sup>762</sup> Making Standards Work: An International Handbook on Good Prison Practice. 2<sup>nd</sup> ed. — London: Penal Reform International, 2001. — P. 21.

<sup>763</sup> Детальніше див. підрозділ 3.1.3.3 «Доктрина зближення із загальним правовим режимом "droit commun"». До речі, Комітет із запобігання катуванням вказує, що принцип нормалізації передбачає, що в'язні повинні піддаватись тільки тим обмеженням, які необхідні для безпечного та впорядкованого ув'язнення (пункт 74, 25th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2015 (CPT/Inf (2016) 10)).

ПКТ, то ця норма також порушується, адже мінімальний рівень спілкування відсутній.

Доцільно також згадати правило 24.1 ЄВП, у якому рекомендується максимально часто дозволяти в'язням спілкуватись по пошті, по телефону або за допомогою інших засобів спілкування зі своїми сім'ями, іншими особами і представниками зовнішніх організацій. Ця вимога спрямована на втілення того ж принципу мінімальності, що закріплений у 3 правилі ЄВП, оскільки вона передбачає тяжіння до максимального звуження правообмежень. Як вказує Комітет Міністрів у згаданому Коментарі, такі вимоги до обмежень встановлені у ч. 2 ст. 8 Конвенції, яка припускає, що втручання у здійснення закріпленого у ній права (тобто обмеження права на приватність) має бути зведено до мінімуму. У світлі даного правила, необґрунтованим є існування таких норм як ч. 3 ст. 95 КВК, що передбачає заборону побачень під час тримання протягом перших 14 днів перебування в установі виконання покарань (крім побачень з адвокатом).

Правило 24.2 ЄВП вказує, що контакти та відвідування можуть бути обмежені або поставлені під контроль, якщо це необхідно для продовження кримінального розслідування, підтримки порядку та безпеки, запобігання кримінальним злочинам та захисту жертв злочинів, проте такі обмеження, включаючи спеціальні обмеження, визначені судовим органом, мають допускати прийнятний мінімальний рівень контактів. Це правило є важливим з огляду на таке.

По-перше, воно встановлює можливі цілі для обмежень контактів із зовнішнім світом, а саме: продовження кримінального розслідування, підтримки порядку та безпеки, запобігання кримінальним злочинам та захисту жертв злочинів. При чому навіть за наявності таких цілей вимагається рішення в'язничної адміністрації, що часто лежить за межами тих знань, які вона повинна мати для виконання своїх обов'язків<sup>764</sup>. Існує також побажання Комітету Міністрів, що це було б хорошою політикою вимагати від судів рішення перед тим, як робити обмеження на цих підставах<sup>765</sup>. Крім того, для того щоб обґрунтувати обмеження, потенційна шкода в разі його незастосування має бути явною, а тому, наприклад, цензура листів на необмежений період є неприйнятною<sup>766</sup>.

По-друге, у правилі зазначено, що за будь-яких умов обмеження права на побачення мають допускати прийнятний мінімальний рівень контактів. Цим самим фактично встановлено недопустимість повної заборони контактів засуджених із зовнішнім світом. З точки зору

---

<sup>764</sup> Commentary to recommendation Rec (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member states on the European Prison Rules.

<sup>765</sup> Ibid.

<sup>766</sup> Ibid.

Комітету Міністрів, якщо проведення візиту становить загрозу безпеці установи, то вони мають бути піддані пропорційному контролю, а не заборонятись.

Правила містять низку лімітативних клаузул у тих положеннях, які закріплюють окремі права. Наприклад, право на інформацію шляхом доступу до ЗМІ має забезпечуватись, за винятком випадків, визначених обмежень на визначений період. Такі обмеження можуть встановлюватись тільки судом у індивідуальних випадках (правило 24.10). Цілі таких обмежень не встановлюються, проте ці цілі в будь-якому разі мали б бути підпорядкованими цілям, які містяться в статті 10 Конвенції. З іншого боку, в'язням має дозволятись спілкуватись зі ЗМІ, за винятком випадків, коли це необхідно для підтримки порядку і безпеки, в інтересах суспільства або для того, щоб захистити жертв, інших в'язнів або персонал (правило 24.12). Разом з тим ці цілі відповідають, але не повторюють дослівно цілі, які можуть мати на меті обмеження права на свободу слова у відповідності до статті 10 Конвенції<sup>767</sup>. Інші норми, які встановлюють цілі обмежень прав у ЄВП, також свідчать про часткове повторення допустимих Конвенцією цілей обмежень та про те, що їхнє пристосування до в'язничного контексту є специфічною рисою ЄВП.

Що стосується права на участь у виборах та референдумах, вказується, що воно має забезпечуватись, якщо тільки це право не обмежено національним законодавством (правило 24.11). Встановлення лише однієї вимоги для обґрунтування обмежень виборчих прав — передбаченості в законодавстві, є суттєвим недоліком цього правила. Складається враження, що інші вимоги обґрунтування обмежень, як-то їх цільовий характер та пропорційність не є обов'язковими, однак це не так<sup>768</sup>. Щоправда, правило 3 ЄВП, яке вважається загальним правилом-принципом, встановлює необхідність переслідування «обґрунтованої цілі» будь-якими обмеженнями прав, в тому числі обмеженнями виборчих прав.

Заходи безпеки, які вживаються щодо окремих ув'язнених, мають бути мінімально необхідними для забезпечення їхнього надійного утримання (правило 50.1). Хоча вони безпосередньо не встановлюють нової вимоги, але воно лише підкреслює принцип мінімальності правообмежень, що лежить в основі ЄВП.

Тлумачення ЄВП свідчить, що не дозволяється обмежувати право за-суджених на медичну допомогу. У правилі 40.5 вказується, що всі необхід-

<sup>767</sup> Тобто в «інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я чи моралі, для захисту репутації чи прав інших осіб, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду».

<sup>768</sup> *Hirst v. the United Kingdom* (No. 2) (GC) (no. 74025/01, 06.10.2005).



ні медичні, хірургічні та психіатричні послуги, у тому числі ті, що наявні в цивільних установах, мусять бути надані ув'язненим. В'язні повинні мати доступ до лікування, яке доступно в країні, без дискримінації на підставі їх правового статусу (правило 40.3). Ці правила перекликаються із 3-ою Загальною доповіддю КЗК. Однак чи вимагає такий підхід до обмежень не тільки доступність такого ж самого лікування, як на волі, в межах установи, а й право бути поміщеним у цивільну медичну установу за власним бажанням? Відповідь на це питання є негативною<sup>769</sup>, що свідчить про іманентне обмеження медичних прав.

Вимога пропорційності та мінімальності до обмежень засуджених знаходить своє відображення і в правилі 64, де визначаються вимоги до застосування сили до засуджених і де вказано, що масштаби застосування сили мусять бути мінімально необхідними, і вона має застосовуватися по можливості на мінімальний період. У правилі 68.3, яке визначає, що засоби стримування не мають застосовуватися довше, аніж це абсолютно необхідно.

У ЄВП міститься низка правил, які закріплюють ключові права в'язнів. Однак, на відміну від практики, яка часто використовується в проаналізованих у цій роботі національних законах щодо виконання покарань, ці права, як правило, не супроводжуються клаузулами щодо підстав та порядку застосування їх обмежень. Це не означає, що такі обмеження не можуть застосовуватись на підставі Конвенції. Наприклад, що стосується свободи слова, совісті та релігії (за винятком спілкування зі ЗМІ, про обмеження якого згадувалося вище), права на освіту, дозвілля, власність, працю. Що ж до стандартів обшуків, то в них прямо вказується на необхідність балансування обов'язку адміністрації захищати безпеку із приватністю особи, однак це чомусь вказується тільки щодо випадку обшуків відвідувачів установи (правило 54.9). Правила ж обшуків в'язнів так само не містять вказівок на підстави та мету обмеження права на приватність.

Звісно, правило 3 є загальним принципом, який визначає застосування обмежень до всіх без винятку прав, які закріплюються у ЄВП. Проте воно не враховує специфіку обмежень кожного окремого права, яка, у свою чергу, визначає специфіку практики його реалізації. Недоліки

---

<sup>769</sup> У рішенні по справі Кудла проти Польщі Суд вказує, що стаття 3 Конвенції не може інтерпретуватись як така, що закріплює загальний обов'язок влади помістити в'язня до цивільної лікарні для того, щоб отримати певний вид лікування (*Kudla v. Poland* (GC) § 93 (no. 30210/96, 26.10.2000). Разом з тим ЄСПЛ визнає право засудженої особи на такий самий рівень та підходи до лікування, що й на волі, в межах пенітенціарної установи. Наприклад, нещодавно Суд прийняв рішення, що ненадання наркозалежній особі опіоїдної замісної підтримувальної терапії було порушенням статті 3 Ковенції (*Wenner v. Germany* (no. 62303/13, 01.09.2016).

правил ЄВП щодо обмежень прав в'язнів, в т. ч. недостатня конкретизація практичних гарантій їх обґрунтованості, можуть бути компенсовані стандартами обмежень у практиці ЄСПЛ та рекомендаціях КЗК. Однак у такому разі автори ЄВП упустили нагоду уточнити та додатково розвинути ці стандарти з урахуванням пенітенціарного контексту.

#### *2.2.2.2.2. Стандарти обмежень прав в'язнів у інших рекомендаціях Комітету Міністрів Ради Європи*

Принципи та правила ЄВП, які стосуються обмежень прав в'язнів, послідовно перекликаються із положеннями інших рекомендацій Ради Європи. Окрім синергічного ефекту, це дає також підтвердження універсальності окремих стандартів обмежень цієї організації.

Ще у 1962 році Рекомендація під назвою «Виборчі, громадянські та соціальні права»<sup>770</sup> заклала серйозний фундамент стандартів обмежень прав в'язнів. Ця рекомендація, задовго до суттєвого прогресу у критичній оцінці принципу неминучих в ув'язненні обмежень, Європейським судом закріпила принцип, який недвозначно відкидав цю доктрину. Так, п. 4 вказував на зміст цього принципу: сам факт ув'язнення не впливає на володіння виборчими, громадянськими та соціальними правами, однак здійснення цих прав може бути обмежено тоді, коли воно несумісне із цілями ув'язнення або підтримкою порядку чи безпеки у тюрмі.

Незважаючи на закріплення досить прогресивної для того часу засади обмеження прав, щодо окремих категорій прав вона була дещо знівельована. Наприклад, п. 8 Рекомендації вказував, що в'язнична адміністрація може заборонити в'язневі здійснювати його цивільні права у випадках, якщо:

- а) здійснення цих прав несумісне із цілями ув'язнення або підтримкою порядку чи безпеки в тюрмі;
- б) у випадку засудженої особи, здійснення цих прав може бути відкладено до його звільнення, без шкоди його інтересам. Остання підстава, всупереч заявленому у п. 4 Рекомендації принципу, опосередковано легітимізувала обмеження прав з огляду на перебування в ув'язненні.

Що стосується соціальних прав, то відповідний розділ вказував на деякі стандарти щодо їх обмежень. В'язень не повинен був втрачати право на соціальні виплати з огляду на факт його ув'язнення, якщо він мав це право до ув'язнення (п. 9). Право на соціальне страхування повинно було зберігатись наскільки це можливо, при чому державою повинні були вживатись необхідні заходи (п. 10).

---

<sup>770</sup> Resolution (62) 2 (Adopted by the Ministers' Deputies on 1st February 1962) Electoral, civil and social rights of prisoners — Recommendation No. 195.

Зміст Рекомендації свідчить про приділення особливої уваги не так питанню володіння, як питанню здійснення прав. Вона навіть містила положення щодо надання можливості здійснення прав в'язня від його імені за допомогою представника та деталізувала питання особистої участі в судовому процесі з питань захисту відповідних прав (п.п. 7, 12–17).

Суттєва увага приділялась і можливостям обмеження здійснення прав. Це, однак, не означало, що йшлося про акцент на необхідності обмежень. Навпаки, це було спрямовано на гарантування захисту прав від зайвих обмежень, хоча тогочасні стандарти і не дозволяли закріплення стандартів однакових із сьогоднішніми.

Уже у 1982 році в Рекомендації щодо ув'язнення та поведження із небезпечними в'язнями (Res. R (82) 17) простежувалась прихильність до принципу мінімальності обмежень в'язнів<sup>771</sup>. Зокрема, у п. 2 вказувалось, що заходи безпеки мають застосовуватись виключно настільки, наскільки це з необхідністю потрібно. Також у Рекомендації містилась вказівка на індивідуальний підхід до застосування обмежень, адже заходи безпеки мають брати до уваги різні види небезпечності (п. 4). Крім того, рекомендувалось, щоб необхідність вжиття заходів безпеки переглядалась регулярно з тим, щоб тривалість тримання в таких умовах не перевищувала необхідного (п. 8).

Також пункт 5 Рекомендації містить положення, яке закликає пом'якшувати, наскільки це можливо, негативні наслідки посиленої безпеки. Тобто, з одного боку, допускаються обмеження, які можуть шкодити правам людини, а з іншого — вказується і на необхідність пом'якшення таких наслідків. Так, у одній із старих рекомендацій щодо в'язнів-іноземців (No. R (84) 12) 1984 року вказувалось, що для пом'якшення відчуття ізоляції в'язням-іноземцям варто сприяти їх комунікації із особами їх громадянства, мови, релігії або культури, наприклад, шляхом дозволу їм проводити разом дозвілля. Так само, наприклад, п. 24.2 ЄВП вказується на допустимість обмежень контактів із зовнішнім світом, однак тим не менш має допускатись мінімальний рівень контактів.

Вимога мінімальності репресивного впливу простежується і в інших документах щодо поведження із небезпечними злочинцями. Наприклад,

---

<sup>771</sup> Цей принцип стосується не тільки заходів, пов'язаних із позбавленням волі. Застосування санкцій, не пов'язаних з ізоляцією, також має слідувати цьому принципу. Наприклад, правило 21 Рекомендації No. R (92) 16 (щодо європейських правил про заходи, не пов'язані із позбавленням волі (англ.: On the European Rules on Community Sanctions and Measures)) вказує, що права особи, яка піддається відповідним санкціям, не мають обмежуватись більше, ніж це з необхідністю впливає із рішення щодо їхнього застосування. До речі, ця ж Рекомендація визначала й більш конкретні стандарти щодо обмежень окремих прав. Наприклад, соціальні права не мають обмежуватись через застосування санкцій, не пов'язаних із позбавленням волі (правило 28).

у новішій Рекомендації щодо небезпечних злочинців (Rec. (2014)3) вказується, що обмежувальні заходи не мають бути диспропорційними рівню ризику. Застосовуватися має найменш обмежувальний захід, який сумісний із захистом суспільства і зниженням ризику (п. 4). Оцінка ж ризиків має використовуватись так, щоб інтерпретація заходу або санкції була найменш обмежувальною (п. 29). Як вказується у Коментарі до цієї Рекомендації, ці стандарти безпосередньо обумовлюються вимогами пропорційності, які сформульовані в практиці ЄСПЛ<sup>772</sup>.

Як видно, необхідність урахування індивідуальних обставин у кожному конкретному випадку обмеження прав підкреслюється доволі часто в самих різних тематичних рекомендаціях Комітету Міністрів та стандартах КЗК і ЄСПЛ.

Принцип мінімальності, який в закріпленій у базових принципах ЄВП, окремо згадується не тільки щодо небезпечних злочинців, а й щодо інших специфічних категорій засуджених. Так, Рекомендація Rec. (2008)11 «Щодо європейських правил стосовно неповнолітніх правопорушників, які піддаються санкціям або заходам впливу» у п. 53.2 вказує, що установи для неповнолітніх мають забезпечувати умови із найменш обмежувальною організацією безпеки та контролю, необхідних для захисту неповнолітніх від них самих, для захисту персоналу та інших осіб<sup>773</sup>.

На принципі мінімальності обмежень, які полягають у застосуванні заходів впливу (в т. ч. заходів фізичного впливу), робиться особливий акцент. Додатково підкреслюється необхідність їх застосування протягом якомога коротшого строку, якомога низької інтенсивності та тільки у виняткових випадках, коли інші заходи не спрацьовують (розділ E.13.3 Європейських правил стосовно неповнолітніх правопорушників).

Принцип, що тримання в умовах, які втручаються у права людини, не може обґрунтовуватись недостатністю ресурсів (правило 4 ЄВП), стосується не тільки порушень прав, а може стосуватись і обмежень прав. Одним із підтверджень такого розуміння є і те, що у відповідності до згаданої рекомендації щодо неповнолітніх Rec (2008)11, недостатність ресурсів ніко-

<sup>772</sup> Commentary to Recommendation CM/Rec(2014)3 //

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2014\)14&Language=lanEnglish&Ver=add1&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2014)14&Language=lanEnglish&Ver=add1&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383) (останній доступ 10.11.2015).

<sup>773</sup> Як вказується у Коментарі до цього правила, воно відображає принцип мінімальності обмежень прав, який пов'язаний із принципом пропорційності, що міститься в багатьох національних конституціях (Commentary to the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures //

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Commentary\\_Rec\\_2008\\_11E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Commentary_Rec_2008_11E.pdf) (останній доступ 10.11.2015).

ли не може обґрунтовувати втручання (обмеження. — прим. авт.) в права неповнолітніх (п. 19)<sup>774</sup>.

Так само, як і щодо неповнолітніх, робиться особливий акцент на стандартах обмежень осіб, узятих під варту. Це обумовлено їхнім статусом у світлі презумпції невинуватості.

Зокрема, Рекомендація Рес. (2006)13 «Щодо використання попереднього ув'язнення, умов, у яких воно здійснюється і забезпечення гарантій проти зловживань»<sup>775</sup> вказує на принцип, що попередньо ув'язнені особи повинні піддаватись умовам, які відповідають їхньому статусу; це означає відсутність обмежень, окрім тих, які є необхідними для відправлення правосуддя, безпеки установи, в'язнів та персоналу, а також захисту прав інших осіб (п. 5).

Формулювання Рекомендації в такому разі є особливо різким — не має бути жодних інших обмежень, ніж ті, що необхідні для вказаних обґрунтованих цілей. Варто наголосити на тому, що на відміну від схожих норм із інших рекомендацій Комітету Міністрів, серед цих обґрунтованих цілей значиться мета забезпечення прав інших осіб. Тобто передбачається не тільки досить складний процес балансування інституційних інтересів з індивідуальними, а й індивідуальних інтересів однієї особи із індивідуальними інтересами інших осіб/особи.

Додатково можна пригадати Рекомендацію Рес(2012)12 щодо іноземних в'язнів, у якій вказується, що за винятком специфічних безпекових міркувань в індивідуальних випадках іноземцям має дозволятися спілкуватись своєю рідною мовою під час контактів із сім'єю (п. 22.2).

### Висновок до підрозділу 2.2.2.2

Європейські в'язничні правила — головна рекомендація Ради Європи, яка закріплює стандарти прав в'язнів, у тому числі й стандарти їх обмежень.

Серед ключових принципів документа є: принцип, що в'язні, за загальним правилом продовжують користуватись усіма правами, що й вільні особи, з урахуванням необхідних законних винятків (правило 2); принцип мінімальності та цільового характеру обмежень (правило 3), який по суті втілює принцип пропорційності; принцип нормалізації, який вимагає наближення життя у в'язниці до позитивних аспектів життя у суспільстві

<sup>774</sup> Автори безпосередньо пов'язують це правило із правилом 4 ЄВП (див. Commentary to the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures. — Ibid.), хоча ці положення не є ідентичними.

<sup>775</sup> Recommendation Rec(2006)13 of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse (adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2006).

(правило 5), а тому передбачає і наближення рівня обмежень у в'язниці та на волі.

Закріплення принципу мінімальності відбулося під впливом практики ЄСПЛ. Його віднесення до основних принципів виокремлює ЄВП з-поміж інших міжнародних стандартів.

ЄВП додатково підкреслюють, що обмеження для досягнення безпеки мають бути мінімальними. Такий наголос додатково підкріплює значення принципу мінімальності, адже саме вимоги безпеки часто обґрунтовують надмірні втручання у права.

Правила також містять низку лімітативних клаузул у тих положеннях, які закріплюють окремі права. Разом з тим вони мають певні розходження із клаузулами Європейської конвенції, навіть тоді, коли вони стосуються тих самих прав. Ці розходження не сприяють послідовності стандартів обмежень у європейській в'язничній політиці. Можна здогадуватись про намір авторів уточнити стандарти обмежень Конвенції щодо пенітенціарної сфери. Однак, замість уточнення та розвитку лімітативних клаузул Конвенції, деякі їх важливі аспекти були відображені невдало або не були відображені взагалі. Так само був упущений шанс систематизації практичних гарантій забезпечення обґрунтованості обмежень.

Інші рекомендації Ради Європи щодо окремих прав в'язнів містять деякі згадування про обмеження прав.

Ще у 1962 році Рекомендація Rec. (62)2 під назвою «Виборчі, громадянські та соціальні права» вказувалась, що сам факт ув'язнення не впливає на володіння виборчими, громадянськими та соціальними правами, однак їхнє здійснення може бути обмежено тоді, коли воно несумісне із цілями ув'язнення або підтримкою порядку чи безпеки в тюрмі. З іншого боку, ця Рекомендація містила і занадто широкі підстави, які дозволяли значні обмеження.

У Рекомендації 1982 року щодо ув'язнення та поведіння із небезпечними в'язнями (Rec. R(82)17) містяться положення, які заохочують індивідуалізацію обмежень, а також мінімізацію обмежень, спрямованих на мету безпеки (в тому числі шляхом мінімізації строку, протягом якого застосовуються обмеження).

Вимога мінімальності репресивного впливу навіть щодо осіб, які вчинили найтяжчі злочини, закріплена й у новій Рекомендації щодо поведіння із небезпечними злочинцями (Rec. (2014)3). Принцип мінімальності, а також індивідуалізації обмежень простежується в інших сучасних рекомендаціях, які стосуються окремих груп в'язнів, як-то неповнолітніх чи іноземців (Rec. (2012)12, Rec. (2008)11, Rec. (2006)13).

---

## ВИСНОВОК (Частина II)

Положення, які стосуються обмежень прав засуджених, містяться як у загальних міжнародних стандартах з прав людини, так і в спеціальних міжнародних документах щодо прав в'язнів. Деякі з них містять загальні та/або спеціальні лімітативні клаузули, а деякі — тільки окремі норми, що опосередковано закріплюють стандарти обґрунтованих обмежень.

Усі проаналізовані стандарти дотримуються визнаного принципу, що в'язні повинні продовжувати максимально користуватися тими ж правами, що і вільні особи. Винятки з цього правила мають зводитися до мінімуму, а самі обмеження мають бути мінімально необхідними.

Іншою загальноновизнаною ідеєю є доктрина «неминучих обмежень», яка передбачає, що в'язні продовжують користуватися тими правами, обмеження яких не «впливає з неминучістю» з ув'язнення. Тим не менш, ми піддаємо її критиці через неспроможність бути додатковою гарантією незастосування необґрунтованих обмежень і навіть навпаки.

Загальні стандарти обмежень, які сформульовані в документах ООН (головним чином у Декларації та Пакті про громадянські та політичні права), цілком стосуються прав в'язнів. Однак вони конкретизуються в м'якому праві — у Мінімальних стандартних правилах поведіння з ув'язненими та інших документах ООН. М'яке право розвинуло вказані загальні положення, підкресливши необхідність мінімізації обмежень прав в'язнів.

Головний внесок у розвиток теорії та практики обмежень прав в'язнів здійснила Рада Європи. Європейський суд протягом певного періоду на початку своєї практики використовував теорію неминучих в ув'язненні обмежень, яка дозволяла позбавляти конвенційного захисту права в'язнів. Пізніше Суд визнав повне застосування трискладового тесту обґрунтованості обмежень до обмежень прав в'язнів. Разом з тим вплив доктрини неминучих обмежень на практику Суду спостерігається і по сьогодні, зокрема в контексті неминучих в ув'язненні страждань у справах щодо порушення статті 3 Конвенції.

Як і у інших сферах практики Суду, стандарт пропорційності став ключовим у пенітенціарній сфері. Тим не менш, наш аналіз прецедентного права демонструє деякі специфічні риси застосування цього тес-

ту в пенітенціарному контексті. Загалом ці риси свідчать про додаткову готовність поступатись гарантіями захисту прав в'язнів. На додаток, специфіка пенітенціарної сфери призводить до ситуації, коли стандарти обмежень прав залежать від цілей покарання та ув'язнення в національному законодавстві. Наші висновки підтверджують той факт, що застосування Європейським судом загального підходу до обмежень прав людини у в'язничній сфері призводить до його корегування з огляду на специфіку цієї сфери.

Що стосується м'якого права Ради Європи, то воно значною мірою ґрунтується на практиці ЄСПЛ. Стандарти КЗК, тим не менш, містять дещо відмінне бачення стандарту обмежень, а сам КЗК не застосовує трискладовий тест Суду. З іншого боку, Комітет виробив низку практичних гарантій, які сприяють втіленню стандарту Суду у в'язничних реаліях. Серед них вимоги встановлення чіткої тривалості застосування обмежень, кола осіб, яких вони стосуються, необхідність прийняття окремих рішень про застосування обмежень, їх належна мотивація та ін.

Як стандарти КЗК, так і рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи пронизані ідеєю, що обмеження мають бути мінімальними. Також вони мають бути індивідуалізованими, що стримує негативну тенденцію до застосування підходу «всіх під одну гребінку», яка передбачає однакові обмеження для всіх або певної групи в'язнів. Принцип мінімальності як і принцип індивідуалізації є відображенням більш загального принципу пропорційності. Принцип мінімальності безпосередньо закріплюється у правилі 3 ЄВП, а також відображений у інших положеннях щодо окремих прав. Принцип індивідуалізації відображається в багатьох положеннях ЄВП та інших рекомендацій Ради Європи.

Наш аналіз демонструє, що існує певна непослідовність між практикою ЄСПЛ та м'яким правом Ради Європи в питанні стандарту обмежень прав в'язнів. Вона здебільшого проявляється в дещо відмінному баченні пропорційності та обґрунтованих цілей обмежень. Але обидва типи стандартів сходяться в одному — необхідності мінімізації карального впливу держави шляхом мінімізації обмежень.

Стандарти Ради Європи, на відміну від стандартів ООН, не приділяють особливої уваги доктрині неминучих в ув'язненні обмежень. Натомість вони набагато більше акцентують увагу на принципах мінімальності (пропорційності) та індивідуалізації. Більше того, особливо важливо, що ці принципи відображаються в конкретних практично орієнтованих стандартах, які виробляються в процесі застосування стандартів Ради Європи Європейським судом та КЗК.

Вимоги індивідуалізації та мінімальності обмежень, максимального наближення правового статусу в'язнів та вільних осіб, жорсткого лімітування правообмежувальної репресії держави фактично стали імперати-



вами, які визначають зміст та спрямованість міжнародних пенітенціарних стандартів. Тим не менш ці стандарти не дають достатніх орієнтирів для розуміння того, якою мірою повинні мінімізуватися обмеження. На наше переконання, в остаточному підсумку головну роль у майбутньому пропорційності у пенітенціарному контексті відіграватиме безпека. Можемо припускати, що це відбуватиметься в умовах недостатніх емпіричних даних та порівняльних досліджень для полегшення імplementації вказаних міжнародних стандартів.

---

## Частина 3

# ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ В'ЯЗНІВ: ДОСВІД ОКРЕМИХ КРАЇН

## 3.1. Франція

### 3.1.1. Декларація про права людини і громадянина 1789 року

Франція має особливу правову історію, яка торкнулася і питання обмежень прав громадян. Положення Декларації про права людини і громадянина 1789 р., що були засновані на прогресивних філософських ідеях тих часів, стали прикладом та натхненником підходів до обмежень прав по всьому світу. Так, стаття 4 Декларації вказує, що свобода полягає в тому, щоб могли робити все те, що не шкодить іншим: так, здійснення природних прав кожної людини має тільки ті межі, які забезпечують іншим членам суспільства користування цими самими правами. Ці межі не можуть бути встановлені по-іншому, ніж законом.

Норму, яка надає визначення свободі, називали «однією із найбільш священних» (“une des clauses les plus sacrées”) для суспільного договору<sup>776</sup>. Фахівці називають цю статтю «напевно найбільш теоретичною» зі всієї Декларації. Вона більше насичена абстракцією, ніж прагматизмом<sup>777</sup> та породжує більше запитань, ніж відповідей щодо проблем взаємних лімітів прав індивіда в суспільних відносинах<sup>778</sup>.

Варто зауважити про те, що автори того часу, у першу чергу, вбачали в цій статті підстави для обмежень як об'єктів уваги кримінального права, тобто як орієнтири для визначення підстав для покарань<sup>779</sup>, а не як

---

<sup>776</sup> De Clermont-Tonnerre S. Analyse raisonnée de la Constitution Française décrétée par l'Assemblée Nationale. — Paris : L'Imprimerie de Migneret, 1791. — pp. 37–38.

<sup>777</sup> Costa J.-P. Article 4 // La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires sous la direction de Conac G., Deben M., Teboul G. — Paris : Economica, 1993. — P. 101.

<sup>778</sup> Jeanneau B. Juridicisation et actualisation de la Déclaration des Droits de l'Homme // Revue de Droit public. — 1969. — P. 659.

<sup>779</sup> Cabet M. Histoire populaire de la Révolution Française de 1789 a 1830. Tome 1. — Paris : Pagnerre éditeur, 1839. — P. 270.

обмежень прав як таких. Однак зараз вбачається однозначний вплив Декларації на визначення меж свободи через встановлення відповідальності в цивільному, кримінальному та інших галузях права, які закріплюють індивідуальні свободи<sup>780</sup>. Вплив Декларації сягає і пенітенціарної сфери.

Цю статтю не оминула увагою й гостра критика відомих мислителів. Дж. Бентам, відомий англійський юрист, вказував, що ця стаття складається із трьох частин і робить до них такі зауваження<sup>781</sup>:

- 1) «Свобода полягає в тому, щоб робити все те, що не шкодить іншим». На думку автора, замість того, щоб сміливо сказати людям, що закони існують тільки для того, щоб врегулювати і обмежити їхню свободу, автори Декларації вдаються до виключення свободи негативних вчинків із дефініції свободи взагалі. Він, звертаючись до авторів, каже, що вони вдаються до якоїсь «маленької статті» для того, щоб надати цьому великому слову (свободі) неправильну дефініцію. У відповідності до неї ніколи не зрозуміло, чи щось можна робити до того, як дослідити всі можливі наслідки такої поведінки. Якщо певна дія здається шкідливою якомусь одному індивіду і навіть якщо ця дія дозволяється у відповідності до закону, все одно її не можна вчиняти. Наводиться приклад, якщо офіцер юстиції не повинен мати права карати злодія за винятком, якщо він упевнений, що не нашкодить йому. Це, на думку автора, повний абсурд, але він із необхідністю впливає із такої дефініції свободи.
- 2) «Здійснення природних прав кожної людини має тільки ті межі, які забезпечують іншим членам суспільства користування цими самими правами». Вказується, що якби таке законодавство існувало, то воно б досягло абсолютного ідеалу.
- 3) «Ці межі можуть бути встановлені тільки законом». Прочитуюмо частину його відповіді: «Ви мені кажете про свободу, яка була моїм природним правом, і ви мені кажете зараз, що тільки закон має регулювати використання моєї свободи. Ви мені забагато дали і ви в мене забагато забираєте<sup>782</sup>. Ви почали встановлюючи мою

---

<sup>780</sup> *Costa J.-P. Ibid.* — pp. 106–113.

<sup>781</sup> *Bentham J., Dumont E. Tactique des assemblées législatives, suivie d'un traité desorphismes politiques : ouvrages extraits des manuscrits. Tome second.* — Paris : Bossange frères, libraires-éditeurs, 1822. — pp. 289–292.

<sup>782</sup> Автор далі наводить метафоричну цитату з цього приводу : «Навіщо переносити людей на вершину гори і звідти показувати всю ділянку їхніх прав, оскільки ми зобов'язані потім їх звідти спускати, визначати межі і їх відправляти в реальний світ, де вони будуть бачити межі на кожному кроці» (фр. "Pourquoi transporter les hommes sur le sommet d'une montagne et de là leur montrer tout le domaine de leurs droits, puisque nous sommes obligés ensuite de les en faire redescendre, d'assigner les limites et de les rejeter dans le monde réel, où ils trouveront des bornes a chaque pas?").

повну незалежність і ви мене ставите в повну залежність. Чи не означає це відноситись до мене, як до якогось принца-імбецила, якому надають повну владу, за умови використовувати її тільки у відповідності до кодексу, який регулював би найменші вчинки? [...] ось, що можна було б вказати в цій статті: «Закон має залишати за особами повну свободу, що стосується дій, здійснення яких не має нічого шкідливого для громади відразу або через віддалені наслідки. Здійснення наданих кожному індивіду прав не повинно мати інших законних меж, ніж ті, які є необхідними для підтримки за кожним індивідом для володіння і здійснення таких самих прав настільки, наскільки це дозволяє найбільше благо громади. Тільки вищий законодавець повинен визначати ці межі: це не повинно дозволятися ніякому іншому індивіду, не в залежності від того, володіє він чи ні підпорядкованою владою»<sup>783</sup>.

До речі, саме стаття 4 розглядається як формальне вираження засади, що «все, що не заборонено, є дозволеним», — одного із головних принципів, які стосуються встановлення обмежень прав людини. Хоча деякі тогочасні автори вважали й інакше, вказуючи, що є сфери й діяльність, які не турбують суспільство безпосередньо та в які держава не може втручатись. Саме тому ця стаття не каже, що все, що не заборонено законом, є дозволено, а каже, що не можна забороняти те, що не є заборонено<sup>784</sup>.

Побоювання батьків Декларації про можливість виходу законів за межі належного пізніше знайшли свої підтвердження<sup>785</sup>. Це стало наслідком невизначеності, у тому числі й цієї норми. Критикувалось і визначення «шкідливого для суспільства» як визначення для меж прав. Вказувалось, що не завжди те, що є шкідливим для суспільства, має бути заборонено (наводиться приклад еміграції, яка хоч і вважалась шкідливою, але повинна була захищатись законом)<sup>786</sup>.

За нинішнього часу питання тлумачення цієї статті все ще звертає на себе увагу французьких фахівців. Як вказує Ж.-П. Коста, «лише Робінзон на своєму острові — до появи П'ятниці ... — був би повністю вільним, не маючи кому шкодити; у світі із більше ніж п'ятьма мільярдами осіб

<sup>783</sup> *Bentham J., Dumont E. Ibid.* — P. 291.

<sup>784</sup> *Merlin M. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Troisième édition.* — Paris : Carnery, 1808. — P. 444.

<sup>785</sup> *Rivero J. La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789 // La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25-26 mai 1989 au Conseil constitutionnel.* — Paris : Presses Universitaires de France, 1989. — pp. 75-76.

<sup>786</sup> *Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune Nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour. Tome 8. Années 1791-1792.* — Paris : Alexis Eymery, Libraire de la Minerve française et Correard, 1819. — pp. 174-175.

і де відносини є незліченними, свобода знаходиться, як видається, дуже обмеженою: більше того, що таке шкодити? Завдавати шкоди іншим, їх турбувати? Дивна то свобода, що залежить від суб'єктивності інших, від їхньої власної оцінки, від їхнього настрою, можливо. [...] Ми можемо без складнощів дійти висновку, що ця негативна дефініція приносить для утвердження свободи дуже скромний прогрес, тільки несуттєвий зміст»<sup>787</sup>. Цей автор додатково підкреслював теоретичний характер статті 4, реалізацію якої на практиці було складно уявити.

Юридична сила та практична ефективність Декларації була обмеженою та по сьогодні залишається дискусійною<sup>788</sup>. Те ж саме стосується її застосування до інших, ніж перше покоління, прав у епоху, яка відійшла від ідей юснатуралізму<sup>789</sup>.

Разом з тим її значення для розвитку перш за все ідеології Республіки важко переоцінити. Вона встановила три методологічних орієнтири для політики у сфері узгодження конфліктуючих свобод (згадка про шкоду іншим, постійність суті свобод та пошук балансу між правами), при цьому не вказуючи на конкретний шлях узгодження, а лише закріплюючи принцип цього узгодження<sup>790</sup>.

Невизначеність обмежувачів правообмежувальної діяльності є однією із причин, чому Декларація разом із визначенням принципів обмежень прав створила поле для зловживань дискрецією щодо їх встановлення. У майбутньому ці ідеї призвели до численних дискусій щодо розуміння узгодження прав різних осіб.

Французька декларація про права людини і громадянина 1789 року стала юридичною пам'яткою історії, у тому числі завдяки закріпленню відомого положення про обмеження прав. Стаття 4 Декларації визначає, що межі прав є такими, які необхідні для забезпечення прав інших; обмеження має встановлюватись законом. Декларація, однак, вбачала в статті 4 підстави для обмежень як об'єктів уваги кримінального права, тобто як орієнтири для визначення підстав для покарань, а не для обмеження прав як таких. З іншого боку, статті 4 Декларації відіграла важливу роль не тільки й не стільки в юридичній, як у філософсько-політичній площині сфери прав людини.

<sup>787</sup> *Costa J.-P.* Article 4. *Ibid.* — P. 102.

<sup>788</sup> Див розділ «Юридична неефективність (L'ineffectifité juridique) Декларації прав людини та громадянина 1789», у виданні *Machelon J.-P.* *La République contre les libertés? Les restrictions aux libertés publiques.* — Paris : Presses de la Fondation Nationale Des Sciences Politiques, 1976. — pp. 33–40.

<sup>789</sup> *Saint-James V.* *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français.* Thèse pour le Doctorat en Droit Public, Université de Limoges. — Limoges : Presses universitaires de France, 1995. — pp. 63–66.

<sup>790</sup> *Ibid.* — pp. 75–77.

### 3.1.2. Пенітенціарний закон 2009 року

Окремий пенітенціарний закон очікувався французьким суспільством протягом близько десяти років його підготовки. Однією із причин його розробки були рішення ЄСПЛ проти Франції<sup>791</sup>. Внаслідок того, що проблематизація в'язниці у світлі прав людини перетворила вирішення пенітенціарних питань на «шляхетну» місію для парламенту<sup>792</sup>, закону була приділена неабияка увага. Його головною метою було приведення вітчизняних норм у пенітенціарній сфері у відповідність до міжнародних стандартів<sup>793</sup>. Він став своєрідним доповненням до об'ємного французького законодавства в пенітенціарній сфері та сфері виконання покарань. Своїми нормами він доповнює, а інколи й по-новому регулює відносини з питань виконання покарань, які вже були врегульовані КПК Франції. Однак він не став комплексним регулятором складних відносин, що складаються в пенітенціарній сфері, а подекуди додав заплутаності в нормативну базу. Насправді ж у країні вже давно ведеться мова про необхідність прийняття окремого пенітенціарного кодексу<sup>794</sup>, а віддаленість Закону від перспективи стати успішним кроком кодифікації і заповнення існуючих у сфері виконання покарань лакун ще на етапі його проектування була дуже великою<sup>795</sup>.

Цей закон має важливе значення для нашої роботи, оскільки містить лімітативну клаузулу стосовно прав засуджених. Вона знаходить своє вираження в статті 22: «Пенітенціарна адміністрація гарантує кожній засудженій особі повагу до її гідності та її прав. Здійснення цих прав не може піддаватись іншим обмеженням, ніж тим, що є результатом іманентних в ув'язненні ущемлень, необхідності підтримки безпеки і належного порядку установ, попередження рецидиву та захисту інтересів жертв.

---

<sup>791</sup> *Cliquennois G., Herzog-Evans M.* European Oversight of Belgian, French and British Prison Policies // *Prison Service Journal*. — 2016. — No. 227. — P. 28.

<sup>792</sup> *Chabbal J.* Changer la prison : la cause du parlement. L'intrusion parlementaire dans les politiques pénitentiaires françaises (1999–2009). Thèse, doctorat de sciences politiques. — Paris: Université Paris-Dauphine, 2014. — P. 624.

<sup>793</sup> *Herzog-Evans M.* Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées // *Actualité juridique familiale*. — 2009. — No. 12. — P. 484.

<sup>794</sup> La France face à ses prisons, rapport de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, 2000 et Prisons : une humiliation pour la République, rapport de la Commission d'enquête du Sénat, Document du Sénat no. 449, 2000.

<sup>795</sup> *Herzog-Evans M.* Vers une codification de l'exécution des peines // *Revue pénitentiaire et du droit pénal*. — 2009. — No. 1. — pp. 121–132 ; *Herzog-Evans M.* Les grandes lignes de la codification // *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal* (dir. M. Danti-Juan), *Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers*, ed. — Paris: Cujas, 2006. — pp. 187–222; *Herzog-Evans M.* Droit. Citoyenneté. Prison. // <http://www.revue-projet.com/articles/2002-1-le-droit-en-prison/#noteno6> (останній доступ 27.01.2015).

Ці обмеження враховують вік, стан здоров'я, інвалідність і особистість ув'язнених осіб».

Крім того, в інших нормах закону містяться додаткові правила, які так чи інакше встановлюють межі правообмежувальної діяльності держави щодо засуджених.

Проаналізуємо Закон на предмет ідей щодо обмеження прав, які закріплені як у його загальній лімітативній клаузулі, так і клаузулах, закріплених у його окремих нормах.

### 3.1.2.1. Загальна лімітативна клаузула (стаття 22 Пенітенціарного закону)

#### 3.1.2.1.1. Критика статті 22 Пенітенціарного закону

Загальна клаузула зазнала гострої критики французьких фахівців. Головні зауваження торкалися підстав для застосування обмежень (чи їх цілей), а також того, які чинники мають враховуватись при її застосуванні.

Стаття 22, яка містить загальну лімітативну клаузулу, стала об'єктом серйозних дискусій та змін ще на етапі коли Закон був проектом<sup>796</sup> у його першій версії. Спочатку вона передбачала просто що «пенітенціарна адміністрація гарантує кожному засудженому повагу до його фундаментальних невід'ємних прав». Під час внесення законопроекту урядом ця норма зникла із тексту, а замість неї з'явилося схожа до зазначеної вище редакція статті 22. Тобто була закріплена норма, яка встановлювала допустимість обмежень та умови таких обмежень.

Це серйозно критикувалось, особливо Національною консультативною комісією з прав людини (CNCDH)<sup>797</sup>, яка звинуватила таку редакцію в тому, що вона надає перевагу обмеженням як принципу, аніж самим правам<sup>798</sup>. Таким чином, здійснення прав засудженими ставало винят-

---

<sup>796</sup> Asssemblée Nationale, Rapport au nom de La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pénitentiaire (No. 1506) adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, par M. J.-P. Garraud. — pp. 141–147.

<sup>797</sup> Незалежна адміністративна структура, яка консультує парламент та уряд Франції щодо втілення в їхній роботі прав людини.

<sup>798</sup> З приводу постійного встановлення можливих винятків із прав у цій та інших статтях відома у пенітенціарній сфері громадська організація GENEPI засудила цей закон наскрізь пронизаний ідеєю «якщо не» (cette loi du “sauf si”) і вимагає, щоб обмеження, які можуть застосовуватись або не застосовуватись в'язничною адміністрацією, мали чітку допустиму тривалість і мотиви їх застосування (Position du Genepi sur la loi pénitentiaire de 2009 Adoptée par l'assemblée générale du 12 juin 2010 suite a un travail de consultation et de concertation, par boucles mail, avec l'ensemble des bénévoles de l'association //

<http://www.genepi.fr/upload/files/2009%20-%20Position%20du%20Genepi%20sur%20la%20loi%20p%20C3%A9nitentiaire%20de%202009.pdf> (останній доступ 28.01.2015)).

ком, а обмеження — правилом<sup>799</sup>. Як наслідок, Комісія законів Сенату (*La commission des Lois du Sénat*) також вказала, що їй здавалось «бажаним закріпити перш за все обов'язок пенітенціарної адміністрації гарантувати права засуджених перед тим, як нагадувати їх межі». Вона також додала, що посилання на небезпечність особи як обставину, яка має братись до уваги при застосуванні обмежень, є зайвою і відобразила цю критику шляхом внесення змін до редакції проекту обговорюваної статті<sup>800</sup>. Пізніше до обставин, які мають братись до уваги, був доданий також стан здоров'я.

Як вказує проф. М. Ерцог-Еванс у своєму коментарі до новоприйнятого Закону і статті 22 зокрема, «Після гучної та різкої прокламації прав [...] і гідності [...] слідує друга фраза, яка дозволяє здійснювати втручання в них виходячи із дуже нечітких та широких мотивів як-то внутрішній порядок пенітенціарних установ»<sup>801</sup>. У своєму інтерв'ю під назвою «Пенітенціарна безпека є ворогом громадської безпеки»<sup>802</sup> вона вказала: «Мета (цієї норми. — авт.) є однозначною: мова йде про те, щоб надати законодавчу підставу для втручань у права засуджених. Тому ми маємо справжній регрес (щодо прав у інших статтях, перелік яких наводиться далі. — авт.)...»<sup>803</sup>.

Наприклад, ця стаття задала тон статті 43 Закону, яка замість такої підстави для вилучення друкованої продукції як «чітка загроза безпеці осіб або пенітенціарних установ», яка колись була в ст. 444 КПК Франції, встановила, що адміністрація може заборонити доступ уже не тоді, коли мають місце чітка серйозна загроза, а просто серйозна загроза, а також і коли публікації містять «образливі чи дифамаційні слова або знаки проти пенітенціарних співробітників чи осіб, які співпрацюють з державною службою». Такі повноваження є шокуючими в порівнянні із правилами такого роду на волі<sup>804</sup>.

На думку цього ж автора, підхід, який викладений у Законі, надає перевагу обмеженням над правами і бере це за принцип; здійснення прав

---

<sup>799</sup> Commission consultative nationale des droits de l'Homme, avis sur le projet de loi pénitentiaire adopté par l'Assemblée plénière le 6 novembre 2008. — P. 4.

<sup>800</sup> Rapport (no. 143, session ordinaire de 2008–2009) de M. Jean-René Lecerf, au nom de la commission des Lois du Sénat sur le projet de loi pénitentiaire. — P. 93.

<sup>801</sup> Herzog-Evans M. Loi pénitentiaire no. 2009-1436 du 24 novembre 2009: changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative // Recueil Dalloz. — 2010. — no. 1 (janvier). — pp. 31–32.

<sup>802</sup> Мається на увазі, що надто жорсткі режими, застосування яких пом'якшував Закон, продукують більше рецидивістів.

<sup>803</sup> Herzog-Evans M. La sécurité pénitentiaire est l'ennemie de la sécurité publique (Entretien réalisé par Stéphane Laurent) // Dedans Dehors. — 2009. — No. 70–71. — P. 15.

<sup>804</sup> Herzog-Evans M. Loi pénitentiaire no. 2009-1436 du 24 novembre 2009: changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative // Recueil Dalloz. — 2010. — no. 1 (janvier). — pp. 32–33.



ув'язненими особами становить виняток. Що стосується утвердження прав і свобод, то Закон їх зменшує і мав за мету дозволити втручання в права в ім'я широких мотивів, які стосуються порядку та безпеки, які пенітенціарна служба прекрасно опанувала як інструмент<sup>805</sup>. У будь-якому разі права виводяться із обмежень<sup>806</sup>. Це має місце, незважаючи на доволі обережне формулювання, обране законодавцем.

Проте, як слушно зауважують французькі автори, навіть незважаючи на однозначно обмежувальне формулювання статті 22, здійснення прав не може піддаватись «іншим [обмеженням] ніж», обґрунтовані мотиви для застосування цих обмежень до прав засуджених залишаються численними і особливо вимоги безпеки, які тяжіють до ущемлення здійснення задекларованих фундаментальних прав<sup>807</sup>.

Як наслідок, в'язні не можуть сподіватись на повну ефективність здійснення прав, які вони намагаються отримати, а ця норма систематично замінює обов'язок пенітенціарної адміністрації гарантувати ув'язненій особі повагу до її гідності та прав<sup>808</sup>.

Між іншим, ще в процесі обговорення проекту закону депутатами пропонувалось закріпити принцип, що засуджені користуються всіма тими ж правами, що й вільні громадяни за винятком певних обмежень. Вважалось, що це допомогло б додати порядку у в'язничний універс<sup>809</sup>. Тобто пропонувалось чітко закріпити, що обмеження є саме винятками, а реалізація прав правилом. Проте ця ідея не була врахована.

Лімітативна клаузула закону критикується з багатьох інших позицій.

Наприклад, частина норми, яка вказує, що при застосуванні обмежень враховується особистість в'язня, мала більш глобальну мету, а саме встановлення бази для диференціації режиму в межах самої пенітенціарної установи<sup>810</sup>.

Продовженням цієї ідеї стала стаття 89, яка закріпила, що після прибуття до пенітенціарної установи здійснюється плюридисциплінарне до-

---

<sup>805</sup> *Herzog-Evans M.* Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 92.

<sup>806</sup> *Ibid.* — P. 103.

<sup>807</sup> *Lochak D.* Défendre en justice la cause des détenus, défendre en justice la cause des étrangers : différences et convergences // Défendre en justice la cause des personnes détenues. Colloque, CREDOF-CNCDH-OIP, 25–26 janvier 2013, Palais du Luxembourg. La Documentation française (ed.). — Paris: Commission nationale consultative des Droits de l'homme, 2014. — pp. 98–100.

<sup>808</sup> *Touillier M.* L'effectivité des droits des personnes détenues à l'aune des évolutions récentes du droit français // Enfermements. Populations, Espaces, Temps, Processus, Politiques. Sous la direction de Tournier P. V., Préface de Serge Blisko. — Paris : L'Harmattan, 2012. — P. 167.

<sup>809</sup> *Herzog-Evans M.* Droit pénitentiaire. 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 146.

<sup>810</sup> *Ibid.* — P. 15.

слідження особистості в'язня для того, щоб установити результат дослідження його особи (*bilan de personnalité*). Відповідно, саме ця оцінка має братись до уваги при застосуванні обмежень, а також для диференціювання режиму щодо кожного окремого в'язня. При цьому таке диференціювання містило в собі суттєві ризики, оскільки за відсутності уточнень з цього питання в самому законі повністю відносилось до розсуду пенітенціарної адміністрації, тому і вказувалось, що «адміністрація зможе робити те, що захоче»<sup>811</sup>. До речі, до прийняття закону не було норм, які містили б такі широкі приписи щодо повноважень, пов'язаних із диференціацією.

Коментуючи статтю 22, С. Ендерлан влучно підкреслює її недосконалість і звертає увагу на принципові речі:

- а) щодо вільних громадян обмеження можуть бути застосовані тільки для досягнення таких цілей, як захист прав та свобод інших і переслідування цілей, які мають конституційну цінність, таких як публічний порядок. Таким чином, на її думку, пенітенціарне право могло б за допомогою таких же цілей без шкоди порядку та безпеці установи обмежувати права засуджених. Зайвою є вказівка на такі нечіткі цілі, як попередження втеч і попередження вчинення правопорушень та захист інтересів жертв, адже мета публічного порядку включає їх<sup>812</sup>;

---

<sup>811</sup> Herzog-Evans M. *Droit pénitentiaire*. 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 15.

<sup>812</sup> Слід зауважити, що ЄВП також допускають таку мету обмеження, як захист прав жертв (правило 24.2 щодо права на контакти із зовнішнім світом). Також у практиці ЄСПЛ є натяки на те, що він намагається балансувати права злочинців із правами жертв (*Snacken S. Legitimacy of Penal Policies: Punishment Between Normative and Empirical Legitimacy // Legitimacy and Compliance in Criminal Justice*. Ed. by A. Crawford and A. Hucklesby. — Abingdon: Routledge, 2013. — P. 56). С. Снакен, бельгійський професор кримінології, влучно зауважує, що одні жертви можуть ненавидіти злочинців, а деякі можуть його і простити. Вона натякає, що не можна допускати, щоб за одне і те ж діяння особа піддавалася різному покаранню державою в залежності від типу кожного індивіда-жертви (Honorary Doctorates 2009 — Prof Sonja Snacken about the honorary doctorate title of David Garland (починаючи з 02:55) //

[https://www.youtube.com/watch?v=fE\\_Ct-DxHF0](https://www.youtube.com/watch?v=fE_Ct-DxHF0) (перегляд відео 30.11.2016).

Крім того, існує і позиція, що мета захисту прав жертв не вписується в одну із обґрунтованих цілей обмежень у конституційному і європейському праві (*Enderlin S. Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés. Thèse*. — Paris : Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008. — P. 444).

Тим не менш, така мета спричиняє більше питань, ніж відповідей. С. Гаркаві справедливо задається питанням: «Чи мають права жертв негативний вплив на баланс, який має бути встановлений між правами жертви та засудженого?» (*Garkawe S. Crime Victims and Prisoners Rights // Prisoners as Citizens. Human rights in Australian Prisons*. Ed. by D. Brown and M. Wilkie. — Leichhardt: The Federation Press, 2002. — P. 263). Це питання можна доповнити іще складнішим: чи допустимо, щоб узгодження із правами жертв впливало на обмеження прав засуджених більше, ніж узгодження із правами будь-якої іншої особи?

б) стаття не містить вимоги суворої необхідності та пропорційності обмежень прав з огляду на переслідувану мету<sup>813</sup>.

До речі, на необхідність такої вимоги Комісії з питань конституційних законів (*comission des lois constitutionnelles*) у своєму зверненні вказував М. Ваксе (*Vaxès*), зазначаючи, що обмеження мають бути винятковими і пропорційними, а також пропонуючи критерії недискримінації. Однак Комісія їх відхилила. Аргументом було те, що «статті 1 Конституції достатньо для того, щоб гарантувати принципи недискримінації, і статті 10 достатньо для належного регулювання обмежень свобод»<sup>814</sup>.

Повна відсутність аргументації Комісією щодо такої позиції щодо невиключення принципу пропорційності не може не звертати на себе увагу, адже значно контрастує із міркуваннями доповідача у вступному розділі до доповіді за проектом цього Закону. Так, цитувалось Правило 3 ЄВП (яке передбачає сувору необхідність та мінімальність обмежень. — прим. авт.) і вказувалось, що воно не знайшло свого юридичного відображення та є невідомим французькому пенітенціарному праву, яке тяжіє до того, щоб надавати перевагу міркуванням безпеки на шкоду здійсненню прав, ризикуючи застосувати до окремих осіб непропорційних обмежень<sup>815</sup>. Крім того, депутати пропонували також закріпити, що обмеження «мають бути винятковими, обґрунтованими і пропорційними переслідуваній меті»<sup>816</sup>. Однак вимога пропорційності так і не була включена до лімітавної клаузули.

Зауваження щодо відсутності закріплення пропорційності є особливо актуальним і потребує деякого пояснення.

Пропорційність є тією вимогою, яка захищає від свавілля та панування доцільності органів державної влади задля задоволення власних цілей на шкоду правам людини. Водночас, вона надає можливість узгодити інтереси як адміністрації, так і засудженого, при цьому між цими інтересами досягається баланс без переваги якоїсь однієї сторони. Одна наявність цілей обмеження і спрямування обмежень до цієї мети не тільки не є не-

---

<sup>813</sup> *Enderlin S. Droit constitutionnel et droit pénitentiaire. Les prémices de la protection constitutionnelle des personnes détenus // Dialectique carcérale. Quand la prison s'ouvre et résiste au changement. Sous la direction de Pierre V. Tournier. — Paris : L'Harmattan, 2012. — pp. 59–60.* На проблему відсутності вказівки на необхідність обмежень у демократичному суспільстві (що має своєю сутністю стандарт пропорційності) вказує і М. Ерцог-Еванс: *Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 104.*

<sup>814</sup> *Assemblée Nationale, Rapport au nom de La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pénitentiaire (No. 1506) adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, par M. J.-P. Garraud. — P. 145.*

<sup>815</sup> *Ibid.* — P. 21.

<sup>816</sup> *Ibid.* — P. 538.

достатньою гарантією від надмірних обмежень прав засуджених, а й навпаки легітимус надмірну обмежувальну діяльність пенітенціарної влади.

Наприклад, посилаючись на те, що це обмеження спрямоване на забезпечення порядку в установі, можна припустити повне обмеження права на письмову чи телефонну кореспонденцію із зовнішнім світом. Так само можна заборонити щоденні прогулянки, колективні заходи засуджених і т. ін. Дійсно, ці заходи можуть знизити до певної міри ризики для безпеки та порядку установи, а тому теоретично у відповідності до такої лімітативної клаузули як та, що закріплена в статті 22 Закону, вони могли б бути застосовані до засуджених. Тобто теоретично за відсутності вимоги пропорційності державна влада не надто обмежується в здійсненні репресивної політики шляхом застосування обмежень прав засуджених, без особливих труднощів доводячи переслідування однієї із закріплених загальною лімітативною клаузулою цілей.

Крім того, відсутність пропорційності в статті 22<sup>817</sup> має серйозні негативні наслідки і для судового захисту прав засуджених. Будь-який аргумент засудженого, який вимагає визнання необґрунтованим обмеження своїх прав, міг би бути заперечений державою шляхом посилення на те, що це обмеження насправді спрямовується до обґрунтованої мети.

Відсутність вимоги пропорційності обмежень прав має також інший негативний наслідок — відсутність ґрунту для розвитку судової практики у сфері прав засуджених. Як свідчить досвід, теорія обґрунтованості обмежень прав найкраще розвивається тоді, коли суди зобов'язані здійснювати балансування індивідуальних та інституційних інтересів з урахуванням вимог пропорційності. Це дозволяє розвивати судові аргументування і, як опосередкований наслідок, розвиває техніки мотивації та обґрунтування обмежень пенітенціарними адміністраціями для відстоювання своєї позиції в суді. Також належна мотивація рішення про накладення обмеження, як і мотивація будь-якого рішення, яким визначається обсяг прав та свобод, є запорукою належного сприйняття його підстав та причин особою, якої воно стосується, а в разі її незадоволення рішенням вона стає в нагоді для належного оскарження.

На інші недоліки статті 22 зверталась увага в спеціальному дослідженні щодо проекту пенітенціарного закону, його було підготовлено

---

<sup>817</sup> Варто зауважити, що французькому КПК знайомий принцип пропорційності у визначенні обґрунтованих обмежень в'язнів. Підтвердженням цьому є стаття D 242 КПК, яка була скасована в 2010 році. У ній вказувалось: «Порядок та дисципліна мають підтримуватись із жорсткістю, але не завдавати обмежень інших, ніж це необхідно для підтримки безпеки і належної організації життя в суспільстві». Ця норма відображає пропорційність. Фраза «обмеження не мають бути більшими, ніж потрібно для» є ключовою для пропорційності. Ця норма, до речі, майже дослівно повторювала правило 27 Мінімальних стандартних правил поведіння із в'язнями 1977 року.

Національною консультативною комісією з прав людини<sup>818</sup>. Комісія, критикуючи цю статтю, звернула увагу на вимоги попередньої комісії (Canivet), яка зазначала, що «недолік практичності норм і надто велика ширина розсуду, яку вони надають [пенітенціарній] адміністрації, є причиною позовів і непорозумінь»<sup>819</sup>. Стаття ж вдалася до зловживань формулюваннями на кшталт «неминучі в ув'язненні ущемлення», «підтримка безпеки і належного порядку установ», «попередження правопорушень», «захист інтересів» жертв, що не призводить до чіткого юридичного регламентування і до передбачуваності<sup>820</sup>. На думку Комісії, правило статті 22, що обмеження «враховують вік, стан здоров'я, небезпечність і особистість ув'язнених осіб» є недопустимим<sup>821</sup>. Якщо вік може вважатись обґрунтованим чинником задля проведення різниці між повнолітніми і неповнолітніми, то інші чинники можуть розглядатись як дискримінаційні з огляду на нечіткі й суб'єктивні критерії щодо особистості та небезпечності. Комісія висловила свою стурбованість стосовно можливості, яка відкривалася таким чином для пенітенціарної адміністрації, а саме можливості обмежувати в дискреційному порядку фундаментальні права ув'язнених осіб, спираючись на надзвичайно нечітку підставу<sup>822</sup>. Частиною контраргументації було, наприклад, те, що значення концепції небезпечності, яка могла набувати найрізноманітнішого сенсу в залежності від того, чи вона розглядається під кримінологічним, чи пенітенціарним кутом зору, не є закріпленою<sup>823</sup>. Було здійснено посилання на зауваження Комітету з прав людини ООН, який критикував відсутність критеріїв небезпечності у Франції<sup>824</sup>. У результаті пропонувалось скасувати формулювання, що обмеження враховують вік, особистість та небезпечність в'язнів<sup>825</sup>.

<sup>818</sup> Etude sur le projet de la loi pénitentiaire. Commission nationale consultative des droits de l'homme // [http://prison.eu.org/IMG/pdf/Etude\\_CNCDH\\_projet\\_de\\_loi\\_penitentiaire.pdf](http://prison.eu.org/IMG/pdf/Etude_CNCDH_projet_de_loi_penitentiaire.pdf) (останній доступ 28.06.2016).

<sup>819</sup> Rapport Canivet, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, mars 2000. цит за Le nouveau guide du prisonnier. Observatoire international des prisons. — Paris : Editions de l'Atelier, 2000. — P. 181.

<sup>820</sup> Etude sur le projet de la loi pénitentiaire. Ibid. — P. 15.

<sup>821</sup> У кінцевій версії закону «небезпечність» як чинник, який мав враховуватись при застосуванні обмежень, був вилучений.

<sup>822</sup> Etude sur le projet de la loi pénitentiaire. Ibid. — P. 15.

<sup>823</sup> Ibid. — P. 15.

<sup>824</sup> Observations finales du Comité des droits de l'homme 93ème session CCPR/C/FRA/CO/4 du 22 juillet 2008 recommandation no. 16.

<sup>825</sup> Etude sur le projet de la loi pénitentiaire. Ibid. — P. 15; Комісія була настільки критична щодо цієї норми, що вдалася до «радикального» розуміння прав засуджених та вказувала на необхідність того, щоб права в'язнів «не піддавались жодним обмеженням» (фр. «ne souffrent d'aucunes restrictions») (Etude sur le projet de la loi pénitentiaire. Ibid. — P. 8.). Автори цього документа, напевно, хотіли підкреслити ідею недопустимості застосування зайвих обмежень порівняно із правовим статусом вільних громадян.

Іншим суттєвим недоліком статті 22 є допустимість фактичних обмежень. Ця концепція, яка раніше критикувалась нами<sup>826</sup>, внаслідок закріплення в Законі мала значний вплив на обґрунтування обмежень прав у Франції.

*3.1.2.1.1.1. Неминучі в ув'язненні обмеження як допустимий відступ від принципу законності*

У відповідності до статті 22 Пенітенціарного закону «Пенітенціарна адміністрація гарантує кожній засудженій особі повагу до її гідності та її прав. Здійснення цих прав не може піддаватись іншим обмеженням ніж ті, що є результатом іманентних в ув'язненні ущемлень (виділено авт.), необхідності підтримки безпеки і належного порядку установ, попередження рецидиву та захисту інтересів жертв». По суті це означає, що в'язні можуть піддаватись тим обмеженням, які є неминучими в умовах ув'язнення.

Закріплюючи цю норму, законодавець тим не менш проігнорував свої ж зауваження стосовно обмежень прав. Так, у відповідності до доповіді стосовно Пенітенціарного закону, яка була адресована Законодавчій комісії щодо конституційних законів і адміністрації Республіки загалом та прийнята Сенатом вказувалось, що: «У сучасному стані права більшість норм, що регулюють права і обов'язки ув'язнених осіб, мають підзаконний характер. Обмеження, що застосовуються до фундаментальних прав та впливають із позбавлення волі, мають бути закріплені законодавцем»<sup>827</sup>. Крім того, очевидно, всупереч висловленій пропозиції було відхилено зауваження депутатів до проекту, які передбачали необхідність чітко закріпити, що обмеження встановлюються лише законом та вказували, що це допомогло б відповісти вищезгаданим побажанням комісії Canivet<sup>828</sup>.

У той же час стаття 22 дозволяє ігнорувати закон. Адже якщо є необхідність нівелювання прав на користь в'язничної адміністрації, суд завжди може застосувати норму цієї ж статті, що обмеження можуть бути застосовані з огляду на неминучі в ув'язненні ущемлення (обмежувальні умови). З приводу останнього колишній суддя Європейської комісії М. Петіті справедливо зазначав: «Сказати, що засуджений володіє всіма правами за винятком тих, які суперечать ув'язненню (неминучих в ув'язненні — авт.) ущемленням, мені здається формулюванням дещо грубим, оскільки кожна Держава може встановлювати певні обмеження

---

<sup>826</sup> Див. підрозділ 1.3.2 «Класифікація за джерелом походження обмеження. Право-обмеження, що обумовлені ізоляцією».

<sup>827</sup> Asssemblée Nationale, Rapport au nom de La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pénitentiaire (No. 1506) adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, par M. J.-P. Garraud. — P. 13.

<sup>828</sup> Ibid. — P. 146.

за умови, що вони будуть відповідати принципам необхідності й пропорційності, які прийнятні в демократичних суспільствах: Конвенція не забороняє ці обмеження, якщо вони не є надмірними»<sup>829</sup>. Крім того, термін іманентності обмежень в ув'язненні є «розмитим в найвищому ступені» (eminement flous)<sup>830</sup>, що, до речі, стосується й таких категорій, як «захист жертв» та «попередження рецидиву»<sup>831</sup>. Тим не менш, формалізована ідея про допустимість обґрунтування втручання в суб'єктивні права з огляду на існування обмежень, що неминучі в ув'язненні, була підтверджена Конституційною радою<sup>832</sup>. Хоча нею ніколи не було роз'яснено, що варто вважати неминучими в ув'язненні обмеженнями<sup>833</sup>.

Незважаючи на прихильність Франції до ідеї, що обмеження мають встановлюватися законом, стаття 22 взагалі не згадує необхідність закріплення обмежень законом чи будь-яким іншим актом. Відсутність вказівки на допустиме джерело обмежень, звичайно, може компенсуватися вимогами Європейської конвенції, але це додатково свідчить про проблему якості статті 22 Закону.

Зазначимо, що в процесі розробки проекту Закону пропонувалась і інша редакція статті, яка була відхилена. Вона включила популярну, але далеку від практики французьку ідею, що засуджені позбавляються тільки свободи пересування і зберігають інші права. Пропозиція звучала так: «Права та гарантії в'язнів, окрім його свободи пересування, не можуть піддаватись іншим обмеженням ніж ті, що в законі»<sup>834</sup>. Це є ідея, яка не тільки відірвана від практики, а й не має перспектив з точки зору захисту прав людини від необґрунтованих обмежень. Ми проаналізуємо її окремо нижче.

#### 3.1.2.1.1.2. Безпека та порядок як підстави (цілі) обмежень прав засуджених

Фахівці також критично ставляться до таких категорій як «безпека» та «порядок» як підстав (цілей) для обмеження прав у відповідності

---

<sup>829</sup> Les droits du détenu et la Convention européenne des droits de l'homme, Séance de section du 9 mai 1981 (1), sous la présidence de Monsieur Ancel // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 1981. — No. 3 (juillet-septembre). — P. 324.

<sup>830</sup> Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 226.

<sup>831</sup> Ibid.

<sup>832</sup> Conseil Constitutionnel, Décision no. 2009-593 DC du 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire, cons. 4 et 6.

<sup>833</sup> Slama S. Petit pas supplémentaire sur le plancher de garanties des droits fondamentaux et enlèvement du statut constitutionnel des personnes détenues // La Revue des droits de l'homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés // <http://revdh.revues.org/652> (останній доступ 27.01.2015).

<sup>834</sup> Amendement No. 289 (Rejeté). Discuté en séance le 16 septembre 2009 // <http://2007-2012.nosdeputes.fr/amendement/1899/289> (останній доступ 28.01.2015).

до статті 22. Ці два формулювання навіть називають «допотопними» чи «допотопним диптихом»<sup>835</sup> (*antédiluvien diptyque*) через історію їх застосування, що свідчить про розмитість цих термінів як підстав здійснення дискреції пенітенціарною адміністрацією. Закону так і не вдалось виправити проблему цих двох термінів, тому вони із легкістю можуть бути застосованими для зменшення прав<sup>836</sup>.

Обидві категорії можна віднести до підстав, які відрізняють обсяг обмежень прав в'язнів від обсягу обмежень прав вільних громадян. Саме вони зазвичай виправдовують більш широке обмеження прав в'язнів. Вони використовуються як на національному рівні, так і для обґрунтування позиції держави при вирішенні справ про обмеження прав засуджених у ЄСПЛ. Як вказувалось, вони визнаються і в м'якому праві Ради Європи<sup>837</sup>.

В англійській мові відрізняють два аспекти безпеки. Безпекою (*security*) іноді також називають ізоляцію і розглядають її як зовнішній аспект ув'язнення (наприклад, запобігання втечам). Безпекою (*safety*) називають порядок, що є внутрішнім аспектом управління з ув'язненими<sup>838</sup>. Є також думки, що поняття безпеки включає як зовнішній (стосовно зовнішнього світу), а також внутрішній аспект (стосовно життя за тюремними стінами)<sup>839</sup>.

Безпекою вважають також результат-мету та право особи: «[безпека це] ситуація, у якій особа або колектив мають більш або менш об'єктивне відчуття перебування в захисті від небезпеки, загрози або ризику. ... її можна розглядати і як мету, і як право»<sup>840</sup>. Наприклад, Кодекс внутрішньої безпеки Франції<sup>841</sup> дає таку дефініцію безпеки: «Безпека є фундаменталь-

<sup>835</sup> *Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 104.*

<sup>836</sup> *Céré J.-P. Virage ou mirage pénitentiaire? — A propos de la loi du 24 novembre 2009 // La Semaine Juridique Edition Générale. — 2009. — no. 50 (décembre). — P. 552; Herzog-Evans M. Ibid — P. 107.*

<sup>837</sup> Цікаво, що Європейські в'язничні правила перераховують безпеку та безпечність серед допустимих цілей для обмежень прав на контакти та спілкування (Правило 24.2). У цьому контексті варто підкреслити відсутність узгодження ЄВП і Конвенції. Правило 24.2 копіює обґрунтовані цілі для обмежень, які закріплені в Конвенції, не буквально. Замість термінів «національна безпека» (“national security”) та «громадська безпека» (“public safety”), які використовуються в лімітативних клаузулах Конвенції, ЄВП пристосовують їх до в'язничних реалій, використовуючи тільки «безпека» (*security*) і «безпечність» (*safety*).

<sup>838</sup> *Van Zyl Smit D., Snacken S. Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights. — New York: Oxford University Press, 2009. — P. 267.*

<sup>839</sup> *Pédron P. La prison et les droits de l'homme. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995. — P. 44.*

<sup>840</sup> *Dieu F. L'administration pénitentiaire : une force de sécurité intérieure? // Administration pénitentiaire et justice. Un siècle de rattachement. Sous la direction de P. Mbanzoulou et F. Dieu. — Paris: Harmattan, 2013 — P. 156.*

<sup>841</sup> Code de la sécurité intérieure.



ним правом і однією з умов здійснення індивідуальних і колективних прав» (стаття L111-1).

Важливим є і твердження, що безпека є не тільки метою, а включає і засоби, які допомагають її досягнути<sup>842</sup>. Можна розвинути цю думку та додати, що й сама безпека може розглядатись як засіб<sup>843</sup>. Вона, наприклад, є необхідним засобом (або умовою) для вдалої організації досягнення інших цілей — реінтеграції.

Загалом безпека і порядок є дуже розмитими категоріями, коли йдеться про обмеження прав людини в місцях позбавлення волі<sup>844</sup>. Фахівці з питань порядку в тюрмах вказують, що порядок є комплексною та складно вимірюваною категорією<sup>845</sup>.

Розуміння вимог безпеки відрізняється в залежності від двох основних підходів до неї: статичного та динамічного. Наприклад, статичний підхід, який заснований на фізичному контролі, може виправдовувати такі обмеження в повсякденному житті, які динамічний підхід, який ґрунтується на розвин. Навпаки, динамічна безпека вимагає заміни обмежень, які спрямовані на запобігання небажаної поведінки, на інші, менш обмежуючі, але не менш ефективні засоби<sup>846</sup>. У цьому контексті влучним

---

<sup>842</sup> *Falxa J.* Le droit disciplinaire pénitentiaire: une approche européenne. Analyse des systèmes anglo-gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme. Thèse. — Pau : Université de Pau et des pays de l'Adour, 2014. — P. 443.

<sup>843</sup> Sens de la peine et droits de l'homme, Actes du colloque international inaugural de l'École Nationale d'Administration Pénitentiaire. — Agen : École Nationale d'Administration Pénitentiaire, 2000. — P. 183.

<sup>844</sup> Часто обидва терміни використовуються для звичайного позначення відсутності безладу та небезпеки, тобто їхнє розуміння є скоріше негативним та має тенденцію до визначення *a contrario*. Про це нагадує і схоже спостереження Ж. Фалкси щодо визначення внутрішнього порядку в різних джерелах (*Falxa J.* Ibid. — P. 443.).

<sup>845</sup> *Bennet J.* Measuring Order and Control in HM Prison Service // Handbook on prisons. Ed. by Y. Jewkes. — Cullompton: Willan publishing, 2007. — P. 535.

<sup>846</sup> Менш обмежувальне в'язничне середовище асоціюється зі зменшенням опору з боку засуджених та сприяє створенню кращої атмосфери взаємовідносин, хоча надмірно послаблений режим може призводити до зворотнього ефекту — розквіту субкультури (*Liebling A., Crewe B.* Prison Life, Penal Power, and Prison // The Oxford Handbook of Criminology. Ed. by Maguire M. Morgan R. and Reiner R. — Oxford: Oxford University Press, 2012. — pp. 914–915).

Вчений з Кембриджського інституту кримінології А. Симкович, детально вивчаючи в'язничні реалії в Україні, висловлює припущення, що гуманізація та пом'якшення в'язничного режиму, які відбулися в Україні останніми роками, послаблюють підставу для приєднання в'язнів до тюремної субкультури. Таке приєднання у минулому було якраз відповіддю в'язнів на жорсткі умови відбування покарання та поведіння (*Symkovych A.* Sex in Prisoner Power Relations: Attitudes and Practices in a Ukrainian Correctional Colony for Men // The Howard Journal of Crime and Justice. — 2016. — DOI:10.1111/hojo.12177. First published: 19 September 2016. — P. 9).

є твердження Ж. Фалкси, що використання статичної безпеки на противагу безпеці динамічній здійснюється за рахунок прав в'язнів<sup>847</sup>. І хоча міжнародні стандарти вказують на необхідність обох типів безпеки за умови їх належного балансу<sup>848</sup>, логічним є припущення, що деякі обмеження, які виправдовувались у відповідності до одного управлінської підходу до безпеки, не може бути таким у відповідності до іншого. Обсяг обмежень, які пов'язані із безпекою та порядком, суттєво залежить від нашого сприйняття та підходів до пенітенціарної політики.

Порядок і безпека можуть бути легко використані як цілі обмежень прав для полегшення обґрунтування обмежень. Але це не означає, що через це слід відмовитися від обґрунтування обмежень прав на таких підставах. Думати інакше означало б не брати до уваги практичні реалії в'язничного світу. Необхідність порядку та безпеки існує незалежно від того, що вона постійно загрожує правам людини у в'язницях і ставить їх у залежність від широких дискреційних повноважень. Натомість мають бути розвинуті гарантії прав, які встановлювали б баланс між обмеженнями та безпекою і порядком. Такі гарантії можна вбачати у застосуванні принципу пропорційності.

Здавалося б, визначення безпеки і порядку може міститися в законодавстві. Це дещо полегшує завдання їх використання як цілей, однак є складним завданням, оскільки кожна в'язниця є «окремою державою» зі своїми правилами і необхідністю пристосування до повсякденних завдань. Складно визначити поняття безпеки та порядку, не зазначаючи вимоги щодо того, якими мають бути належні безпека та порядок у кожній окремій установі. Крім того, будь-яка спроба визначити безпеку або порядок юридично, для того щоб зробити його придатним для використання в якості раціонального обґрунтування державного розсуду при застосуванні обмежень прав людини, є марною, враховуючи, що будь-яке юридичне визначення буде інтерпретуватися по-різному, а тим паче такі невизначені терміни як «безпека» та «порядок». Як влучно зазначав проф. Плавські (Plawski), «[...] потрібно, однозначно, забезпечити порядок та безпеку, але простого лише каталогу правил щодо безпеки буде недостатньо, оскільки, в той же час, занадто багато безпеки знищує саму безпеку»<sup>849</sup>.

Слід зазначити, що коли обговорюються безпека і порядок, як правило, йдеться про їх розуміння як підстави для додаткових обмежень на

---

<sup>847</sup> Falxa J. Ibid. — P. 447.

<sup>848</sup> Handbook on Dynamic Security and Prison Intelligence. Criminal justice handbook series (UNODC). — New York: United Nations, 2015. — pp. 5–6.

<sup>849</sup> Les droits sociaux du détenu, Séance de section du 13 mars 1982, sous la présidence de M. Ancel // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 1982. — No. 3 juillet-septembre. — P. 261.

практиці. У той же час їхня роль у законотворчому процесі недооцінюється і має бути визнана, але із встановленням чітких визначень та правил їх застосування для обґрунтування обмежень.

Як вказувалось, ефективним обмежувачем та гарантією проти негативних наслідків використання безпеки й порядку є вимога пропорційності. У цьому разі обидві категорії можуть бути цілями обмежень, або ж формувати цілі, які кореспондують їх досягненню. Варто також нагадати, що пропорційність обов'язково вимагає, щоб обмеження були мінімальними для досягнення задекларованих цілей. У контексті Європейської конвенції цілі безпеки і порядку можуть розглядатися як дійсні тільки тоді, коли вони вбудовані в більш широкі цілі, які зазначені в обмежувальних клаузулах статей, що закріплюють певні права. У деяких із рішень Суду безпека і порядок приймаються як допустимі мотиви для обмежень, адже безпека включає попередження злочинів та безладу (що є допустимою для обмежень ціллю згідно з Конвенцією. — прим. авт.)<sup>850</sup>. Можливим є охоплення цілей безпеки та/або порядку іншими обґрунтованими цілями, які дозволені Конвенцією: забезпечення громадської безпеки, охорони громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам.

Як ми доводимо, наявність обґрунтованої мети є недостатньою для захисту від необґрунтованих обмежень прав, хоча є необхідною для стандарту пропорційності. Однак більш проблематичним є виявлення мінімальності обмежування та раціонального зв'язку між обмеженнями і цілями.

Зазвичай пенітенціарна адміністрація надає перевагу безпеці та порядку як цілям обмеження, а не безпосередньо закріпленим у Конвенції формулюванням цілей, оскільки перші є дещо ширшими і надають їм більше дискреційних повноважень. Тим не менш, малоімовірно, що обмеження, які виправдовуються цілями безпеки та порядку, вважатимуться Судом невинуватими з точки зору інтересів запобігання злочинам або заворушенням, національної безпеки, суспільної безпеки або захисту прав і свобод інших осіб. За таких обставин дискусія про безпеку і порядок як допустимі цілі обмежень не має значної практичної цінності, як дослідження пропорційності заходів, які застосовуються для досягнення цих цілей. Раніше це підтверджувалось нашим висновком про невелике значення, яке приділяє Європейський суд наявності обґрунтованої цілі як складовій трискладового тесту для визначення обґрунтованості обмеження, та великим значенням саме третьої складової тесту — встановлення пропорційності.

<sup>850</sup> Див. напр.: *Hirst v. the United Kingdom* § 69 (No. 2) (GC) (no. 74025/01, 06.10.2005).

### 3.1.2.2. Лімітативні клаузули інших прав, передбачених Пенітенціарним законом

Стаття 22 Закону задала тон усім іншим його статтям, що стосуються обмежень прав. Усі вони так чи інакше відображають передбачений нею стандарт. Разом з тим вони містять і окремі специфічні вимоги, які пов'язані із особливостями окремих прав та порядку їх реалізації. Це потребувало пристосування обмежень цих прав та встановлення порядку їх застосування із додатковим урахуванням в'язничних реалій.

Процитуймо статті, які містять лімітативні клаузули:

1. «Ув'язнені особи мають право на свободу думки, совісті та релігії. Вони можуть сповідувати релігію на їхній вибір у відповідності до умов, що адаптовані до організації місць, не піддаючись іншим обмеженням, ніж ті, що вимагаються безпекою та належним порядком установи» (ст. 26).

2. «За умови дотримання належного порядку та безпеки установи пенітенціарна адміністрація проводить із ув'язненими особами консультації щодо діяльності, яка їм пропонується» (ст. 28).

3. «Адміністрація не може відмовити у видачі дозволу на побачення членам сім'ї засудженого, відкласти або скасувати цей дозвіл з іншою метою, ніж підтримка належного порядку і безпеки або попередження правопорушень» (ст. 35). Хоча рішення такі мають мотивуватись (абзац 5 статті 35).

4. «Доступ до телефонних розмов може бути заборонений, тимчасово призупинений або скасований з мотивів, пов'язаних із підтримкою належного порядку і безпеки або попередження правопорушень і, що стосується осіб під вартою, із необхідністю захисту інформації» (ст. 39).

5. «Вхідна чи вихідна кореспонденція ув'язнених осіб може бути контрольована і затримана пенітенціарною адміністрацією в разі, якщо вона може серйозно зашкодити їхній реінтеграції чи підтримці належного порядку і безпеки» (ст. 40).

6. «Пенітенціарна адміністрація може забороняти розповсюдження або використання фото- чи відеозапису<sup>851</sup> або голосу засудженої особи, якщо ці розповсюдження чи використання є такими, що можуть дозволити їхню ідентифікацію і якщо це обмеження видається необхідним для захисту публічного порядку, попередження правопорушень, захисту прав жертв або третіх осіб, або ж реінтеграції відповідного засудженого» (ст. 41).

7. «В'язні мають право на доступ до письмових та аудіовізуальних публікацій. Разом з тим адміністрація може заборонити таким особам доступ до публікацій, які містять серйозні загрози безпеці осіб і установ,

<sup>851</sup> В оригіналі використовується слово "l'image", що в контекстуальному перекладі означає результати фото і відеозйомки.

або образливі слова чи знаки проти персоналу та осіб, які співпрацюють із пенітенціарною владою, або проти інших ув'язнених осіб» (ст. 43).

8. «Обшуки мають бути обґрунтовані презумпцією правопорушення або ризиками того, що поведінка ув'язнених осіб може нашкодити безпеці осіб або підтримці належного порядку в установах. Їхня природа та частота суворо обмежуються цими потребами і особистістю ув'язнених осіб» (ст. 57).

Окрім того, що всі зазначені лімітативні клаузули не згадують принцип пропорційності, усі вони мають іншу спільну рису — згадку про порядок та/або безпеку як допустиму мету для застосування обмежень. Додатковими цілями, які закріплені в окремих із них, є: захист інформації, реінтеграція, публічний порядок, захист прав жертв або третіх осіб.

Варто відмітити два типи цілей, які використовуються в лімітативних клаузулах: позитивні, коли вказується, що обмеження може бути застосовано «для» досягнення чогось (наприклад, безпеки), та негативні, коли вказується на те, що обмеження можуть застосовуватись, щоб «не допустити чогось» (наприклад, щоб не зашкодити реінтеграції). Звісно, позитивні цілі включають у себе негативні та навпаки, різні формулювання не відображають різниці по суті.

Взагалі складно встановити, якою логікою керувався законодавець при відборі різних цілей обмежень для різних прав. Наприклад, чому така мета, як захист прав жертв, згадується як допустима мета обмеження права на поширення інформації про засуджену особу (ст. 41), але не згадується як допустима мета обмеження права на доступ до інформації (ст. 43)? Чому попередження правопорушень, яке згадується як допустима мета для обмежень на ряду із метою порядку та безпеки для обмеження права на побачення (ст. 35), не згадується так само окремо щодо права на приватність під час перегляду кореспонденції (ст. 40)?

Не схоже, щоб законодавець задумувався над питаннями співвідношення різних цілей. Можливо, причиною цього є відсутність серйозного ставлення до практичного значення законодавчої вимоги щодо цільового характеру обмежень. Відсутність послідовності у визначенні цілей є більш проблемною, якщо проаналізувати їхнє співвідношення із загальною лімітативною клаузулою.

#### *3.1.2.2.1. Питання співвідношення цілей, з якими можуть застосовуватись обмеження, у статті 22 та в лімітативних клаузулах інших статей*

Порівняння цілей обмежень у статті 22, яка виступає базою для правообмежувальної діяльності в пенітенціарній сфері, із цілями в інших статтях свідчить про їх різницю. У цих статтях можуть міститись як цілі, що не були зазначені в статті 22, так і цілі, які були в ній зазначені, але тільки декілька з них.

Наприклад, пенітенціарна адміністрація може обмежувати право на письмову кореспонденцію шляхом вилучення вхідних чи вихідних листів у разі, якщо вона може серйозно зашкодити їхній реінтеграції (ст. 40). Однак така мета для обмежень не передбачається статтею 22. Можна припустити, що забезпечення реінтеграції засудженого може вважатись частиною більш широкої мети, з якою допускається застосування обмежень у відповідності до статті 22 — попередження рецидиву. Однак тоді не є логічним робити таке уточнення в статті 40. Чому б не залишити більш широке формулювання статті 22?

Так само у відповідності до статті 41 дозволяється заборона розповідження, наприклад, фото засуджених, що на практиці може означати заборону на інтерв'ю із ними, з метою захисту публічного порядку, захисту прав жертв або третіх осіб або ж реінтеграції відповідного засудженого. В той же час така мета, як захист публічного (громадського) порядку, є більш широкою за ту, що встановлюється в статті 22, яка вказує лише на мету забезпечення «належного порядку установи». Логічне тлумачення наштовхує на тезу, що стаття 41 містить більш широку мету для обмежень, а тому теоретично дозволяє більш широкі обмеження, ніж стаття 22.

Питання співвідношення публічного та внутрішнього пенітенціарного порядку є дискусійним. Наприклад, Е. Пешійон вважає, що «публічний порядок, який часто застосовується в публічному праві, є дуже загальним формулюванням, надто неточним для того, щоб визначити пенітенціарну безпеку»<sup>852</sup>. Він же вказує, що «...можливо відрізнити два рівні публічного порядку: загальний публічний порядок і пенітенціарний публічний порядок. Перший, більш глобальний, який становить засадничі норми, переслідує різноманітні прояви загального інтересу. Другий є більш суворим і закритим мікрокосмом, його орієнтири є визначені наперед. Поняття ж безпеки, яке знаходиться в центрі обох публічних порядків, також відрізняється від кожного з цих випадків»<sup>853</sup>.

С. Ендерлан розглядає внутрішній і публічний порядок під критичним кутом зору і фактично розглядає внутрішній порядок як такий, що може навіть не включатись до публічного (громадського) порядку. Вона наводить приклад засудженого, який відмовляється повернутись до своєї камери після прогулянки. В такому разі, на її думку, не може йтися про публічний порядок, адже в загальному публічному порядку такий вид порушення взагалі не існує, а тому він не може обґрунтовувати необхід-

---

<sup>852</sup> *Péchillon E. Sécurité et droit du service public pénitentiaire.* — Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998. — P. 59.

<sup>853</sup> *Ibid.* — P. 64.

ність обмеження права (шляхом застосування дисциплінарного стягнення — авт.)<sup>854</sup>.

Разом з тим підтримка безпеки, яка також зазначається як допустима мета обмеження в статті 41, пов'язана із метою забезпечення публічного порядку. Прикладом є випадки втручання у фізичну цілісність засуджених, пенітенціарного персоналу, відвідувачів установи, посягання на публічну чи приватну власність або погрози чи напади (*rébellion*)<sup>855</sup>. Е. Пешійон також вказує, що безпека становить, перш за все, особливе поняття, яке входить до публічного порядку. За допомогою цього засобу здійснюється збереження публічної стабільності<sup>856</sup>. Безпека може розглядатись як звичайна частинка публічного порядку<sup>857</sup>.

Стаття 41 містить ще одну мету, яка є додатковою щодо тих, які вказані в статті 22 — йдеться не лише про захист жертв, як це в статті 22, а й про захист третіх осіб. Стаття 43 на додаток до мети «безпеки установ», як вона сформульована в статті 22, вказує на таку мету, як безпеку осіб. Стаття 57, яка закріплює норму щодо проведення обшуків, вказує не на безпеку установ, а тільки на безпеку осіб.

Як видно із вищесказаного, у Законі мають місце деякі неузгодженості між загальними цілями для застосування обмежень прав та між спеціальними цілями обмежень щодо окремих прав.

У зв'язку з цим виникають непрості запитання. Чи є цілі обмежень окремих прав, як вони встановлені в окремих статтях, вичерпними цілями, з якими дозволяється застосування відповідних обмежень, чи навпаки вони доповнюють цілі, закріплені в статті 22? Чи має стаття 22 якесь юридичне значення як орієнтир-обмежувач для інших статей, що містять цілі обмежень прав? Якщо так, то чи не мали б цілі обмежень у цих статтях дослівно відповідати формулюванням статті 22? Якщо ні, то чи є стаття 22 додатковим підґрунтям для обмеження прав замість того, щоб бути бар'єром для необґрунтованих правообмежень?

Можна стверджувати, що пенітенціарна адміністрація може обмежувати те чи інше суб'єктивне право, як посилаючись на спеціальну лімітативну клаузулу щодо кожного права, так і на загальну клаузулу, яка міститься в статті 22. У такому разі повторення по декілька разів мети підтримки безпеки та порядку в установі є зайвою, а вказівка на неї як допустиму для обмежень у статті 22, а потім і в інших лімітативних клаузулах, не може демонструвати нічого іншого, як бажання

<sup>854</sup> *Enderlin S.* Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté. Ibid. — pp. 444–445.

<sup>855</sup> Ibid. — P. 444.

<sup>856</sup> *Péchillon E.* Sécurité et droit du service public pénitentiaire. Ibid. — P. 60.

<sup>857</sup> Ibid.

нагадати про її важливість. За наявності однієї статті 22 юридично достатньо було б лише цієї норми для того, щоб обґрунтувати обмеження цілями порядку та безпеки<sup>858</sup>. Додаткове її повторення в інших цілях не відповідає принципу лаконічності законодавчої діяльності та є зайвим.

З іншого боку, усі цілі, які містяться в статті 22, ні разу не повторюються повністю в жодній із інших лімітативних клаузул. Це може свідчити про спробу законодавцем підібрати «найбільш підходящі» для обмежень цілі щодо кожного окремого суб'єктивного права. В той самий час це не означатиме, що цілі, які залишились не перерахованими в спеціальній лімітативній клаузулі, не зможуть бути застосовані із простим посиланням на такі цілі у статті 22 як загальній лімітативній клаузулі. Хоча це твердження може бути поставлено під сумнів з огляду на принцип *lex specialis derogat generali*.

Разом з тим якщо допустити, що цілі загальної клаузули можуть застосовуватись одночасно із цілями спеціальної клаузули, то це розширює підстави для для обмежень прав за допомогою використання цілей тієї з клаузул, яка є більш вигідною суб'єкту правозастосування.

Таким чином, постає питання про взаємовиключення допустимих цілей обмежень загальної та спеціальної клаузули. З огляду на вищезазначене, встановлені в Законі цілі обмежень не стають додатковими бар'єрами для необґрунтованих обмежень. Адже в самому Законі в статті 22 вказується, що обмеження можуть встановлюватись тільки із визначеними в ній цілями і відразу ж, у наступних статтях, це правило порушується. Крім того, між цілями існує багато суперечностей і вони сформульовані надто нечітко, що відкриває суттєве поле для дискреції пенітенціарної адміністрації та використання її для обґрунтування найрізноманітніших обмежень у національних судах.

Додамо також, що стаття 22 може застосовуватись і в разі обмежень інших прав, які не перераховані в самому Законі. На відміну від Європейської конвенції Закон обрав шлях «дроблення» прав на його складові із подальшим допущенням їх обмеження. Наприклад, право на приватність *inter alia* включає і право на телефонні розмови, і право на побачення, і право на листування.

Закон же, окремо встановлюючи цілі щодо кожного з цих обмежень, визначив різні цілі (що, до речі, може потенційно суперечити Конвен-

---

<sup>858</sup> Варто зазначити, що окремі автори можуть не погоджуватись із цією точкою зору. Наприклад, М. Ерцог-Еванс вказує, що право засуджених на інформацію є абсолютним принципом (тобто таким же правом, як у вільних громадян), оскільки Пенітенціарний закон 2009 не передбачив окремо винятків для нього (*Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire*, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 104). Тобто для обґрунтування обмеження не достатньо самої лише загальної лімітативної клаузули, закріпленої у статті 22.



ції, яка містить уніфіковані цілі для обмеження права на приватність). У той же час достатньо було б визначити невичерпність переліку прав, які є складовими більш глобальних прав із вказівкою загального підходу до обмежень цього глобального права (як-то права на приватність чи свободу слова). Це дозволило б застосовувати уніфіковану лімітативну клаузулу до всіх складових глобального права.

Разом з тим усі цілі обмежити право на приватність мають відповідати уніфікованим цілям у статті 8 Європейської конвенції. Вони сформульовані настільки широко, що теоретично можуть включати в себе майже всі цілі, які закріплені як допустимі в Законі. Тому їхнє закріплення щодо кожного окремого права на рівні національного законодавства могло мати тільки одну мету — надати загальним формулюванням Конвенції більш практичного забарвлення.

Варто також повторитись, що відсутність вказівки на пропорційність обмежень цілям, на які вони спрямовані, сама по собі знівелювала значення статті 22. За відсутності пропорційності мало не кожна ціль може обґрунтувати будь-яке обмеження. Встановити один лише зв'язок між обмеженням та метою є дуже легким завданням, адже насправді такий зв'язок існує практично завжди. Інша річ, який ступінь раціональності цього зв'язку<sup>859</sup>.

Вищесказане наштовхує на один висновок — стаття 22 має дуже обмежений потенціал для гарантування незастосування необґрунтованих обмежень прав. Це пов'язано як із неузгодженням цілей обмежень, так і з відсутністю стандарту пропорційності обмежень переслідуючим цілям. У такому вигляді вона скоріше полегшує роботу співробітників пенітенціарних установ, аніж сприяє захисту прав від надмірних та нераціональних втручань. З цього приводу А. Дефлу влучно ставить питання: чи не існує ця стаття для того, щоб стати підґрунтям для втручань у права засуджених замість того, щоб їх захищати<sup>860</sup>?

Проблема співвідношення цілей обмежень прав стає ще більш комплексною в разі виходу за рамки Пенітенціарного закону і спроби його співвіднесення із іншими нормативними актами, як-то КПК Франції. У цьому кодексі також містяться лімітативні клаузули щодо обмежень прав засуджених.

---

<sup>859</sup> У зв'язку з цим наведемо приклад США, де використання стандарту пропорційності має обмежений характер, суди зазвичай встановлюють і підкреслюють необхідність не тільки зв'язку між обмеженнями прав засуджених та цілями, а саме раціонального зв'язку (див. розділ 3.2 «США»).

<sup>860</sup> *Deflou A. La justice ne saurait s'arreter à la porte des prisons : le Conseil d'Etat et les détenus // Le droit des détenus : sécurité ou réinsertion? Sous la direction de A. Deflou. avec les contributions de C. Allain, A. Deflou, J. Andriantsimbazovina [et al.]. — Paris : Dalloz, 2010. — P. 79.*

У відповідності до статті R53-8-66 «здійснення прав, що визнаються за особами, які утримуються в умовах превентивного нагляду<sup>861</sup>, не можуть піддаватись іншим обмеженням ніж ті, що явно необхідні для підтримки належного порядку та безпеки в цих установах, для захисту інших, для попередження правопорушень і будь-якого позбавлення утримуваних осіб більше, ніж вимагають заходи, яким вони піддаються». Далі в статті R53-8-68 наводиться перелік прав цих осіб і додатково нагадується, що обмеження, які застосовує начальник установи, мають бути належно обґрунтовані із дотриманням вимог статті R53-8-66.

Як видно, у цій нормі на додаток до цілей, що можуть обґрунтовувати обмеження, додаються також захист інших осіб, а не тільки жертв злочинів, а також для попередження зайвих осіб, які утримуються в умовах превентивного нагляду. Разом з тим не згадується про те, що допускаються обмеження, які є результатом ущемлень неминучих в ув'язненні, як це в статті 22 Пенітенціарного закону. Також у диспозиції вказаної статті R53-8-68 не вимагається, щоб обмеження дотримувались вимог статті 22 Пенітенціарного закону.

У Кодексі містяться й інші лімітативні клаузули. У статті 706-53-22 зазначається, що Державна Рада має прийняти акт, який визначить умови, у яких мають здійснюватись права цих осіб, у тому числі щодо працевлаштування, освіти, побачень, кореспонденції, релігійних прав, дозволу на залишення установи в супроводі або під електронним наглядом. При цьому вказується, що недопустимо застосовувати до цих прав обмеження інші, ніж ті, що явно (суворо) необхідні для потреб публічного порядку.

Стаття R57-6-18, яка регулює зміст типового внутрішнього розпорядку пенітенціарних установ, повністю копіює статтю 22 в тому, що стосується цілей застосування обмежень прав.

Не можна не помітити зв'язку статті 22 і частини 1 статті 717-1 КПК, яка визначає, що засуджені розподіляються по тюрмах, враховуючи їхню кримінально-правову характеристику, вік, стан здоров'я та особистість<sup>862</sup>. Їхній режим тримання «визначається із урахуванням особистості, стану здоров'я, небезпечності та намагань соціальної реінтеграції». Варто мати на увазі, що поряд з такими критеріями індивідуалізації паралельно функціонує принцип рівності засуджених<sup>863</sup>.

---

<sup>861</sup> Ідеться про спеціальну категорією засуджених у Франції, що становлять особливий ризик для суспільства та утримуються перед їхнім звільненням у спеціальних установах, де встановлюється їхній психологічний стан, небезпечність і т. ін.

<sup>862</sup> Зауважимо, що цей чинник залишився, незважаючи на його скасування в статті 22 Закону після критики (див. вище).

<sup>863</sup> *Duroché J.-P., Pédrón P. Droit pénitentiaire*, 2e éd. — Paris: Vuibert, 2013. — P. 150.

Примітно, що в цій же статті також вказується, що «Поміщення ув'язненої особи під більш суворий режим тримання не може втручатись у права, передбачені статтею 22 Пенітенціарного закону». Однак стаття 22 не містить якого-небудь визначеного переліку прав, а вказує тільки на «повагу гідності і його [засудженого] права». Логічний аналіз приводить до цікавого висновку: стаття 717-1 КПК забороняє, щоб поміщення в більш суворий режим обмежувало будь-які (!) права засуджених. Очевидно, що законодавець мав примарне розуміння зв'язку обмежень та режиму, адже більш суворий режим неминуче передбачає більш суворі або нові обмеження прав.

Можна припустити, що законодавець помилився у формулюванні, бажаючи закріпити, що обмеження, які застосовуються до засуджених у зв'язку із їх поміщенням до суворішого режиму, мають підпорядковуватись тим вимогам, які закріплені в статті 22 і тому не повинні **необґрунтовано** (виділено авт.) втручатись у права. Натомість буквальне тлумачення чинного формулювання статті 717-1 дає підстави стверджувати про наявність грубої законодавчої помилки.

Помилку містить і формулювання частини 2 статті 726-1 КПК. У ній зазначається: «Поміщення в ізоляцію<sup>864</sup> не впливає на здійснення прав, що передбачені статтею 22 Пенітенціарного закону, за винятками, які потребуються вимогами безпеки». Тобто стаття 726-1 посилається на перелік прав, якого не існує в статті 22, а тому вона вказує на всі права засуджених, адже саме в такому значенні згадуються права в статті 22.

### 3.1.2.3. Судова практика, пов'язана із застосуванням статті 22

Судова практика французьких судів підтверджує деякі із висловлених нами висновків щодо проблематичності статті 22: відсутність вимоги пропорційності та плутанина цілей, зміст яких, до того ж, не є чітким. Проаналізуємо окремі рішення.

У рішенні Державної ради від 24.10.2014<sup>865</sup> ідеться про позов неурядової організації «Міжнародна тюремна обсерваторія» про скасування деяких положень типових правил внутрішнього розпорядку, які були складовою Декрету по. 2013-368 від 30.04.2013. Ці правила дозволяли серед іншого здійснювати часті та детальні обшуки камери в той час, як ув'язнена особа була відсутня в ній, та містили вимогу отримувати дозвіл від директора міжрегіонального управління пенітенціарної адміністрації для публікації або обнародування текстів, написаних ув'язненими.

<sup>864</sup> Ідеться про схожий на поміщення до дільниці посиленого контролю захід дисциплінарного впливу.

<sup>865</sup> CE, 6ème / 1ère SSR, 24/10/2014, 369766, Inédit au recueil Lebon.

Вказані правила були визнані обґрунтованими. Обґрунтування Рада як вищого судового органу адміністративної юрисдикції, не вирізняючись особливою оригінальністю, опиралось у тому числі і на статтю 22 Пенітенціарного закону для того, щоб мотивувати законність правила щодо обшуків. Що стосується можливості вилучати письмові твори пенітенціарною адміністрацією, то Рада вказала на норму, яка містилась у правилах внутрішнього розпорядку та дозволяла таке вилучення з «мотивів порядку». Разом з тим на додаток до цієї норми Рада взяла її до уваги в «комбінації зі статтею 22 Пенітенціарного закону», і цього було достатньо для того, щоб установити, що мотиви для відбирання текстів були достатніми (пар. 6).

В обох випадках стаття 22 бралась до уваги як додаткове обґрунтування для обмеження прав. До того ж у другому випадку вона була взята для того, щоб доповнити аргументацію про достатню чіткість мотивів для втручання в право на приватність через обшуки.

Незважаючи на висловлене нами раніше твердження, що Пенітенціарний закон не містить вимоги до пропорційності, Рада, тим не менш, підтвердила, що потрібно встановлювати, чи не було обмеження надмірним. Разом з тим перевірка на надмірність, яка тільки частково відповідає вимогам перевірки на пропорційність, здійснювалась завдяки існуванню відповідних вимог у статтях 8 та 10 Європейської конвенції (пар. 3 та 6 цитованого рішення).

В окремих рішеннях суди застосовують посилання на балансування індивідуальних інтересів із цілями пенітенціарної адміністрації, що представляє собою складову вимоги пропорційності. Це підтверджується, наприклад, рішенням Апеляційного адміністративного суду м. Ліон<sup>866</sup>. У ньому представником французької влади оскаржувалось рішення адміністративного суду першої інстанції, яким було задоволено вимоги засудженого та зобов'язано начальника пенітенціарної установи Saint-Quentin-Fallavier забезпечувати засуджених представників мусульманської конфесії м'ясом халяль замість звичайного м'яса. Апеляційний суд скасував це рішення та обов'язок забезпечувати засуджених мусульманської конфесії м'ясом халяль.

Частина аргументів суду були такими (п. 3):

- а) пенітенціарна адміністрація забезпечувала три види меню: звичайні, вегетаріанські та без свинини (без специфічного релігійного призначення таких меню);
- б) це дозволяло засудженим не бути змушеним вживати продукти, заборонені їхньою релігією;

---

<sup>866</sup> CAA de Lyon N 14LY00113 4ème chambre — formation a 5 Inédit au recueil Lebon.

- в) засуджені мусульмани мали можливість отримувати адаптовані меню з нагоди релігійних свят, тобто вони могли отримувати м'ясо халяль;
- г) засуджені могли отримувати таке м'ясо шляхом покупки його через систему ресторації.

У підсумку, зазначені аргументи дозволили суду дійти висновку, що це свідчило про наявність справедливої (обґрунтованої) «рівноваги між потребами публічної служби і релігійними правами ув'язнених осіб» (пар. 3)<sup>867</sup>. Разом з тим суд не взяв на озброєння стандарт пропорційності Європейського суду. Так само він навіть не посилався на хоча б одну із допустимих для обмежень прав цілей, які містяться в їх вичерпному переліку в статті 22 Пенітенціарного закону та в 26 цього ж закону, що стосується специфічно обмежень релігійних прав. Було здійснено посилання на «потреби публічної служби», як мотив обмеження.

Іноді суди задаються питанням надмірності обмеження і без посилання на Європейську конвенцію, але й без посилання на статтю 22 Пенітенціарного закону. Так, у рішенні Державної ради від 11.07.2014<sup>868</sup> вказувалось, що має бути відмовлено в задоволенні вимоги до Міністерства юстиції скасувати статтю R. 57-7-44 Кримінально-процесуального кодексу Франції, яка передбачала, що під час перебування в дисциплінарному ізоляторі засудженим забороняється доступ до будь-якої діяльності, в тому числі культурної (окрім окремих рідкісних винятків). Головними аргументами для цього стали: переслідування цим положенням мети загального інтересу підтримки безпеки і належного порядку, тривалість обмеження та наявність інших прав, якими засуджені продовжують володіти під час перебування в пенітенціарних установах, а також те, що воно **не було надмірним** (виділено авт.).

При цьому не звертається увага на надмірність саме з огляду на необхідність досягати тієї чи іншої мети. Навпаки, із контексту випливає, що сама наявність таких цілей стала однією із підстав визнавати обмеження не надмірним. Тобто надмірність використовується судом як аморфна категорія безвідносно до цілей, що є тільки віддаленим нагадуванням стандарту пропорційності.

Так само в рішенні Державної ради від 17.07.2013<sup>869</sup> вказувалось на те, що обмеження засудженого в покупці товарів у в'язничному магазині

<sup>867</sup> Головним аргументом у цьому рішенні по суті було те, що забезпечення м'ясом халал буде надто обтяжливо з фінансової точки зору (необхідність додатково навченого персоналу, обладнання, в т. ч. для окремого зберігання й т. ін.). Фінансовий мотив є доволі сумнівним чинником, який має братися до уваги при застосуванні тесту пропорційності у світлі Правил 4 ЄВП.

<sup>868</sup> CE, 6ème / 1ère SSR, 11/06/2014, 365237.

<sup>869</sup> CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 17/07/2013, 357405, Inédit au recueil Lebon.

(за винятком продуктів гігієни, предметів, необхідних для кореспонденції і тютюну) під час відбування дисциплінарного стягнення було обґрунтованим. Це впливало з того, що ця заборона не обмежує здійснення прав більше, ніж це дійсно необхідно (пар. 6). Однак не було вказано: «необхідно» для якої мети? Хоча раніше в рішенні й зазначається порядок та безпека як допустима підстава обмеження у відповідності до Європейської конвенції, Французької декларації прав людини і громадянина 1789, ст. 22 Пенітенціарного закону (пар. 5), однак із рішення не випливає з очевидністю, що мав місце який-небудь організований та структурований аналіз явної необхідності саме для досягнення **конкретних** (виділено авт.) цілей (пар. 7). Єдине, що при цьому варто зазначити, що в цьому разі суд звернув увагу на те, що при прийнятті цієї норми КПК Прем'єр-міністр не перевищив повноваження, що делеговані йому законодавцем. Тим не менш, виходить, що аморфне поняття «необхідність» оцінюється взагалі без мірила цієї необхідності і повністю залежить від того, що кожен окремий суддя вважатиме за потрібне. При чому в кожному випадку ціль, для якої обмеження є «необхідним», відноситься до суб'єктивної сфери кожного індивіда судді.

Наявність надмірності обмеження має оцінюватись судами у зв'язку із тим, що адміністративні судді користуються загальною технікою адміністративного контролю. При її застосуванні інтенсивність судового контролю залежить від природи оспорюваних заходів, якщо спір стосується прав людини, то судді здійснюють особливий контроль<sup>870</sup>. Утім, як свідчить практика, належний контроль співмірності (пропорційності) обмежень адміністративними судами є скоріше ситуативним, аніж систематичним.

Судовою практикою підтверджується й наше припущення про доповнювальний характер лімітативних клаузул статті 22 Пенітенціарного закону. У рішенні Державної ради від 06.06.2013<sup>871</sup> було розглянуто обґрунтованість обмеження права засудженого на приватність, що полягало у постійних обшуках. Засуджений оскаржував наказ директора арештного дому міста Fleury-Mérogis, який встановлював тримісячний режим, який передбачав повні та систематичні обшуки кожної особи після проведення побачень, а також рішення начальника цієї ж установи, у відповідності до якого його особисто слід було піддавати таким обшукам після кожного побачення в кабінці для побачень.

Спочатку, опираючись на формулювання статті 22, Рада встановила, що «вимоги публічного порядку і потреби пенітенціарної служби можуть обґрунтовувати застосування до засуджених режиму повних тілесних

---

<sup>870</sup> *Labetoulle D.* Regard du juge administratif // La prison : quel(s) droit (s)? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011. — Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2013. — P. 101.

<sup>871</sup> CE, Juge des référés, 06/06/2013, 368875.

обшуків» і що за відсутності можливості застосування металодетекторів внаслідок ремонту установи на той час такі заходи були «обґрунтованими необхідністю забезпечити безпеку так само, як порядок в установі ... у той же час вимога до пропорційності способу здійснення повних обшуків вимагає, щоб вони були явно адаптованими не тільки до цілей, які переслідуються ними [обшуками], а й до особистості ув'язнених осіб» (пар. 6). Далі засудженому було відмовлено в задоволенні позову з урахуванням головного аргументу — його попередньої негативної поведінки, яка свідчила про потребу постійних повних тілесних обшуків. Цим самим було застосовано можливості статті 57 Пенітенціарного закону, який визначає, що природа та частота обшуків мають бути пристосовані (враховувати) до цілей безпеки осіб та підтримки належного порядку, а також особистість ув'язнених осіб. Врахування особистості в цьому разі, звичайно, не може розглядатись як ціль обмеження, але вона визначає додаткові правила щодо застосування такого обмеження права як обшук. У коментованому рішенні саме таке правило — врахування особистості — й було використано для обґрунтування обмеження. Це підтверджує тезу про можливість одночасного застосування положень, які закріплюються в кількох лімітативних клаузулах як додаткового інструменту для обґрунтування законності обмежень прав ув'язнених осіб.

Простежується і певна непослідовність у питанні стосовно вичерпності мотивів (цілей) для обмежень прав у загальних та спеціальних лімітативних клаузулах у Пенітенціарному законі. Наприклад, у рішенні Державної Ради від 20.02.2013<sup>872</sup> вказується, що засуджений посилався на другий абзац статті 35 Пенітенціарного закону<sup>873</sup>, аргументуючи про його надто нечіткий і загальний характер в тому, що стосується повноважень керівництва пенітенціарних установ. Цим, на його думку, порушувалась стаття 34 Конституції, оскільки не встановлювались належні гарантії від невинуватого втручання у фундаментальне право підтримки сімейних зв'язків (пар. 4). Суд відповів на це зауваження, що оскаржувані законодавчі положення, тим не менш, чітко і вичерпно перераховували мотиви, які дозволяли адміністративній владі обмежувати або позбавляти дозволу на побачення.

Разом з тим у подальшому суд вказав, що мотиви для таких обмежень містяться у статті 22 разом зі статтею 35. З них впливає «що обмеження, які можуть застосовуватись до прав засуджених, зокрема що стосується дозволу на побачення засуджених, є обов'язковими для підтримки належного порядку і безпеки або для попередження правопорушень і що рі-

<sup>872</sup> CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 20/02/2013, 364081.

<sup>873</sup> Нагадаємо, вона передбачає, що адміністрація не може відмовити у видачі дозволу на побачення членам сім'ї засудженого, відкласти або скасувати цей дозвіл з іншою метою ніж підтримка належного порядку і безпеки або попередження правопорушень.

шення про відмову, призупинення або скасування дозволу на побачення не можуть застосовуватись з іншими, ніж ці, мотиви» (пар. 8). Як видно, суд вказує, що зі статтей 22 та 35 впливають **тільки** (виділено авт.) такі допустимі для обмежень цілі, як належний порядок, безпека або попередження правопорушень. Разом з тим він не враховує всі цілі, що закріплені в статті 22. Наприклад, те ж врахування інтересів жертви як допустима мета обмежень чомусь залишається незазначеною. Таке поєднання вимог до обмежень, що закріплені в статтях 22 та 35, є нелогічним та додатковий раз демонструє неоднозначність їхнього одночасного застосування для обґрунтування обмежень прав.

Вищезазначене дозволяє стверджувати про наявність проблеми узгодження цілей лімітативної клаузули в статті 22 та в клаузулах інших статей, що стосуються обмежень прав ув'язнених осіб. Іноді суди вказують на необхідність обмежень для досягнення цілей тільки однієї статті, іноді комбінують щодо цілей з кількох статей. Немає чіткого розуміння щодо того, чи є вичерпними цілі тільки спеціальних норм щодо обмеження конкретного права, чи до уваги має братись і загальна норма статті 22 Пенітенціарного закону. Це закономірний наслідок недоліку, закладеного в самому Законі.

У практиці судів не вбачається чіткого слідування принципу, що обмеження допустимі тільки з конкретними цілями. Навіть якщо суди вказують на це, їхня мотивація практично не стосується наявності обґрунтованості цілей та переслідування їх обмеженнями. Іншими словами, питання про те, чи було обмеження спрямованим саме до цілі, яка дозволена законодавчими нормами щодо обмежень, не ставиться. Втім за відсутності застосування стандарту пропорційності постановка цього питання все одно мала б дуже обмежений характер з погляду гарантій захисту прав від необґрунтованих обмежень.

Дотримання обмеженнями вимог статті 22 зазвичай майже не піддається жодному аналізу судами. Ця стаття переважно тільки цитується, а її вплив на результат судового рішення не простежується. Незважаючи на вже традиційне згадування статті 22 у своїх рішеннях, суди, посилаються на неї для визнання обґрунтованими втручання у права в'язнів<sup>874</sup>.

Що стосується практики Державної ради в пенітенціарній сфері, то вона свідчить про низку недоліків. Вони полягають у незастосуванні принципу пропорційності обмежень, визнанні спеціального типу правового регулювання в таких справах (якщо не дозволено, то заборонено),

---

<sup>874</sup> Див. напр.: CAA de Bordeaux, 20/11/2013, 13BX01140, Inédit au recueil Lebon; CAA de Nantes, 3ème Chambre, 20/06/2013, 12NT01050, Inédit au recueil Lebon; CAA de Paris, 1ère chambre, 31/07/2014, 13PA04134, Inédit au recueil Lebon; Cour Administrative d'Appel de Nantes, 3ème Chambre, 31/12/2014, 13NT02085, Inédit au recueil Lebon.



визнанні та використанні нечіткої доктрини, у відповідності до якої в'язні підлягають неминучим в ув'язненні обмеженням<sup>875</sup>. До речі, закріплення обмежень, які є неминучими в ув'язненні, у Пенітенціарному законі вважається заслугою тієї ж Державної ради<sup>876</sup>.

## Висновок до підрозділу 3.1.2

Пенітенціарний закон 2009 року очікувався французьким суспільством як такий, що допоможе суттєво наблизити національні пенітенціарні стандарти у відповідність до міжнародних вимог. Одним із напрямків такого наближення мало стати приведення у відповідність лімітативних клаузул прав в'язнів. З цією метою були закріплені вимоги до обмежень окремих прав, а також загальна вимога щодо обґрунтованих обмежень.

Зокрема, стаття 22 Закону закріпила вимогу, що здійснення прав в'язнів не може піддаватись іншим обмеженням ніж ті, що є результатом іманентних в ув'язненні ущемлень, підтримки безпеки і належного порядку установ, попередження рецидиву та захисту інтересів жертв. Ці обмеження мають враховувати вік, стан здоров'я, інвалідність і особистість ув'язнених осіб.

Формулювання цієї лімітативної клаузули піддавалось серйозній критиці ще під час її розробки. Основними пунктами критики були: нечіткість самої норми, підстав та допустимих цілей обмежень; неоднозначність цілей обмежень (особливо захисту інтересів жертв); вказівка на чинники, які мають братись до уваги при встановленні обмежень; неоднозначність розуміння іманентних в ув'язненні обмежень; відсутність вказівки на пропорційність обмежень. Незважаючи на це, проект Закону зазнав лише незначних змін та майже не відобразив позитивних зауважень експертів.

На нашу думку, відсутність вказівки на вимогу пропорційності обмежень є головним недоліком статті 22. Закріплення самих лише допустимих цілей обмеження і вимоги спрямування обмежень до цієї цілі не є достатньою гарантією від надмірних обмежень прав, а навпаки легітимізує надмірну обмежувальну діяльність пенітенціарної влади. При цьому не встановлюються гарантії надмірних обмежень. Саме на попередження цієї надмірності спрямована пропорційність. Саме ж лише спрямування обмежень до обґрунтованих цілей довести доволі легко, про що свідчить наш аналіз практики ЄСПЛ у попередніх розділах. Закріплення вимоги

---

<sup>875</sup> *Enderlin S.* Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés. Thèse. — Paris: Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008. — pp. 468–470.

<sup>876</sup> *Ibid.* — P. 470.

пропорційності також є вимогою, необхідною для розвитку судової практики щодо обґрунтування обмежень прав, адже вона створює підстави для так званого балансування між індивідуальними правами та інтересами суспільства/держави.

Іншим значним недоліком статті 22 є закріплення доктрини неминучих в ув'язненні обмежень. Навколо цього положення відбулось багато дискусій під час розробки законопроекту. Наша думка співпадає з думкою окремих французьких правників, що доктрина неминучих обмежень створює підстави для зловживань дискрецією у застосуванні обмеження, адже ця категорія є надзвичайно розмитою з погляду теорії, а тим більше з погляду практики. Тому вона навряд чи є достатньою для захисту від надмірних обмежень (що підтверджується судовою практикою) і, навпаки, може скоріше стати підставою для необґрунтованих обмежень.

Окремим недоліком норми є і відсутність вказівки на закон, як обов'язкову формальну підставу для обмежень. За такої відсутності допущення статтею 22 обмежень, які є неминучими в ув'язненні, створює особливо сприятливий ґрунт для відступу від принципу законності.

Безпека і порядок є цілями, з якими допускаються обмеження прав в'язнів. У французьких правників ці дві категорії викликають підозри щодо їхнього потенційного негативного впливу на рівень прав в'язнів. З ними асоціюється свавілля пенітенціарної адміністрації в обмеженні індивідуальних прав. Більше того, безпека та порядок не є чітко визначеними ні в законодавстві, ні в доктрині, що робить їх ще більш дискусійними цілями для обмежень. Вони також вважаються відмінними від схожих цілей обмежень у Європейській конвенції (наприклад, запобігання злочинам або заворушенням, цілей національної безпеки, суспільної безпеки або захисту прав і свобод інших осіб), хоча, на нашу думку, ці відмінності є перебільшеними. Закріплення ж безпеки та порядку як допустимих цілей обмежень не є такими критичними, як відсутність вимоги пропорційності обмежень.

Окрім загальної лімітативної клаузули в статті 22, Закон містить і специфічні лімітативні клаузули щодо окремих прав. Важливим зауваженням є невідповідність підстав та цілей обмежень окремих прав тим цілям, які закріплені в загальній лімітативній клаузулі. Складним є питання застосування підстав для обмежень у випадках, коли спеціальна норма не включає певних цілей обмежень, які містяться в загальній нормі (статті 22). Наприклад, цілі, які містяться в статті 22, жодного разу не повторюються повністю в жодній із інших лімітативних клаузул. Застосування принципу *lex specialis derogat generali* може дати відповідь на поставлене питання — у разі його застосування допустимими мають вважатись цілі спеціальної норми, які виключають вимоги щодо цілей загальної норми. Водночас, конкуренція норм має юридичні наслідки, які не вносять чіткості в законодавстві щодо проблеми застосування обмежень. На додаток, лімітативна

клаузула Закону неналежно корелює із лімітативними клаузулами, які містяться в Європейській конвенції та КПК Франції.

Детальний аналіз лімітативних клаузул Закону і статті 22 зокрема свідчить про їх суттєву недосконалість. Цей аналіз демонструє помилки, яких варто уникати при розробці таких клаузул: дефект корелювання між загальною та спеціальними лімітативними клаузулами, розмитість цілей, відсутність вимоги пропорційності, нечіткі підстави для обмежень, допустимість «фактичних» обмежень та дискусійність змісту чинників, які мають братись до уваги в обмеженні прав.

Наш короткий огляд судової практики є додатковим підтвердженням цього. Судові рішення підтверджують одночасне паралельне застосування загальної та спеціальної лімітативних клаузул. А здійснення самого аналізу відповідності обмежень лімітативним клаузулам залишає бажати кращого.

З іншого боку, суди всупереч відсутності вимоги пропозиційності обмежень у Законі все ж застосовують певні елементи цього принципу. Хоча це не сприяло тому, щоб Закон став належним бар'єром від застосування необґрунтованих обмежень. Наш аналіз свідчить скоріше про зворотне — лімітативні клаузули Закону використовується як додатковий аргумент для *підтвердження належності* обмежень, які застосовуються державою до в'язнів, аніж навпаки. Більше того, у випадках, коли суди все ж таки визнають обмеження необґрунтованими, це трапляється не завдяки застосуванню лімітативних клаузул.

### 3.1.3. Французька доктрина щодо обмежень прав

#### 3.1.3.1. Засуджений — повноправний громадянин

Французька доктрина стосовно обмежень прав базується на постулаті, що особа, яка потрапляє в ув'язнення, повною мірою залишається громадянином (*un citoyen à part entière*)<sup>877</sup>.

---

<sup>877</sup> Le détenu citoyen, Séance de section du 22 avril 1989 // *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. — 1989. — pp. 255–279; *Renaut M.-H.* Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales. Le condamné reste un citoyen a part entière // *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. — 1998. — pp. 265–277; *Exposito W.* Citoyenneté du détenu // *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. — 2005. — No. 1 (mars). — pp. 87–105; Exposé de M. Favard; *Aubenas F., Bach J., Marrest P., Mécarry C., Bianchi V., Pelletier W., Sire-Marin E.* Les détenus sont-ils des citoyens? — Paris : Notes et documents de la Fondation Copernic, 2010; Chapitre “La reconnaissance des qualités inhérentes au détenu, l’humanité et la citoyenneté”, in *Belda B.* Les droits de l’homme des personnes privées de liberté: contribution à l’étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l’Homme. — Bruxelles : Etablissements Evile Bruylant, 2010. — spéc. pp. 161–169; *Martucci F.* Le détenu-citoyen // *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*. — Paris: Dalloz, 2013. — pp. 217–231.

Українська термінологія не містить відповідника терміну «citoyen», який дослівно міг би перекладатись як «громадянин» або навіть просто як «житель» (міста, країни). Насправді ж цей термін є комплексним і включає в себе багато чинників, які характеризують особу як повноправного члена суспільства, у якому він живе. Тому коли у французьких джерелах використовується формулювання, що «засуджений повною мірою залишається громадянином» це має зовсім інше значення, яке характеризує його участь або можливість участі в житті суспільства, його зв'язок із суспільством. Тому «засуджений-громадянин» це, в першу чергу, особа, у якої залишається можливість брати участь у житті суспільства шляхом здійснення політичних прав як-то право голосу, але й інших — прав на контакти із іншими членами суспільства тощо.

Спеціальне дослідження проведене з цього приводу соціологом Каролін Туро (Caroline Touraut) свідчить про багатовимірність розуміння поняття «громадянство»<sup>878</sup>. З її аналізу випливає, що воно включає юридичну площину (dimension juridique), що містить права та обов'язки, якими володіють громадяни, фактичну площину (dimension effective), яка позначає практичне здійснення юридичної площини<sup>879</sup>, площину ідентичності (dimension identitaire) та колективної належності, що позначає відчуття належності до певної політичної та соціальної громади (collectivité), площину моральну, яка позначає бажання виконувати колективні обов'язки, як то сплата податків. В контексті доктрини пенітенціарного права це поняття використовується в юридичній та у практичній площині.

Широке розуміння терміна має своїм корінням ще Французьку революцію коли громадяни поділились на активних громадян та пасивних громадян<sup>880</sup>. Поділ здійснювався в залежності від того, чи громадянин користувався, в першу чергу, своїми політичними правами, чи просто володів ними. Тобто назвати когось «громадянином» означало, що особа користується своїм правовим статусом. Щоправда, говорячи про «громадянство», йшлося не про те, чи воно було чи ні, а скоріше яким був його ступінь<sup>881</sup>. Саме тоді, на нашу думку, простежується початок для сучас-

---

<sup>878</sup> Touraut C. Étude dynamique des rapports à la citoyenneté d'acteurs incarcérés // Champ pénal/ Penal field [Online]. — 2005. — Vol. II. // <http://champpenal.revues.org/453> (останній доступ 30.01.2015).

<sup>879</sup> Hassenteufel P. L'État-providence ou les métaphores de la citoyenneté // L'année sociologique. — 1996. — No. 46,1. — pp. 127–149.

<sup>880</sup> Simonin A. Être non citoyen sous la Révolution Française. Comment un sujet de droit perd ses droits // Raymonde Monnier (dir.), Citoyens et citoyenneté sous la Révolution française. — Paris: L'Harmattan, 2006. — pp. 294–300.

<sup>881</sup> Ibid. — P. 296.

ного розуміння засудженого-громадянина як такого громадянина, що не має виключатися із суспільного життя.

Цей термін мав також прямий стосунок до такого покарання, як «громадянська деградація» (*dégradation civique*), а також до такого покарання як цивільна смерть (*morte civile*).

Громадянська деградація могла бути як основним, так і додатковим покаранням<sup>882</sup> та відносилась до спеціального виду покарань — покарань, які позбавляли прав<sup>883</sup>. Вона полягала в тому, що в особи відбирались політичні, цивільні, сімейні права<sup>884</sup>, «яких він не достойний або які було б небезпечно їх йому залишити»<sup>885</sup>. *Capitis diminutio maxima*<sup>886</sup> — з цього інституту Римського права походили витоки обмежень та позбавлень прав<sup>887</sup>.

«Ваша країна визнає вас винним у недостойному вчинку. Закон і суд позбавляють вас статусу французького громадянина», — саме так звучали слова вголос судового секретаря (*greffier*) при проголошенні засудження до цього покарання. Після чого засуджений поміщався на публічну площу із дошкою з його іменем, назвою злочину та покарання проти нього і залишався там протягом кількох годин, щоб на нього дивився народ<sup>888</sup>.

Варто зазначити, що цивільна деградація полягала саме в позбавленні володіння правами, а не користування ними. У ті часи робилась чітка відмінність між цими формулюваннями. Вказувалось, що стати суб'єктом права — це отримати права, бути наділеним ними, могли володіти ними; здійснити свої права — це привести їх у дію, для того, щоб отримати

---

<sup>882</sup> *Exposito W.* Citoyenneté du détenu // *Revue pénitentiaire et de droit pénal.* — 2005. — No. 1. — P. 89.

<sup>883</sup> *Vidal G.* Cours de droit criminel et de science pénitentiaire. Septième édition refundue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Joseph Magno. — Paris : Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1928. — pp. 708–713.

<sup>884</sup> *Ibid.* — P. 712.

<sup>885</sup> *Ibid.* — P. 709.

<sup>886</sup> Букв. «Максимальне позбавлення правоздатності». У римському праві означало позбавлення волі, громадянства та сім'ї. Таке траплялось, з особами, які вчинили злочини та були засудженими до рабства. Існували також м'якші рівні зменшення правоздатності: середній (*capitis deminutio media*), який передбачав втрату громадянства і сім'ї без втрати свободи, та мінімальний рівень (*capitis deminutio minima*), який передбачав, що особа переставала належати до певної сім'ї без втрати свободи чи громадянства (*Mackenzie T.* *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws in France, England and Scotland.* 3<sup>rd</sup> ed. — Edinburgh, London: William Blackwood and Sons, 1870. — P. 80).

<sup>887</sup> *Mezghani R.* La condition juridique du détenu. Thèse pour le doctorat d'état. — Paris: Université de droit, d'économie et d Sciences Sociales de Paris (Paris 2), 1975. — P. 252.

<sup>888</sup> *Simonin A.* *Ibid.* — P. 293; *Exposito W.* *Ibid.* — P. 87.

вигоди, які вони можуть надавати, [...] коротко кажучи, їх здійснювати»<sup>889</sup>. Ця відмінність використовувалась для встановлення ступеню участі в суспільному житті та свого роду встановленню сорту «громадянства».

Цивільна смерть була «фікцією, якою засуджений визнавався мертвим для суспільства: його спадкове майно передавалось спадкоємцям, його шлюб розривався і він не міг укласти його знову. Крім того, він не міг отримувати ніякі кошти шляхом передачі [...]». Це покарання було скасованим як таке, що було неморальним і після нього залишились тільки окремі його елементи, як-то «неправоздатність» надсилати та отримувати кошти, залишати заповіт комусь іншому ніж визначеним законом спадкоємцям. Ця неправоздатність, на думку Ж. Відаля, позбавляла засудженого не тільки можливості здійснювати права, а й володіння ними<sup>890</sup>. Той, до кого застосовувався цей вид покарання, вважався таким, що втрачав статус французького громадянина<sup>891</sup>.

Вважається, що ідея статусу «громадянина» для засуджених походить саме від ідей, що були закладені в Декларації прав людини і громадянина 1791 року. Як вказує Ж. Моранж, через призму Декларації 1789 р. засуджений є людиною або громадянином, народженим вільним і рівним із іншими. Він може користуватися всіма правами, визнаними за кожною людиною чи громадянином. Якщо він визнаний винним, це тільки через те, що він посягнув на права інших. Якщо він позбавлений волі, то це тому, що він виявився нездатним узяти відповідальність за свій статус людини і громадянина<sup>892</sup>.

Права людини ґрунтуються не лише на свободі, але й рівною мірою на гідності. Засуджений позбавляється свободи, але гідність залишається для користування в більшій мірі. Іншими словами, він може бути позбавлений лише свободи пересування (*liberté d'aller et venir*), що складає об'єкт самого засудження, але не позбавлений інших фундаментальних прав за винятком, коли обмеження прав або їхнє позбавлення є невіддільним від самого ув'язнення, або необхідне, щоб забезпечити публічний порядок установи<sup>893</sup>.

---

<sup>889</sup> Цит. за: *Simonin A. Ibid.* — P. 294. Окремі автори вказують, що «громадянство» розглядається тільки під кутом здійснення прав (див. напр.: *Exposito W. Ibid.* — P. 88).

<sup>890</sup> *Vidal G. Cours de droit criminel et de science pénitentiaire. Septième édition refundue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Joseph Magno. Quatrième édition.* — Paris : Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1910. — pp. 673–674.

<sup>891</sup> *Boudon J.-O. Citoyenneté, République et Démocratie en France — 1789-1899: 1789–1899.* — Paris : Armand Colin, 2014.

<sup>892</sup> *Morange J. Introduction générale // La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011.* — Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2013. — P. 17.

<sup>893</sup> *Morange J. Ibid.* — P. 21.

Розуміння засудженого як «громадянина» розвивалось разом із розвитком теорії прав засуджених. У своїй статті «Величина і межі прав засуджених» Г. Льомір вказує, що «розвиток обговорення прав в'язнів посправжньому знову надав засудженому його статус громадянина. Якщо бути більш точним, то він не втрачає свій цивільний статус під час свого ув'язнення». Це дозволяє авторові навести приклад, що з цього випливає, наприклад, що в'язень може із своєї камери укладати фінансові та правові зобов'язання без обмежень<sup>894</sup>. Тобто окремі цивільні права, що стосуються юридичних зобов'язань, можуть розглядатися як свідчення визнання засудженого «громадянином».

Також деякі автори розглядають статус «громадянина» щодо засуджених, у першу чергу, як можливість здійснення ними права голосу<sup>895</sup>. Однак інші слушно зауважують, що, напевно, втрата голосу засуджених не може розглядатись як втрата «громадянства». Річ у тому, що «громадянство» включає й інші права як, наприклад, право вимагати звітів від державних чиновників, право на доступ до адміністративних документів, право на мотивацію адміністративних актів, право на петицію і право доступу до державної служби<sup>896</sup>.

Таке розуміння узгоджується із першочерговою пов'язаністю «громадянства» із політичними правами, що обумовлено французьким історичним контекстом. Однак здебільшого не заперечується розуміння «громадянства» як якості статусу засуджених, що дозволяє їм мати ті ж права, як і вільні громадяни. Це наштовхує на порівняння між усіма, а не лише політичними, правами вільних та засуджених громадян та стосується всіх їх категорій<sup>897</sup>. Твердження, що засуджений «зберігає всі права громадянина» або «всі права, що й вільні громадяни» за окремими винятками є звичайним для праць на тематику прав засуджених та їх обмежень<sup>898</sup>.

---

<sup>894</sup> *Lemire G.* Grandeurs et limites des droits des détenus // La condition juridique du détenu, sous la direction de Pradel J., Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8. — Paris: Editions Cujas, 1993. — P. 64.

<sup>895</sup> *Martucci F.* Le détenu-citoyen // Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. — Paris : Dalloz, 2013. — pp. 217–231.

<sup>896</sup> *Exposito W.* Citoyenneté du détenu // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 2005. — No. 1 (mars). — P. 95.

<sup>897</sup> Саме таке розуміння, на нашу думку, дало народження ідеї про зближення підходів до регулювання здійснення прав засуджених із нормами французького «загального права» (детальніше див. підрозділ 3.1.3.3 «Доктрина зближення із загальним правовим режимом "droit commun"»). Щодо включення в розуміння «громадянства» різних видів прав див. напр.: *Marshall T. H.* Citizenship and Social Class. — Cambridge: Cambridge University Press, 1950.

<sup>898</sup> *Pradel J.* Aperçus sur le droit pénitentiaire comparé // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 2009. — No. 2. — P. 425; *Landreville P.* Les détenus et les droits de l'homme // Criminologie. — 1976. — Vol. 9, no. 1–2. — P. 108; *Belda B.* Les droits de l'homme des personnes

Підтвердженням цього є й думки тих, хто вважає, що принцип того, що ув'язнена особа залишається повною мірою «громадянином», є ключовим для Європейських в'язничних правил. Спроба пристосування національного законодавства до цього принципу була здійснена і в Пенітенціарному законі 2009 року<sup>899</sup>.

На необхідність базування на цьому принципі майбутнього Пенітенціарного закону вказувала і Національна консультативна комісія з прав людини (CNCDH). Як зауважує М. Ерцог-Еванс, «...пропозиції CNCDH є особливо цікавими. Ця комісія рекомендує, щоб позитивний закон був заснований на ієрархії пріоритетів. Мова йде про те, щоб визнати, по-перше, що засуджений є людською особою, по-друге, що він є громадянином і, по-третє, що він є в'язнем та, по-четверте, що він є користувачем публічних послуг»<sup>900</sup>. Варто мати на увазі, що визнання людської гідності безпосередньо стосується користування засудженими усіма правами, що й вільні громадяни<sup>901</sup>, а тому вказані аспекти є пов'язаними. Як вказала в одній із своїх доповідей спеціальна комісія Національної Асамблеї: «Не можна уявити, що існує два типи норм у залежності від того, чи йдеться про вільного, чи ув'язненого громадянина. Гарантія прав є однаковою, засуджений є позбавлений тільки своєї свободи пересування»<sup>902</sup>.

Окреслений підхід до «громадянства» здебільшого згадується у формі твердження. Тобто вказується, що засуджений «користується усіма правами, що й вільні особи, за винятком...». Це формулювання вже стало стандартизованим і використовується як своєрідний звичай у всіх працях стосовно прав засуджених. При цьому використовується саме стверджувальна форма, але по суті це ідеал, до якого має прагнути державна політика у сфері прав в'язнів.

Однак зустрічаються й скептики, які вказують на відірваність цієї ідеї від практичних реалій. Втрата прибутку, соціального страхування, права голосу з неминучістю трапляються в ув'язненні. Це порушує питання існування «громадян на двох швидкостях» (*citoyens à deux*

---

*privées de liberté: contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. — Bruxelles : Etablissements Evile Bruylant, 2010. — spéc. pp. 161–169.*

<sup>899</sup> *Boussard S.* Le service public pénitentiaire, cadre de la reconnaissance des droits de la personne détenue // Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. — Paris : Dalloz, 2013. — P. 27.

<sup>900</sup> *Herzog-Evans M.* Une loi pénitentiaire comme unique réponse au problème carcéral // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 2005. — No. 1. — P. 161.

<sup>901</sup> *Tzitzis S.* Humanisme, dignité de la personne et droits des détenus // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 2010. — No. 1. — pp. 205–222.

<sup>902</sup> La France face à ses prisons, rapport (no. 2521, Xe législature) de M. Jacques Floch au nom de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur la situation dans les prisons françaises.



vitesse)<sup>903</sup>. Засуджений усе ще далекий від того, щоб розглядатись як громадянин. Його правовий статус сприймається як меншовартісний (mineur) стосовно статусу вільних осіб<sup>904</sup>.

Як вказує у своїй дисертації Л. Ноалі, який мав можливість на собі відчувати різницю правового статусу у в'язниці та на волі, усе, що тюремний режим і дисципліна, які мали б тільки позбавляти волі, тягнуть за собою свого роду побічний ефект — позбавлення прав, що пов'язані із «громадянством», або щонайменше їх сильне зменшення, тобто неповноцінне «громадянство»<sup>905</sup>.

### 3.1.3.1.1. Супротив повноцінному визнанню прав в'язнів

Сьогодні здається дивним той факт, що теорія прав засуджених у Франції тривалий час оберталася навколо дискусії про те, чи потрібно їх визнавати взагалі. Перша полеміка стосувалась питання, відповідь на яке сьогодні очевидна: чи мають за засудженими визнаватись деякі права вільних громадян? Починаючи з років післявоєнного періоду, суперечки навколо можливості визнання прав засуджених (reconnaissance des droits des détenus) поступово перетворились на триваючий процес розширення їхнього правового статусу.

Уже в 1988 році, в одній із перших об'ємних робіт, присвячених правам засуджених, «Соціальний статус в'язнів: внесок до загальної теорії прав» Мішель Сагліокко відштовхувався від постулату, що засуджені володіють правами, які є універсальним та непорушним надбанням людства<sup>906</sup>. Щоправда, він відразу ж зауважував, що ці права випливають із мети, яка переслідується у сфері пенітенціарної політики, — у Франції з 1945 року нею була необхідність ресоціалізації<sup>907</sup>. На переконання автора, ця мета мала досягатись якомога більшим зближенням засуджених до статусу вільних працівників<sup>908</sup>.

---

<sup>903</sup> *Lebrun V.* Les organes de concertation des détenus : approche de droit comparé // La prison : quel(s) droit(s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011. — Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2013. — P. 86.

<sup>904</sup> *Herzog-Evans M.* La révolution pénitentiaire française // L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski. — Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — P. 29.

<sup>905</sup> *Noali L.* Les résistances carcérales du comment au pourquoi. Une approche juridique et pluridisciplinaire. Préface de Martine Herzog-Evans. Postface de Reynald Ottenhof. — Paris : Harmattan, 2012. — P. 225.

<sup>906</sup> *Sagliocco M.* Le statut social des détenus : contribution a une théorie générale des droits. Thèse pour le doctorat d'état. — Paris : Université de Paris 10, UER de Sciences juridiques et politiques, 1988. — P. 393.

<sup>907</sup> *Ibid.* — P. 393.

<sup>908</sup> *Ibid.* — P. 7.

Визнання прав за засудженими наштовхувалось на стійкий супротив. Це не повинно дивувати, особливо в пенітенціарному контексті, де кожне нове визнання за засудженим права означає нове відбирання влади у в'язничної адміністрації<sup>909</sup>. Як вказує М. Фербе, в'язні та персонал беруть участь у «грі» з метою зберегти запас свободи (*marge de liberté*). У цій грі в'язні та персонал розглядаються як актори в певному просторі для маневру (*un espace de manoeuvres*)<sup>910</sup>. Таке бачення призводить до того, що персонал розглядає справедливим дії щодо обмеження прав в'язнів, а в'язні вважають справедливим обмеження функцій контролю персоналу<sup>911</sup>. За таких умов в'язничний персонал виступав першим, хто виявляв супротив визнанню прав засуджених.

Як влучно зазначає Ж. Ш. Фроман, влада в'язничного персоналу суттєво залежить від їхнього вміння неогоціювати дисципліну та порядок із засудженими. Їхній успіх, у свою чергу, залежить від ступеню дискреції, якою володіють співробітники, від «аргументів», якими вони володіють під час неогоції. З цього випливає, що чим більше пільг (законних інтересів — прим. авт.) засуджених стають правами, тим менше в'язничний персонал має прав, які можна надати або заборонити і які можна використати як інструменти переговорів. У такому разі співробітник повинен шукати все більше інших заохочень і санкцій, які можна застосувати, адже їх він може використати для неогоції із засудженими<sup>912</sup>. Логічним є твердження, що будь-яка влада чи автономія, що додається засудженому, віднімається від пенітенціарного персоналу<sup>913</sup>.

Не дивно, що тюремний персонал завжди побоювався та критично оцінював реформи щодо розширення прав засуджених, адже це обме-

---

<sup>909</sup> *Mezghani R.* La condition juridique du détenu. Thèse pour le doctorat d'état. — Paris : Université de droit, d'économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris 2) 1975. — P. 236; Це твердження співпадає із загальною теорією прав людини, у відповідності до якої права людини базуються на цінностях, які мають своєю основою обмеження влади. Права людини виступають інструментом розподілу влади між публічною та приватною сферою (інтересами) (*Hottelier M.* La démocratie contre les droits de l'homme ? // Les droits de l'homme en évolution, Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas. — Bruxelles, Athènes: Bruylant, Sakkoulas, 2009. — P. 257).

<sup>910</sup> *Ferber M.* Enseigner en prison : entre contraintes ; incertitudes et expertises. Thèse pour le doctorat. — Bordeaux : Université de Bordeaux 2, 2009. — P. 10.

<sup>911</sup> *Faugeron C., Chauvenet A., Combessie P.* Approches de la prison. — Montréal : Les presses de l'Université de Montréal, 1996. — P. 319.

<sup>912</sup> *Froment J.-C.* Vers une "prison de droit"? // Revue de science criminelle et de droit pénal comparé. — 1997. — No. 3. — pp. 537–560.

<sup>913</sup> *Zimring F. E., Hawkins G.* Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisoners' Rights // The Future of Imprisonment. Ed. by Tonry M. — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 170.

жувало їхню свободу діяти<sup>914</sup>. З цього приводу висновок фахівців із пенітенціарних питань «...може бути зведений до ідеї, що надання прав засудженим надає певні переваги, у той же час варто це робити із великою кількістю винятків, які диктуються імперативами соціального захисту, а також пенітенціарної ефективності»<sup>915</sup>.

Однією із причин такої реакції є й інші прагматичні міркування. Як вказує Ж. Бенгюїгі, «...начальників тюрем оцінюють за їхньою здатністю підтримувати порядок та відсутність втеч у їхніх установах. Начальника ніколи не оцінюють за його здатністю зробити зі своєї тюрми місце підготовки до реінтеграції»<sup>916</sup>.

Ідея, що керівництву пенітенціарної установи доводиться стикатися з набагато більшими негативними наслідками в разі виникнення проблем із порядком та безпекою в установі, аніж позитивними наслідками в разі добрих показників дотримання прав засуджених, залишається актуальною<sup>917</sup>.

Однак це твердження є маніпулятивним, адже кожне виявлене серйозне порушення прав може легко стати тим показником, за яким оцінюється діяльність пенітенціарної установи. Підтвердженням є ситуації, коли інформація про порушення була широко розповсюджена ЗМІ. Тому оцінка роботи установи може ґрунтуватись і на застосуванні необґрунтованих обмежень (аж до грубих порушень закону). Що стосується обмежень, обґрунтованість/необґрунтованість яких не є очевидною, то вони, дійсно, не стають показником для оцінки, яка серйозно впливала б на діяльність начальника установи. Через це керівництво пенітенціарної установи надає перевагу тому, щоб «неодати» прав, аніж дозволити їх здійснення там, де є ризик призвести до проблем із безпекою та порядком.

Важливе місце у формуванні бачення прав людини в другій половині ХХ століття у Франції мала теорія «спеціального підпорядкування» (*sujétion spéciale*). Популярна в німецькому адміністративному праві, вона мала вплив і у Франції. Вона припускала, що засуджений підпорядковується

<sup>914</sup> *Dünkel F., van Zyl Smit D. Conclusion // Imprisonment Today and Tomorrow : International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions. Edited by D. van Zyl Smit and F. Dünkel, Second edition. — The Hague: Kluwer law international, 2001. — P. 853.*

<sup>915</sup> *Mezghani R. Ibid. — P. 293.*

<sup>916</sup> *Benguigui G. La paranoïa pénitentiaire // Prisons sous tensions. Sous la direction de Benguigui G., Guilbaud F., Malochet G. — Nîmes : Champ social éditions, 2011. — P. 83.*

<sup>917</sup> Наприклад, під час нашої участі у семінарі Ради Європи щодо в'язничного менеджменту, яке відбулося в Білоцерківському училищі професійної підготовки персоналу Державної кримінально-виконавчої служби України (15–16 листопада 2016 року), представники адміністрації в'язниць жваво погоджувалися з подібним твердженням викладача семінару.

ся пенітенціарній адміністрації, а тому це «урізає» його права. В цьому засуджений прирівнювався до військовослужбовців та навіть школярів. Пізніше деякі автори називали цю теорію мінімалістською<sup>918</sup>.

Німецький фахівець К. Тідман писав: «Оскільки держава, в рамках відносин спеціального підпорядкування, здійснює більшу владу щодо підпорядкованого, із природи та мети відповідного спеціального порядку, про який ідеться, впливає обмеження фундаментальних прав. Ці незакріплені обмеження неминуче містяться в Конституції, оскільки вони впливають із сукупності конституційного матеріалу, який приховано приймається конститутивною владою, або ж із інституціоналізації відносин спеціального підпорядкування в самому Фундаментальному законі. Що стосується в'язнів, то їхні права у відповідності до цієї доктрини обмежені настільки, наскільки порядок та безпека пенітенціарної установи вимагає. Між іншим, такого ж висновку доходять автори, які не ґрунтують спеціальні обмеження прав засуджених лише на специфічних відносинах влади, а й на субстантивному кримінальному праві»<sup>919</sup>.

Р. Мезгані окреслює цю теорію в розділі «Обмеження прав засуджених» своєї дисертації. Вона передбачає, що обмеження засуджених випливають із їх спеціального (особливого) підпорядкування. Такого роду підпорядкування також стосується, наприклад, школярів, студентів та інших «клієнтів» державних установ. Юридичне становище засудженого, пише автор, породжує невизначеність, яка пояснює неможливість надати в'язням права без обмежень<sup>920</sup>. Р. Мезгані будує свою дисертацію на ідеї, що визначення прав засуджених та їх обмежень обертається навколо їх спеціального юридичного становища. Разом з тим посилаючись на Ф. Клерк (F. Clerc), окреслюються й інші тогочасні концепції — класичні та модерні.

Зв'язок між адміністрацією та засудженими характеризується як спеціальне підпорядкування. Цей зв'язок мав би стати предметом детального вивчення в теорії прав засуджених, адже він фактично декларувався підставою для обмеження прав. Однак існування різних спроб сформулювати його дефініцію не призвело до вироблення узгодженого бачення з цього приводу, хоча і вважалося, що однією із головних складових цього специфічного зв'язку є дисциплінарні повноваження пенітенціарної

---

<sup>918</sup> *Mathieu G.* Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne. Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles. — Marseille: Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993. — P. 19.

<sup>919</sup> *Tiedemann K.* La protection des droits des détenus // *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, oct.-déc. — 1962. — No. 1., Reprint Schmidt Periodicals GMBH, 1990. — P. 491.

<sup>920</sup> *Mezghani R.* Ibid. — P. 252.

адміністрації<sup>921</sup>. Наприклад, обов'язок засуджених підпорядковуватись наказам в'язничної адміністрації може бути одним із джерел нечіткості спеціального підпорядкування<sup>922</sup>. У концепції спеціального підпорядкування, як підстави для обмеження прав, чітко простежується вплив доктрини французького адміністративного права, яке у Франції вважається однією із дисциплін-матерів пенітенціарного права.

Ми не вбачаємо в ній надійного підґрунтя для визначення обсягу обмежень засуджених, адже вона зосереджується скоріше на морально-правовому обґрунтуванні обмежень, пояснюючи, чому ці обмеження потрібні або яке їх юридичне походження, однак не вносячи чіткості в пояснення того, якими вони мають бути. Вона є сумнівною і з огляду на репресивний ухил, який легко впізнати в ній. Крім того, складно пояснити, чому для обґрунтування обмежень не береться інший специфічний зв'язок між пенітенціарною адміністрацією та в'язнями, який випливає із факту знаходження в'язнів під відповідальністю та контролем адміністрації<sup>923</sup>. Якби було поставлене завдання виробити об'єктивний підхід, який ґрунтувався б на зв'язкові між адміністрацією та в'язнями, то він, напевно, мав би починатись з поєднання обох вищевказаних специфічних зв'язків — підпорядкування (влади) та відповідальності за підпорядкованих осіб.

Згадана класична концепція Ф. Клерка визнає, що засуджений не позбавляється прав. Однак, виходячи із принципу, що здійснення прав вимагає «бути вільним», права засуджених на час відбування покарання «призупиняються». Модерна концепція ліберальніше розуміє права засуджених та їх обмеження. Засуджений продовжує здійснювати права настільки, наскільки він не необмежений у цьому законом або рішенням суду. Саме ця концепція бере свій початок у не виключенні засуджених із суспільства, а також тяжіє до покращення його становища<sup>924</sup>.

Класична концепція нагадує про критиковану нами теорію фактичних обмежень. Примітно, що Р. Мезгані вже тоді запідозрив можливі зловживання у відповідності до неї. Він вказує, що обмеженням здійснення

---

<sup>921</sup> *Falxa J.* Le droit disciplinaire pénitentiaire: une approche européenne. Analyse des systèmes anglo-gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme. Ibid. — P. 423.

<sup>922</sup> *Herzog-Evans M.* La gestion du comportement du détenu: Essai de droit pénitentiaire. — Paris: L'Harmattan, 1994. — pp. 57–58.

<sup>923</sup> Одним із прикладів того, як такий зв'язок міг би визначити обсяг обмежень, що застосовуються до в'язня, міг би бути порядок здійснення права на скаргу. Враховуючи те, що пенітенціарна адміністрація повинна бути зацікавлена у вчасній реалізації прав, у тому числі тих, які є критичними для них, як-от право на медичне забезпечення, має бути створений такий механізм скарг, який звів би до мінімуму втручання адміністрації в кореспонденцію в'язнів із будь-якими органами державної влади.

<sup>924</sup> *Mezghani R.* La condition juridique du détenu. Ibid. — P. 263.

так званих «призупинених» ув'язненням прав не вистачає юридичного підґрунтя, оскільки йдеться про фактичну заборону, якою можуть зловживати і яка заважає засудженому здійснювати його права<sup>925</sup>. Він уже тоді згадував, однак не пояснював та не наголошував на класифікації обмежень на юридичні (*de droit*) та фактичні (*de fait*)<sup>926</sup>.

Історія розвитку прав засуджених у Франції знає і більш специфічні теорії. Однією із них слід вважати теорію, яка заснована на поділі цих прав у залежності від їх сприйняття як залишків інших прав. Розуміння прав як залишків вимагає брати до уваги пріоритетність порядку, дисципліни, безпеки над правами в'язнів. При цьому підпорядкування прав цим імперативам тягне не тільки обмеження *об'єктивно* несумісних з ними прав, а й *суб'єктивно* несумісних, тобто несумісність може визначатися правозастосувачем. Права використовуються як інструмент порядку, дисципліни і безпеки. У цій системі права стають пільгами, які завжди можна забрати дискреційно. Юридично, окрім свободи пересування, засуджений залишається суб'єктом майже всіх прав. Однак його застосування не дозволяє здійснювати права через факт ув'язнення. До того ж обмеження не тільки випливають із факту позбавлення волі, але й навіть більше поступаються вимогам порядку, дисципліни й безпеки<sup>927</sup>.

### Висновок до підрозділу 3.1.3.1

«Засуджений — повноправний громадянин. Він володіє всіма правами, що й вільні громадяни за винятком...», — так можна коротко охарактеризувати ідею, яка стала загальноновизнаним імперативом у Франції. У цій країні традиційно поняттю «громадянин» надають більшого значення, ніж як звичайному юридичному зв'язку з державою. Громадянин — це особа, яка бере участь у житті суспільства, є його частиною. Саме таке розуміння є однією із основоположних ідей підходів до прав в'язнів у роботах дослідників в'язничної сфери. Воно сформувалось як протиположна ідеї, що в'язень може зазнавати такого покарання, як цивільна смерть, що використовувалось у минулому цієї країни та означає повне позбавлення певних прав.

«Засуджений — повноправний громадянин», — це свого роду ідеал, до якого має прагнути в'язнична система. Саме тому критики цієї ідеї вказують, що вона є відірваною від практичних реалій, а в'язні далекі від того, щоб бути «громадянином» у широкому значенні цього слова.

<sup>925</sup> Mezghani R. La condition juridique du détenu. Ibid. — P. 264.

<sup>926</sup> Ibid. — P. 253.

<sup>927</sup> Giudicelli-Delage G., Massé M. Rapport introductif // La condition juridique du détenu, sous la direction de Pradel J., Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8. — Paris : Editions Cujas, 1993. — P. 18–19.

Отже, історія визнання засудженого повноправним громадянином супроводжувалась процесом протистояння. Для цього використовувались різні теорії, як-то теорія спеціального підпорядкування, яка відстоювала те, що права в'язнів є винятковими у зв'язку із їхнім «підпорядкуванням» адміністрації установ. Додаткові права для в'язнів розглядалися як втрата в'язничною владою інструментів впливу. Таке розуміння лібералізації обмежень прав в'язнів пенітенціарними співробітниками не зникає і сьогодні.

### 3.1.3.2. Засуджений позбавляється тільки свободи «піти і прийти»

У Франції кожен, хто займався дослідженням питань прав осіб у пенітенціарних установах, знайомий із твердженням, що засуджений позбавляється виключно свободи пересування (досл. «свободи піти і прийти» (*liberté d'aller et venir*)). Це право не фігурує безпосередньо ні у французькій Конституції, ні в Декларації 1789 року. Однак воно закріплено в ній опосередковано (ст. 66<sup>928</sup>) та по суті означає право на свободу пересування й вибору місця проживання<sup>929</sup>, яка має якість конституційної цінності<sup>930</sup>. Вважається, що пенітенціарний закон 2009 року, встановлюючи норми щодо прав засуджених, закріпив цей принцип — засуджені не позбавляються інших прав, ніж свобода пересування<sup>931</sup>.

На нашу думку, твердження, що засуджений користується всіма правами за винятком свободи пересування (*liberté d'aller et venir*) віддалено нагадує доктрину, яка легітимізує ізоляцію як джерело фактичних обмежень. Воно здобуло неабиякої популярності після відомого візиту Президента Франції Валері Жіскара Д'Естена до в'язниці Сан-Поль (Saint-Paul) міста Ліон, у якій у той час (1974 рік) вирували невдоволення засуджених умовами тримання. Візит став відомий тим, що, здійснивши його, президент потиснув руку одному із засуджених, а після його завершення він

---

<sup>928</sup> Стаття закріплює, що «Ніхто не може бути свавільно затриманий. Судова влада, яка є захисником індивідуальної свободи, забезпечує повагу цього принципу на умовах, що передбачені законом».

<sup>929</sup> *Vimbert C.* La tradition républicaine en droit public français. — Rouen : Publication Université Rouen Havre, 1992. — P. 145.

<sup>930</sup> Conseil constitutionnel, no. 80–127 des 19 et 20 janvier 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et la liberté des personnes.

<sup>931</sup> *Leroyer A.-M.* Famille du détenu — Vie privée et familiale // Revue trimestrielle de droit civil. Editions Dalloz. — 2010. — No. 1436. — P. 165. Застосування цього принципу як базового в новому пенітенціарному законі вимагала ще Комісія Каніве (Canivet), яка суттєво вплинула на бачення розвитку пенітенціарного закону (*Stern V. Prisoners as Citizens : A View from Europe // Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons.* Ed. by D. Brown and M. Wilkie. — Leichhardt: The Federation Press, 2002. — P. 169).

вказав, що: «В'язниця — це позбавлення свободи пересування й нічого іншого»<sup>932</sup>.

Відтоді ідея цього вислову не полишала сторінки робіт фахівців у пенітенціарній сфері. Ставлення до неї надзвичайно варіюється, однак усі підходи можна звести до трьох:

- а) засуджений дійсно позбавляється тільки свободи пересування;
- б) засуджений позбавляється свободи пересування та тих прав, реалізація яких обмежується у зв'язку із цим;
- в) засуджений не може позбавлятися тільки свободи пересування, а сама ідея, яка стверджує протилежне, є утопічною.

Представник першого підходу, який ще називають максималістським<sup>933</sup>, професор Прадель з цього приводу вказує: «У ході більш ліберальної еволюції законодавства ми все більше говоримо про права засуджених. Базовою є ідея, що ув'язнення є лише позбавленням свободи пересування і ніщо інше»<sup>934</sup>. Так само Е. Пешійон зазначає, що «поміщення в ув'язнення мало б тягнути тільки позбавлення свободи пересування, що має розумітись виключно як заборона покидати установу ув'язнення»<sup>935</sup>. П. Ландровіль безапеляційно підкреслює, що засуджений повинен зберігати всі права громадянина за винятком права вільного пересування в суспільстві<sup>936</sup>.

Схожий підхід був обраний комісією Каніве (Canivet), яка у своїй доповіді щодо правового статусу засуджених також ґрунтувалась на тому, що засуджений, навіть будучи позбавлений свободи пересування, зберігає всі інші права<sup>937</sup>. Вона вказувала, що засуджена особа не володіє меншою кіль-

<sup>932</sup> Favard J. Les prisons. Coll Dominos. — Paris: Flammarion, 1994. — P. 7 (avant propos).

<sup>933</sup> Mathieu G. Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles. — Marseille : Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993. — P. 15.

<sup>934</sup> Pradel J. Aperçus sur le droit pénitentiaire comparé // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 2009. — No. 2. — P. 425.

<sup>935</sup> Péchillon E. Sécurité et droit du service public pénitentiaire. — Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998. — P. 274.

<sup>936</sup> Landreville P. Les détenus et les droits de l'homme // Criminologie. — 1976. — Vol. 9, no. 1–2. — P. 108. Цікаво, що далі в цій же роботі автор все-таки визнає, що «лише безпосередня та конкретна загроза безпеці установи може дозволяти адміністрації обмежити права, при чому за умови, що вона може це переконливо та чітко підтвердити» (Ibid. — P. 109). Допустимими є, наприклад, обмеження, спрямовані на перегляд кореспонденції з тим, щоб виявити листи, які можуть поставити під серйозну загрозу безпеку установи (Ibid. — P. 112).

<sup>937</sup> Rapport Canivet, Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, mars 2000. цит за Le nouveau guide du prisonnier. Observatoire international des prisons. — Paris : Editions de l'Atelier, 2000. — P. 15. Те, що позбавлення волі полягає лише в повному або частковому позбавленні свободи пересування брала на озброєння і Бельгійська



кістю прав через втрату своєї свободи пересування. Разом з тим згідно із її позицією «верховенство права, яке базується на ієрархії норм, починаючи з Конституції, зберігає такий самий зміст та силу у в'язничному середовищі як і у вільному суспільстві, не зменшуючись та не пом'якшуючись. Права і гарантії засуджених, окрім їх свободи пересування, можуть обмежуватись тільки законом». Підхід Комісії, тим не менш, є більш реалістичним, адже вказується, що допускаються обмеження й інших прав за умови їх передбачення в законі. З іншого боку, таке формулювання вказує на допустимість обмеження права за відсутності підстави в законі, а саме коли йдеться про позбавлення свободи пересування. Це нагадує теорію фактичних обмежень, яка була критикована нами раніше з огляду на несумісність із принципом законності.

Представники другого підходу є класичними адвокатами ідеї фактичних обмежень. Наприклад, В. Чен у своїй статті щодо прав засуджених вважає так: «Позбавлення фундаментального права на свободу пересування впливає на ефективність інших прав : засуджений не позбавлений їх безпосередньо, однак їхня реалізація вимагає втручання держави»<sup>938</sup>. Варто зауважити, що у зв'язку з обмеженням свободи пересування реалізація інших прав може вимагати не тільки негативних дій, наприклад, утримання від втручань, які не застосовуються до прав вільних осіб, а й позитивних дій держави<sup>939</sup>.

---

комісія Дюпона (Dupont). (Rapport final de la Commission Dupont, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2000–2001, No. 50–1076/1, pp. 158–159 : Цит. за: *Beernaert M.-A. Manuel de droit pénitentiaire.* — Louvain-la-Neuve : Anthemis, 2007. — pp. 130–131). У одній із своїх доповідей щодо французьких в'язниць національна комісія з прав людини вказувала, що норми, які стосуються прав вільних громадян мають застосовуватись і в тюрмі за винятком, звичайно ж, свободи пересування (Commission nationale consultative des droits de l'homme. Les droits de l'homme dans la prison. Volume 1. — Paris: La Documentation française, 2007. — P. 11).

<sup>938</sup> *Tchen V. Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire* // *Revue Française de Droit Administratif.* — 1997. // [accedé sur www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr) 01.07.2016.

<sup>939</sup> Необхідність таких дій визнається не тільки на доктринальному рівні. Наприклад, Загальний контролер місць позбавлення волі наголошував на необхідності «приспосовування» прав до позбавлення свободи пересування. Він вказував, що можливість доступу засуджених до інформації онлайн (ЗМІ, освіта, працевлаштування, адміністративні процедури, перевірка різної інформації) є тим більше важливою, що вони позбавлені свободи в пересуванні і з цього впливає їхнє обмеження у великій частині допустимих дій (Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 20 juin 2011 relatif à l'accès à l'informatique des personnes détenues // *Journal officiel de la République Française.* — 2011. — 12 juillet, texte 82 sur 134). Опираючись на судову практику, Ж. Дане взагалі доводить, що засуджений в силу позбавлення свободи пересування опиняється в ситуації вразливості («en situation de vulnérabilité»), яка є складовою об'єктивної частини однієї зі статей кримінального кодексу (піддавання такої особи несумісним з гідністю умовам житла чи праці) (*Danet J. Les conditions de détention et l'article 225-14 du code pénal* // *Recueil Dalloz.* — 2007. — pp. 2218–2223).

Схожої позиції дотримуються й інші фахівці, які вважають, що «страждання, які породжує в'язниця, не можуть дійсно бути результатом (позбавлення. — прим. авт.) однієї лише можливості переміщуватися, свободи пересування. ... Це страждання є іншим. Воно пов'язано із фактом, що ув'язнення грубо застосовує позбавлення того, що ми любимо, що нам є звичним і до чого ми звикли»<sup>940</sup>. Ув'язнення позбавляє засудженого свободи пересування і заважає йому нормально здійснювати інші права, користування якими є паралізованим або зменшеним через це ув'язнення<sup>941</sup>. Тоді як засуджені позбавлені лише свободи пересування, багато свобод зникають у в'язниці, не кажучи вже про ті свободи, які не можна реалізувати через перенаселеність в'язниць<sup>942</sup>.

Третій підхід варто було б назвати скептичним або навіть реалістичним. Він безапеляційно підтримує ідею, яка може бути висловлена так: «В'язниця ніколи не обмежиться одним лише позбавленням свободи пересування»<sup>943</sup>. Твердження, що засуджений позбавляється тільки свободи пересування веде в глухий кут (*mène à une impasse*), адже тюрма неминуче є більше, ніж позбавлення свободи пересування, вона не може і ніколи не зможе бути лише цим, які б пом'якшуючі заходи (*accommodements*) не вживалися<sup>944</sup>. Для цього підходу обмеження прав є неминучим, адже організація внутрішнього життя установи і вимоги безпеки залишаються не просто метою, а й необхідністю. «Ув'язнення не може ніколи бути лише звичайним позбавленням волі. У закритому середовищі імперативи безпеки, порядку й захисту інших підвищують значення дисципліни й на практиці зменшують можливості здійснення гарантованих прав», — вказує К. Жак<sup>945</sup>.

<sup>940</sup> *El Tari K.* Les sources internationales du droit pénitentiaire, Thèse de doctorat en droit. — Poitiers: Université de Poitiers, 2004. — P. 24.

<sup>941</sup> *Cornil V. P.* Rapport général de la Société internationale de défense sociale : Цит. за: *Mbanzoulou P.* La réinsertion sociale des détenus : l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires. — Paris : L'Harmattan, 2000. — P. 13.

<sup>942</sup> *Larralde J.-M.* Les droits des personnes incarcérées : entre punition et réhabilitation // Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux. — 2003. — No. 2. — P. 71.

<sup>943</sup> *Touillier M.* L'effectivité des droits des personnes détenues à l'aune des évolutions récentes du droit français // *Enfermements. Populations, Espaces, Temps, Processus, Politiques.* Sous la direction de Tournier P. V., Préface de Serge Blisko. — Paris : L'Harmattan, 2012. — P. 169. Див. також *Verdussen M.* Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal. Préface de F. Delpérée. — Bruxelles : Bruylant, 1995. — pp. 490–491.

На думку Ж. П. Сера, аболіціоністське твердження, що засуджені позбавляються тільки свободи пересування розбивається об в'язничні реалії «на землі» (*sur le terrain*) (Céré J. — P. La prison. — Paris : Dalloz, 2007. — P. 54).

<sup>944</sup> *Philippe P.* Repenser la peine de prison après la loi du 24 novembre 2009 // *Pouvoirs.* — 2010. — No. 135. — P. 150.

<sup>945</sup> *Jacq C.* Vers un droit commun de la sanction — l'incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Thèse de doctorat en droit. — Paris : Université de Paris-Sud, 1989. — P. 357.

Інші автори, які розмірковують про права засуджених, задаються справедливими питаннями щодо виключного позбавлення свободи пересування: «Зростання прав засуджених вписується в рамки більш загального руху за права людини. ... [таким чином] розвивається проблематика, яку ми можемо назвати «захист»: захист усіх прав засуджених, окрім права на свободу пересування. Це утопія чи омана? Чи в цьому еволюціонує, може еволюціонувати пенітенціарне право?»<sup>946</sup>. Однак далі вони дають відповіді, характерні для другого підходу: «Що стосується права, то окрім свободи пересування, засуджений володіє майже всіма правами, якими володіють вільні громадяни. ... Право не відбирає нічого або майже нічого, але його застосування не дозволяє здійснення [всіх] прав [...]»<sup>947</sup>.

Професор Ж. Сульє (Gérard Soulier), який підтримує схожу позицію, вважає, що «позбавлення волі не стосується лише свободи пересування, вона є втратою майже всіх фундаментальних свобод: позбавлення свободи пересування, але також свободи рішення, вираження поглядів, вільної кореспонденції, повне позбавлення автономії, приватності, навіть у сфері гігієни, позбавлення вільно розпоряджатися своїм часом і тілом (навіть права продовжувати спати)...»<sup>948</sup>. З іншого боку, засуджений продовжує володіти «відносно свободою піти і прийти»<sup>949</sup>. Також, незважаючи на факт позбавлення свободи пересування, він, як і будь-який громадянин, повинен могли домагатися поваги своїх фундаментальних прав<sup>950</sup>.

Позбавлення свободи пересування як єдине право, що втрачається засудженими, іноді критикується і більш гостро. Як вказують деякі автори, воно є смішним, якщо мається на увазі, що особа не може вийти із в'язниці, коли вона цього бажає (адже термін «тюрма» є більше, ніж однозначним), неправдивим, якщо позбавлення мало б застосовуватися у в'язничних стінах, адже навіть між ними завжди існують місця, де засуджені матимуть свободу «піти і прийти» (як мінімум завжди є прогулянки на спеціальному дворіку). Позбавити цієї свободи є неможливим,

---

<sup>946</sup> Giudicelli-Delage G., Massé M. Rapport introductif // La condition juridique du détenu, sous la direction de Pradel J. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8. — Paris : Editions Cujas, 1993. — P. 16.

<sup>947</sup> Ibid. — P. 19.

<sup>948</sup> Цит. за Sagliocco M. Le statut social des détenus : contribution a une théorie générale des droits. Thèse pour le doctorat d'état. — Paris : Université de Paris 10, 1988. — P. 36.

<sup>949</sup> Herzog-Evans M. Les droits de la défense et la prison. Actualité du droit pénitentiaire français // Revue trimestrielle des droits de l'homme. — 2001. — No. 1. — P. 20.

<sup>950</sup> Herzog-Evans M., Céré J.-P., Péchillon E. Les avocats aux portes des prisons. — Recueil Dalloz, chroniques, 14 septembre 2000. — P. 481.

за винятком хіба що прив'язати засудженого в його камері<sup>951</sup>. Тюрма — це не тільки позбавлення свободи пересування, але й більшості інших свобод, які зникають. Говорити лише про «позбавлення волі» має свої вигоди, а саме під час призначення покарання, адже це формулювання дозволяє застосовувати покарання, міряючи лише його арифметичну складову — тривалість строку. Таким чином, відповідальність посадових осіб, які призначають покарання, щодо якісної складової покарання опиняється поза фокусом міркувань, а призначення покарання для більшості вільних громадян стає квантитативним символом, який не відображає справжньої пунітивної сторони покарання<sup>952</sup>. Водночас якісна сторона проявляється якраз у змісті та обсязі обмежень.

Додамо, що відсутність інших обмежень, ніж обмеження свободи пересування, виключає можливість встановити будь-який режим та дисципліну в установі. Адже режим та дисципліна неминуче передбачає застосування певних обмежень. Тому складно уявити, як на практиці функціонувала б в'язниця, у якій обмеження полягали б тільки в обмеженні свободи пересування. Така установа зводилася б до тримання осіб у межах в'язничних мурів.

Навіть якщо припустити, що додаткові обмеження можуть впливати із обмеження свободи пересування, навряд чи режимні вимоги можна віднести до таких «неминучих» обмежень. Протилежне можна стверджувати тільки в разі, якщо допустити, що обмеження свободи пересування включає необхідність забезпечити безпеку в межах території, якою обмежується свобода пересування. Однак таке розуміння обмеження свободи є нелогічним. Безпека та порядок є тими атрибутами, які дозволяють обмеження, які є додатковими до свободи пересування.

### Висновок до підрозділу 3.1.3.2

Іншим, схожим до доктрини «повноправного громадянина», ідеалом є твердження, що засуджений позбавляється тільки «свободи піти і прийти». Це нагадує доктрину, яка легітимує ізоляцію як джерело фактичних обмежень. Тобто воно передбачає, що в'язні повинні піддаватись тільки тим обмеженням, які є наслідком втрати свободи пересування. Цей ідеал має три ступеня, залежно від рівня скептицизму його послідовників:

- 1) засуджений повинен позбавлятися тільки свободи пересування й нічого іншого;
- 2) засуджений позбавляється свободи пересування та тих прав, реалізація яких обмежується у зв'язку із цим;

---

<sup>951</sup> *Demochy C. Que signifie punir quelqu'un en le privant de sa liberté? // Revue de la FARAPEJ. — 2010 — no. 104. — P. 3.*

<sup>952</sup> *Ibid. — P. 3.*

- 3) ідея, що засуджений не може позбавлятися нічого іншого, крім свободи пересування, є утопією. Якщо проаналізувати міркування послідовників кожного з цих трьох ступенів, то третій видається найбільш раціональним. Недопустимість інших обмежень є ідеалістичною, її важко уявити з практичної точки зору.

### 3.1.3.3. Доктрина зближення із загальним правовим режимом “droit commun”

Термін “droit commun”, що перекладається дослівно як «загальне право», має зовсім інше значення, ніж англосаксонське «common law». У французькій правовій доктрині воно має значення, наближене до поняття «загальний правовий режим», або «сукупність загальних правових норм», або, коли йдеться про права людини, загальний правовий статус. Антонімом цього терміна можна наближено вважати сукупність спеціальних правових норм щодо специфічних правових відносин. Наближення пенітенціарного права до “droit commun” передбачає максимальне застосування до в'язнів тих же самих норм права, які застосовуються до вільних громадян.

Права засуджених, які часто розглядаються як виняток із загального правового статусу, часто регулюються по-іншому, ніж це робить droit commun, тобто по-іншому, ніж на волі. Саме це і стало предметом уваги у французькому пенітенціарному праві, яке все більше стоїть на позиції, що пенітенціарне право має якомога більше наближатись до droit commun<sup>953</sup>.

Таке бачення є свідченням одразу декількох тенденцій.

По-перше, воно є продовженням ідеї, що засуджений користується всіма правами за винятком позбавлення свободи пересування. Зближення норм пенітенціарного права, які регулюють відповідні відносини, із нормами права, які регулюють відносини вільних осіб, вдало вписується в теорію максимального збереження засудженим прав вільних громадян. Воно безпосередньо співвідноситься із окресленою вище ідеєю, що засуджений залишається повноправним громадянином.

По-друге, воно є закономірним наслідком історичної битви проти існування в'язниці як позаправової сфери (une zone de non-droit). Розробка пенітенціарною адміністрацією підзаконних актів, які часто приймаються всупереч закону, є одним із аспектів послаблення ролі права

---

<sup>953</sup> Звернімо увагу, що в пенітенціарній сфері термін “droit commun” використовувався також для відрізнення т. зв. «засуджених загального права», тобто «звичайних», та політичних засуджених. Останні, в часи політичних переслідувань у Франції, мали відмінний від інших засуджених правовий статус (див. напр.: *Plawski S. Droit pénitentiaire.* — Lille : Publications de l'Université de Lille (P.U.L.), 1977. — P. 70).

у в'язниці. Як наслідок, пенітенціарне право стає правом обмежень, правом суперечностей між владою і гуманністю, між правами і покаранням<sup>954</sup>. Важливим аспектом цієї тенденції є труднощі доступу до правосуддя осіб, які утримуються в пенітенціарних установах.

По-третє, зближення норм пенітенціарного права та *droit commun* є частиною процесу нормалізації. Французька правова традиція в цьому сенсі є оригінальною, оскільки в інших країнах немає місця такого чіткого наголошування на необхідності наблизити регулювання прав людини у в'язниці до того, що на волі, саме як частини нормалізації. Таке юридичне зближення є відмінним від простого підкреслювання необхідності максимального наближення умов життя в тюрмі до умов життя на волі, як цього вимагають міжнародні документи (див. напр. МСП, ЄВП). Воно звертає увагу саме на правовий аспект наближення.

Очевидно, що право визначає те, якими бути умовам відбування покарання. Тому стандарт, у відповідності до якого умови життя у в'язниці мають наближатись до умов життя на волі, безпосередньо стосується юридичної сторони виконання-відбування покарання. Без наближення правових норм у в'язниці та на волі не може відбутись належної нормалізації. Це твердження є особливо актуальним стосовно наближення норм, які регулюють права людини на волі та у ув'язненні.

Отже, французька доктрина пенітенціарного права має своєю особливістю наголошування на правовому аспекті нормалізації. Для його означення ми пропонуємо впровадити спеціальний термін «**правова**» або «**юридична нормалізація**».

Юридична нормалізація є частиною загальної нормалізації пенітенціарних установ. Кожне наближення юридичної норми є наближенням умов життя в цих установах до умов життя вільних людей. Ідея нормалізації набула поширення в Європі разом із своїм закріпленням у ЄВП 1987 року, де в статті 64 вказувалось: «Ув'язнення у вигляді позбавлення волі є покаранням само по собі. Тому умови ув'язнення та **пенітенціарні режими** не повинні погіршувати спричинені ним страждання, якщо тільки ізоляція або дисципліна обґрунтовує таку необхідність». Як видно, у нормі, базовій для європейської доктрини нормалізації, закріплювалась не тільки необхідність наближення умов ув'язнення до умов на волі, як це часто вважається, а й режиму, який по суті означає сукупність правил поведінки або врегульований цими правилами порядок виконання покарань. Тобто вимога нормалізації у відповідності до ЄВП мала торкатись і юридичного аспекту виконання покарань, а не тільки матеріального.

---

<sup>954</sup> *Pauliat H. Synthèse // La prison : quel(s) droit (s)? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011. — Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2013. — P. 165.*

Застосування юридичної нормалізації має перевагу в порівнянні із загальним поняттям нормалізації. Вона полягає у визначеності точки відліку для здійснення нормалізації, тобто еталону життя на волі задля співвіднесення з ним життя в пенітенціарній установі. Як вказує Д. Камінські, нормалізація потребує визначення еталону, «норми» життя поза межами пенітенціарної установи<sup>955</sup>. Ідеться про те, що мета нормалізації залишається незрозумілою до тих пір, поки не стане зрозумілим, на який рівень життя на волі вона може орієнтуватись. Це може бути, наприклад, середній рівень достатку — і тоді це означає одні стандарти життя, або ж мінімальний рівень — і тоді це означатиме зовсім інші стандарти<sup>956</sup>. Складністю в останньому випадку стає те, що потрібно вважати мінімальним рівнем життя на волі, адже він може бути й гіршим, ніж усередині установи виконання покарань, наприклад, у випадку бездомних. Чи можемо ми відтворювати в пенітенціарній установі соціальну нерівність поза межами установи? — таким питанням формулює цю проблему В. Ван Дер Планке та В. Лімберген<sup>957</sup>.

Ж. Тіссо ще у XIX столітті підкреслював: «Не може бути так, щоб пом'якшення покарань, який би вигляд воно не мало, робили його більш прийнятним або навіть настільки ж прийнятним, як фізично може бути прийнятним звичайне життя найменш забезпеченого класу суспільства, інакше порушення стане звичним, а покарання насмішкою»<sup>958</sup>. Ця ідея є квінтесенцією доктрини меншовартості засуджених, яка відстоює позицію, що засуджені не повинні в жодному разі жити краще, ніж вільні люди і що саме лише позбавлення волі не виконує функцію

---

<sup>955</sup> Kaminski D. Droits des détenus, normalisation et moindre éligibilité // *Criminologie*. — 2010. — Vol. 43, no. 1. — P. 209.

<sup>956</sup> Іноді вказуються й додаткові чинники, які мають братись до уваги при співвідношенні умов життя в пенітенціарній установі і на волі. Наприклад, у матеріалах Четвертого Конгресу ООН щодо попередження злочинів та поводження з в'язнями вказується на необхідність того, щоб по можливості мала місце тісна відповідність між умовами життя у виправних установах і людей, які живуть на свободі в районі, де розташована ця пенітенціарна установа. Вказувалось навіть на розробку графіка прийому їжі, часу відпочинку, який буде відповідати розпорядку дня населення даного регіону (Fourth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Kyoto, Japan, 17–26 August 1970. Report Prepared by the Secretariat. — New York: United Nations, 1971. — P. 21–22).

<sup>957</sup> При цьому вони посилаються на С. Снакен (S. Snacken): *Van der Plancke V., Van Limberghen G. La justice sociale ne saurait s'arreter à la porte des prisons. Le (non) droit des détenus à la sécurité sociale en Belgique // Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires*. — Bruxelles : La Chartre, 2010. — P. 54.

<sup>958</sup> Tissot J. Introduction philisophique à l'étude du droit pénal et de la réforme pénitentiaire. — Paris : Librairie A. Marescq Ainé, éditeur 17, rue Soufflot, 17, 1894. — P. 373.

злякування<sup>959</sup>. У такому разі в'язниця буде лише сприяти зростанню злочинності, адже замість злякуючого матиме місце привабливий ефект, тому вважалося, що «болі покарання» мали переважувати вигоду від вчиненого злочину<sup>960</sup>, і тому цей принцип є основою запобігання злочинності<sup>961</sup>. Х. Мангейм (H. Mannheim) описує принцип меншовартості так: засуджений не може знаходитись у кращій ситуації, ніж делінквенти на волі<sup>962</sup>.

Головним ідеологом доктрини меншовартості вважається Дж. Бентам. Першопочатково вона стосувалась у першу чергу бідняків, а не в'язнів. Він вказував: «Якщо умови осіб без власності утримуються працею інших і будуть кращими, ніж умови осіб, які самі утримують себе своєю працею, тоді ... особи без власності постійно переходили б із класу осіб, які підтримуються власною працею, до класу осіб, які підтримуються працею інших»<sup>963</sup>. Тобто ця доктрина безпосередньо зв'язана із вірою в те, що кожен має сам вирішувати свої проблеми<sup>964</sup>. Чарльз Діккенс, розмірковуючи в тому ж напрямку, зазначав, що це є жахливим, якщо до бідного та нечесного чоловіка ставляться краще, ніж до бідного, але чесного<sup>965</sup>.

Д. Камінські оцінює формулювання Діккенса як таке, що є само по собі «жахаючим» (*monstrueux*). Насправді воно не відкриває шляхів для покращення життя бідних, а лише шлях до більш жорстких умов життя в пенітенціарних установах<sup>966</sup>. Крім того, він додає, якщо виявляється, що ми живемо в гірших умовах, ніж засуджені, зробимо із цієї заздрості політичну зброю, щоб покращити стандарти життя всіх замість того, щоб погіршувати стандарти життя у в'язниці<sup>967</sup>.

---

<sup>959</sup> *Hubert H.-O., Van Der Plancke V. Peine et sécurité sociale : le jeu de la less eligibility // Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires. — Bruxelles : La Chartre, 2010. — P. 224.*

<sup>960</sup> *Scott D. The Changing Face of the English Prison : A Critical Review of the Aims of Imprisonment // Handbook on prisons. Ed by Jewkes Y. — Cullompton: Willan publishing, 2007. — P. 50.*

<sup>961</sup> *Sieh E. W. Less Eligibility: The Upper Limits Of Penal Policy // Criminal Justice Policy Review. — 1989. — Vol. 3, No. 2. — P. 169.*

<sup>962</sup> Цит. за *Hubert H.-O., Van Der Plancke V. Ibid. — P. 223.*

<sup>963</sup> *Bentham Papers: Copies of the Essays of 1796. — London: University College, London and British Museum. — P. 25–26 ; Цит. за Sieh E.W. Ibid. — P. 162.*

<sup>964</sup> *Sieh E. W. Ibid. — P. 160.*

<sup>965</sup> Цит. за: *Kaminski D. Droits des détenus, normalisation et moindre éligibilité // Criminologie. — 2010. — Vol. 43. — No. 1. — P. 213.*

<sup>966</sup> *Kaminski D. Ibid. — P. 213.*

<sup>967</sup> *Ibid. — P. 222.*



Описані перепони частково долаються, коли йдеться про юридичну нормалізацію. Юридичний статус має достатньо чіткий еталон — він закріплений у законодавстві. Тому у відповідності до неї пенітенціарне право має прагнути до максимального зменшення різниці правового статусу засуджених і вільних громадян. Але наскільки таке зближення є допустимим?

Д. Камінські, говорячи про необхідність нової політики нормалізації, звертає увагу на її головний інструмент — підвищення ефективності здійснення прав<sup>968</sup>. Фактично ж йдеться про те, що ми називаємо юридичною нормалізацією. Ним пропонується зняти бар'єри, які шкодять ефективності прав. Це має розумітись як застосування принципу нормалізації до здійснення прав та полягає в такому:

- 1) зняти перешкоду безпеки, тобто боротись проти гегемонії функції безпеки у в'язниці і її розуміння як аргументу для обмеження прав і їх здійснення;
- 2) зняти пенологічну перешкоду, тобто підкорення логіки прав тій чи іншій меті покарання;
- 3) зняти економічну перешкоду, тобто залежність здійснення прав від наявних ресурсів;
- 4) зняти соціальну перешкоду, тобто зменшити неоліберального панування доктрини меншовартості<sup>969</sup>.

Ми можемо лише частково погодитись із такою позицією. Точка розходження наших позицій лежить у тому, що чи є цілі покарання та внутрішньої безпеки в установі перепонами для прав засуджених. Учений, роблячи свої висновки, опирається на тривалий досвід та численні свідчення того, як цілі покарання та в'язничної безпеки є перепонами для здійснення прав<sup>970</sup>. Обгрунтовуючи свою позицію, він серед іншого посилається на проф. Ландровіля<sup>971</sup> та зазначає, що обмеження не мають лімітуватись з огляду на яку б то не було мету ув'язнення, за винятком безспірної мети тюрми — обмеження свободи пересування. Останнє твердження, до речі, має певну схожість із ідеєю фактичних обмежень.

---

<sup>968</sup> *Kaminski D.* Droits des détenus, normalisation et moindre éligibilité // *Criminologie*. — 2010. — Vol. 43. — No. 1. — P. 221; Саме наближення прав засуджених до прав вільних осіб, як підтверджує досвід окремих країн, є запорукою успішної нормалізації в'язничної системи (див. *Pratt J.* Scandinavian Exceptionalism in Era of Penal Excess. Part 1 : The Nature and Roots of Scandinavian Exceptionalism // *British Journal of Criminology*. — 2008. — No. 48. — pp. 131–132).

<sup>969</sup> *Kaminski D.* Ibid. — P. 221.

<sup>970</sup> Ibid. — pp. 202–204.

<sup>971</sup> *Landreville P.* Les détenus et les droits de l'homme // *Revue de droit pénal et de criminologie*. — 1978. — P. 390.

Ми не заперечуємо, що цілі покарання та мета внутрішньої безпеки установи і справді часто стають підставами для необґрунтованих обмежень прав засуджених. Однак причиною цього є не «шкідливість цілей» для прав людини, а правовий порядок, який дозволяє їх широке застосування. Головним недоліком такого порядку є відсутність або неналежне застосування принципу пропорційності. Саме це є причиною того, що цілі використовуються як необґрунтовані бар'єри для здійснення прав. Заперечення ж визначальної ролі цілей покарання чи в'язничної безпеки для процесу обґрунтування обмежень не має підґрунтя. Адже в протилежному разі обмеження прав втрачають свою інструментальну роль та не можуть більше розглядатися як шляхи досягнення цілей, задля досягнення яких засуджений був відправлений у в'язницю. Як вказувалось, покарання ув'язненням полягає в обмеженнях. Саме завдяки обмеженням (але не тільки) досягаються цілі покарання та ув'язнення.

Як вказує професор Й. Феест (J. Feest), мета нормалізації вимагає здійснення постійного міркування, щоб постійно ставити під питання обмеження, які визнаються неминучими в ув'язненні<sup>972</sup>. С. Снакен підкреслює: якщо визнання юридичного статусу засуджених є одним із аспектів нормалізації, то нормалізація, у свою чергу, виступає рамками, у яких обмеження прав в'язнів мають інтерпретуватись<sup>973</sup>.

Зачатки ідеї зближення загального та пенітенціарного права містяться і в Європейських в'язничних правилах<sup>974</sup>. ЄВП закріпили принцип пропорційності обмежень, а також принцип їх мінімальності, який відображає принцип пропорційності. Принцип мінімальності обмеження є принципом без кінцевого «пункту прибуття», тобто він визначений так, щоб спрямовувати пенітенціарну політику тяжіти до постійного зменшення обмежень до мінімуму. Важливо також підкреслити, що ЄВП 2006 року в п. 5 частково знімають питання щодо того, що саме має бути еталоном життя на волі, до зближення з яким мають прагнути в'язничні умови. У цьому правилі вказується, що в'язничне життя має наближатись, наскільки це можливо, до **позитивних аспектів** (виділено авт.) життя в суспільстві. Цим самим заперечується викривлене розуміння міжнародних стандартів стосовно нормалізації

---

<sup>972</sup> Цит. за Snacken S. "Normalisation" dans les prisons : concept et défis. L'exemple de l'Avant-projet de la loi pénitentiaire belge // L'institution du droit pénitentiaire : enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus. De Schutter O., Kaminski D. (Eds.) — Bruxelles: Bruylant, 2002. — pp. 136–137.

<sup>973</sup> Ibid. — P. 139.

<sup>974</sup> Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 276; Eudes M. La révision des règles pénitentiaires européennes, les limites d'un droit commun des conditions de détention // Droits fondamentaux. — 2006. — No. 6. — pp. 1–17.

як таких, що припускають наближення умов у в'язниці із негативними аспектами життя на волі.

Одним із головних адвокатів юридичної нормалізації у Франції можна визнати професора М. Ерцог-Еванс. Двадцять років тому було опубліковано її статтю, яка називалась «Загальне право для засуджених»<sup>975</sup>. У статті автор аналізує тогочасну судову практику щодо виконання покарання. Її специфіка полягала в систематичному неприйнятті судами до розгляду справ засуджених<sup>976</sup>, що були пов'язані, зокрема, з невизначеністю юрисдикцій, яким були підсудні такі справи. Однак два рішення *Korber et Marie*, яким у статті автора приділена особлива увага, перевернули тодішнє сприйняття в'язничного права. У першому судами було фактично визнано право засуджених звертатись до суду з позовами стосовно відбування покарання (у випадку Корбера щодо умовно-дострокового звільнення), а в другому було визнано уповноваженість судів розглядати скарги на дисциплінарні заходи в тюрмах. Обидва рішення насправді стали першими поштовхами до подальшої «пенітенціарної революції» шляхом «юрисдикціоналізації» процедур у в'язницях, тобто встановлення можливості оскаржити їх засудженими<sup>977</sup>.

М. Ерцог-Еванс у цій статті доходить висновку: «Якщо, як ми думаємо, рішення *Korber* та *Marie* є першими революційними кроками інших багаточисельних змін, то вимальовується середньострокова перспектива серйозної зміни: народження справжнього пенітенціарного права. Як і кожна галузь права, ця галузь мала б прогресивно збагатитися судовими уточненнями [його норм — авт.]. [...] Передбачуваність права, надійність санкції позбавлення волі і, відповідно, надійність нагадування закону мали б підсилитись. Таким чином ми можемо бути тільки ентузіастами щодо підпорядкування пенітенціарної сфери загальному праву»<sup>978</sup>.

Можемо констатувати, що на перших етапах розвитку пенітенціарного права в цій країні в контексті його зближення із загальним правом

---

<sup>975</sup> *Herzog-Evans M. Droit commun pour les détenus // Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé. — 1995. — Vol. 3. — pp. 621–638.*

<sup>976</sup> Окремі автори, оцінюючи значення цього наближення, навіть відмічали, що відмова засудженим у захисті, яка існувала раніше, була свого роду додатковим покаранням, неминуче прикріпленим до головного покарання у вигляді позбавлення волі (*Martens P. Цитовано за : Nève M. Les droits de l'homme en amont et en aval du procès pénal // Le point sur les droits de l'homme. Vol. 39. Scholsem J.-C. (coord.). — Liège: Edition Formation Permanente CUP, 2000. — P. 61).*

<sup>977</sup> Питання юрисдикціоналізації детально розглядатиметься в підрозділі 3.1.4 «Юридизація пенітенціарної сфери».

<sup>978</sup> *Herzog-Evans M. Droit commun pour les détenus. Ibid. — pp. 621–638.*

дискусія відбувалася першочергово про процедурний аспект — підпорядкування заходів, які вживаються до засуджених, судовим юрисдикціям. Засуджені наближались до статусу вільних громадян в тому, що вони мали все більше юридичних можливостей скаржитись та вимагати дотримання їхніх прав навіть під час відбування покарання.

Разом з тим відхід тюрми із «позаправової зони», що супроводжувався процесом всеохоплюючого проникнення права за в'язничні паркани, пов'язувався не тільки з процедурним, а й матеріальним аспектом. Поруч із розвитком судового контролю підтвердженням інтеграції в'язничного права в загальний правовий режим є розширення бази юридичних норм, якій підпорядковується тюрма<sup>979</sup>.

Велике значення для просування юридичної нормалізації мала доповідь Консультативної комісії з прав людини «Дослідження щодо прав людини в тюрмі». У розділі із назвою «Вивести тюрму із ситуації юридичного винятку» йшлося про необхідність поширити *droit commun* на пенітенціарну сферу. Доповіддю було визначено три головних напрями реформування. На першому місці знаходилось «застосування загального права до пенітенціарної адміністрації, для того щоб забезпечити кращий баланс між імперативами безпеки та захистом прав і свобод»<sup>980</sup>, адже, використовуючи норми, що застосовні до всіх державних служб, законодавець посилює місце фундаментальних прав індивіда<sup>981</sup>. В авторів доповіді є власний рецепт досягти цього результату: для того, щоб досягнути застосування загального права в ув'язненні, необхідним є те, щоб пенітенціарна служба не вважалась такою, що є винятковою порівняно з іншими сферами діяльності держави<sup>982</sup>.

Підґрунтям застосування загального права у в'язниці є відсутність у пенітенціарному праві дозволу, який би надав можливість обмежити застосування норм загального права<sup>983</sup>. Воно також застосовується за відсутності спеціальних норм щодо засуджених<sup>984</sup>. Загальне право дуже сильно обмежує пенітенціарне і будь-який відступ від цього

---

<sup>979</sup> *Froment J.-C. Vers une "prison de droit"? // Revue de science criminelle et de droit pénal comparé. — 1997. — No. 3. — pp. 537–560.*

<sup>980</sup> *Etude sur les droits de l'homme dans la prison Propositions [Adoptée par l'assemblée plénière du 11 mars 2004]. — P. 5.*

<sup>981</sup> *Ibid.* — P. 5.

<sup>982</sup> *Ibid.* — pp. 6–7.

<sup>983</sup> *Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 61.*

<sup>984</sup> *Herzog-Evans M. La déjuridictionnalisation de l'application des peines // Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. — Paris : Dalloz, 2013. — P. 265.*

права<sup>985</sup> має бути суворо необхідним для підтримки безпеки<sup>986</sup>. Така логіка знаходить своє відображення в європейській судовій практиці<sup>987</sup>. Якщо й може бути допустимо, щоб засуджений не міг користуватися своїми сімейними правами повністю через обмежуючі чинники ув'язнення (доступ сімей в установу, вимоги безпеки, обмеження тривалості побачень і т. ін.), то не можна уявляти, щоб це відбувалось ціною якої-небудь шкоди застосуванню норм загального права<sup>988</sup>.

Однак пенітенціарне право залишається в багатьох сенсах «винятковою» галуззю права в значенні, що загальні цивільні, санітарні та соціальні норми права й іноді навіть права людини часто залишаються в стороні<sup>989</sup>. Законодавчі тексти ще не закріпили концепцію загального права щодо прав засуджених під час відбування покарання, хоча державна влада і намагається досягнути певної ефективності цих прав<sup>990</sup>. Іншими словами, «винятковість» в'язничного права має максимально уникатись, хоча поки це є ідеалом.

Разом з тим є фахівці, які вважають, що, незважаючи на те, що право є одним із інструментів паціфікації у в'язничній установі, можливість входження права у в'язницю пов'язується із додатковою «адаптацією» цього права. Традиційний правовий підхід не є «адаптованим» для в'язниці<sup>991</sup>. Вказувати, що тюрма є чимось на кшталт винятку з загального права, «порівнюється до проголошення соціологічної, юридичної і навіть медіабанальності»<sup>992</sup>. У в'язниці більше ніж у будь-якому іншому місці право не завжди означає механічне застосування, оскільки індивідуалізація

---

<sup>985</sup> Зближення загального та пенітенціарного права вимагає не тільки зближення змісту, а й форми права. Так, не є допустимим, щоб норми, які дозволяють обшукувати, і зокрема ті, що дозволяють повний обшук, містились у самих лише текстах підзаконного рівня (*réglementaire*) або, наприклад, циркулярах. Краще було б, щоб такі норми містились у загальному праві, як-то кримінально-процесуальному кодексі, який за винятком спеціальних диспозицій (*dispositions*) застосовувався б до пенітенціарної сфери (*Herzog-Evans M. Fouilles corporelles et dignité de l'homme // Revue de science criminelle et de droit pénal comparé. — 1998. — No. 4. — pp. 748-749*).

<sup>986</sup> *Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — pp. 379, 385.*

<sup>987</sup> *Ibid.*

<sup>988</sup> *Ibid.* — P. 10.

<sup>989</sup> *Ibid.* — P. 15.

<sup>990</sup> *Enderlin S. Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés. Thèse. — Paris : Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008. — P. 493.*

<sup>991</sup> *Pauliat H. Synthèse // La prison : quel(s) droit (s)? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011. — Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2013. — pp. 163-164.*

<sup>992</sup> *Grégory S., Gilles C. Le droit emprisonné? // Politix. — 2009. — No. 87. — P. 93.*

і здоровий глузд мають бути на першому місці при його застосуванні<sup>993</sup>. Підпорядковуючи можливість застосування права в пенітенціарній установі раціональним міркуванням, це твердження ставить під сумнів саму можливість повноцінного зближення в'язничного права із *droit commun*.

Прикладом, який демонструє можливість протилежного, є цивільне право, яке підтверджує можливість повного застосування *droit commun*<sup>994</sup>. Класичним прикладом є укладення шлюбу в ув'язненні, яке хоч і потребує певної специфічної організації, але відбувається за практично такою ж процедурою, що на волі. Однак схожий приклад стосується і багатьох інших цивільних прав, як-то право розпоряджатися майном на волі.

Чи не найбільш демонстративним та неоднозначним у контексті юридичної нормалізації є питання праці засуджених під час перебування в установі виконання покарань. Принцип нормалізації, тлумачення якого ніколи не є легким, стає ще більш розмитим коли він стосується праці<sup>995</sup>. Зокрема це торкається питання застосування тих же, що і для вільних громадян, правил стосовно оформлення трудового договору, оплати праці, відпусток, страхування і т. ін.

Так, на думку П. Оверньона, можливість укласти трудовий договір із засудженим означає усунути частину «правового вакууму», яка все ще дуже часто характеризує в'язничне середовище<sup>996</sup>. На проблему юридичного оформлення відносин, незважаючи на визнання намагань пенітенціарної адміністрації наблизити регулювання праці засуджених до норм загального права, вказувалось і Комісією з прав людини<sup>997</sup>. Юридична нормалізація праці залишається проблемою й інших розвинутих західноєвропейських країн<sup>998</sup>.

У Франції дискусіям про необхідність законодавчого закріплення можливості укладення трудових контрактів приділяється особлива

---

<sup>993</sup> *Pédron P.* La prison et les droits de l'homme. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995. — P. 125.

<sup>994</sup> *Herzog-Evans M.* Ibid. — P. 58.

<sup>995</sup> *Shea E.* Les paradoxes de la normalisation du travail pénitentiaire en France et en Allemagne // *Déviance et Société*. — 2005. — No. 3, Vol. 29. — P. 349.

<sup>996</sup> *Auvergnon P.* Une approche juridique comparée du travail pénitentiaire dans quelques pays européens // *Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires*. — Bruxelles : La Chartre, 2010. — P. 214.

<sup>997</sup> *Etude sur les droits de l'homme dans la prison Propositions [Adoptée par l'assemblée plénière du 11 mars 2004]*. — P. 34.

<sup>998</sup> *Shea E.* Le travail pénitentiaire, un défi européen: étude comparée, France, Allemagne, Angleterre. — Paris : Harmattan, 2006.

увага<sup>999</sup>. З цього приводу навіть довелося висловити свою позицію Конституційній раді, яка визнала, що норма про відсутність трудового договору із засудженим, який працює, відповідає Конституції<sup>1000</sup>.

У той же час у доктрині бачення зовсім інше. Наприклад, висловлюються пропозиції, щоб створити в пенітенціарній системі окремий відділ, який був би відповідальний за неогоціацію контрактів між в'язнями і роботодавцями<sup>1001</sup>. Е. Мадленна порушує питання про те, чи зобов'язана держава забезпечувати засуджених роботою, адже це їхнє право, а це значить, що в державі є кореспондуючий обов'язок допомогти реалізувати це право (як це в *droit commun*). З іншого боку, на волі також неможливо притягнути державу до відповідальності за ненадання роботи. Хоча в такому разі з'являється право на допомогу по безробіттю, яке у в'язниці не існує<sup>1002</sup>.

Останнє висловлювання порушує одну із проблем, що знаходиться в серці проблематики наближення загального та пенітенціарного права — обмеження економічних та соціальних прав засуджених<sup>1003</sup>. Хоча

---

<sup>999</sup> Див. напр.: *Auvergnon P., Guillemain C.* Le travail pénitentiaire en question. Perspectives sur la justice. — Paris : La documentation française, 2006; *Giudicelle-Delage G., Massé M.* Travail pénitentiaire : absence de contrat de travail // Droit social. — 1997. — No. 4 (avril). — pp. 344–346; *Danti-Juan M.* L'absence de contrat de travail dans l'univers pénitentiaire // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 1998. — No. 1–2. — pp. 127–135; Commentaire de Décision no. 2013-320 /321 QPC du 14 juin 2013 (M. Yacine T. et autres) (Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées) //

[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013320\\_321QPCccc\\_320qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013320_321QPCccc_320qpc.pdf) (останній доступ 26.11.2016);

Droit du travail en prison. D'un déni à une reconnaissance ? Sous la direction de Philippe Auvergnon. — Bordeaux : Presses Universitaires de Bordeaux, 2015.

<sup>1000</sup> Décision du Conseil constitutionnel no. 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013.

<sup>1001</sup> *Madelennat E.* Le travail pénitentiaire à l'épreuve des droits de l'homme. — Limoges : Université de Limoges, DEA de droit privé général et européen, 2007. — pp. 86–87.

<sup>1002</sup> *Ibid.* — P. 42. Це твердження виявилось слухним і для України. Пропозиції автора цих рядків включити обов'язкову вимогу укладення трудового договору із засудженими до позбавлення волі була врахована українським законодавцем, який прийняв відповідні правки до законопроекту № 2490а та вніс зміни до КВК (ст. 118). Разом з тим нетривала практика застосування цієї норми вже продемонструвала низку складнощів. Наочними є приклади питань, які виникають у практиці: Як бути у разі поміщення засудженого, який працює за трудовим договором, до дисциплінарного ізолятора? Як звільнити засудженого на тих самих підставах, що й вільних осіб? Як надавати відпустки? На тепер робоча група з розробки проекту закону «Про пенітенціарну систему» підтримує нашу пропозицію передбачити виконання засудженими робіт за цивільно-правовими договорами — компроміс, який водночас передбачає юридичні гарантії належного оформлення праці засуджених. Усе це демонструє, в першу чергу, процедурні складнощі юридичної нормалізації у в'язниці.

<sup>1003</sup> Організатори присвяченої цьому питанню конференції у Брюсселі у її назві підкреслили, що обмеження соціальних та економічних прав роблять покарання у виді позбавлення волі «подвійним». На проблематиці зближення загального та пенітенціарного

окремі автори визнають, що соціальні права можуть обмежуватися в силу ув'язнення<sup>1004</sup>, однак доволі складно обґрунтувати, чому обмеження цих прав повинні мати місце, адже вони не суперечать ні безпеці, ні порядку й навіть не «впливають з ув'язнення» чи «обмеження права на пересування»!

Юридичну нормалізацію можна розглядати як частину процесу аболіціонізму в значенні стирання меж між в'язницею і волею. З одного боку, зменшення страждань в ув'язненні є контрверсійним, адже це означає «...в кінцевому рахунку, зробити із в'язня вільну людину всередині установи»<sup>1005</sup>, наблизитись до звичайного в рамках незвичайного<sup>1006</sup>. З іншого — уся історія в'язниці так чи інакше схиляється до того, щоб зменшувати ефект від розриву контактів із суспільством, а тому є історією поступового аболіціонізму. Історія покарання знаходить свій прояв у «поступовому скасуванні кари» (*abolition constante de la peine*)<sup>1007</sup>.

Подібне розуміння аболіціонізму знаходимо в роботі «Політика аболіціонізму» Т. Матьесена. Він вказує, що неможливо одного дня просто позбутись в'язниць. Натомість аргументує, що цей процес може відбутись шляхом поступового «повалення стін» за допомогою заміни в'язничних привілеїв на реальні права<sup>1008</sup>. Основна стратегія цієї книги, пише Г. Льюмір, це, звичайно, не побудувати ілюзію, що завтра тюрма зникне. Замінюючи привілеї<sup>1009</sup> правами, ми потроху відсуваємо кордони тюрми до

---

права ґрунтувалась уся дискусія учасників. Див.: *Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires. Sous la direction de Van der Plancke V., Van Limberghen G. — Bruxelles : La Chartre, 2010.* Автор Т. Моро приділяє незвичайну роль цим правам. На її думку, соціальні та економічні права засуджених взагалі є засобами визнання людської гідності у правовій державі (*sont les moyens de reconnaître la dignité d'un homme dans un Etat de droit*). (*Moreau T. Le regard des détenus sur le droit à la sécurité sociale // Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus. Ibid. — P. 174*).

<sup>1004</sup> *Mezghani R. La condition juridique du détenu. Thèse pour le doctorat d'état. — Paris : Université de droit, d'économie et de Sciences Sociales de Paris (Paris 2), 1975. — P. 262.*

<sup>1005</sup> *Giudicelli-Delage G., Massé M. Rapport introductif // La condition juridique du détenu, sous la direction de Pradel J., Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8. — Paris : Editions Cujas, 1993. — P. 24.*

<sup>1006</sup> *Duguid S. Can Prisons Work : the Prisoner as Object and Subject in Modern Corrections. — Toronto: University of Toronto Press, 2000. — P. 266.*

<sup>1007</sup> *Mathieu G. Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles. — Marseille : Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993. — P. 450.*

<sup>1008</sup> *Mathiesen T. The Politics of Abolition. — London: Martin Robertson, 1974.*

<sup>1009</sup> Ідеться про підхід, у відповідності до якого права мають бути «заслужені» засудженими. Детальніше див. розділ 3.3. «Велика Британія».



того дня, коли вони більше не існуватимуть. Це не позбавлено здорового глузду, каже автор, — можливо, одного дня поступове акумулювання прав зробить те ув'язнення, яке ми знаємо, неможливим<sup>1010</sup>. На противагу такому сприйняттю виступають Фуко та інші аболіціоністи, адже ця ідея не враховує те, що постійне пом'якшення режиму є свого роду лицемірством, оскільки воно допомагає легітимувати та зберігати в'язницю<sup>1011</sup>.

Тобто прогрес у сфері прав в'язнів, їх зближення із правами вільних людей, що є частиною юридичної нормалізації, спрямовується до кінцевого ідеалу — стирання меж між вільним суспільством та в'язницею та її повного зникнення як інституту із повним злиттям статусу засудженого із статусом вільних громадян. З цієї тези випливає також те, що такі ж самі права, як у вільних людей, а отже, і такі ж самі їх обмеження засуджені зможуть отримати тільки тоді, коли в'язниця зникне взагалі.

Пенітенціарне право не може повністю слідувати загальному праву, але, в той же час, воно не повинно надто від нього віддалятися<sup>1012</sup>. Перевага такого підходу полягає в його сприятливості для реінтеграції засуджених: «найкращий спосіб реінтегрувати засуджених — це зробити так, щоб їх стосувалося все право з урахуванням обмежень, які воно вимагає і з урахуванням обставин, яких воно стосується. Немає нічого більш непедагогічного, аніж система, яка функціонує, ґрунтуючись на підзаконних актах (*sous-droit*)»<sup>1013</sup>. Нормальне здійснення повного спектра прав сприяє громадянській позиції, якої часто не вистачає в'язням<sup>1014</sup>. З цієї точки зору цілком логічною є пропозиція використовувати право з «терапевтичною метою», тобто як інструмент для повернення до нормального соціального життя; в кінцевому підсумку здійснення прав і дотримання обов'язків є двома ключовими аспектами життя вільної людини<sup>1015</sup>.

Тому класична нормалізація, яка охоплює і юридичну нормалізацію, першочергово спрямована саме до сприяння реінтеграції. Нормаліза-

---

<sup>1010</sup> *Lemire G.* Grandeurs et limites des droits des détenus // La condition juridique du détenu. Sous la direction de Pradel J. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8. — Paris : Editions Cujas, 1993. — P. 67.

<sup>1011</sup> *Mathieu G.* Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles. — Marseille : Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993. — P. 382.

<sup>1012</sup> *Herzog-Evans M.* Le droit en prison // Revue Projet. — 2002. — No. 1 (no. 269). — P. 89.

<sup>1013</sup> *Ibid.*

<sup>1014</sup> *Mezghani R.* La condition juridique du détenu. Thèse pour le doctorat d'état. — Paris: Université de droit, d'économie et d Sciences Sociales de Paris (Paris 2), 1975. — P. 239.

<sup>1015</sup> *Seriaux A.* Des intérêts légitimes sans protection juridique : les droits des détenus // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 1979. — P. 454.

ція передбачає, що курсор на шкалі цілей покарання зміщується із ретроспективного на перспективний, із необхідності вилучити із суспільства до необхідності включити в суспільство<sup>1016</sup>. Тому розуміння цієї категорії визначається через призму шансів майбутньої реінтеграції<sup>1017</sup>. Користуючись словами І. Гофмана, чим далі в'язниця віддаляється від моделі тотальної інституції<sup>1018</sup>, тим більше шансів успішної реінтеграції. Відповідно, юридична нормалізація не може минати цього аспекту та повинна серед своїх пріоритетів мати сприяння майбутній реінтеграції засуджених шляхом наближення правового статусу засуджених до загального правового статусу.

### Висновок до підрозділу 3.1.3.3

Термін “droit commun”, що перекладається дослівно як «загальне право», має зовсім інше значення ніж англосаксонський термін «common law». Він має значення наближене до «загальний правовий режим», сукупність «загальних правових норм» або, коли йдеться про права людини, загальний правовий статус. У контексті в'язниць “droit commun” асоціюється із застосуванням до в'язнів та їхніх прав таких же юридичних підходів та норм, як і до вільних громадян.

У французькій юридичній літературі популярною є ідея, що “droit commun” має максимально проникати у в'язницю. Специфічні правила і процедури щодо засуджених мають прагнути до приведення у відповідність до того правового режиму, який встановлений для вільних осіб. Ми вважаємо, такі ідеї є проявом теорії нормалізації, яка означає наближення життя в ув'язненні до позитивних аспектів життя в суспільстві. Ми пропонуємо називати її юридичною нормалізацією — процесом збли-

---

<sup>1016</sup> Van der Plancke V., Van Limberghen G. La justice sociale ne saurait s'arreter à la porte des prisons // Le (non) droit des détenus à la sécurité sociale en Belgique // Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires. — Bruxelles : La Chartre, 2010. — pp. 49–98.

<sup>1017</sup> Див. Snacken S. “Normalisation” dans les prisons : concept et défis. L'exemple de l'Avant-projet de la loi pénitentiaire belge // L'institution du droit pénitentiaire : enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus. De Schutter O., Kaminski D. (Eds.) — Bruxelles: Bruylant, 2002. — pp. 133–152.; Shea E. Les paradoxes de la normalisation du travail pénitentiaire en France et en Allemagne // Déviance et Société. — 2005. — No. 3, Vol. 29. — pp. 350–351.

<sup>1018</sup> Яка характеризується тим, що повсякденне життя має місце в одному й тому самому місці та суворо регламентоване, а також тим, що особи, які в ній знаходяться, втрачають свою соціальну ідентичність і набувають нової. При цьому втрата ідентичності відбувається шляхом «мортифікації», «омертвлення» соціальної ідентичності. Одним із аспектів мортіфікації є, між іншим, і правовий аспект, який проявляється у втраті (обмеженні) прав (Goffman E. Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates. — London: Penguin Books, 1961. — pp. 24–25).

ження юридичних норм, які регулюють життя у в'язниці, із тими нормами, які регулюють життя на свободі. Юридична нормалізація є невід'ємною частиною нормалізації в широкому розумінні та, водночас, є її необхідною умовою.

Французька доктрина пенітенціарного права має схильність наголошувати саме на цьому, правовому аспекті нормалізації. На перших етапах розвитку цієї галузі права в Франції йшлося здебільшого про процедурний аспект — у першу чергу, про підпорядкування заходів, які вживаються до засуджених, контролю судами; це передбачало можливість оскарження дисциплінарних заходів, незастосування умовного звільнення та ін. Головною ідеєю, яка дістала свого розвитку, стало поширення юрисдикції судів на правовідносини у в'язницях. Разом з тим вихід тюрми із «позаправої зони» (*zone du non droit*), що супроводжувався процесом всеохоплюючого проникнення права за в'язничні паркани, пов'язувався не тільки з процедурним, а й матеріальним аспектом — обсягом обмежень прав, які застосовуються до в'язнів.

Прикладом того, як «*droit commun*» наближається до в'язничного права, можна вважати украдення шлюбу в ув'язненні, яке хоч і потребує певної організації, але відбувається за аналогічною юридичною процедурою та на тих самих підставах, що й на волі. Зворотнім прикладом є трудове право, адже специфічні норми пенітенціарного права про прийняття на роботу, звільнення, порядок і умови праці, є яскравим прикладом винятку із «*droit commun*».

Юридична нормалізація є частиною процесу аболіціонізму в значенні стирання меж між в'язницею і волею. Ключовим питанням є те, наскільки можуть стиратися ці межі — питання скоріше філософське, ніж юридичне. Юристами ж визнається сам принцип, що підходи прав в'язнів (та їх обмежень) мають прагнути до зближення із підходами прав вільних осіб.

Водночас тюремні мури є об'єктивною перешкодою для повного застосування *droit commun* у в'язниці. З огляду на це стирання різниці в правах та обмеженнях прав в'язнів та вільних осіб так само, як і повне застосування *droit commun* до в'язнів, вимагає остаточного падіння цієї об'єктивної перешкоди.

### **3.1.4. Юридизація пенітенціарної сфери**

#### **3.1.4.1. Юридизація і розвиток французького пенітенціарного права**

Юридична нормалізація закономірно пов'язана із так званою «юридизацією» або «юрисдикціоналізацією» (*juridicisation, juridictionnalisation*)

пенітенціарного права<sup>1019</sup>. Вона означає поширення механізмів захисту права на певні суспільні відносини. Внаслідок процесу юрисдикціоналізації суб'єкти права отримують нові або також розширення існуючих процедурних можливостей оскаржити ті чи інші незаконні з їхньої точки зору дії чи бездіяльність. Підкреслимо, що розуміння юрисдикціоналізації безпосередньо конотує із підвищенням саме можливостей звернутися до суду.

Цей термін є особливістю французької правової традиції та зазнав значного поширення в юридичній літературі щодо пенітенціарної тематики. Поруч із ним використовується інший — *judiciarisation*. Він не має прямого відповідника в українській мові та означає збільшення активності звернень до суду заявників, щодо яких, на їхню думку, мали місце порушення закону.

У французькій доктрині обидва терміни часто плутають, та вони суттєво відрізняються<sup>1020</sup>. Якщо перший — це юридичне збільшення можливостей звернень до суду, то друге — це фактичне зростання кількості таких звернень. Юридизація є необхідною, однак не єдиною умовою для *judiciarisation*<sup>1021</sup>.

Французьке право історично формувалось під значним впливом судової влади, незважаючи на те, що на відміну від систем загального права суд не творив право безпосередньо, а лише «говорив» його<sup>1022</sup>. Головним покликанням французького судді було «говорити правду»<sup>1023</sup>, а не творити її. Не дивно, що для доктрини французького пенітенціарного права юридизація мала особливе значення та сприяла формуванню цього права як самостійної юридичної дисципліни<sup>1024</sup>. Вся історія цієї галузі права обумовлена ступенем розвитку юридизації.

---

<sup>1019</sup> Ми свідомо залишаємо поза увагою питання юридизації заходів, які стосуються модифікації тривалості відбування покарання. У Франції ця тематика розглядається окремо в рамках «права виконання покарань» (*droit de l'exécution des peines*) та відрізняється від юридизації власне пенітенціарного права (*droit pénitentiaire*). Щодо детального аналізу цієї теми у сфері права виконання покарань див.: *François C. La juridictionnalisation des procès de l'exécution des peines. Thèse. — Lille : Université de Lille 2, 2012; Herzog-Evans M. Droit de l'exécution des peines 2012/2013. 4e éd. — Paris: Dalloz, 2013. — pp. 97–100.*

<sup>1020</sup> *Pélisse J. Judiciarisation ou juridicisation ? // Politix. — 2009 — No. 2 (no. 86). — pp. 73–96.*

<sup>1021</sup> *Ibid. — pp. 74–75.*

<sup>1022</sup> *Salas D. La réforme pénale : un tournant du quinquennat // Justice et prison : Entre la sécurité et le droit. — Paris: Etudes hors-série, 2012. — pp. 53–63.*

<sup>1023</sup> *Ibid.*

<sup>1024</sup> *Herzog-Evans M. Droit commun pour les détenus // Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé. — 1995. — Vol. 3. — pp. 621–638.*

Ступінь можливості оскаржити до суду конфлікти, які виникали під час виконання-відбування покарань, завжди вважався індикатором розвитку пенітенціарної системи та права, що регулює її діяльність. Низка книг, які присвячені тематиці пенітенціарного права, приділяють увагу юридизації та її впливу на зміну суспільних відносин, що склалися у французьких тюрмах. Це не має дивувати, адже саме завдяки юридизації тюрма із «приниження республіки» стає юридичним місцем<sup>1025</sup>.

У цьому підрозділі ми не вдаватимемося до детального аналізу цього процесу, адже його дослідження не є метою нашої роботи. Натомість ми коротко опишемо суть розвитку пенітенціарної юридизації для того, щоб продемонструвати її значення та вплив на проблематику обмеження прав засуджених.

На початкових етапах становлення пенітенціарного права як дисципліни (кінець 80-х — початок 90-х) кожне нове проникнення права в середовище ув'язнення здавалось таким, що становить потенційну небезпеку, таким, що може зменшити контроль персоналу над засудженими і викликати безлади<sup>1026</sup>. З погляду французьких фахівців, це бачення права було як мінімум неправильним, якщо не сказати смішним, адже таке проникнення, навпаки, має завданням надати можливість належного врегулювання, що може бути застосовано до всіх без різниці і, як наслідок, суттєво знизити напругу у відносинах<sup>1027</sup>. З часом демократичний рів, що був викопаний між в'язницею і зовнішнім світом, мав бути засипаний<sup>1028</sup>. Почали відкриватися засоби захисту прав в'язнів, народжувалася судова практика, що сприяло суттєвому прогресу у сфері в'язничного права<sup>1029</sup>.

Головні проблеми, які виникали в процесі звернення засуджених до судів, оберталися навколо одного принципового питання. Воно стосува-

---

<sup>1025</sup> Le droit des détenus : sécurité ou réinsertion ? Sous la direction de Arnaud Deflou; avec les contributions de C. Allain, A. Deflou, J. Andriantsimbazovina... [et al.]. — Paris: Dalloz, 2010. — P. 2 (avant-propos).

<sup>1026</sup> Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 20.

<sup>1027</sup> Ibid.

<sup>1028</sup> Ibid. — P. 21.

<sup>1029</sup> Ibid. — P. 23; Céré J.-P., Herzog-Evans M. La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence // Recueil Dalloz. — 1999. — pp. 509–516; Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E. Actualité jurisprudentielle du droit de l'exécution des peines // Recueil Dalloz. — 2001. — pp. 562–569; Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E. Actualité du droit de l'exécution des // Recueil Dalloz. — 2002. — pp. 110–118 ; Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E. Droit de l'exécution des peines : panorama 2004 // Recueil Dalloz. — 2005. — pp. 995–1001; De Suremain H. Genèse de la naissance de la “guérilla juridique” et premiers combats contentieux // Défendre en justice la cause des personnes détenues vendredi 25 et samedi 26 janvier 2013. Slama S., Ferran N. (eds). — Paris : La Documentation Française, 2014. — pp. 47–52; Rostaing C. Processus de judiciarisation carcérale : le droit en prison, une ressource pour les acteurs ? // Droit et Société. — 2007. — No. 67. — pp. 577–595.

лось встановлення прийнятності судами скарг засуджених. Можливість засуджених оскаржити у суді ті чи інші застосовані до них заходи була обумовлена наявністю втручання в їхні права як наслідок вживання цих заходів. Однак тривалий час у Франції визначальний вплив мала теорія «заходів внутрішнього порядку» (*mesures d'ordre intérieur*), яка давала можливість судам обґрунтовувати своє невтручання в більшість правових конфліктів у процесі виконання покарань та масово визнавати позови неприйнятними<sup>1030</sup>. Це була концепція, яка передбачала некомпетентність судів для вирішення проблем вживання таких заходів. Монополія на оцінку раціональності їх застосування була за пенітенціарною адміністрацією, що не могло не призводити до викривлень розуміння необхідності обмежень<sup>1031</sup>.

Якщо захід визнавався таким, що відносився до внутрішнього порядку, він переносився до сфери повного розсуду в'язничної адміністрації, а тому суди не повинні були втручатися в нього і він не підлягав оскарженню (*ne faisait pas grief*). Критеріями визнання заходу таким, що відносився до внутрішнього порядку були такі:

- 1) ці заходи вважались такими, що не впливають на юридичний стан (*situation juridique*) засуджених, тобто відсутністю втручання в їхні права й свободи та модифікації правового статусу засуджених<sup>1032</sup>;
- 2) повністю внутрішні;
- 3) дискреційні<sup>1033</sup>. Кваліфікація того чи іншого заходу, як заходу внутрішнього порядку, полегшувалася повною відсутністю їхнього визначення, що призводило до свавільного трактування. Особливо це стосувалось визначення того, чи втручався захід у права особи.

---

<sup>1030</sup> Серед заходів, що не підлягали судовому розгляду внаслідок їх віднесення до категорії «внутрішнього порядку», розглядалися також справи про різні спори в навчальних закладах, армії.

<sup>1031</sup> З цього приводу слушним є зауваження, що коли ізоляція та обмеження ґрунтуються на страхах, які можуть бути в персоналу, як можна оцінити реальність потреби відповідних обмежень? (*Zimring F. E., Hawkins G. Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisoners' Rights // The Future of Imprisonment. Ed. by Tonry M. — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 169*).

<sup>1032</sup> *Herzog-Evans M. La révolution pénitentiaire française // L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — P. 22.*

<sup>1033</sup> Див. *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, Assemblée nationale, le 28 juin 2000*. У фундаменті цієї доктрини лежить принцип римського права *de minimis non curat pretor*, застосування якого давало можливість судам уникати численних несуттєвих скарг і, таким чином, економити наявні ресурси. Разом з тим він піддавався суттєвій критиці через надзвичайну широту розсуду судів у визначенні того, коли серйозність впливу заходів внутрішнього порядку досягала тієї межі серйозності, після якої його можна було оскаржувати.

У представлений для Спеціальної слідчої комісії Національної Асамблеї доповіді містилась рекомендація жорстко обмежити законом використання заходів внутрішнього порядку, які не підлягають оскарженню у судах<sup>1034</sup>. Ця рекомендація залишається не виконаною і по сьогодні. На практиці ж стандартними прикладами таких заходів завжди були додаткова ізоляція в межах установи, поміщення в дисциплінарний ізолятор, переведення з однієї установи в іншу, зміна порядку реалізації різних прав та ін.

З часом підходи судів суттєво змінювалися. Державна рада (Conseil d'État)<sup>1035</sup> почала визнавати, що окремі акти пенітенціарної адміністрації могли оскаржуватися в судах. Це стосувалось відмови дотримуватись конфіденційності кореспонденції між засудженим та його адвокатом<sup>1036</sup>, відмови повернути засудженому кошти, заблоковані на його рахунок<sup>1037</sup>, заборони отримувати певні типи публікації, рішення стосовно організації прийому їжі<sup>1038</sup>.

Однак це були дуже скромні кроки в напрямку до юридизації. Справжня «юридизаційна революція» була ознаменована рішенням у справі Марі 1995 року. В ньому Державна рада прийняла до розгляду позов про визнання незаконним рішення про поміщення засудженого до дисциплінарного ізолятора строком на 8 днів. Були нарешті встановлені критерії для визначення того, чи могло рішення в'язничної адміністрації бути піддано оскарженню: природа оскаржуваного заходу та його суворість, з огляду на становище засудженого. Тобто для встановлення того, чи відносився захід до внутрішнього порядку, до уваги мав братись не тільки юридичний, але й фактичний вплив заходу на засудженого, в тому числі на його матеріальне становище.

У подальшому позиція, висловлена в рішенні Марі, була розвинута в інших рішеннях: щодо визначення умов, на яких засуджені могли отримувати інформаційні матеріали<sup>1039</sup>, щодо поміщення засудженого в ізоляцію<sup>1040</sup>. У 2007 році Державною радою було додатково розвинуто питання критеріїв прийнятності позовів засуджених. Почали визнаватись прий-

---

<sup>1034</sup> Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, Assemblée nationale, le 28 juin 2000.

<sup>1035</sup> Вищий орган адміністративної юрисдикції Франції.

<sup>1036</sup> CE, 12 mars 1980, Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines, no. 12572.

<sup>1037</sup> CE, 3 novembre 1989, M. Jean-Jacques M., no. 85424.

<sup>1038</sup> CE, 15 janvier 1992, C., no. 97149.

<sup>1039</sup> CE, 18 mars 1998, D., no. 191630.

<sup>1040</sup> 30 juillet 2003, Garde des Sceaux c/ M. Saï no. 191630. Поміщення в ізоляцію віддалено нагадує поміщення до дільниці посиленого контролю в Україні.

нятними скарги на переведення з однієї установи до іншої, яка відрізняється рівнем безпеки та умовами тримання<sup>1041</sup>, звільнення з роботи в тюрмі<sup>1042</sup>, підпорядкування засудженого режиму підвищеної безпеки із постійною зміною місця відбування покарання<sup>1043</sup>. Як наслідок розвитку цієї судової практики були також прийняті рішення, де визнавалось право засуджених на оскарження інших заходів, які раніше могли б розглядатись як заходи внутрішнього порядку: повний тілесний обшук<sup>1044</sup>, поміщення в умови превентивної ізоляції<sup>1045</sup>, зміна режиму тримання на відмінний від попереднього<sup>1046</sup>, порядок та умови проведення побачень<sup>1047</sup>, віднесення до злісних порушників режиму (*détenus particulièrement signalés*)<sup>1048</sup>, застосування окремих дисциплінарних санкцій, як-то попередження (*avertissement*)<sup>1049</sup>. Хоча розвиток судової практики відбувався досить бурхливо він, проте, супроводжувався доволі поступовими змінами на практиці<sup>1050</sup>. Одні й ті ж типи справ в'язнів могли прийматись до розгляду і відхилятись.

Незважаючи на розвиток протягом останніх двадцяти років, категорія «захід внутрішнього порядку» продовжує застосовуватись для відхилення позовів засуджених. До таких заходів продовжують відноситись, наприклад, питання первинної класифікації до місця відбування покарання, переведення із арештного дому до установи виконання покарань (*établissement pour peine*), зміни місця відбування покарання одного рівня

---

<sup>1041</sup> CE, 14 décembre 2007, M. Miloud A., no. 290730.

<sup>1042</sup> CE, 14 décembre 2007, M. Franck A., no. 290420.

<sup>1043</sup> CE, 14 décembre 2007, M. Pascal A, no. 306432.

<sup>1044</sup> CE, 14 novembre 2008, M. E. S, no. 315622; можливість оскаржувати такі заходи визнавалась раніше коли вони здійснювались в рамках дисциплінарного характеру (CE, 12 mars 2003, Garde des Sceaux c/ Frérot, no. 237437).

<sup>1045</sup> CE, 17 décembre 2008, SFOIP, no. 293786.

<sup>1046</sup> CE, 28 mars 2011, Garde des Sceaux c/ M. A. B., no. 316977.

<sup>1047</sup> CE, 26 novembre 2010, Ministre d'Etat, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Hervé A., no. 329564.

<sup>1048</sup> CE, 30 novembre 2009, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Ali A., no. 318589.

<sup>1049</sup> CE, 21 mai 2014, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Mme A., no. 359672.

<sup>1050</sup> Див. напр. *Céré J.-P., Herzog-Evans M.* La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence // *Recueil Dalloz.* — 1999. — pp. 509–516; *Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E.* Actualité jurisprudentielle du droit de l'exécution des peines // *Recueil Dalloz.* — 2001. — pp. 562–569; *Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E.* Actualité du droit de l'exécution des peines // *Recueil Dalloz.* — 2002. — pp. 110–118 ; *Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E.* Droit de l'exécution des peines : panorama 2004 // *Recueil Dalloz.* — 2005. — pp. 995–1001.



безпеки або відмови в такій зміні<sup>1051</sup>. Однак такий підхід більше не вважається негнучким, і тепер звертається набагато більша увага не на формальне віднесення заходу до такої категорії, а на реальний вплив на права засуджених; у разі встановлення значного впливу на права особи — захід, який традиційно визнається таким, що відноситься до внутрішнього порядку, може піддаватись оскарженню<sup>1052</sup>. Варто відмітити, що разом із заходами індивідуального характеру з часом адміністративна юрисдикція почала визнавати такими, що підлягають судовому контролю, підзаконні нормативні акти, які регулюють окремі питання виконання покарання<sup>1053</sup>.

Незважаючи на те, що у Франції судова практика не вважається джерелом права, її значення в розвитку права та правової політики величезне. Особливо це стосується рішень Державної ради. Наприклад, Пенітенціарний закон 2009 року багато в чому став наслідком розвитку судової практики. Так само зазнали значних змін підзаконні акти. Показовими є новації в дисциплінарній сфері як наслідок змін Циркуляру щодо дисциплінарної практики у в'язницях<sup>1054</sup>, який врахував зауваження судової практики.

Суттєвим є вплив судової практики і на розвиток доктрини в'язничного права. Звичним є детальне коментування французькими фахівцями рішень національних судів щодо прав в'язнів.

Як вказує Д. Камінські, еволюція тюремної системи вимагає, щоб визнання прав в'язнів тяжіло до встановлення законодавчих норм та щоб відбувалось втручання судів у контроль їх застосування<sup>1055</sup>. При цьому судове втручання є ключовим для вектора в розпізнавання юридичного захисту в'язнів<sup>1056</sup>. На тлі юридичної битви із розпізнавання судового контролю та його позитивного впливу важливою є увага і до більш глобального питання — допустимості втручання судів у в'язничні справи.

---

<sup>1051</sup> Conseil d'Etat L'administration pénitentiaire et le juge administratif (août 2014). Dossier thématiques : L'état du droit. — P. 4 //

[http://www.conseil-etat.fr/content/download/33120/287166/version/2/file/Dossier%20the matique\\_Administration%20penitentiaire.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/33120/287166/version/2/file/Dossier%20the matique_Administration%20penitentiaire.pdf) (останній доступ 29.11.2016).

<sup>1052</sup> Ibid.

<sup>1053</sup> CE, 29 Février 2008, M. A. et autres, nos. 308145,308147; CE section 31 octobre 2008, Section française de l'OIP, no. 293785; CE, 17 décembre 2008, Section française de l'OIP, no. 293786; CE, 17 décembre 2008, Section française de l'OIP, no. 305594.

<sup>1054</sup> Circulaire JUSK1140024C du 9 juin 2011 relative au régime disciplinaire des personnes détenues majeures.

<sup>1055</sup> Kaminski D. Les droits des détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison // L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — P. 92.

<sup>1056</sup> Ibid. — P. 102.

На відміну від позиції в'язничних адміністрацій, що судове втручання шкодитиме нормальним відносинам, французькі автори вважають, що реальна ситуація є протилежною. Відсутність юридизації та всеохопного регулювання за допомогою права і є справжньою причиною наявності конфліктів<sup>1057</sup>, адже можливість судового оскарження є своєрідним «клапаном стравлення» і заходом для в'язнів виражати свою позицію без насилля або звернення до ЗМІ<sup>1058</sup>. Тому юридичний статус в'язнів у внутрішньому праві має посилюватись, таким чином відносини між засудженими та в'язничною адміністрацією трансформуватимуться в правові<sup>1059</sup>.

З іншого боку, варто розуміти, що всеохоплююче застосування права до відносин, що складаються в процесі виконання покарання, може розглядатись як позитивна практика лише за умови належної якості правових норм. В іншому разі негнучке застосування права може призводити до суттєвих проблем у підтриманні порядку та сприяти створенню різко негативної атмосфери в установі. Потрібно також мати на увазі застереження І. Гофмана, що тотальна регламентація в'язничного режиму є мортифікацією «цивільного я» засудженого<sup>1060</sup>. Отже, наша теза полягає в тому, що право має застосовуватись до відносин у сфері виконання покарань, однак воно не повинно створювати атмосферу зарегульованості на шкоду обом сторонам оскільки ми знаємо, що така зарегульованість призводить до проблем з підтримкою порядку в установі<sup>1061</sup>. У таких умовах немає місця для побудови сприятливих стосунків між в'язничним персоналом

---

<sup>1057</sup> *Herzog-Evans M.* Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 325. І навпаки, окремі автори вказують на дослідження, які підтверджують, що втручання судів у пенітенціарні справи може призводити до підвищення протистояння в'язів та адміністрації (*Landreville P., Lemonde L.* La reconnaissance des droits fondamentaux des personnes incarcérées : l'expérience canadienne // *L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — P. 83).

<sup>1058</sup> *Mathieu G.* Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles. — Marseille : Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993. — P. 244.

<sup>1059</sup> *De Jonge G.* L'émancipation juridique des détenus aux Pays-Bas. Mise en oeuvre et développement du droit de plainte pénitentiaire // *L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — P. 45–49.

<sup>1060</sup> *Goffmann E.* On the Characteristics of Total Institutions: the Inmate World // *The Prison: Studies in Institutional Organisation and Change*. Cressey D. (Ed.). — New York: Holt, Rinehart & Winston, 1961. — pp. 16, 23.

<sup>1061</sup> *Bottoms A. E., Tankebe J.* Criminology Beyond Procedural Justice: A Dialogic Approach to Legitimacy // *The Journal of Criminal Law and Criminology*. — 2012. — Vol. 102. — Issue 1. — pp. 119–170.

та в'язнями. У протилежному разі у в'язничній системі не буде місця для впровадження динамічної безпеки.

Проблема супротиву юридизації є давньою загальною проблемою пенітенціарних систем. Судді не хочуть вважатись такими, що втручаються у вироблення пенальної політики, хоча це неминуче на практиці. Річ у тому, що вони розуміють, що не суди зобов'язані утримувати в'язниці, а тюремні адміністратори. Ця ідея лежить у корінні максимальної обережності та небажання судів при втручанні в практичні реалії, що відбуваються в пенітенціарній сфері<sup>1062</sup>. Безпека, хороший порядок та дисципліна зазнали б проблем, якби тюремний начальник мав виконувати свої обов'язки з огляду на суддю, який виглядає з-поза його плеча<sup>1063</sup>. Також судді бояться бути перевантаженими, хоча з часом вони нормально звикають до юридизації<sup>1064</sup>.

Очевидно, що такої самої думки притримується і пенітенціарна адміністрація, яка переконана в тому, що «їй видніше», як вчиняти з точки зору питань безпеки та підтримки режиму. Прихильники цього підходу вважають, що втручання судової влади в пенітенціарну сферу часто є непродуктивним або навіть контрпродуктивним<sup>1065</sup>. Таке втручання може призводити до підривання влади та авторитету адміністрації<sup>1066</sup>. Саме тому еволюція юридичної складової виконання покарань не завжди робилася із згоди з установами. Установа завжди намагалась уникнути юридичних вимог<sup>1067</sup>.

Незважаючи на критичні точки зору щодо допустимості втручання судів у «внутрішнє» життя пенітенціарних установ, важко заперечити, що від того, наскільки процес юридизації торкнувся пенітенціарної системи, залежить прогрес підходів до обґрунтування обмежень прав.

---

<sup>1062</sup> *Scott D.* The Politics of Prisoner Legal Rights // *The Howard Journal*. — 2013. — No. 3, Vol 52. — P. 247; *Jacobs J. B.* Prison Reform Amid the Ruins of Prisoners' Rights // *The Future of Imprisonment*. Ed. by Tonry M. — New York: Oxford University Press, 2004. — pp. 179–198; *Lazarus L.* Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England. — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 197.

<sup>1063</sup> *Livingstone S., Owen T., Macdonald A.* Prison Law. 4th edition. — New York: Oxford University Press, 2008. — P. 100.

<sup>1064</sup> *Herzog-Evans M.* Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 995.

<sup>1065</sup> *Feely M., Hanson A. R.* The Impact of Judicial Intervention on Prisons and Jails: A Framework for Analysis and a Review of the Literature // *Courts, Corrections and the Constitution: The Impact of Judicial Intervention on Prisons and Jails*. Dilulio J. J. (Ed.). — New York: Oxford University Press, 1990. — P. 13. Вказане видання містить дослідження реальних ефектів впливу судової практики на функціонування пенітенціарної системи та окремих установ. Враховуючи те, що нашою метою не є аналіз впливу, а лише описування позиції двох протилежних сторін щодо юридичного втручання в пенітенціарну сферу, читачеві пропонується звернення до вказаного видання для більш детального ознайомлення із проблемою.

<sup>1066</sup> *Ibid.* — P. 17.

<sup>1067</sup> *Herzog-Evans M.* Droit pénitentiaire. *Ibid.* — P. 566.

Варто розглядати два аспекти впливу юридизації на практику виконання покарань: процедурний та матеріальний.

Процурний аспект полягає в тому, що існує реальна можливість оскарження в судах тих чи інших заходів, які втручаються в (обмежують) його права. Він дозволяє захищатись від необґрунтованих обмежень, а також змінює практику подальшого застосування цих обмежень щодо окремого засудженого або і щодо більш широкого кола осіб.

Матеріальний аспект полягає у впливові судової практики на «очищення» пенітенціарного законодавства від необґрунтованих обмежень. Це може відбуватись як шляхом поступового опосередкованого впливу цієї практики на модифікацію, скасування чи створення норм права, так і шляхом безпосередньої зміни чи скасування норм у разі, якщо судовий орган має відповідну юрисдикцію (адміністративну чи конституційну).

Приклад Франції демонструє значення юридизації для розвитку окремої доктрини стосовно обмежень прав засуджених. Постійне вирішення питання про обґрунтованість чи необґрунтованість обмежень судами закономірно змушує судову, а також виконавчу й законодавчу владу змінювати та розробляти нові стандарти обмежень.

Однак вплив юридизації в цій країні не є унікальним. Наприклад, у США юрисдикціоналізація також була провідником у пенітенціарній реформі. Головними її наслідками були:

- 1) бюрократизація тюрем у позитивному значенні — краще документування й мотивація рішень;
- 2) збільшення процедурних гарантій;
- 3) з'явилося нове покоління в'язничних співробітників, які змогли працювати у відповідності до нових, вищих стандартів;
- 4) підвищилась обізнаність громадськості щодо тюрем;
- 5) в'язні підвищили громадську активність щодо захисту своїх прав;
- 6) падіння духу (*demoralization*) в'язничних співробітників;
- 7) ускладнився контроль щодо в'язнів;
- 8) почався рух щодо покращення національних тюремних стандартів<sup>1068</sup>. Варто підкреслити, що наслідки 6 та 7 мали місце у зв'язку з тим, що в'язнична адміністрація була не готова працювати за численними процедурами. Правові атаки та судові втручання, за словами деяких в'язничних посадовців, фатально підірвали їхню здатність адмініструвати їхні установи і підтримувати базові порядок та дисципліну<sup>1069</sup>. У свою чергу, ці наслідки в тривалій перспективі призвели до таких позитивних зрушень, як поява персоналу, під-

<sup>1068</sup> *Jacobs J. The Prisoners' Rights Movement and Its Impacts 1960–1980 // Crime and Justice. — 1980. — No. 2. — pp. 453–462.*

<sup>1069</sup> *Ibid. — P. 430.*

готовленого до ефективної роботи, незважаючи на наявність жорстких процедур та, як результат, краща захищеність прав людини.

Особливу роль судів у боротьбі проти необґрунтованих обмежень прав засуджених підкреслюють Зімрінг та Хокінс<sup>1070</sup>. Вони вважають, що коли головним гравцем процесу встановлення та обґрунтування обмежень прав стає не суд, а законодавець, то він, напевно, керуватиметься міркуваннями політичної доцільності/репутації (підтримка громадян, як правило, вимагає максимально обмежувальної (репресивної) в'язничної політики) та бюджетної економії. Схоже стосується і виконавчої гілки влади. Тому спеціальний чи загальний суд у цьому разі має найкращі шанси розглядатись як єдиний по-справжньому незалежний суб'єкт, що міг би втручатись у контроль відбування покарання<sup>1071</sup>.

Визнання обмеження права необґрунтованим може мати місце як щодо окремих засуджених, як це, наприклад, із поміщенням у дисциплінарний ізолятор, заборонаю отримувати побачення, так і щодо невизначеного їх кола, як це в разі встановлення автоматичних обмежень підзаконними нормативними актами чи законами. Для оскарження обмежень у першому випадку засуджені повинні мати змогу звернутись до адміністративного чи звичайного суду, а в другому — до юрисдикції, яка компетентна зі скасування актів.

Особливої ваги судовий контроль набуває для прийняття індивідуальних рішень. Пояснюється це тим, що більш жорсткий судовий контроль, особливо якщо він може мати вплив на посадову особу, обмежувальні дії чи рішення якої були визнані незаконними, сприяє розвитку мотивування рішень правозастосувачем. Саме належна мотивація становить фундамент для визнання судом обґрунтованості застосованого обмеження. Це вимагає від в'язничної влади розвитку техніки мотивування застосування обмежень. Що стосується правотворця, який створює норми, на підставі яких застосовуються обмеження, то як тільки він починає розуміти, що його акти детально аналізуються судами на підставі пропорційності, він почне розробляти проекти актів уважніше<sup>1072</sup>. З іншого боку, у разі недостатності в пенітенціарної адміністрації відповідних аргументів це також матиме потенціал стримувати її від застосування правозастосовних обмежень.

Іншою роллю судді є доповнення діяльності законодавця поясненням норм права, які містять обмеження. Оскільки законодавець не пояснює

---

<sup>1070</sup> *Zimring F. E., Hawkins G. Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisoners' Rights // The Future of Imprisonment. Ed. by Tonry M. — New York: Oxford University Press, 2004. — pp. 157–178.*

<sup>1071</sup> *Ibid.* — pp. 170–171.

<sup>1072</sup> *Hill L., Koch C. The Voting Rights of Incarcerated Australian Citizens // Australian Journal of Political Science. — 2011. — Vol. 46. — No. 2. — P. 226.*

мотиви прийнятого нормативного акта, суддя вже *a posteriori* має оцінювати раціональність обмежень, які містяться в ньому<sup>1073</sup>.

Удосконалення процедурного аспекту застосування державного примусу має безпосередній вплив на легітимність юстиції<sup>1074</sup>, а тому від нього залежить те, наскільки засуджені будуть бажати добровільно піддаватися рішенню, яким обмежуються їхні права, і загалом порядок в пенітенціарній установі<sup>1075</sup>.

Окремі автори вказують на два аспекти легітимності: матеріальний та процедурний<sup>1076</sup>.

Матеріальний аспект включає відповідність стандарту повсякденного життя очікуванням. У контексті нашого дослідження це стосується обсягу обмежень, які застосовуються до в'язнів. Тоді як процедурний аспект стосується порядку їх застосування та вирішення пов'язаних диспутів. Варто мати на увазі й те, що легітимність у матеріальному плані передбачає не «задобрювання» (pleasing) в'язнів, а відповідність стандартів раціональним очікуванням<sup>1077</sup>. В українському контексті, в'язні так само сприймають обмеження, якщо вони відповідають загальному розумінню раціональності та прийнятності<sup>1078</sup>. Більше того в'язничний персонал сам може

---

<sup>1073</sup> *Peces-Barba G.* Théorie générale des droits fondamentaux. Traduction de Ilié Antonio Pelé, présentation de Samir Naïr, Préface d'André-Jean Arnaud. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004. — P. 442.

<sup>1074</sup> *Tyler T. R.* Why People Obey the Law. — New Jersey: Princeton University Press, 2006; *De Mesmaecker V.* Perceptions of Criminal Justice. — New York, Abingdon: Routledge of Criminal Justice, 2014. Те ж саме стосується і в'язниць: *Sparks J. R., Bottoms A. E.* Legitimacy and Order in Prisons // *The British Journal of Sociology.* — 1995. — Vol. 46, No. 1. — pp. 45–62; *Bottoms A., Hay W., Sparks R.* Prisons and the Problem of Order. — Oxford: Oxford University Press, 1996; *Jackson J., Tyler T. R., Bradford B., Taylor D., Shiner M.* Legitimacy and Procedural Justice in Prisons // *Prison Service Journal.* — 2010. — No. 191. — pp. 4–10; *Beijersbergen K. A., Dirkzwager A. E., Eichelsheim V. I., van der Laan P. H., Nieuwbeerta P.* Procedural Justice, Anger, and Prisoners' Misconduct. A Longitudinal Study // *Criminal Justice and Behavior.* — 2014. — № 20(10). — pp. 1–23. Див. також коментар до цієї статті професора *М. Ерцог-Еванс: Herzog-Evans M.* Une étude hollandaise demontre le lien entre équité processuelle et comportement des détenus //

<http://herzog-evans.com/une-etude-hollandaise-demontre-le-lien-entre-equite-processuelle-et-comportement-des-detenus/> (останній доступ 20.06.2016);

*Karin A., Beijersbergen K. A., Dirkzwager A. J. E., Nieuwbeerta P.* Does Procedural Justice During Imprisonment Matter? // *Criminal Justice and Behavior.* — 2016. — № 43 (1). — pp. 63–82.

<sup>1075</sup> *Bottoms A., Hay W., Sparks R.* Prisons and the Problem of Order. — Oxford: Oxford University Press, 1996. — P. 302.

<sup>1076</sup> *Ibid.* — P. 305.

<sup>1077</sup> *Ibid.* — P. 329; *Sparks J. R., Bottoms A. E.* Legitimacy and Order in Prisons // *The British Journal of Sociology.* — 1995. — Vol. 46, 1. — P. 59.

<sup>1078</sup> *Symkovych A.* Compromised Power and Negotiated Order in a Ukrainian Prison // *The British Journal of Criminology.* — 2017. — DOI: <https://doi.org/10.1093/bjc/azx012>. First published: 03 March 2017. — P. 6.

піддавати оцінці раціональність певних правових норм. У разі ж їх нераціональності він може вдаватися до їх «недозастосування». У зв'язку з цим А. Симкович вказує на емпіричні складнощі встановлення «виправданих правил» та задає запитання: наскільки невинуватими та застарілими мають бути формальні правила, щоб морально виправдати уникнення їх виконання?<sup>1079</sup>

У в'язничній установі очікування засуджених щодо стандартів обмежень може бути завищене або викривлене, а тому цей аспект легітимності може бути особливо складно забезпечити. З цієї перспективи процедурний аспект потенційно набуває особливого значення.

Юридизація обмежень прав засуджених є необхідним кроком для юридичної нормалізації, про яку йшлося в попередньому розділі. Вона вимагає певної законодавчої організації та закріплення відповідних процедурних норм. У випадку засуджених це могло б бути забезпечено через закріплення кількох норм, які гарантували б право звернення до суду за ефективним захистом від необґрунтованих обмежень. Як справедливо вказує Г. Фогер, необхідно пом'якшувати умови звернення за захистом своїх прав до суду, адже це обґрунтовується специфікою самого ув'язнення. Якщо можна припустити, що обмеження матеріальних прав відбувається через неминучі в ув'язненні обмеження, то не можуть мати місця обмеження процедурних прав тією мірою, якою вони є незамінними (потрібними) для захисту цих матеріальних прав<sup>1080</sup>.

З огляду на роль судів у розвитку стандартів обмежень прав, розгляньмо детальніше як можна сприяти розвитку судової практики у в'язничних справах.

### 3.1.4.2. Конструювання норм-гарантій звернення засуджених до суду

#### а) Чітке закріплення права на звернення

Перш за все, у нормах права має міститися чітка вказівка на те, що в разі застосування будь-яких обмежень, засуджений має право звертатись до суду та вимагати їх скасування на підставі необґрунтованості<sup>1081</sup>.

<sup>1079</sup> Symkovych A. Compromised Power and Negotiated Order in a Ukrainian Prison // The British Journal of Criminology. — 2017. — DOI: <https://doi.org/10.1093/bjc/azx012>. First published: 03 March 2017. — P. 6.

<sup>1080</sup> Faugère G. L'accès des personnes détenues aux recours. Étude de droit administratif. Thèse en vue d'obtention du doctorat de l'Université de Toulouse. — Toulouse : Université de Toulouse, 2015. — P. 487.

<sup>1081</sup> Саме такий підхід ми обрали під час розробки законопроекту про внесення змін до КПК щодо доступу в'язнів до суду (див. підрозділ 3.7.1 «Законопроекти щодо обмежень прав в'язнів»).

Така вказівка могла б бути доповненою стосовно того, що потрібно вважати обмеженням у широкому розумінні.

При цьому, щоб не допустити зловживання такою нормою для визнання неприйнятними позовів, така стаття мала б бути сформульована у вигляді невичерпного переліку обмежень, щодо яких в'язні можуть звертатись до суду. У такому вигляді вона надала б орієнтири як для засуджених у разі бажання звернення їх до судів, так і для пенітенціарної адміністрації, на яку це мало б окреслений вище «розвиваючий» вплив — спонукання до більш виваженого застосування правообмежувальної репресії та більш обґрунтованої мотивації обмежень.

Наприклад, вказівка на те, що застосування дисциплінарної санкції є застосуванням обмеження чи обмежень була б належним законодавчим закріпленням гарантованої підстави для оскарження таких заходів. Відкритість же переліку могла б бути сформульована шляхом перерахування найбільш часто застосовуваних обмежень. Ними могли б бути, наприклад, дисциплінарні стягнення, проведення обшуків, обмеження права на приватність шляхом читання листів, прослуховування телефонних розмов, порядку організації проведення побачень, застосування відеоспостереження. Для закріплення невичерпності переліку в кінці цього списку можна було б закріплювати таке формулювання як «та інші обмеження прав людини».

#### *б) Стандарт обґрунтованості обмежень*

Норми мають закріплювати стандарт, за допомогою якого буде здійснюватись оцінка обґрунтованості обмеження. Основою цього стандарту може стати доктрина пропорційності. Вона має враховувати в'язничний контекст (наприклад, при встановленні допустимих цілей, тривалості обмежень та ін.) та встановлювати порядок аналізу обмеження на предмет пропорційності.

Застосування такого стандарту дозволила б судам замість сухої перевірки відповідності певної практики нормам закону використовувати більш гнучкий стандарт, який передбачає балансування індивідуальних та суспільних інтересів. Саме балансування має розвиваючий вплив на судову практику, адже вимагає детальної мотивації рішень від пенітенціарної адміністрації та судів, викладення аргументів та контраргументів. Крім того, цей стандарт дозволяє пряме застосування загальної лімітативної клаузули у випадках, коли інше законодавство не дає чіткої відповіді на питання щодо обґрунтованості обмеження того чи іншого права.

Необхідність перевіряти обмеження через певний стандарт оцінки обґрунтованості обмеження залежить від типу обмеження. Якщо воно є автоматичним, то застосування стандарту є проблематичним або й неможливим, адже за дефініцією застосування обмеження є обов'язковим



незалежно від волі правозастосувача чи суду. У такому разі суд може лише обмежитися встановленням того, чи було застосування обмеження таким, що відповідало закону.

Щоправда, якщо суд уповноважений скасовувати норми права, то цей стандарт може бути використаний для перевірки обґрунтованості норми, яка закріплює обмеження. Правила юрисдикції, а також правила щодо визнання незаконними та/або неконституційними певних норм, як правило, знаходяться в законодавстві, що регулює функціонування адміністративної та конституційної юрисдикції. Встановлення належної юрисдикції може саме по собі бути проблемним.

#### *в) Встановлення підсудності*

Звичайною справою є плутанина щодо того, які питання відносяться до компетенції адміністративних, а які до інших юрисдикцій. Тому мають встановлюватися чіткі правила щодо судової юрисдикції справ, пов'язаних з пенітенціарною сферою.

Одним із варіантів подолання проблеми підсудності може бути створення спеціалізації суддів. Прикладом може бути створення пенітенціарного судді. Крім подолання проблеми підсудності інститут пенітенціарних суддів позитивно впливає на ефективність судового контролю за діяльністю органів і УВП у державах, де він існує<sup>1082</sup>.

Наприклад, перспективним є модель пенітенціарного судді, який має можливість не тільки розглядати питання, пов'язані із виконанням покарань (*l'exécution des peines*), як-то умовно-дострокове звільнення, як це у Франції, але й розглядати скарги на проблеми, які пов'язані з умовами відбування покарання, як це в Італії чи Румунії. На наше переконання, впровадження пенітенціарного судді в цьому сенсі має кілька позитивних ефектів<sup>1083</sup>:

- наближення суду до в'язнів є одним зі способів покращити доступ до правосуддя, адже особиста присутність під час засідання звичайного суду може бути проблематичною, якщо особа утримується

---

<sup>1082</sup> Сикал М. М. Контроль за діяльністю Державної кримінально-виконавчої служби України: правові та організаційні засади. Дис. канд. юрид. наук. — Київ: Національна академія внутрішніх справ України, 2012. — С. 62–75.

<sup>1083</sup> У розробленому нами законопроекті щодо пенітенціарних суддів серед іншого існує чітка вказівка на те, що питання про обґрунтованість правообмежень розглядаються пенітенціарними суддями. Це має дозволити подолати проблеми юрисдикційного підпорядкування. Див.: Проект Закону про превентивні та компенсаційні засоби у зв'язку з катуванням, нелюдським чи таким, що принижує гідність, поведженням або покаранням щодо засуджених та осіб, узятих під варту, й запровадження інституту пенітенціарних суддів № 4936 від 08.07.2016 // [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=59613](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59613) (доступ 18.07.2016); Човган В. О., Яковець І. С. Превентивні та компенсаційні заходи як захист від катувань і жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поведження чи покарання // Вісник кримінологічної асоціації. Збірник наукових праць. — 2016. — №2. — С. 184–198.

- в пенітенціарній установі<sup>1084</sup>. Водночас, особиста присутність є принциповою, коли йдеться про необхідність того, щоб адміністрація установи пояснила мотиви свого рішення щодо обмежень права та щоб отримати заперечення в'язнів проти них. До того ж, неможливість особисто в'язнем представити судді аргументи може розглядатись як порушення Конвенції в окремих категоріях справ<sup>1085</sup>;
- краще розуміння суддями проблем, пов'язаних із виконанням покарань та безпекою загалом. Адміністрація пенітенціарної установи перестає бути монополістом на знання щодо безпечності тих чи інших обмежень. Суддя ж, хоч і не є фахівцем з пенітенціарних питань, навчається на своєму досвіді та стає експертом у спірних аспектах пенітенціарної сфери<sup>1086</sup>;
  - можливість безпосереднього дослідження доказів, які знаходяться в установі<sup>1087</sup>.

### г) Доступ до необхідних документів

Для ефективного здійснення права в'язнів на судовий захист має належно врегульовуватись питання їхнього доступу до документів, необхідних для оскарження обмежень. Право на індивідуальне звернення до суду, як це підтверджує практика ЄСПЛ за статтею 34 Конвенції (право на індивідуальну заяву), включає право вільного доступу до документів, які необхід-

---

<sup>1084</sup> Детальніше щодо цієї проблеми в Україні див. Човган В. Ключові напрями пенітенціарної реформи як складові національного Плану дій у сфері прав людини // [http://www.khpg.org/index.php?id=1453461065#\\_ftn1](http://www.khpg.org/index.php?id=1453461065#_ftn1) (останній доступ 29.11.2016). Російською: Човган В. Ключевые направления пенитенциарной реформы как составляющие национального Плана действий в области прав человека //

<http://www.prison.org/content/mezhdunarodnyy-opyt-klyuchevye-napravleniya-penitenciarnoy-reformy-v-ukraine> (останній доступ 29.11.2016).

<sup>1085</sup> *Karpenko v. Russia* (no. 5605/04, 13.03.2012), *Kovalev v. Russia* (no. 78145/01, 10.05.2007), *Khuzhin and Others v. Russia* (no. 13470/02, 23.10.2008), *Shilbergs v. Russia* (no. 20075/03, 17.10.2009), *Artyomov v. Russia* (no. 14146/02, 27.05.2010), *Roman Karasev v. Russia* (no. 30251/03, 25.11.2010).

<sup>1086</sup> До таких висновків доходить спеціальне дослідження щодо французьких пенітенціарних суддів, яке підтверджує ефективність “learning by doing” («навчання шляхом роботи») у їхній практиці: *Herzog-Evans M. Le juge de l'application des peines: Monsieur Jordain de la desistance*. — Paris : l'Harmattan, 2013.

<sup>1087</sup> Цей аспект діяльності пенітенціарних суддів є проблематичним. Під час обговорення згаданого проекту щодо пенітенціарних суддів він піддавався значній критиці у світлі можливості суддів оцінювати докази безпосередньо. Річ у тому, що, на думку критиків (серед яких головним була Генеральна прокуратура України), залучення судді до безпосередньої оцінки доказів (наприклад, поганих умов тримання в камері) суперечить принципу поділу влад. Наш контраргумент полягав у тому, що суддя завжди займався оцінкою доказів у межах кримінального процесу, а також те, що в разі, якщо для дослідження доказів у межах пенітенціарної установи необхідно залучення експерта, така можливість існуватиме.

ні для такого звернення. Проблеми, до яких може призводити неврегульованість такого доступу, є численними: починаючи з пропуску засудженим строків звернення до суду чи вчинення процесуальної дії з метою оскарження і закінчуючи повною неможливістю отримати документ, необхідний для звернення. Ця проблема є систематичною для України, що було визнано Європейським судом і на що нами раніше вже зверталась увага<sup>1088</sup>.

До речі, в процесі обговорення проекту нових ПВР із громадськістю нам вдалося домогтися певних змін до нових ПВР з цього приводу. Однак ДПтС серйозно викривила зміст наших пропозицій. Так, нами пропонувалось, щоб «у разі потреби засуджених у копіях документів, пов'язаних із реалізацією їх прав та законних інтересів, що містяться в особовій справі засудженого, та медичних документів<sup>1089</sup>, їм надається можливість зняти копії із них. У разі відсутності коштів на його особистому рахунку виготовлення копій таких документів здійснюється за рахунок установи виконання покарань. У такому разі копії необхідних документів надаються адміністрацією установи виконання покарань засудженому в триденний строк після подачі ним письмової заяви начальнику установи виконання покарань»<sup>1090</sup>.

Натомість у ПВР з'явились кілька правил щодо отримання копій документів, необхідних для звернення; вони значно звужують закріплення можливості доступу до копій порівняно із вищезазначеною про-

<sup>1088</sup> Саме відмова адміністрацій пенітенціарних установ у наданні копій документів, необхідних Суду, ставала причиною порушення статті 34 Конвенції в рішенні у справі «Василь Івашченко проти України» (*Vasiliy Ivashchenko v. Ukraine* (no. 760/03, 26.10.2012)), у якій засудженому відмовляли в отриманні копій у зв'язку з тим, що він мав право мати при собі лише свій вирок (відповідна норма, між іншим, і сьогодні закріплена в додатку 6 до ПВР установ виконання покарань). У принциповому рішенні Найд'юн проти України (*Naydyon v. Ukraine* (no. 1647/03, 14.10.2010) Суд чітко встановив всупереч аргументам уряду щодо відсутності в нього обов'язку робити копії, що ст. 34 Конвенції накладає на держави-учасниці позитивний обов'язок не перешкоджати здійсненню права на індивідуальне звернення, зокрема, надавати заявникам копії документів, необхідних для належного розгляду їх заяв. Такий обов'язок впливає і з маси інших рішень ЄСПЛ, у яких вказується на обов'язок держави забезпечувати осіб, які знаходяться під її відповідальністю, в тому числі засуджених, найнеобхіднішим для подачі в Суд заяви (див., наприклад, *Iambor v. Romania* (no. 1) § 216 (no. 64536/01, 24.06.2008); *Novinskiy v. Russia* § 120 (no. 11982/02, 10.02.2009); *Gagiu v. Romania* §§ 93–99 (no. 63258/00, 24.02.2009)). Нещодавнє рішення ЄСПЛ у справі «Воробйова проти України» ще раз підкреслило проблематику. Ним встановлене порушення Конвенції через, згідно з формулюванням Суду, системну проблему неврегульованості процесу виготовлення копій документів у пенітенціарних установах (*Vorobeyev v. Ukraine* (no. 28242/10, 16.01.2015)).

<sup>1089</sup> Вимога щодо наявності такої можливості стосовно медичних документів закріплена також у п. 46 3-ої Загальної доповіді КЗК (3rd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1992, CPT/Inf (93) 12) — прим. авт.

<sup>1090</sup> Човган В. О. Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). — Харків: Права людини, 2014. — С. 111.

пованою нормою. Тепер у п. 13.1 ПВР вказується: «У разі потреби, що пов'язана з реалізацією прав та законних інтересів засудженого, копії цих документів (отриманих від судів, інших державних органів та установ у результаті звернення до них засудженого — прим. авт.) надаються йому адміністрацією установи виконання покарань за його письмовою заявою в п'ятиденний строк»<sup>1091</sup>. Так само в п. 12.1 ПВР вказується, що «у разі наявності в засудженого копій документів, які були зроблені ним під час досудового розслідування та судового розгляду справи та які зберігаються на складі установи виконання покарань, за заявою засудженого адміністрація установи надає ці копії в разі потреби, що пов'язана з реалізацією прав та законних інтересів». Більше того, у ПВР залишилася норма, у відповідності до якої: «при надходженні до засудженого листа з Європейського суду з прав людини про необхідність надання копій документів, що містяться в особовій справі засудженого, та в разі відсутності коштів на його особовому рахунку виготовлення копій таких документів здійснюється за рахунок установи виконання покарань...» (п. 9.2 ПВР). Таким чином можливість отримання безкоштовних копій врегульовано щодо звернень до ЄСПЛ, але не до національних судів, хоча звернення до них є передумовою звернення до ЄСПЛ. Але й у випадку з ЄСПЛ правило встановлює, що отримання безкоштовних копій з метою звернення до ЄСПЛ потрібно ... звернутися до ЄСПЛ з тим, щоб адміністрація установи отримала лист про необхідність відповідних копій<sup>1092</sup>.

Усі вищенаведені приклади свідчать про актуальність зауваження повного доступу засуджених до документів, які необхідні їм як для звернення як до ЄСПЛ, так і до інших судів. Додатковою перепорою для реалізації права на звернення у зв'язку із сказаним є також норма, яка стосується переліку документів, які можуть зберігати при собі засуд-

---

<sup>1091</sup> Разом з тим у ПВР залишилася критикована норма, що «При надходженні до засудженого листа з Європейського суду з прав людини про необхідність надання копій документів, що містяться в особовій справі засудженого, та в разі відсутності коштів на його особовому рахунку виготовлення копій таких документів здійснюється за рахунок установи виконання покарань. У такому разі копії необхідних документів надаються адміністрацією установи виконання покарань засудженому в п'ятиденний строк після подачі ним письмової заяви начальнику установи виконання покарань» (п. 9.2). Ця норма, не тільки досить дивно корелює із нормою п. 13.1, а й є додатковим бар'єром для звернення до ЄСПЛ, адже використовуватися для зловживання владою з метою ускладнення та затягування реалізації права на захист у ЄСПЛ.

<sup>1092</sup> Ситуація з законодавчим регулюванням змінилася після завершення цієї роботи. Зокрема, в процесі опрацювання законопроекту № 2490а у парламенті автору цих стрічок вдалося домогтись включення до КВК України норми, що засуджені мають право «на отримання копій документів з їхніх особових справ та інших, пов'язаних з реалізацією їхніх прав, документів у порядку, встановленому Міністерством юстиції України» (ч. 1 ст. 8 КВК).

жені. Так раніше у відповідності до Додатку 6 колишніх ПВР засудженим дозволялося зберігати при собі копії вироків та ухвал судів, а також кореспонденцію з питань їх звернення до Європейського суду з прав людини. У нинішніх правилах ця заборона не стосується також квитанцій на зберігання грошей, речей та цінностей, а також кореспонденції від Омбудсмана та його представників, органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, уповноважених осіб таких міжнародних організацій, суду, прокурора, а також захисника в кримінальному провадженні. Однак крім того, що винятки щодо збереження документів де-юре стосуються тільки вхідної, а не вихідної кореспонденції, вони не стосуються й усіх інших документів, серед яких, наприклад, різноманітні довідки, у тому числі отримані в медичній частині пенітенціарної установи. Можна уявити величезну кількість документів, які необхідні для реалізації прав засуджених і зберігання яких можна формально заборонити у відповідності до ПВР.

Вказана проблематика не є чужою і для Франції. Генеральний контролер тюрем у своєму рішенні щодо зберігання особистих документів ув'язненими особами і їх доступу до документів<sup>1093</sup>, вказуючи на проблеми дотримання конфіденційності, звернув увагу також на низку проблем щодо доступу до необхідних документів, у тому числі для реалізації права на захист у суді. Серед них ускладнений доступ до документів щодо мотивів ув'язнення, оскільки в'язні не мають вільного доступу до канцелярії та повинні просити організувати візит до неї (при тому, що вона може бути недоступна в певний час), ускладнення отримання копій, оскільки пенітенціарна адміністрація посилається на статтю 42 Пенітенціарного закону, яка, на подив, спрямована на захист прав засуджених. При цьому проблематика стосується як документів із кримінальної справи, так і інших документів.

На думку Генерального контролера, в'язні повинні мати можливість зберігати будь-які особисті документи, за винятком таких як, наприклад, паспорт, посвідчення медичної страховки, або ж передати їх на умовах конфіденційності до канцелярії (п. 5–7). При цьому вони повинні мати доступ до цих або інших документів, які їх стосуються, у будь-який момент та можливість забрати їх зі зберігання (п. 9, 10). При цьому особисті документи мають розглядатися як власність засудженого, яка захищена Протоколом 1 до Європейської конвенції (п. 10). У відповідності до закону про інформацію, документи та свободи ув'язнені особи, як і вільні особи, мають право у розумний строк мати доступ до адміністративних

<sup>1093</sup> Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 13 juin 2013 relatif à la possession de documents personnels par les personnes détenues et à l'accès de celles-ci aux documents communicables NOR : CPLX1317489V.

документів, які не є персональними. Як результат, Генеральний контролер рекомендував змінити відповідне законодавство (ст. 42 Пенітенціарного закону та пар. 2 статті 19-V Типових правил внутрішнього розпорядку) (п. 13).

Недоліки вільного доступу до необхідних для звернення до суду документів можуть суттєво перешкоджати захисту від необґрунтованих обмежень. Наприклад, довести необґрунтованість обмеження права на медичну допомогу є ускладненим за неможливості надання окремих документальних підтверджень. Особливого значення право на доступ до документації набуває в разі обмеження тих чи інших прав шляхом застосування дисциплінарних санкцій. Ув'язнена особа повинна мати можливість знімати копії із своєї дисциплінарної справи для побудови захисту в суді чи в порядку адміністративного оскарження. В іншому разі ефективність реалізації захисту від необґрунтованих обмежень неодмінно ставиться під загрозу. Також важливим є швидкість отримання копій документів, адже це впливає на дотримання процесуальних строків та на ефективний захист загалом.

*д) Необхідність формалізації застосування обмежень та мотивація рішень*

Для того, щоб можна було ефективно реалізувати право на захист у суді засуджені повинні мати можливість оскаржити документ, яким до їхніх прав застосовано обмеження. Такий документ не є обов'язковою умовою оскарження, адже до суду можна звернутись і в разі застосування обмеження за відсутності письмової форми. Однак його наявність суттєво полегшує ефективне оскарження.

По-перше, наявність письмового документа про застосування обмеження є підтвердженням самого застосування обмеження. Уявімо ситуацію: за відсутності письмового рішення до засудженого застосовується обмеження у вигляді постійного відеоспостереження, перевірки його кореспонденції чи проведення обшуку. У такому разі може виявитись, що засудженому необхідно доводити в суді не тільки необґрунтованість такого обмеження, а й те, що воно взагалі мало місце. Таке доведення не є легкою справою в умовах ув'язнення. Наприклад, традиційне доведення за допомогою свідків є ускладненим, адже навіть якщо є засуджені, які могли б підтвердити застосування обмеження, вони можуть не бажати допомогти, побоюючись негативних наслідків зі сторони адміністрації установи.

Рішення може прийматись як до, так і після безпосереднього початку застосування обмежень у разі, коли це є доцільним з огляду на специфіку обмеження. Наприклад, у разі обмеження права шляхом проведення обшуку або використання наручників його застосування може вимагати оперативності, що не допускає попереднього складання процесуального

документа. У такому разі рішення може бути прийнято без дотримання письмової форми із подальшою його формалізацією та мотивацією. Звісно, як правило, це не стосується різноманітних тривалих обмежень, як це, наприклад, стосовно права на кореспонденцію, застосування відеоспостереження чи заборони доступу до певних публікації чи інтернет-сайтів.

Як і в кримінальному процесі, у кримінально-виконавчому праві належне повідомлення та надання рішення, яке стосується прав особи, є показником, за яким можна судити про процесуальну захищеність особи від зловживання владними повноваженнями представниками держави. Більше того, з урахуванням труднощів із доступом до документів у пенітенціарних установах значення цього процесуального аспекту є особливим. У засудженого можуть виникати проблеми з доступом до рішення про застосування обмеження з огляду на вказані вище проблеми. Однак головною перепоною є те, що кожен доступ до подібних рішень сприймається пенітенціарною адміністрацією як потенційна загроза їхнім службовим інтересам. Закономірно, що сподіватись на безперешкодний, а тим більше швидкий, доступ засудженим не доводиться.

Важливим чинником з точки зору звернення до суду могло б стати і зазначення порядку та строків оскарження такого рішення як до вищого в'язничного керівництва, так і до суду чи прокуратури. Рішення про застосування обмежень могло б повідомлятися засудженому під особистий підпис.

По-друге, наявність процесуального рішення є одним із чинників покращення мотивації рішень і надає можливість вибудувати стратегію захисту в суді, відштовхуючись від наявної мотивації. Більше того, як вказувалось, надання та розуміння особою мотивів рішень сприяє легітимності рішень органів державної влади<sup>1094</sup>. Важливість такого розуміння повною мірою стосується рішень пенітенціарної адміністрації<sup>1095</sup>, адже засуджені мають особливо загострене почуття справедливості<sup>1096</sup>.

---

<sup>1094</sup> Tyler T. R. *Why People Obey the Law*. — New Jersey: Princeton University Press, 2006. — P. 164, 172; Herzog-Evans M. *Le juge de l'application des peines: Monsieur Jordain de la desistance*. — Paris : l'Harmattan, 2013. — P. 222.

<sup>1095</sup> Sens de la peine et droits de l'homme (intervention de M. Dünkel). Actes du colloque international inaugural de l'ENAP. Agen, 8, 9 et 10 novembre 2000. — Agen : École Nationale d'Administration Pénitentiaire, 2000. — P. 178; Bottoms A., Hay W., Sparks R. *Prisons and the Problem of Order*. — Oxford: Oxford University Press, 1996. — P. 304; Liebling A. *Prisons and their Moral Performance: a Study of Values, Quality, and Prison Life*. — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 31, 273; Easton S. *Prisoners' Rights: Principles and Practice*. — New York: Routledge, 2011. — P. 112.

<sup>1096</sup> Syr J.-H. *Punir et réhabiliter*. Préface de Dintilhac Jean-Pierre. — Paris : Economica, 1990. — P. 105.

Наявність належної мотивації є вимогою визнання обґрунтованим застосування обмежень, яка міститься і в Європейській конвенції. До того ж, право на ефективний засіб правового захисту (ст. 13 Конвенції) включає вимогу належної мотивації оскаржуваного рішення. Наприклад, що стосується рішень про застосування дисциплінарної санкції у вигляді поміщення в ізолятор (а отже, і обмеження прав), то засуджений неминуче «повинен могли оскаржити як форму, так і суть, а отже, і мотиви такого заходу»<sup>1097</sup>. Обов'язковість детального мотивування може бути й додатковою запорукою того, що обмеження застосовуватимуться більш виважено. Зважування всіх «за» та «проти» неминуче буде сприяти обдуманому рішенням та буде більш обґрунтованим, ніж тоді, коли такого роду вимога відсутня.

По-третє, наявність мотивів рішення дає можливість встановити, якою була законодавча підстава для його застосування. Встановлення в рішенні законодавчої підстави дає можливість краще зрозуміти її інтерпретацію та контекст оскарження. У залежності від них засуджений чи його законний представник вибудовуватиме стратегію захисту та підбиратиме релевантні аргументи в суді.

Також мотивація рішення дозволяє зафіксувати обставини, які передували обмеженню права та сприяли його мотивації. До таких обставин має відноситись, у першу чергу, попередня поведінка засудженого, у тому числі і в інших установах виконання покарань. На її основі має встановлюватися ступінь індивідуального ризику кожного конкретного засудженого.

На необхідності встановлення індивідуального ризику при застосуванні обмежень неодноразово та однозначно наголошували ЄСПЛ та КЗК<sup>1098</sup>. У своїх рішеннях Суд навіть прямо вказував, що держави мають розвивати свої техніки оцінки індивідуального ризику засуджених<sup>1099</sup>. Ця вказівка стосувалася оцінки ризиків як підстав для застосування обмежень прав.

Варто зауважити про проблематичність оцінки ризику окремих засуджених. Пенітенціарна адміністрація тяжіє до оцінки ризику на підставі тяжкості злочинів, які скоїв в'язень, у той час як пенітенціарна небезпечність та рецидивна небезпечність не співпадають<sup>1100</sup>. Сама ж

<sup>1097</sup> *Payet c. France* § 133 (no. 19606/08, 20.01.2011).

<sup>1098</sup> Див. підрозділи 2.2.1 «Обмеження прав засуджених у практиці ЄСПЛ» та 2.2.2.1 «Стандарти КЗК щодо обмежень прав в'язнів».

<sup>1099</sup> *Trosin v. Ukraine* § 42 (no. 39758/05, 12.02.2012), *Dickson v. United Kingdom* (GC) §§ 82–85 (02.12.2007, no. 44362/04).

<sup>1100</sup> *Mbanzoulou P. "Dangerousness" La "dangerosité" // M. Herzog-Evans (ed.), Transnational criminology manual. Volume I. — Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2010. — pp. 109–112.*



небезпечність є концепцію, яка залежить від суспільних цінностей і поглядів на злочин та покарання<sup>1101</sup>. На додаток, існуючі системи оцінки індивідуального ризику переважно спрямовані на встановлення рецидивного ризику, а не ризику під час перебування в пенітенціарному середовищі.

*е) Звільнення від судового збору*

В'язні є особами, які є набагато активнішими за інших у своїх зверненнях до судів. Тому повне звільнення цих осіб від сплати судового збору може нести в собі загрози зловживання правом на звернення, з іншого боку, часто вони не мають можливості самостійно оплатити свої звернення до суду. Правило про повне звільнення від судового збору засуджених, які не мають коштів, разом із збільшенням звернень до судів призводитиме до збільшення необґрунтованих звернень. Чи варто ставити суди під ризик надмірного перевантаження?

Як вказав один із міністрів Нідерландів, у часи реформування права на індивідуальну скаргу в цій країні це вплинуло на суттєве підвищення кількості звернень засуджених, але ж велика кількість необґрунтованих скарг не має бути підставою для невизнання права на скаргу<sup>1102</sup>. Дійсно, обмежувати засуджених у праві на звернення до суду означає позбавити або обмежити їх у можливості захищати свої права на підставі їхнього статусу та фінансового становища, що межує із дискримінацією.

Обмеження права на звернення до суду можуть полягати у встановленні інших перешкод для звільнення. Прикладами таких обмежень може бути, наприклад, обов'язкове попереднє оскарження в адміністративному порядку. Тобто засуджений перед тим, як звернутись до суду, повинен спочатку спробувати звернутись до пенітенціарної адміністрації вищого рівня.

Досвідом таких обмежень володіють, наприклад, США та Франція. Зокрема така вимога міститься в статті R. 57-7-32 КПК Франції: «Засуджений, який бажає оскаржити дисциплінарну санкцію, якій його піддано, повинен протягом п'ятнадцяти днів із дня повідомлення рішення оскаржити його до міжрегіонального директора пенітенціарної служби перед будь-яким іншим оскарженням. Міжрегіональний директор має

---

<sup>1101</sup> Holmes S., Soothill K. Dangerous Offenders and Dangerousness // Handbook on Prisons. Ed. by Jewkes Y. — Cullompton: Willan publishing, 2007. — pp. 590–591.

<sup>1102</sup> De Jonge G. L'émancipation juridique des détenus aux Pays-Bas. Mise en oeuvre et développement du droit de plainte pénitentiaire // L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — pp. 43–68.

один місяць із дня отримання скарги для того, щоб відповісти мотивованим рішенням. Відсутність відповіді означає негативне рішення». Державна рада Франції прийняла з цього приводу рішення (раніше відповідна норма містилася в статті D250-5 КПК. — прим. авт.)<sup>1103</sup>, яке визначало, що вимога попереднього оскарження не є ні порушенням гарантій права на захист ні втручанням у право здійснювати ефективне оскарження в суді.

Водночас такий підхід, за відсутності зупинення виконання санкції, якщо здійснюється попереднє оскарження, фактично означає, що до того, як засуджений матиме шанс отримати рішення щодо законності свого утримання, воно вже буде позаду. Ці мотиви посприяли прийняттю рішення ЄСПЛ *Пає проти Франції*<sup>1104</sup>. Ним було встановлено порушення права на ефективний захист у зв'язку із вказаною вимогою попереднього оскарження у французькому законодавстві у справі. Однак це та інші подібні рішення<sup>1105</sup> не були виконані, оскільки відповідна норма КПК і надалі залишається чинною. Разом з тим на думку М. Ерцог-Еванс, навіть анулювання норми щодо попереднього оскарження в адміністративному порядку не означало б відповідності статті 13 Конвенції, адже традиційний підхід адміністративних судів не є достатньо швидким і до винесення рішення засуджений так само вже відбуде дисциплінарну санкцію. Статтю 13 Конвенції у таких випадках могла б задовольнити тільки прискорена процедура судового розгляду («le référé»)<sup>1106</sup>.

---

<sup>1103</sup> CE, Avis 2 / 6 SSR, du 29 décembre 1999, 210147, publié au recueil Lebon; Те ж саме стосується попереднього оскарження навіть у випадку спеціальної прискореної процедури судового розгляду “procédures de référé” (CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 28/12/2012, 357494). Ця процедура могла б мати особливе значення щодо засуджених, адже її застосування надало б можливість призупиняти виконання поміщення в дисциплінарний ізолятор до винесення рішення судом, який спостерігає очевидні випадки зловживання. Однак через наявність вимоги попереднього оскарження, у разі якщо засуджений навіть і спробує звернутися до суду після відмови міжрегіонального пенітенціарного директора, сенс цієї процедури втрачається, адже санкцію до цього моменту вже виконано.

<sup>1104</sup> *Payet c. France* § 133 (no. 19606/08, 20.01.2011). Щодо коментарів рішення, а також проблеми попереднього оскарження див. напр: *Marguénaud J.-P. L'ineffectivité du recours organisé par l'article D. 250-5 du code de procédure pénale contre les sanctions disciplinaires infligées aux détenus* // *Revue de Science Criminelle*. — 2011. — No. 3. — pp. 718–721; *Herzog-Evans M. Prisons : la France a nouveau condamnée par deux fois par la Cour européenne des droits de l'homme* // *Actualité juridique pénal*. — 2011 (Février). — pp. 88–93; *Céré J.-P. La procédure disciplinaire pénitentiaire à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* // *Actualité juridique pénal*. — 2012. — No. 10. — pp. 533–536.

<sup>1105</sup> Див. наприклад: *Cocaign c. France* (no. 32010/07, 03.11.2011).

<sup>1106</sup> *Herzog-Evans M. Droit pénitentiaire*, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012. — P. 1000.

### 3.1.4.3. Додаткові чинники покращення впливу судової практики на практику виконання покарань

Як обґрунтовувалося вище, вплив судової практики на пенітенціарну адміністрацію посідає особливе місце в пенітенціарній реформі. Він може бути ефективним тільки в тому разі, якщо винесення негативних рішень судів щодо застосованих ними обмежень впливатиме на становище співробітника в'язничної установи, який застосував неправомірне обмеження. У разі ж, якщо застосування необґрунтованого обмеження не призводитиме до жодної відповідальності особи, яка його застосувала, роль судів у процесі правообмежувальної діяльності засуджених залишатиметься применшеною.

Звичайно, занадто жорстке застосування відповідальності до посадових осіб, які застосували необґрунтовані обмеження, може паралізувати роботу в'язничних установ. Адже вони можуть почати сумніватись навіть у застосуванні обґрунтованих обмежень. Однак у разі поміркованої організації персональної відповідальності за необґрунтовані обмеження є й інший, позитивний бік — розвиток уваги до питань прав людини та підвищення стандартів верховенства права за тюремними мурами.

Що ми маємо на увазі, говорячи про помірковане застосування персональної відповідальності? У першу чергу, це означає, що ступінь негативних наслідків, яким піддається посадова особа за застосування необґрунтованих обмежень, має чітко відображати ступінь важливості права, у яке відбулося необґрунтоване втручання, а також наслідки впливу обмеження на конкретного засудженого. Наприклад, обмеження права на фізичну недоторканість чи права не бути підданим катуванням чи іншому неналежному поведженню мало б тягнути найтяжчі дисциплінарні наслідки аж до звільнення<sup>1107</sup>. Разом з тим встановлення персональної відповідальності може ускладнюватися у в'язничному контексті, де завжди є складним встановлення персональної відповідальності, наприклад, у разі піддавання неналежним умовам тримання, що також може становити порушення права не піддаватись неналежному поведженню.

Застосування необґрунтованого втручання менш серйозного характеру мало б тягнути менш сувору дисциплінарну відповідальність — наприклад, догану чи позбавлення премій. Це могло б стосуватись таких випадків, як необґрунтоване втручання в право на кореспонденцію шляхом

---

<sup>1107</sup> При цьому не варто забувати, що окремі типи поведження можуть становити і кримінальний злочин. Такий тип ситуації не входить до рамок нашого аналізу, який стосується лише обмежень, які не можуть потягнути кримінальну відповідальність.

читання листів, необґрунтоване прослуховування телефонних розмов, проведення обшуку камери та ін.

Водночас що стосується повторюваності таких необґрунтованих обмежень прав, то вони повинні мати потенціал потягнути і більш серйозні наслідки для особи, яка продовжує зловживати своєю владою. Це могло б бути забезпечено кумуляцією судових рішень, які встановлюють необґрунтованість порушення. У разі досягнення певного встановленого допустимого максимуму відповідних порушень були б цілком достатні підстави для звільнення відповідальної особи.

Заслуговують на увагу ідеї українського судді та вченого В. Кравчука, який задався цим питанням із метою залучити суди до свого роду «люстрації за допомогою судів». У його статтях, опублікованих у час, коли питання люстрації та ефективності впливу судів в українській владі було одним із найбільш обговорюваних, він виклав деякі пропозиції, які могли б покращити процес впливу судів на чиновників<sup>1108</sup>. Окремі із пропозицій мають особливе значення та повною мірою підходять і до реалій позовів у пенітенціарній сфері:

- 1) Особиста участь чиновника. За словами В. Кравчука, у разі особистої участі чиновника, проти якого подається позов, на практиці часто доводиться спостерігати, що вони не можуть пояснити мотивів прийняття рішення. Тому слід вимагати від судів залучення для особистої участі в судовому процесі посадової особи. Як практичну рекомендацію для поліпшення впливу судів на чиновників автор рекомендує позивачам звертатись з позовами не до державних установ, а до конкретних чиновників.

Актуальність цих зауважень полягає в тому, що в переважній більшості позовів від засуджених до справи залучається представник органу державної влади, який відповідальний за юридичну роботу щодо представництва в судах, а не безпосередній порушник. Особиста участь відповідальної особи створила б гарантії більш детального вивчення обґрунтованості обмежень, а також могла б стати «юридичним щепленням» від таких обмежень у майбутньому. Особливо якщо такій особі доведеться часто ходити з цього приводу в суди, небажання чого само по собі може становити негативний стимул, який утримуватиме від застосу-

---

<sup>1108</sup> *Кравчук В.* Практичний курс «народного люстратора». Які процесуальні інструменти можна використати для персоналізації відповідальності чиновника за правопорушення // [http://zib.com.ua/ua/84531-ucheniy-yurist\\_stvoriv\\_praktichniy\\_kurs\\_narodnogo\\_lyustrator.html](http://zib.com.ua/ua/84531-ucheniy-yurist_stvoriv_praktichniy_kurs_narodnogo_lyustrator.html) (останній доступ 23.02.2015); *Кравчук В.* Люстрація починається з тебе. Персоналізація відповідальності чиновника є єдиним ефективним засобом очищення влади // [http://zib.com.ua/ua/82750-lyustraciya\\_pochinaetsya\\_z\\_tebe.html](http://zib.com.ua/ua/82750-lyustraciya_pochinaetsya_z_tebe.html) (останній доступ 23.02.2015).

вання необґрунтованих обмежень. Разом з тим ця пропозиція може наштовхуватись і на практичні міркування пенітенціарної адміністрації, для якої відсутність посадової особи на робочому місці у зв'язку із викликом до суду може спричиняти багато незручностей. На наш погляд, це, тим не менш, не має ставати перешкодою для постанови особи у справі про вирішення персональної відповідальності за вчинені нею дії чи прийняті рішення. В іншому випадку, якщо в суди доводитиметься ходити лише юристам пенітенціарних установ, враження та сенсибілізація щодо значимості та обґрунтування обмежень будуть применшеними для відповідальних осіб.

- 2) Окреме рішення суду про усунення порушень. Окреме рішення може містити вказівки щодо необхідності усунення причин як на персональному рівні, так і на рівні органу державної влади. На думку автора, надання такої можливості суду обов'язкового характеру забезпечило б правовий вплив судової влади на владу виконавчу і було б ефективним засобом запобігання порушенням.
- 3) Щодо дисциплінарних заходів. В. Кравчук вказує, що коли доведено протиправність рішень, дій чи бездіяльності держслужбовця, це може й має бути приводом для дисциплінарної відповідальності. Це — єдиний інструмент, який дозволяє посадовцеві не відмежуватися від відповідальності за порушення. У законодавстві має бути закріплений обов'язок відповідного керівника державного органу проводити службове розслідування, коли адміністративний суд визнає обмеження, застосоване його підлеглим, необґрунтованим (тобто визнає протиправним рішення, дію чи бездіяльність із їх застосування). Як один із варіантів дисциплінарної відповідальності в разі встановлення вини посадової особи пропонується, щоб законом обмежувались його права на кар'єрне зростання. Тобто фактично пропонується відповідь у вигляді обмежень особи, яка застосувала необґрунтовані обмеження до громадян (засуджених)<sup>1109</sup>.

Отже, правила, які встановлювали б порядок врахування судових рішень та їх впливу на посадових осіб, унаслідок незаконної діяльності яких сталося порушення права, мали б бути закріплені у відповідному законо-

---

<sup>1109</sup> Як вказує Ж. Матью, «ми можемо говорити про права в'язнів тільки за умови, що останні мають можливість ініціювати санкцію за втручання в кожне з їхніх прав» (*Mathieu G. Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne, Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles. — Marseille: Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993. — P. 169.*)

давстві. Відповідні норми вимагають належної якості та високого ступеню чіткості. Вони мають встановлювати і порядок проведення службових перевірок, чинників, що враховуються при встановленні ступеню вини та відповідальності, яка має застосовуватися, за застосування необґрунтованого обмеження.

Зауваження, яке може бути висловлено щодо вказаних ідей, очевидне — ускладнення роботи пенітенціарного персоналу шляхом покладення на нього надмірних формальних вимог для здійснення своїх функцій. Це правда, адже багато із випадків застосування обмежень, які здійснюються сьогодні без зайвих складнощів, без яких-небудь рішень та мотивації, вимагатимуть окремого рішення, обґрунтування. Такий підхід, звісно, потребуватиме додаткового часу та ресурсів. Однак він зможе викликати у в'язницях «страх права», який характеризується такою організацією виконання покарання, при якій професійна культура пенітенціарного персоналу зазнає серйозного впливу юрисдикціоналізацією, яка покликана зменшити межі автономії цього персоналу<sup>1110</sup>.

Окреслений у цій частині підхід є вірним способом підвищити роль права для практики виконання покарань, юридизувати її і, як результат, сприяти укріпленню верховенства права та законності в процесі застосування правових обмежень до засуджених. Однак не варто забувати, що на практиці навіть юрисдикціоналізація може виявитись такою, що має обмежений вплив на в'язничні реалії, адже вона може наштовхнутися на небажання судів вирішувати справи на користь засуджених<sup>1111</sup>.

#### **Висновок до підрозділу 3.1.4**

Французький досвід юридизації процесу виконання покарань займає центральну частину історії розвитку пенітенціарного права в цій країні. Можливість захисту в'язнями своїх прав у суді завжди була індикатором розвитку цієї галузі права та захисту прав в'язнів зокрема. Поступовий відхід від теорії так званих «заходів внутрішнього порядку», яка давала судам підстави не розглядати в'язничні справи з огляду на їхнє віднесення до розсуду пенітенціарної адміністрації, продовжує бути важливою частиною цього індикатора.

---

<sup>1110</sup> *De Galembert C., Rostaing C.* Ce que les droits fondamentaux changent à la prison. Présentation du dossier // *Droit et Société*. — 2014. — No. 87 — P. 299.

<sup>1111</sup> *Landreville P., Lemonde L.* La reconnaissance des droits fondamentaux des personnes incarcérées : l'expérience canadienne // *L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — P. 83.

Судовий контроль за процесом виконання покарань є не тільки умовою гарантування прав та їх захисту від необґрунтованих обмежень. Він також значною мірою забезпечує легітимацію в'язничної влади в очах у в'язнів. Відсутність судового контролю призводить до зростання конфліктного сприйняття влади пенітенціарної установи та рішень її персоналу.

Французький досвід демонструє, що юридизація стала рушієм прогресу в'язничного законодавства та практики. Він свідчить також, що юридизація може розглядатись як позитивний інструмент для посилення захисту прав в'язнів та для пенітенціарної реформи загалом. Таким чином, шляхом до кращого захисту від необґрунтованих обмежень є інструменталізація судів з урахуванням в'язничної специфіки. Водночас, здатність судів розглядати всі категорії справ в'язнів, допустимість втручання судів у внутрішні питання в'язничного менеджменту залишаються тими дискусійними питаннями, які її стримують.

Аналіз досвіду та стану юридизації пенітенціарної сфери свідчить про такі шляхи інструменталізації та посилення судового контролю над в'язницею загалом та обмеженнями прав: чітке закріплення права на звернення до суду; закріплення стандарту обґрунтування обмежень прав; встановлення недвозначних правил щодо підсудності таких справ; застосування обмежень має бути відображено в індивідуальних рішеннях, які, у свою чергу, мають бути мотивовані та належним чином вручені особі; звільнення від судового збору. На додаток, ми зазначаємо деякі інші шляхи підвищення розвиваючого впливу судової практики щодо необґрунтованих обмежень: особиста участь чиновника в судовому процесі, вплив виконання рішень на статус особи, винної в застосуванні необґрунтованих обмежень (в т. ч. через притягнення особи, винної в зловживанні повноваженнями, до дисциплінарної відповідальності та ін.).

### **Висновок до розділу 3.1**

Франція вирізняється з-поміж інших досліджуваних країн перш за все тим, що ще у 1789 році Декларація про права людини і громадянина закріпила перший повноцінний «стандарт» щодо обмежень прав. Передбачалось, що обмеження прав мають закріплюватись законом та бути необхідними для захисту прав інших. Разом з тим у пенітенціарній сфері стандарт обмежень прав був уперше закріплений тільки у 2009 році в Пенітенціарному законі, який розроблявся близько десяти років.

Французький Пенітенціарний закон є ідеальним прикладом для демонстрації помилок законодавця в закріпленні стандартів обме-

жень прав у законодавстві. Ці помилки не залишилися непоміченими ще під час розробки закону, однак далеко не всі зауваження були враховані. Як наслідок, головними недоліками французького стандарту є:

- відсутність вказівки на вимогу пропорційності обмежень. Саме лише закріплення того, що обмеження мають спрямовуватись до певної, навіть обґрунтованої мети, не достатньо для запобігання застосуванню необґрунтованих обмежень. Пропорційність передбачає мінімальність обмеження для досягнення певної мети. Без вимоги мінімальності будь-яке, навіть найбільш жорстке обмеження можна пов'язати із необхідністю досягнення мети. Доведення пов'язаності обмеження із метою не викликає жодних складностей і в Європейському суді. Крім того, відсутність пропорційності зводить судову практику до сухого тлумачення закону, замість ґрунтового розмірковування щодо балансування індивідуальних та суспільних інтересів;
- закріплення ідеї, що особа не повинна зазнавати жодних, окрім неминучих в ув'язненні, обмежень. Встановлення того, що ж є неминучим в ув'язненні, як було продемонстровано в попередніх розділах, є доволі проблематичним та радше може призводити до додаткових порушень прав замість їх додаткового захисту;
- відсутність узгодженості між цілями обмежень у загальній лімітативній клаузулі щодо обмежень прав, та окремих лімітативних клаузул щодо специфічних прав;
- французькі дослідники вказують на іншу проблему: безпеку та порядок як нечіткі цілі, з якими допускається застосування обмежень у відповідності до Закону. На нашу думку, негативне значення цих цілей перебільшується, що пов'язано із використанням цих категорій для тривалої відмови в прийнятті позовів до своїх проваджень французькими судами. Натомість проблемними є не самі цілі, а їх застосування для обґрунтування обмежень без врахування вимог принципу пропорційності.

Вказана проблемність стандарту підтверджується і французькою судовою практикою. У результаті лімітативна клаузула набагато частіше використовується судами не для захисту прав в'язнів, а як аргумент для підтримки позиції адміністрації установ про обґрунтованість застосованих обмежень.

Особливістю французької доктрини є розуміння, принаймні на теоретичному рівні, особливого значення зближення правового статусу в'язнів із правовим статусом вільних громадян.

«Засуджений — повноправний громадянин», — такою є загальновизнана ідея, певний ідеал, до якого має прагнути в'язнична система.



Потяг теоретиків до зазначеного зближення статусів є настільки сильним, що доходить мало не до безапеляційного сприйняття широким загалом утопічної ідеї, що засуджений позбавляється тільки «свободи піти і прийти», тобто свободи пересування. Ця ідея є популярною і в інших країнах, однак у Франції вона, схоже, сприймається набагато серйозніше.

Набагато реалістичнішими та прогресивнішими є ідеї французьких дослідників про необхідність максимального зближення положень в'язничного права із іншими галузями права, які застосовуються до вільних осіб (зближення із т. зв. "droit commun"). Іншими словами, норми права, які застосовуються до в'язнів, мають бути максимально схожими, або, ще краще, тими ж самими нормами, які застосовуються до вільних осіб. Для позначення зближення пенітенціарного права із droit commun нами пропонується термін «юридична нормалізація». Цей термін підкреслює особливе значення юридичного аспекту нормалізації, який полягає у зведенні до мінімуму різниці у в'язниці та на волі юридичним шляхом. Залишається відкритим питання меж юридичної нормалізації, адже її кінцевим наслідком є зникнення в'язниці як такої.

Іншим важливим спостереженням є особлива роль судової практики для розвитку французького пенітенціарного законодавства. Початок глобальних та радикальних реформ у в'язничній сфері Франції знаменується початком прийняття судами до розгляду певних категорій справ, як-то оскарження дисциплінарних заходів (1995). По сьогодні фахівці вважають головним індикатором розвитку прав в'язнів те, наскільки поширюється юрисдикція судів на всі аспекти життєдіяльності пенітенціарних установ.

Приклад юридизації в цій країні та її неоціненної ролі в захисті прав в'язнів привів нас до висновку про те, що одним із головних чинників запобігання застосуванню необґрунтованих обмежень є можливість оцінки їх правомірності судами. Нами пропонується власне бачення того, як зробити обґрунтованість застосування обмежень предметом ефективного розгляду в судах.

Окремі пропозиції, як-от обов'язкове прийняття письмового та вмотивованого рішення при застосуванні правозастосовних обмежень чи особиста участь посадової особи, яка застосувала обмеження, у судовому процесі, створення спеціалізованих суддів можуть покращити роль судів у пенітенціарній сфері і в застосуванні обмежень прав в'язнів зокрема. Ці та інші наші пропозиції щодо посилення ролі суду в перевірці обґрунтованості обмежень формулюються з огляду на вітчизняний та зарубіжний досвід, проте вони потребуватимуть додаткової перевірки досвідом.

## 3.2. США

### 3.2.1. Суди та обмеження прав в'язнів

У Сполучених Штатах Америки розроблена оригінальна теорія обмежень прав засуджених, яка завдячує своїм розвитком, перш за все, американським судам. Саме суди вважаються головними акторами у сфері тюремної реформи в цій країні. Відомий американський фахівець Дж. Якобс вказував, що в'язничні судові процеси (litigations) «можуть вважатись мирним еквівалентом заколоту через те, що вони доносять до уваги громадськості вимоги в'язнів та мобілізують політичну підтримку змін»<sup>1112</sup>. На думку колишнього начальника Федеральної в'язничної служби Н. Карлсона (N. Carlson), «федеральна судова влада в цілому є найбільш ефективною силою для конструктивних змін у в'язницях»<sup>1113</sup>.

Як свідчить аналіз судової практики, у США, тим не менш, має місце плутанина судових підходів щодо визначення допустимого обсягу обмежень прав засуджених. До одних і тих же видів справ іноді застосовуються принципово різні стандарти, а тому існує загальний дух невизначеності в кожній конкретній справі. Іноді суди виносять протилежні рішення в схожих ситуаціях, навіть якщо вони ґрунтуються на тих самих стандартах. Також відсутнє загальне розуміння того, який стандарт і коли має застосовуватись.

Перші справи щодо обмежень прав з'явилися в США порівняно давно. Продовження користування в'язнів своїми правами було підтверджено ще у 1944 році в рішенні у справі *Coffin v. Reichard*, в якому вказувалось, що «в'язень зберігає всі права звичайного громадянина за винятком тих, які однозначно, або з необхідністю, забираються в нього законом», у свою чергу: «Суддя не обмежується лише засудженням чи виправданням, він також може давати вказівки, що збережені права в'язнів мають дотримуватися...»<sup>1114</sup>.

Варто звернути увагу, що перші натяки на судове визнання збереження прав в'язнями відбулось задовго до цього рішення. Наприклад, у рішенні Верховного Суду 1892 року вказувалось, що «США, маючи повне право утримувати ... в'язнів, мають рівною мірою і обов'язок захищати їх ... Існування цього обов'язку уряду з необхідністю призво-

---

<sup>1112</sup> Jacobs J. The Prisoners' Rights Movement and Its Impacts, 1960-80 // Crime and Justice: An Annual Review of Research, vol. 2, edited by Norval Morris and Michael Tonry. — Chicago: University of Chicago Press, 1980. — P. 460.

<sup>1113</sup> Цит. за: Bronstein A. J. Prisoners and Their Endangered Rights // The Prison Journal. — 1985. — Vol. 65, no. 1. — P. 4.

<sup>1114</sup> *Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (6th Cir. 1944).

дить до існування кореспондуючого права в'язнів бути захищеними; і це право в'язнів є правом, яке захищається конституцією та законами США»<sup>1115</sup>.

Тим не менш, американські суди не оминули політики «руки геть» (“hands off”), яка полягала в їх невтручанні у справи в пенітенціарній сфері. Ця доктрина проявлялась у небажанні судів приймати до розгляду справи засуджених. Для цього висувались такі мотиви, як розподіл влад (неприпустимість для судів втручатись у здійснення виконавчої влади), недостатність у судів спеціальних пенологічних знань, страх того, що юридичне втручання завдасть проблем в'язничній дисципліні<sup>1116</sup>. Ця політика була започаткована в рішенні *Ruffin v. Commonwealth of Virginia*<sup>1117</sup>, яке передбачало, що в'язень є «рабом держави» (“slave of the state”), який володіє тільки тими правами, які йому надає держава.

Такий підхід продовжувався аж до початку шістдесятих років ХХ століття. Однак і в шістдесятих в'язнична безпека превалювала над правами. Суди навіть вказували, що «романтичне чи сентиментальне бачення конституційних прав ... не має спонукати суди втручатись у необхідний дисциплінний режим, який встановлений у в'язниці»<sup>1118</sup>.

Вважається, що зелене світло судовим позовам щодо прав засуджених було увімкнено у 1961 році — у справі *Monroe v. Pape*<sup>1119</sup>. Як наслідок, через три роки в рішенні *Cooper v. Pate* 378 US 546 (1964) політику «руки геть» було відкинуто<sup>1120</sup>.

Досліджуючи американський підхід до обґрунтування обмежень прав засуджених треба брати до уваги, що вони мають еволюційну природу і окремі права засуджених, що існують сьогодні, можуть бути різко змінені з прийняттям всього лише одного рішення Верховного Суду, з перевагою голосування суддів в один голос<sup>1121</sup>. Разом з тим загальні підходи до розуміння правової природи обмежень прав осіб, які відбувають

---

<sup>1115</sup> *Logan v. United States*. Opinion of the court delivered by Mr. Justice Gray, 144 U.S. 263 (12 S.Ct. 617, 36 L.Ed. 429).

<sup>1116</sup> *Palmer J. W. Constitutional Rights of Prisoners*, 9th edition. — Cincinnati: LexisNexis, 2010. — P. 351.

<sup>1117</sup> *Ruffin v. Commonwealth* (62, Va. 790, 1871).

<sup>1118</sup> Цит. за: *Varner J. E. Battle of the Lists: The Use of Approved Versus Restricted Religious Book Lists in Prisons* // *McGeorge Law Review*. — 2009. — Vol. 40. — P. 808.

<sup>1119</sup> *Monroe v. Pape* 365 US 167 (1961).

<sup>1120</sup> *Easton S. Prisoners' Rights: Principles and Practice*. — New York: Routledge, 2011. — pp. 37–38.

<sup>1121</sup> *Rock G. Prisoners' Rights Handbook: A Guide to Correctional Law Decisions of the Supreme Court of the United States & the Federal Courts of the Third Circuit*. Ed. by A. Love, Esq. — Philadelphia: Pennsylvania Institutional Law Project, 2009. — P. 2.

покарання, до їх обґрунтування, залишаються досить стабільними, незважаючи на їх суперечливе застосування. Стандарти, вироблені судами десятки років тому, застосовуються і сьогодні.

Особлива увага в судових рішеннях США приділяється обмеженням саме конституційних прав, зазвичай позови засуджених містять скарги на порушення Конституції США.

Відразу після Другої світової війни Верховним Судом була висловлена позиція, що законне ув'язнення тягне за собою обов'язкові позбавлення та обмеження багатьох привілеїв та прав і що ця обмовка обґрунтована міркуваннями, що підкреслюють каральну систему США<sup>1122</sup>. А вже в 1974 році з'явилася відома фраза, що «між Конституцією та в'язницями цієї країни не існує металевого заслону»<sup>1123</sup>. Хоча права можуть бути зменшені, виходячи із потреб внутрішнього (інституційного) середовища, однак засуджений, коли він ув'язнений за злочин, не позбавляється повністю конституційного захисту<sup>1124</sup>. Вказувалось і те, що права можуть також бути обмежені, виходячи із природи режиму, якому законно піддається засуджений<sup>1125</sup>.

Позитивний розвиток практики американських судів щодо справ засуджених, зокрема і щодо встановлення обґрунтування обмежень їх прав, призвів до величезної кількості відповідних судових позовів.

Як вказують юристи: «Визначення того, які права обмежені, а які гарантовані, є корінням вибухового збільшення (...) позовів, пов'язаних із в'язницями»<sup>1126</sup>. Це справедливе твердження автора обумовлено справді величезним зростанням кількості позовів із в'язниць, якого зазнали США<sup>1127</sup>.

Це призвело до того, що у 1996 році було прийнято закон «Про реформу в'язничних судових процесів» (Prison Litigation Reform Act).

Закон був спрямований на зменшення кількості дріб'язкових позовів і відсіювання багатьох із цих позовів до того, як будуть потрачені кошти на їх вирішення в суді. Аргументуючи підтримку цього акту, сенатор

---

<sup>1122</sup> *Price v. Johnston* 334 U.S. 266, 285 (1948).

<sup>1123</sup> *Wolff v. McDonnell* 418 U.S. 539, 555, 556 (1974).

<sup>1124</sup> *Wolff v. McDonnell* 418 U.S. 539, 555 (1974).

<sup>1125</sup> *Ibid.*

<sup>1126</sup> *Palmer J. W. Constitutional Rights of Prisoners. Ibid.* — P. 294.

<sup>1127</sup> Вказується, наприклад, що тільки позови щодо неналежного поводження зросли із 6600 у 1975 році до 39 000 у 1994 році (згідно з даними Інститут Волтера Бернса (Walter Berns) *Hudson D. L. Prisoners' Rights / A. Marzilli (Consulting Editor).* — New York: Chelsea House Publishers, 2007. — P. 23).

Боб Доул (Bob Dole) вказав у Конгресі, що «тюрми мають бути лише тюрмами, а не юридичними фірмами»<sup>1128</sup>.

Законом передбачалася зміна процедури скарг у бік обмеження їх кількості, засуджені повинні були вичерпати адміністративні шляхи вирішення проблеми (через в'язничну адміністрацію) перед тим, як вони могли звертатись до суду<sup>1129</sup>. Також були встановлені нові обмежуючі умови сплати судового збору, адже раніше засуджені вільно могли його не сплачувати через своє малозабезпечене становище, а після прийняття закону тільки дуже невелика їх частина піддавалась звільненню від збору на такій підставі<sup>1130</sup>. На додаток була встановлена норма про відсіювання так званих «серійних позивачів», тобто засуджених, які в минулому більше 3 разів звертались із дріб'язковими позовами<sup>1131</sup>.

Усі ці заходи дійсно спрацювали. Американське бюро судової статистики в спеціальному дослідженні вказувало на те, що з 41 679 позовів у 1995 р. (рік перед прийняттям Закону) їх кількість знизилась до 25 504 у 2000 році<sup>1132</sup>. З 1996 по 1997 рр. їх кількість знизилась на 20%, а з 1997 р. по 1998 р. на 11%<sup>1133</sup>. Як вказують окремі автори, була досягнута й інша, можливо, справжня мета — надати можливість в'язничним установам функціонувати без страху обтяжень з боку судового втручання<sup>1134</sup>.

Процесу обґрунтування обмежень прав засуджених у цій країні притаманний підхід, який полягає в тому, що будь-яке обмеження права засудженого має носити доцільний характер. Це означає, що судами завжди встановлюється наявність обґрунтованих цілей для обмеження прав осіб, що позбавлені волі. Ці цілі відрізняються від цілей, що задекларовані як допустимі для обґрунтування обмежень у Європейській конвенції, що буде показано далі. Специфічне є і розуміння судами США доктрини пропорційності та оцінки способів досягнення цілей обмеженнями.

---

<sup>1128</sup> *Hudson D. L. Prisoners' Rights. Ibid.* — P. 22.

<sup>1129</sup> У 2007 р. ця вимога була визнана незаконною Верховним Судом США у справі *Jones v. Bock* (The U.S. Justice System: An Encyclopedia / Ed. by S. H. Wilson. — Santa Barbara: ABC-CLIO, 2012. — P. 287).

<sup>1130</sup> Цей аргумент був рушієм підтримки реформи населенням, яке не хотіло, щоб їхні податки витрачались на судові процеси засуджених (*Palmer J. W. Ibid.* — P. 413.).

<sup>1131</sup> *Hudson D. L. Ibid.* — P. 29; Автором наводиться приклад засудженого, кількість судових позовів якого налічувала близько 500.

<sup>1132</sup> *Hudson D. L. Ibid.* — P. 25.

<sup>1133</sup> *Siegel L., Bartollas C. Corrections Today. 2<sup>nd</sup> ed.* — Wadsworth: Cengage Learning, 2013. — P. 213.

<sup>1134</sup> *Palmer J. W. Ibid.* — P. 435.

### 3.2.2. Судові стандарти обмежень

#### 3.2.2.1. Тест Тюрнера та Мартінеза

У США паралельно існує декілька стандартів обґрунтування обмежень прав засуджених. Один із найбільш відомих був встановлений Верховним Судом у справі Тюрнера (він так і називається «тест Тюрнера»), де йшлося про порушення першої поправки Конституції (свобода інформації). Було встановлено, що обмеження засуджених у листуванні з іншими засудженими є обґрунтованим з точки зору в'язничних інтересів, але, з іншого боку, було встановлено необґрунтованість повного обмеження права засуджених на шлюб.

Тест полягає в тому, що обмеження має давати відповідь на чотири питання:

- а) чи був «справжній, розумний зв'язок» між нормою, що передбачає обмеження, і обґрунтованими та нейтральними інтересами уряду, що мають бути покладені в основу її обґрунтування. При чому цей зв'язок не може перетворювати норму на свавільну чи нерациональну;
- б) чи були наявні альтернативні заходи реалізації конституційного права, що залишались доступними для засуджених;
- в) як реалізація відповідного права буде впливати на в'язничний персонал, на свободу засуджених, розподіл обмежених в'язничних ресурсів;
- г) чи представляє ця норма «надмірну відповідь» в'язничним потребам, існування альтернативи, що дозволяє мінімальніше втручатись у права в'язнів з огляду на належні пенологічні інтереси<sup>1135</sup>. Застосовуючи цей тест, Суд вказав, що обмеження спілкування між засудженими відноситься до обґрунтованих безпекою установи міркувань, оскільки комунікація між в'язнями може бути використана для передачі планів втеч, організації актів насилля, сприяти організованій злочинності. Саме міркування безпеки найчастіше визнається обґрунтованою метою для обмежень прав осіб, що тримаються у в'язницях цієї країни.

Цей стандарт був покликаний прийти на зміну більш старому та вимогливому стандарту, виробленому в рішенні у справі Мартінеза, де вказувалось, що обмеження права (йшлося про свободу слова) може бути обґрунтовано такими критеріями:

- 1) воно має бути спрямоване на досягнення одного чи більше важливих та суттєвих урядових інтересів безпеки, порядку і виправлення засуджених та

---

<sup>1135</sup> *Turner v. Safley* 482 U.S. 78 (1987).

- 2) воно не повинно бути більшим, аніж це необхідно для досягнення цих інтересів<sup>1136</sup>, однак це не означає, що в'язнична адміністрація має продемонструвати однозначність негативних наслідків відсутності обмеження, яке вона хоче накласти.

Вона повинна мати певну свободу розсуду щодо визначення можливих наслідків, оскільки це є дуже важливим для здійснення своїх функцій адміністрацією: «обмеження Першої Поправки має бути не більшим, ніж це необхідно або є неминучим для захисту окремих урядових інтересів, що переслідуються»<sup>1137</sup>.

Надзвичайно важливою вимогою такого тесту, на відміну від тесту Тюрнера, була вказівка на потребу обов'язкового встановлення, чи було обмеження мінімальним, тобто чи можливо було обмежити право в меншому обсязі, ніж це було зроблено, для досягнення тієї ж обґрунтованої мети. Тому, якщо обмеження й має обґрунтовану мету, як цього вимагає стандарт Тюрнера, і залишається не мініимально необхідним, воно має бути визнано необґрунтованим.

У самому рішенні Тюрнера необхідність зміни стандарту, виробленого в рішенні Мартінеза, пояснюється складністю його застосування на практиці. Пояснюється це тим, що рішення про застосування обмежень необхідно приймати не судам, а в'язничній адміністрації. Зобов'язуючи в'язничну адміністрацію до застосування з дня в день жорсткого стандарту, це може серйозно вплинути на здатність адміністрації вирішувати проблеми безпеки в установі<sup>1138</sup>.

Тому стандарт, що був вироблений у рішенні Тюрнера, мав на меті спростити застосування обмежень прав засуджених на практиці. У відповідності до нього фактично було достатньо довести, що обмеження було спрямовано на досягнення мети, яка відносилася б до обґрунтованих пенологічних інтересів<sup>1139</sup>. Тоді як у відповідності до тесту Мартінеза треба було довести «необхідність» обмеження для досягнення певної обґрунтованої мети.

Навіть Верховним Судом визнавалось, що тест, який був застосований у справі Мартінеза, є більш вимогливим, ніж тест Тюрнера<sup>1140</sup>. Це призвело до наявності підстав стверджувати, що при застосуванні тесту Тюрнера суди майже завжди підтримують правомірність

<sup>1136</sup> *Procunier v. Martinez* 416 U.S. 396 (1974).

<sup>1137</sup> *Ibid.*

<sup>1138</sup> *Turner v. Safley* 482 U.S. 78, 89 (1987).

<sup>1139</sup> Саме так сприймається це рішення практикою, незважаючи на вказівку в ньому на необхідність встановлення наявності менш обмежувачих альтернатив.

<sup>1140</sup> *Thornburgh v. Abbott* 490 U.S. 401 (1989).

в'язничних норм, що обмежують право засуджених<sup>1141</sup>. Американські юристи вказують, що цей тест практично дозволяє визнати обґрунтованим будь-яке обмеження<sup>1142</sup> і навіть пропонують його скасувати у зв'язку з цим<sup>1143</sup>. Окремі судді, що були у складі суду по цій справі, звернули увагу на цю проблему.

Суддя Стівенс (Stevens) в окремій думці вказав, що в цьому рішенні Суд встановив скоріше стандарт, який надасть можливість легко обґрунтувати обмеження права, передбаченого Першою Поправкою, спираючись на адміністративні міркування і спекуляцію щодо можливих ризиків для безпеки, аніж на підставі того, що обмеження необхідні для досягнення важливих інтересів уряду. Як вказують фахівці, у відповідності до тесту Мартінеза необхідно було показати, як обмеження буде сприяти досягненню обґрунтованого пенологічного інтересу, тоді як тест Тюрнера вимагає звичайної демонстрації раціонального зв'язку. Різниця в тому, що в першому випадку потрібні реальні підтвердження необхідності обмеження, тоді як у другому — достатньо спекуляції<sup>1144</sup>.

Також, незважаючи на досить високий стандарт, що стосувався обмежень права засуджених у справі Мартінеза, суди і за допомогою нього підтримували деякі сумнівні обмеження, що існували у в'язничній системі в той час, виробляючи власні, відмінні стандарти. Наприклад, на позов каліфорнійських журналістів у зв'язку із забороною брати інтерв'ю в деяких засуджених Верховний Суд вказав, що це обмеження є обґрунтованим, оскільки існував інший, альтернативний спосіб реалізації права шляхом комунікації через листування, а також, що це обмеження переслідувало обґрунтований пенологічний інтерес<sup>1145</sup>.

У цьому рішенні також була висловлена цікава думка, що засуджені зберігають усі права, що передбачені Першою Поправкою, які не є несумісними з їхнім статусом як засудженого або із обґрунтованими пенологічними цілями виправної системи. Вказувалось, що обмеження свободи слова засуджених мають бути збалансовані із державними інтересами в обмеженні прав засуджених для того, щоб запобігти злочинам, захис-

<sup>1141</sup> *Rock G. Prisoners' Rights Handbook. Ibid.* — P. 20.

<sup>1142</sup> *Giles C. D. Turner v. Safley and Its Progeny: A Gradual Retreat to the "Hands Off" Doctrine ? // Arizona Law Review.* — 1993. — No. 35. — pp. 230–231; *Golichowski L. The New Standard of Review for Prisoners' Rights: A "Turner" for the Worse? Turner v. Safley // Villanova Law Review.* — 1998. — No. 33. — pp. 393–436.

<sup>1143</sup> *Mushlin M. B., Galtz N. Getting Real about Race and Prisoners' Rights // Fordham Urban Law Journal.* — 2008. — Vol. 36, 1. — P. 52.

<sup>1144</sup> *Rock G. Prisoners' Rights Handbook. Ibid.* — P. 22.

<sup>1145</sup> *Pell v. Procunier* 417 U.S. 817, 818 (1974).



тити суспільство шляхом ізоляції правопорушників на період, протягом якого можуть бути застосовані виправні заходи, та для підтримання внутрішньої безпеки в каральних установах. Що підтвердило ідею того, що кожне обмеження неодмінно має бути спрямованим до обґрунтованої мети, яка сумісна із філософією в'язничної системи США<sup>1146</sup>.

Тест Тюрнера ускладнює доведення необґрунтованості обмеження, адже він був сприйнятий судовою практикою дещо викривлено. У багатьох рішеннях увага не зверталась на всі чотири складові тесту: насправді, четверта складова передбачала необхідність мінімалізації обмеження. На практиці ж вважалось за достатнє лише довести раціональний зв'язок між обмеженням та обґрунтованою метою. Наприклад, в одному із своїх рішень Верховний Суд визнав обґрунтованим обмеження засуджених, які тримались в умовах посиленого режиму, що полягало в забороні отримання ними газет, журналів, фотографій. Серед мотивів такого рішення була також підтримка в'язничної політики, що була спрямована на заохочення засуджених до підтримання доброї поведінки з тим, щоб у майбутньому перевестись на більш м'який режим<sup>1147</sup>. Цим Суд підтвердив те, що згідно з тестом Тюрнера пенологічні цілі можуть ставитися вище за цінність мінімального обмеження прав засуджених. Недарма наукова спільнота оцінила це рішення як крок назад та як нову загрозу правам засуджених<sup>1148</sup>. Незважаючи на те, що тест Тюрнера на практиці не вимагає мінімальності обмеження, він все ж є підставою для порушення питання, чи вказував засуджений на якусь очевидну альтернативу, яка допомогла б використати відповідне право, не накладаючи більші, ніж потрібно з мінімальних обтяжень для обґрунтованої пенологічної мети<sup>1149</sup>.

Практика показує, що стандарт, вироблений у справі Тюрнера, залишається актуальним уже протягом більш ніж 20 років.

---

<sup>1146</sup> Рішення у справі Пела задекларувало новий підхід до обмежень прав засуджених, який не вимагав від тюремних адміністрацій доведення того, що обмеження не було більшим, ніж це необхідно. Це породило плутанину серед нижчих судів, одні з яких застосовували стандарт Мартінеза, встановлюючи, чи було обмеження мінімально необхідним, інші ж вважали за достатнє визначити, чи відповідає обмеження обґрунтованим цілям. Саме на вирішення цієї проблеми було спрямовано рішення у справі Тюрнера (*Rock G. Prisoners' Rights Handbook. Ibid.* — P. 21; *Turner v. Safley* 482 U.S. 78, 89 (1987)).

<sup>1147</sup> *Beard, Secretary, Pennsylvania Department of Corrections v. Banks* 548 U.S. 521.

<sup>1148</sup> The Supreme Court — Leading Cases // Harvard Law Review. — 2006. — Vol. 120, No. 1. — pp. 263, 273.

<sup>1149</sup> *Palmer J. W. Constitutional Rights of Prisoners*, 9<sup>th</sup> edition. — Cincinnati: LexisNexis, 2010. — P. 506.

### 3.2.2.2. Листування

У рішеннях Верховного Суду є випадки, де до одного й того ж питання одночасно застосовувалися як стандарт Мартінеза, так і стандарт Тюрнера. Наприклад, у справі Ебота Верховний Суд<sup>1150</sup> застосував до обмеження вихідної кореспонденції засуджених тест Мартінеза (який вимагає доведення того, що обмеження було мінімально необхідним), а до вхідної — тест Тюрнера (достатньо лише доведення спрямування обмеження до раціональної мети)<sup>1151</sup>. У цьому рішенні Суд, застосовуючи тест Тюрнера, вказав, що стандарт Мартінеза є надто «жорстким» і «завищеним», і що такий жорсткий стандарт є просто не підходящим з огляду на норми, які є центральними для підтримки порядку та безпеки в межах установи. Річ у тому, що потенційно будь-яке адміністративне рішення Суд може назвати таким, що могло б бути менш обмежувальним<sup>1152</sup>. Тобто Суд відвернувся від принципу мінімальності з огляду на складність його практичного втілення, адже менш обмежуючу альтернативу можна знайти завжди.

Рішення Ебота є цікавим і тим, що в ньому вказується на необхідність, щоб засуджені мали доступ до кореспонденції, яка вилучається. Такий доступ потрібен для того, щоб мати можливість обґрунтувати свою скаргу проти адміністрації, наприклад, щоб процитувати його зміст на підтвердження відсутності висловів чи інформації, яка могла б становити загрозу для безпеки та порядку в пенітенціарній установі. Разом з тим рішення містить і положення, яке вказує на можливість обмеження доступу до таких листів, якщо це може становити загрозу безпеці чи порядку. Таким чином, незважаючи на позитивні намагання встановлення гарантій захисту права, фактично має місце замкнене коло в тому, що стосується захисту права на кореспонденцію.

У ньому також встановлюється, що при застосуванні обмежень має враховуватись баланс між обмеженнями для безпеки та порядку всередині тюрми й обґрунтованими вимогами «ззовні», тобто безпеки тих, хто намагається писати в тюремні установи. Що свідчить про розуміння «двоєкості» обмежень прав засуджених, тобто, що обмеження їх права на обмеження контактів означає і обмеження прав тих, хто з ними контактує. Вказується й те, що обмеження мають бути «нейтральними», тобто незаангажованими з боку тюремної адміністрації. Тому Суд вказує, наприклад, що слід відрізнити обмеження у зв'язку з «релігійним, філософським, соціальним чи сексуальним, непопулярним чи непри-

<sup>1150</sup> *Thornburgh v. Abbott*, 490 U.S. 401 (1989).

<sup>1151</sup> *Rock G. Prisoners' Rights Handbook*. Ibid. — P. 25.

<sup>1152</sup> *Palmer J. W. Constitutional Rights of Prisoners*. Ibid. — pp. 517–518.

емним змістом» та у зв'язку із загрозою безпеці. На його думку, коли йдеться тільки про безпеку, то можна говорити про нейтральний характер обмеження.

У деяких рішеннях, що стосувались обмеження права на листування щодо вихідної кореспонденції, застосовувався тест Мартінеза, що, до речі, посприяло прийняттю багатьох рішень на користь засуджених. Так, було визнано необґрунтованим обмеження відправки листа, в якому одного зі співробітників установи було названо нецензурним словом, адже це не відносилось до інтересів безпеки<sup>1153</sup>. Також було визнано необґрунтованим обмеження відправки листа на тій підставі, що в ньому містилося твердження про те, що один зі співробітників колонії «займався сексом із котом»<sup>1154</sup>. Існують і рішення, де вказувалось на правомірність читання листів, але не цензурування їх змісту<sup>1155</sup>.

Загалом судова практика з питання обмеження права листування досить неоднозначна. Головними цілями для обмеження права на листування засуджених зазвичай визнаються:

- а) безпека (загрози втеч, контрабанда);
- б) внутрішній порядок (безпосередньо пов'язаний із попередньою метою);
- в) виправлення (rehabilitation).

Наприклад, саме виправлення виправдовує встановлення списку осіб, з якими може контактувати в'язень, тоді як безпека та обмеження не можуть бути визнані обґрунтованими в такому разі<sup>1156</sup>. Суди підтримують ідею, що читання листів допомагає щонайменше:

- а) попередити контрабанду в установу та з установи;
- б) виявити плани незаконної діяльності, зокрема втечі<sup>1157</sup>.

Разом з тим загальний підхід до цього питання такий, що контроль кореспонденції вважається адміністративним питанням, і тому суди втручаються, тільки коли йдеться про порушення конституційного права, — це називається звичним підходом<sup>1158</sup>.

Наприклад, при втручанні в право на кореспонденцію судами розглядається обґрунтованість супутнього обмеження іншого права, як-то свобода вираження поглядів, доступ до суду, адвоката чи до державних органів та ін. «Новий» же підхід вважається виробленим рішеннями Ебота,

<sup>1153</sup> *Loggins v. Delo* 999 F.2d 364, 367 (8th Cir. 1993).

<sup>1154</sup> *McNamara v. Moody* 606 F.2d 621, 624 (5th Cir. 1979).

<sup>1155</sup> *Belville v. Ednie* 74 F.3d 210, 214 (10th Cir. 1996).

<sup>1156</sup> *Palmer J. W.* Ibid. — P. 71–72.

<sup>1157</sup> Ibid. — P. 73.

<sup>1158</sup> Ibid. — P. 72.

Тюрнера та Мартінеза<sup>1159</sup>. Без різниці від того, чи застосовується стандарт Тюрнера, чи Мартінеза суди погоджуються, що права засуджених, які передбачені Першою Поправкою, не порушуються переглядом звичайної (не з адвокатом) кореспонденції<sup>1160</sup>. При цьому кореспонденція може тільки читатись, але не цензуруватись<sup>1161</sup>.

Застосування обмежень до засуджених є більш простим, ніж до вільних громадян. Обґрунтування таких обмежень на практиці є менш складним процесом для держави. У рішенні Верховного Суду *Beard v. Banks* щодо обмеження доступу до деяких друкованих матеріалів Суд вказав, що хоча ув'язнення автоматично не позбавляє конституційного захисту, Конституція іноді дозволяє більші обмеження таких прав у в'язницях, ніж вона дозволила б в будь-якому іншому місці. Судова система має прихильність до професійних рішень в'язничних керівників, а обмежувальні в'язничні правила дозволяються тільки тоді, коли вони обґрунтовано відносяться до обґрунтованої пенологічної мети<sup>1162</sup>. При цьому у відповідності до клаузули про рівний захист суди мають «бути прихильними» тільки тоді, коли в'язничні керівники не зловживають своєю дискрецією: «суди мають дозволяти в'язничним адміністраторам певний обсяг дискреції, якщо тільки не буде чітко встановлено [...], що мало місце зловживання цією дискрецією»<sup>1163</sup>.

В окремих випадках судами розглядається питання про доступність альтернативи реалізації права засуджених як обов'язкову вимогу для застосування обмеження. Наприклад, у справі про заборону засудженим користуватися допомогою інших засуджених у написанні скарг до суду на дії адміністрації установи Суд вказав, що обмеження на надання правової допомоги між засудженими допустимо лише тоді, коли в них є можливість доступу до альтернативних джерел отримання допомоги юриста (а не іншого засудженого)<sup>1164</sup>.

Також Верховний Суд заборонив листування між засудженими з різних установ з метою надання правової допомоги, оскільки це суперечить інтересам в'язничної безпеки та іншим обґрунтованим урядовим інтересам<sup>1165</sup>.

---

<sup>1159</sup> *Palmer J. W. Ibid.* — P. 75.

<sup>1160</sup> *Rock G. Prisoners' Rights Handbook. Ibid.* — P. 25.

<sup>1161</sup> *Belville v. Ednie* 74 F. 3d 210, 214 (10th Cir. 1996).

<sup>1162</sup> *Palmer J. W. Ibid.* — P. 91.

<sup>1163</sup> *Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union, Inc.* 433 U.S. 119 (1977).

<sup>1164</sup> *Bryan v. Werner*, 516 F.2d 233 (3d Cir. 1975).

<sup>1165</sup> *Shaw v. Murphy* 532 U.S.223 (2001).

### 3.2.2.3. Контакти із зовнішнім світом

Однією із показових у цьому контексті є справа *Overton v. Bazzetta*<sup>1166</sup>. Мічіганський департамент в'язниць прийняв рішення, яким обмежувалися в'язничні побачення. Усі особи, з якими засуджені мали право отримувати побачення, були внесені до спеціального списку. Засудженим було заборонено мати побачення із дітьми за винятком своїх власних дітей, пасинків і падчерок, братів чи сестер, внуків (тобто заборона стосувалась, наприклад, і племінників та племінниць). Власні ж діти повинні були супроводжуватись членом сім'ї дитини або представником охоронного персоналу. В'язням також не дозволялось мати побачення з колишніми в'язнями за винятком родичів засуджених і тільки якщо охоронець надавав відповідний дозвіл. До того ж в'язні, які вчинили два суттєвих порушення дисципліни, не могли отримувати побачення за винятком священників і адвокатів. Відновити свої права, які в цьому разі розглядаються як привілеї, вони могли лише через два роки. Як наслідок жорстких правил, в'язні, їхні друзі і члени сім'ї подали позов, вказуючи на порушення першої, восьмої та чотирнадцятої поправок до конституції.

Верховний Суд застосував тест Тюрнера та аргументував, що оскаржуваний документ про обмеження побачень переслідував обґрунтовані пенологічні інтереси, яких вистачало, щоб підтримати його законність, незважаючи на те, що в'язні мали на контакти конституційне право, яке залишалось і в ув'язненні. Пенологічний інтерес, який досягався, полягав у підтримці внутрішньої безпеки і захисті відвідувачів дитячого віку від сексуальних або інших нападів або від можливих тілесних ушкоджень. Обмеження також допомагало підтримувати внутрішню безпеку, «напевно найбільш обґрунтовану пенологічну мету» через зниження загальної кількості відвідувачів і через обмеження «перебоїв у роботі», викликаних дітьми. Заборона бачитись із колишніми засудженими була спрямована на досягнення державного інтересу підтримки в'язничної безпеки і попередження майбутніх злочинів. Обмеження побачень для тих засуджених, які вчинили два суттєвих порушення дисципліни, служило обґрунтованій меті попередити вживання наркотиків та алкоголю у в'язницях.

Друга складова тесту Тюрнера задовольнялась тим, що існували альтернативні способи здійснення їхніх прав на контакти із зовнішнім світом шляхом передачі повідомлень через тих, з ким не заборонено побачення, а також шляхом листування та телефонних розмов.

Третя складова полягала в тому, що відсутність цього обмеження могло б мати суттєвий вплив на охоронців, інших засуджених, в'язничні ресурси та на безпеку відвідувачів через суттєвий вплив на фінансові ре-

<sup>1166</sup> *Overton v. Bazzetta* (02-94) 539 U.S. 126 2003.

сурси і погіршення здатності в'язничного персоналу захищати тих, хто знаходиться всередині тюрми.

Четверта складова виражалась у тому, що була відсутня альтернатива залишити право без обмеження, не завдаючи при цьому суттєвої шкоди обґрунтованим пенологічним цілям.

Аналітики відразу відмітили, що це рішення було суттєвим кроком назад у питанні обмеження права на побачення<sup>1167</sup>. Наприклад, М. Ясуда вказувала на помилку Суду в застосуванні першої складової стандарту Тюрнера, тобто у встановленні наявності раціонального зв'язку між обмеженням та урядовим інтересом «підтримки внутрішньої безпеки та захисту відвідувачів дитячого віку від сексуальних або інших нападів чи від можливих тілесних ушкоджень». Вона пояснювала це тим, що візити є ключовими для реабілітації, а безконтактні побачення не піддають дітей впливу негативної поведінки з боку засуджених. Так само не було раціонального зв'язку між обмеженням та метою попередження передачі контрабанди, адже йшлося про безконтактні візити. Також Суд не пояснив, як безконтактні візити можуть піддати дітей впливу негативної поведінки, при цьому пославшись на публікацію Федерального В'язничного Бюро, яке вказувало, що саме «контактні візити є головною причиною передачі наркотиків», а для подолання проблеми «контактні візити мають замінюватись безконтактними». Так само Мічиганський департамент в'язниць визнав, що не було зафіксовано жодного випадку негативної поведінки під час безконтактних візитів засуджених із дітьми аж із 1984 року<sup>1168</sup>. Заборона побачень для порушників режиму була контрпродуктивною з точки зору досягнення мети попередити вживання алкоголю та наркотиків, адже, як було встановлено експертним висновком, таке обмеження суперечить терапевтичним інтересам і, навпаки, замість попереджувати порушення, тільки призводить до суттєвих зловживань<sup>1169</sup>.

Що ж до застосування другої складової тесту Тюрнера, то Суд визнавав, що альтернатива листування та спілкування по телефону не є належним замінником права на побачення. Проте він висловив важливу для подальшої практики застосування цього тесту ідею: «[...] альтернативи побаченням, разом з тим, не мають бути ідеальними; вони мають

---

<sup>1167</sup> Yasuda M. Taking a Step Back: The United States Supreme Court's Ruling in *Overton v. Bazzetta* // *Loyola of Los Angeles Law Review*. — 2004. — Vol. 37. — pp. 1831–1851; *Sinema K. Overton v. Bazzetta: How the Supreme Court Used Turner to Sound the Death Knell for Prisoner Rehabilitation* // *Arizona State Law Journal*. — 2004. — Vol. 36. — pp. 471–486; *Farrell D. Correctional Facilities: Prisoners' Visitation Rights, the Effect of Overton v. Bazzetta and Lawrence v. Texas* // *Georgetown Journal of Gender and Law*. — 2004. — Vol. 5. — pp. 167–174.

<sup>1168</sup> Yasuda M. *Ibid.* — P. 1840.

<sup>1169</sup> *Ibid.* — P. 1841.

бути тільки доступними». Коментатори цього рішення зауважують, що ця фраза була повним відступом від ідеї другої складової тесту Тюрнера, адже вимога однієї лише наявності альтернативних, але не практичних (дієвих) засобів<sup>1170</sup> реалізації права повністю позбавляє сенсу другу складову тесту.

Заслугове на увагу також і встановлення Судом четвертої складової тесту. Суд вказав, що «[стандарт] Тюрнера не вимагає застосування тесту мінімально необхідної альтернативи», а натомість вимагає від засудженого продемонструвати очевидну доступну альтернативу, яка спричиняла лише *de minimis* втрати урядових інтересів. Утім вимога *de minimis* могла бути досягнута, наприклад, і тоді, коли візити були б дозволені племінникам та племінницям, а також дітям, щодо яких засуджені позбавлені батьківських прав<sup>1171</sup>.

В остаточному підсумку, незважаючи на визнану Верховним Судом ключову роль реабілітації для діяльності в'язничної системи, це рішення перевернуло розуміння легітимних цілей і фактично дозволило йти проти інтересів реабілітації при встановленні обмежень прав засуджених. Це, у свою чергу, призвело до підривання цілей зменшення рецидивізму, захисту дітей та зниження в'язничного населення<sup>1172</sup>.

Примітно й те, що для обґрунтування своїх ідей Суд у цьому рішенні застосовував теорію фактичного обмеження прав ізоляцією, вказуючи, що «засуджений не продовжує користуватись тими правами, які не сумісні із ув'язненням», а також, що «свобода контактів є одним із найменш сумісних із ув'язненням прав». Цим рішенням додатково підтверджується контрпродуктивність ідеї щодо неминучих в ув'язненні обмежень прав у американському контексті.

З іншого боку, тест Тюрнера може сприяти прийняттю рішення на користь засуджених навіть у разі, коли йдеться про доволі контроверсійні обмеження. Наприклад, обмеження засуджених-гомосексуалів у праві на побачення із їхніми партнерами, незалежно від того, якої вони були статі, є необґрунтованим на підставі тесту Тюрнера<sup>1173</sup>.

На додаток, що стосується стандартів обмежень прав, пов'язаних із комунікацією із зовнішнім світом, у старому рішенні Верховного Суду Pell

---

<sup>1170</sup> Як приклад наводиться експертна думка, що від 40 до 80% засуджених були неписьменними, а тому не могли нормально листуватись. Також спілкування із дітьми, які ще не вмiли говорити, взагалі виключалось. Телефонні ж розмови повністю прослуховувались, про що кожні кілька хвилин телефонної розмови звучало спеціальне повідомлення.

<sup>1171</sup> *Yasuda M. Ibid.* — pp. 1845–1846.

<sup>1172</sup> *Ibid.* — pp. 1847–1851.

<sup>1173</sup> *Doe v. Sparks* 733 F. Supp. 227 (W.D. Pa. 1990).

v. Procnier<sup>1174</sup> вказується, що засуджені зберігають усі права, передбачені Першою Поправкою, за винятком тих, які є несумісними із їхнім статусом в'язня або з обґрунтованими пенологічними цілями виправної системи. Рішенням було визнано обґрунтованим обмеження засуджених у можливості особистих інтерв'ю із засобами масової інформації, адже існувала альтернатива — спілкування за допомогою листування. Аргументувалось, що хоча міркування підтримки безпеки не дозволяють в'язничному персоналу забороняти будь-яке висловлювання чи комунікацію з в'язнями, вони є достатньо важливими в управлінні в'язницею, щоб обґрунтувати накладення деяких обмежень на доступ ЗМІ у в'язницю для безпосереднього контакту<sup>1175</sup>. Одним із пояснень такого обмеження було те, що, оскільки окремі засуджені (наприклад, ті які не співпрацюють із адміністрацією) могли стати предметом особливої уваги ЗМІ, а через це й інших в'язнів, то це могло б призвести до ускладнень в управлінні в'язнями.

#### 3.2.2.4. Доступ до друкованих матеріалів (рішення у справі Бенкса)

У справі Верховного Суду *Beard v. Banks*<sup>1176</sup> засуджені починали відбування покарання із включення до категорії підвищеного (другого) рівня небезпечності, який передбачав суворі обмеження їхніх прав. Серед них було обмеження, що й стало предметом позову до суду через порушення Першої Поправки Конституції, — заборона мати доступ до будь-яких газет, журналів та фотографій. Дозвіл на їх отримання міг бути отриманий тільки з моменту переходу до іншої, менш небезпечної категорії засуджених.

Обґрунтування цього обмеження в'язничною владою було таке:

- а) потрібно мотивувати їхню поведінку, оскільки вони складні особистості;
- б) слід мінімізувати кількість власності, контрольованої в'язнями. Тюремна адміністрація виходила з принципу: «чим менше власності, тим легше ідентифікувати контрабанду і забезпечувати безпеку»;
- в) зменшити кількість матеріалів (особливо газет та журналів), які засуджені можуть використовувати як зброю («катапульти» і «видихувальна зброя»).

Суд підтримав ці аргументи та визнав, що між обмеженням та задекларованими цілями має місце логічний зв'язок, але й зауважив, що «справжнє завдання полягає не тільки в тому, щоб продемонструвати

---

<sup>1174</sup> *Pell v. Procnier* 417 U.S. 817, 818 (1974).

<sup>1175</sup> Див. *Palmer J. W. Ibid.* — P. 481.

<sup>1176</sup> *Beard v. Banks* 548 U.S. 521 (2006).



логічний, а й раціональний (reasonable) зв'язок». Він також опирався на доктрину, що суди мають довіряти рішенням в'язничної адміністрації (від англ. «deference»), яка доходить до своїх рішень, ґрунтуючись на власному професійному досвіді. Саме ж рішення, до речі, скасовувало позицію у цій справі окружного суду, який дійшов протилежного висновку та визнав обмеження необґрунтованим. На думку Верховного Суду, це сталося через те, що окружний суд «наклав надто велике обтяження доказування [на в'язничну владу] і продемонстрував надто малу довіру (deference) до рішення тюремного персоналу». Це рішення є одним із тих, які демонструють впливовість на практиці доктрини, яка вимагає «довіри» (deference) судів до пенітенціарної адміністрації. Водночас вона викликає сумніви з точки зору принципу розподілу влад: якщо суд не бажає втручатись у здійснення виконавчої влади, тому що «довіряє» їй, то порушується механізм стримування і противаг.

Зі справи видно, що засуджені практично не мали альтернативи реалізації їхнього права на доступ до інформації, а тому таке обмеження мало б бути визнане необґрунтованим. Залишаючи поза увагою цю очевидність та посилаючись на рішення у справі Овертона (Overton), Суд установив, що хоча відсутність альтернативи здійснення права в разі його обмеження є певною ознакою його необґрунтованості, але не є визначальною у встановленні обґрунтованості обмеження. Остаточним аргументом, який переконав Суд визнати обмеження обґрунтованим, став аргумент про можливість засуджених отримати альтернативу здійснення права в разі зміни їхнього статусу, який перешкоджає їм у цьому. До протилежного і більш переконливого висновку дійшли в окремих думках судді Томас (Thomas) та Скаліа (Scalia). Вони визнали, що існування або не існування альтернативи обмеженню вирішується стосовно його наявності в теперішньому, а не майбутньому часі.

Назви статей-коментарів до цього рішення говорять самі за себе: «Beard v. Banks: обмеження як реабілітація»<sup>1177</sup>, «Роблячи Тюрнера неефективним: рішення Верховного Суду в справі Beard v. Banks»<sup>1178</sup>, «Persona non grata в судах: зникнення конституційних прав засуджених за Першою Поправкою в рішенні Beard v. Banks»<sup>1179</sup>. У них часто звертається увага на окремі (незгодні) думки суддів у цій справі. Як приклад, наводяться мір-

---

<sup>1177</sup> *Sweeney M.* Beard v. Banks: Deprivation as Rehabilitation // Publications of the Modern Language Association of America. — Vol. 122, No. 3. — 2007. — pp. 779–783.

<sup>1178</sup> *Wimsatt J. N.* Rendering “Turner” Toothless: The Supreme Court’s Decision in Beard v. Banks // Duke Law Journal. — 2008. — Vol. 57, No. 4. — pp. 1209–1243.

<sup>1179</sup> *Wu S.* Persona Non Grata in the Courts: The Disappearance of Prisoners’ First Amendment Constitutional Rights in Beard v. Banks // Whittier Law Review. — 2007. — Vol. 28. — pp. 981–1006.

кування судді Стівенса (Stevens), який вказував, що обмеження доступу до читальних матеріалів у цій справі було обґрунтовано теорією «обмежувальної реабілітації», яка ґрунтується на ідеї, що «кожне обмеження чогось, чого бажає в'язень, дає йому додатковий стимул (incentive) для того, щоб покращувати свою поведінку». Він застерігає: такий підхід становить велику небезпеку, оскільки він не має обмежувального характеру і може обґрунтувати будь-яку норму, що позбавляє в'язня конституційного права, якщо тільки він уповноважений знову його здобути в певному майбутньому шляхом зміни своєї поведінки<sup>1180</sup>.

Розходження окремих думок, які підтримували та не погоджувались із цим рішенням, по суті зводилося до питання: наскільки суди мають бути прихильними до тюремної влади. У співпадаючих окремих думках висловлювалися аргументи за «абсолютну» довіру (deference). Вони були прямо протилежними окремим думкам суддів, що не погоджувались та вказували, що потрібно встановлювати, чи було правило (обмеження) надмірним заходом для досягнення обґрунтованих пенологічних цілей.

Коментатори цього рішення вказують, що висока прихильність до рішень тюремної влади стала можливою шляхом нівелювання трьох чинників тесту Тюрнера і його обґрунтування тільки на одній його складовій<sup>1181</sup>. У цьому рішенні замість «обґрунтованого раціонального зв'язку» (valid rational connection) між обмеженням права та пенологічними цілями було встановлено лише «раціональний зв'язок», що не є еквівалентом обґрунтованості, оскільки це нівелює три інших складові тесту. Таким чином, одне лише посилення в'язничною адміністрацією на реабілітаційну мету покарання створило можливість уникнути застосування трьох інших складових тесту Тюрнера, застосовуючи лише вимогу наявності зв'язку між обмеженням та ціллю. Це дає підстави для своєрідного обходу захисту конституційних прав<sup>1182</sup>.

Автор задається питанням, який із підходів (Тюрнера чи Банка) мають брати на озброєння нижчестоящі суди та дає відповідь, що, на його думку, має застосовуватися стандарт Тюрнера, який має комбінуватись із окремими незгодними думками з рішення по справі Банка про те, що обмеження не повинні бути надмірними для вирішення проблем в'язничної адміністрації<sup>1183</sup>. Серед причин такої зміни тесту Тюрнера називалось і те, що він не дуже добре узгоджувався із обґрунтуванням обмежень задля реабілітації. Тому й була розвинута своєрідна аргументація, яка обійшла

<sup>1180</sup> Sweeney M. Ibid. — P. 781.

<sup>1181</sup> Wimsatt J. N. Rendering "Turner" Toothless: The Supreme Court's Decision in Beard v. Banks. Ibid. — P. 1227.

<sup>1182</sup> Ibid. — pp. 1237–1239.

<sup>1183</sup> Ibid. — pp. 1227–1228.

попередній тест Тюрнера<sup>1184</sup>. Неприйнятність аргументації Суду полягала в чотирьох аспектах:

- а) вона неприйнятна з огляду на попередні рішення судів, які вказували, що засуджені зберігають усі конституційні права;
- б) що засуджені є ув'язненою меншістю, яка потребує більший, а не менший рівень судового захисту проти дискримінаційних політик;
- в) належний судовий захист підвищує підзвітність в'язничної адміністрації;
- г) належний судовий захист може зменшити характерні для авторитарних інституцій зловживання<sup>1185</sup>.

Зазначимо також, що у відповідності до тесту Тюрнера суди неодноразово відмовляли засудженим у зберіганні матеріалів із сексуально-орієнтованим змістом. Щоправда, обґрунтування рішень дещо відрізнялись. Так, в одному із випадків заборона спиралась на те, що відібрання цих матеріалів відноситься до потреби запобігання перешкодам у здійсненні своїх обов'язків працівниками в'язниці жіночої статі й безпеці засуджених<sup>1186</sup>. У іншому випадку рішення було обумовлено можливістю читання таких матеріалів у спеціально обладнаній кімнаті і при цьому лише психологічно «підходящими засудженими»<sup>1187</sup>.

### 3.2.2.5. Свобода релігії

Своєрідними є стандарти, що стосуються обмежень свободи вираження поглядів у в'язницях США. Перш за все, для вирішення питання про обґрунтування цих обмежень судом обов'язково розглядаються два питання:

- а) реальне існування релігії;
- б) щирість віри засудженого. Для надання відповідей на них використовуються спеціальні прийоми, які стали потрібні через велику кількість справ, коли засуджені хотіли отримати певні права на підставі вдаваних вірувань або вірувань у неіснуючі релігії.

Якщо на обидва питання дається ствердна відповідь, то тоді Суд має право перейти до вирішення питання про те, чи були обґрунтовані державні інтереси для обмеження такого права<sup>1188</sup>. До таких обмежень засто-

<sup>1184</sup> *Wimsatt J. N. Rendering "Turner" Toothless: The Supreme Court's Decision in Beard v. Banks. Ibid.* — P. 1230.

<sup>1185</sup> *Ibid.* — pp. 1236–1237.

<sup>1186</sup> *Frost v. Symington* 197 F.3d 348, 357 (9th Cir. 1999).

<sup>1187</sup> *Dawson v. Scurr* 986 F.2d 257, 261-262 (8th Cir. 1993).

<sup>1188</sup> *United States v. Seeger* 380 U.S. 163, 185 (1965).

совується тест Тюрнера<sup>1189</sup>. Проте цей стандарт зазнав певних змін стосовно права на свободу вираження поглядів, що можна пояснити прийняттям Закону про відновлення релігійної свободи (1993)<sup>1190</sup>, який зобов'язав доводити наявність мінімальної необхідності обмеження.

Цей закон вплинув на практику вже у 1994 р. у справі, де двоє засуджених скаржились на заборону вдягатись у спеціальний релігійний одяг. Суд вказав, що заборона це робити була необґрунтованою, адже були доступними менш обмежуючі заходи, як-то допущення носіння цього одягу під іншим одягом<sup>1191</sup>. У справі Мейвезерса Суд підтримав позицію нижчого суду і визнав неправомірним застосування дисциплінарних заходів до засуджених мусульман, які пропускали кілька годин роботи в п'ятницю на підставі їхніх релігійних вірувань, оскільки таке обмеження не відносилось до обґрунтованих інтересів<sup>1192</sup>. Отже, обмеження свободи вираження релігійних поглядів вважалось необґрунтованим, якщо воно не спрямовувалось до обґрунтованого урядового інтересу або було більшим, ніж це необхідно для досягнення обґрунтованої мети.

Іноді суди визнавали необґрунтованою відмову в'язничної адміністрації забезпечити засуджених їжею, що відповідала б релігійним їхнім віруванням, оскільки такі відмови не відносились до пенологічних інтересів, у тому числі вони не узгоджувались з необхідністю залучити додаткові кошти<sup>1193</sup>. Хоча, у інших рішеннях суди, посилаючись на тест Тюрнера, встановлювали, що відмова в забезпеченні м'ясом халяль раціонально відносилось до обґрунтованих інтересів, пов'язаних зі спрощенням харчового сервісу, безпеки і бюджетних міркувань. Крім того, засуджений може виражати свої погляди іншим шляхом, не вживаючи в їжу свинину<sup>1194</sup>, тобто достатнім є наявність навіть неповноцінних альтернатив реалізації обмеженого права. Так само відноситься до обґрунтованих інтересів відмова в спеціальній буддистській дієті на підставі, що це ускладнило б харчовий сервіс і вживання такої їжі могло б викликати заздрість з боку інших засуджених<sup>1195</sup>. За загальним правилом мусульма-

---

<sup>1189</sup> *O'Lone v. Estate of Shabazz* 482 U.S. 342 (1987).

<sup>1190</sup> The Religious Freedom Restoration Act.

<sup>1191</sup> *Campos v. Coughlin* 854 F. Supp. 194 (S.D.N.Y. 1994).

<sup>1192</sup> *Mayweathers v. Newland*, 258 F.3d 930 (9th Cir. 2001).

<sup>1193</sup> *Love v. Reed* 216 F.3d 682, 690-691 (8th Cir. 2000); *Ashelman v. Wawraszek* 111 F.3d 674, 678 (9th Cir. 1997); *Makin v. Colorado Dept. Of Corrections* 183 F.3d 1205, 1213-1214 (10th Cir.1999).

<sup>1194</sup> *Williams v. Morton* 343 F.3d 212 (3d Cir. 2003).

<sup>1195</sup> *Dehart v. Horn* 390 F.3d 262 (3d Cir. 2004).

нам та євреям відмовляють у спеціальній їжі і лише в окремих випадках це визнається необґрунтованим обмеженням їхніх прав<sup>1196</sup>.

Іншим прикладом нелояльності судів до свободи вираження поглядів є справа Купера, в якій засуджені скаржились на те, що до них було застосовано дисциплінарне стягнення внаслідок групової молитви на в'язничному подвір'ї, у якій Суд визнав обґрунтованим таке обмеження<sup>1197</sup>.

Питання дозволеної в тюрмах довжини волосся, бороди також розглядається з урахуванням зазначених вище стандартів. Рішення судів, як і в інших категоріях справ, значно різняться. Так, визнавались обґрунтованими і такими, що не порушують свободу вираження поглядів, обмеження, які полягали в забороні засудженим мати бороду<sup>1198</sup>, якщо тільки вона не потрібна з огляду на медичні показання. Також було визнано необхідною заборону засудженим мати довге волосся (при цьому вказано на допустимість волосся середньої довжини) для попередження зберігання контрабанди та ідентифікації осіб<sup>1199</sup>.

Втім пізніше Верховний Суд визнав право засуджених мати бороду з релігійних мотивів, якщо тільки вона була коротка та охайна<sup>1200</sup>. Контраргумент в'язничної влади, що у бороді можна приховати леза, був відхилений, адже засудженим було б простіше сховати лезо у волоссі, аніж у короткій (близько 1 см) бороді.

Висновок, до якого доходять американські автори, полягає в тому, що належне обґрунтування обмежень релігійних прав в'язничною владою завжди буде мати результатом те, що обмеження будуть підтримані й судом<sup>1201</sup>. Загалом урядовий інтерес у підтримці безпеки в межах установи, разом із потребою адміністративної дискреції у вирішенні дисциплінарних проблем був достатнім обґрунтуванням для обмеження прав, передбачених першою поправкою (щодо релігії)<sup>1202</sup>.

### 3.2.2.6. Свобода об'єднань

Справа Jones проти Трудового союзу каліфорнійських в'язнів<sup>1203</sup> є показовою стосовно обмежень права засуджених на об'єднання.

<sup>1196</sup> Див. перелік рішень та їх аналіз у: *Parmer J. Ibid.* — pp. 131,140–142.

<sup>1197</sup> *Cooper v. Tard* 855 F.2d 125 (3d Cir. 1988).

<sup>1198</sup> *Green v. Polunsky* 229 F.3d 486, 491 (5th Cir. 2000).

<sup>1199</sup> *Harris v. Chapman* 97 F.3d 499, 504 (11th Cir. 1996).

<sup>1200</sup> *Holt v. Hobbs* 574 U.S. (2015).

<sup>1201</sup> *Palmer J. Constitutional Rights of Prisoners. Ibid.* — P. 126.

<sup>1202</sup> *Ibid.* — P. 157.

<sup>1203</sup> *Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union, Inc.* 433 U.S. 119 (1977).

Засуджені трудового союзу в'язнів скаржились на порушення Першої Поправки і рівного захисту прав з огляду на нормативний документ, який був прийнятий Департаментом виправної служби Північної Каліфорнії. У відповідності до нього засудженим заборонялось закликати інших засуджених приєднуватись до Союзу, проводити збори Союзу і листування із зовнішнім світом щодо діяльності Союзу.

Верховний Суд, на відміну від нижчих судів, встановив обґрунтованість такого обмеження. До уваги при цьому брались такі аргументи:

- а) факт ув'язнення і потреби в'язничної установи передбачають обмеження прав, включаючи права, що передбачені Першою Поправкою, а обмеження свободи об'єднань може розглядатись одним із найбільш очевидно необхідних в ув'язненні;
- б) обмеження було спрямованим до обґрунтованих цілей тюремного адміністрування, узгоджувалось із їхнім статусом та оперативними міркуваннями установи;
- в) норми, якими передбачались обмеження, не були більш широкими, ніж це вимагалось для того, щоб попередити загрозу колективних мітингів і організувати діяльність для підтримки порядку та безпеки;
- г) тюрма не повинна вважатись «публічним форумом».

Вказувалось, що права, які передбачені Першою Поправкою, «[...] мають поступатись раціональним міркуванням в'язничного менеджменту. ... багато аспектів права на об'єднання з необхідністю обмежені реаліями ув'язнення. Вони можуть бути обмежені тоді, коли в'язничні службові особи, використовуючи свою дискрецію, обґрунтовано вважають, що такі об'єднання як групові збори, так і інші збори мають вірогідність порушення тюремного порядку і стабільності або, іншими словами, втрутитись у обґрунтовані пенологічні цілі в'язничного ув'язнення. ... центральним для всіх інших в'язничних цілей є інституційні міркування внутрішньої безпеки в самих виправних установах». Суд обґрунтував це рішення також тим, що такий Союз був переповнений загрозами безпеці установи, а також міг викликати напруження у відносинах між засудженими й адміністрацією установи або між засудженими учасникам Союзу та засудженими, які не були його учасниками

Однак іноді засуджені мають можливість реалізувати своє право на створення та участь у громадських об'єднаннях. Так, у США існували об'єднання довічників, об'єднання ветеранів війни у В'єтнамі та ін.

### 3.2.2.7. Випадки незастосування тесту Тюрнера

Американська практика демонструє наявність певної категорії справ, обмеження у яких обґрунтовуються без застосування тесту Тюрнера.

Так, у рішенні *Sandin v. Conner*<sup>1204</sup> суд створив інший тест, який несумісний із тестом Тюрнера.

Справа стосувалась застосування конституційної гарантії «належного процесу» (due process) до дисциплінарного процесу в тюрмі. Ця гарантія спрямована на захист особи проти держави в процесі здійсненні правосуддя. У відповідності до виробленого підходу, Суд має задатись питанням, чи могла застосовуватися вимога «належного процесу», що могло бути, якщо санкція передбачала «нетипову і суттєву жорсткість щодо засудженого». Суд у цій справі встановив, що відмова засудженому надавати свідчення під час дисциплінарних слухань не була нетиповим, надмірним обмеженням і тому підтримав таку в'язничну політику без застосування тесту Тюрнера.

Суди не застосовували тест Тюрнера і в справах, які стосуються 8 поправки (заборона надмірних застав, штрафів, жорстоких та незвичайних покарань)<sup>1205</sup>. Натомість такі спори вирішуються шляхом використання «стандартів пристойності, що еволюціонують». У відповідності до них має бути оцінено, чи було покарання настільки непропорційним, що воно порушило «стандарты пристойності, які знаменують розвиток зрілого суспільства», або чи було воно «шокуючим». Тільки в такому разі покарання розглядатиметься як жорстоке та незвичайне, а тому незаконне.

Не застосовувався тест Тюрнера і по справах щодо расової сегрегації засуджених<sup>1206</sup>. Адже до таких справ застосовувався більш жорсткий тест та мала надаватись менша прихильність (deference) тюремній владі. У разі ж застосування тесту Тюрнера він з урахуванням ідеї необхідності відповідності обмеження належному тюремному адмініструванню міг би обґрунтувати навіть расову сегрегацію<sup>1207</sup>.

### 3.2.2.7.1. Теорія «належного в'язничного адміністрування»

У вищезазначеному рішенні у справі Банкса суттєвий вплив мала так звана теорія «належного в'язничного адміністрування» (proper prison administration) або, як її ще називають, теорія «належного ув'яз-

<sup>1204</sup> *Sandin v. Conner* 515 U.S. 472 (1995).

<sup>1205</sup> Як вказує *T. McFadden*, хоча вважається, що тест Тюрнера може застосовуватись переважно до прав засуджених, але в багатьох таких справах він не застосовується. Цит. за: *Wimsatt J. N. Rendering "Turner" Toothless: The Supreme Court's Decision in Beard v. Banks* // *Duke Law Journal*. — Vol. 57, No. 4. — 2008. — P. 1218).

<sup>1206</sup> *Johnson v. California* 543 U.S. 499 (2005).

<sup>1207</sup> *Dimitrakopoulos I. G. Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution: The Case Law of the U.S. Supreme Court*. — Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007. — P. 95.

нення» (proper incarceration)<sup>1208</sup>. Ця теорія передбачає оцінку обґрунтованості обмежень у залежності від того, чи є вони сумісними із належною організацією управління в'язницею. Для цього потрібно розуміти, який вигляд повинна мати в'язниця та як вона має управлятися. Ця теорія не є чітко закріпленою, окремі її риси є розпорошеними в практиці судів США.

На її опосередковану присутність у практиці судів звертає увагу і пояснює у своїй роботі Дж. Вімсат<sup>1209</sup>. Вона передбачає розуміння того, «який вигляд повинна мати належна тюрма і як вона має адмініструватися»<sup>1210</sup>. Згідно з критикою судді Томаса (Thomas), ця теорія допомагає судам аналізувати, які обмеження прав у тюрмі є конституційними. Він пояснює, що «прецеденти Суду щодо прав засуджених залишаються такими, що базуються на невстановленій (і неправильній) презумпції, що Конституція містить приховане визначення ув'язнення<sup>1211</sup>». На думку цього ж судді, «несумісність із належним в'язничним адмініструванням вважає питання вирішеним наперед ... Для того, щоб суд знав, чи може якесь конкретне право бути несумісним із належним в'язничним адмініструванням, він повинен мати якесь іманентне поняття того, який вигляд повинна мати належна в'язниця і як вона має адмініструватися». Таким чином, «належне» ув'язнення є просто визначенням «конституційного» ув'язнення. А його стандарти вже були встановлені попередньою практикою Суду, в тому числі в рішенні Мартінеза, у якому Суд пояснив два головних чинники, які мають бути збалансовані в справах про права в'язнів. Таким чином, балансується потреба захищати конституційні права, якими продовжують володіти засуджені, і потреба судів виражати прихильність в'язничній адміністрації в разі складних проблем американських в'язниць<sup>1212</sup>.

Така критика не є несподіваною, адже у відповідності до теорії належного ув'язнення суди мають співвідносити обмеження із належним адмініструванням в'язниці, тоді як вони ж мають своїми рішеннями встановлювати, чим є таке адміністрування, в тому числі й те, які обмеження

---

<sup>1208</sup> The Supreme Court, 2005 Term-Leading Cases // Harvard Law Review. — 2006. — Vol. 120. — pp. 263–273; *Wimsatt J. N.* Ibid.

<sup>1209</sup> *Wimsatt J. N.* Rendering “Turner” Toothless: The Supreme Court’s Decision in *Beard v. Banks* // Duke Law Journal. — Vol. 57, No. 4 (Feb., 2008). — pp. 1228–1231. Див. також: *Rose M. D.* Prisoners and Public Employees: Bridges To a New Future in Prisoners’ Free Speech Retaliation Claims // Seventh Circuit Review. — 2009. — Vol. 5, Issue 1. — pp. 159–220.

<sup>1210</sup> Окрема думка судді *Thomas J.* у рішенні *Johnson v. California*, 543 U.S. 449, 541–542 (2005) (тут і далі вислови цього судді цитуються за *Wimsatt J. N.* Ibid.).

<sup>1211</sup> У сенсі того яким має бути ув'язнення.

<sup>1212</sup> *Wimsatt J. N.* Ibid. — pp. 1229–1230.



є обґрунтованими. У такому замкненому колі з'являється широке поле для зловживань як з боку пенітенціарної влади, так і з боку судів.

### 3.2.2.7.2. Стандарт жорсткої перевірки (*strict scrutiny standard*)

Цей «більш жорсткий» тест обмежень прав застосовується судом у окремих категоріях справ. Він відрізняється від заснованих на раціональності стандартів, до яких відноситься й тест Тюрнера. У доктрині цей стандарт називають «жорстким теоретично, фатальним фактично»<sup>1213</sup>, адже більшість законів у відповідності до нього визнаються необґрунтованими хоча статистика свідчить і про інші тенденції<sup>1214</sup>.

Американські суди застосовують цей тест у двох контекстах: коли справа стосується фундаментальних конституційних прав<sup>1215</sup>, особливо тих, що містяться в Білі про права і тих, що стосуються Клаузули про належний процес (*due process clause*) та клаузули свободи (*liberty clause*) 14 поправки або коли це стосується дискримінаційних практик, як-то расова сегрегація. До засуджених він застосовувався в разі расової сегрегації<sup>1216</sup>, а також у окремих випадках стосовно релігійних прав<sup>1217</sup>.

Для того, щоб цей тест був задоволений необхідно, щоб було враховано три складових обґрунтованого обмеження. Воно має бути:

- а) обґрунтоване суттєвим урядовим інтересом<sup>1218</sup>;
- б) максимально чітко (*narrowly*) сформульованим;
- в) мінімально обмежувальним заходом для досягнення інтересу (мети), тобто не повинні бути наявними менш обмежувальні за-

---

<sup>1213</sup> *Gunther G.* The Supreme Court, 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection // *Harvard Law Review*. — 1972. — Vol. 86. — P. 8.

<sup>1214</sup> *Winkler A.* Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts // *Vanderbilt Law Review*. — 2006. — Vol. 59. — pp. 793–871.

<sup>1215</sup> Обмеження саме фундаментальних прав вважається головним критерієм для застосування цього тесту. Див. детальніше про категорії справ, до яких застосовується цей тест: *De Leo J.* *Administrative Law*. — New York : Cengage Learning, 2008. — pp. 182–185.

<sup>1216</sup> Поки що відомо тільки два рішення в такого роду справах: *Del Carmen R., Ritter S., Witt B.* *Briefs of Leading Cases in Corrections*. 5<sup>th</sup> ed. — New York : Routledge, 2014. — pp. 65–67.

<sup>1217</sup> *Moustafa N.* The Right to Free Exercise of Religion in Prisons: How Courts Should Determine Sincerity of Religious Belief Under RLUIPA // *Michigan Journal of Race and Law*. — 2014. — Vol. 20, Issue 1. — pp. 214–215.

<sup>1218</sup> Визначення того, що слід вважати таким інтересом, є неоднозначним. Однак щонайменше цей інтерес має бути чимось принципово важливим, а не просто «бажаним».

ходи для досягнення того ж самого інтересу (мети). У доктрині цей третій чинник розглядається як такий, що відноситься до другого, хоча суди оцінюють їх окремо.

Різниця цього тесту від «раціональних тестів», яким є тест Тюрнера та Мартінеза, полягає також у тому, що тягар доведення обґрунтованості обмеження лежить на державі. Головна ж різниця, незважаючи на суттєву схожість цього стандарту із раціональними тестами, полягає в тому, що вирішення судом його застосування означає набагато меншу прихильність суду до в'язничних політик. Прийняття судом рішення про його застосування напевно означатиме встановлення необґрунтованості обмеження. Разом з тим американські фахівці однозначно зазначають, що навіть тоді, коли йдеться про обмеження фундаментальних прав засуджених (і це теоретично мало б означати залучення стандарту жорсткої перевірки) тест жорсткої перевірки за невеликими винятками не застосовується<sup>1219</sup>.

Подальший аналіз прикладів обґрунтування інших прав засуджених був би дуже об'ємним та зайвим, з огляду на детальні та об'ємні публікації американських фахівців із цього приводу. Зазначимо лише, що наше ознайомлення із практикою американських судів показує, що справи про інші проблемні права засуджених, як-то право на приватність, вирішуються судами з огляду на вироблений у рішенні Тюрнера стандарт.

## Висновок до розділу 3.2

Американські суди відіграли провідну роль у формуванні стандарту обмежень прав в'язнів та тюремної реформи загалом. Саме ці суди чи не найпершими у світі сформулювали відомий стандарт, що «в'язні зберігають усі права звичайного громадянина, за винятком...»<sup>1220</sup> Це відбулося, незважаючи на використання протягом тривалого часу (з XIX ст. аж до 60-х років XX ст.) доктрини невтручання в діяльність виправних установ (*hands off approach*), коли в'язень вважався «рабом держави».

Стандарти обмежень переважно формувалися у світлі позовів в'язнів про порушення Конституції США. Поширення конституційного захисту на права осіб, позбавлених волі, можна вважати ключовою подією, яка дала поштовх розвитку цих стандартів. Судовий захист почав використовуватися настільки активно, що окремі посадовці порівнювали в'язниці із юридичними фірмами.

---

<sup>1219</sup> *Boston J., Manville D.E. Prisoners' Self-help Litigation Manual.* — New York: Oxford University Press, 2010. — P. 413.

<sup>1220</sup> *Coffin v. Reichard* 143 F.2d 443 (6th Cir. 1944).

Два стандарти обмежень стали головними для пенітенціарної сфери — тест Мартінеза і тест Тюрнера (як відомо, назви походять від імен учасників судового процесу).

Хоча обидва тести були засновані на доктрині пропорційності, вони суттєво відрізнялися. Більш старий тест Мартінеза був дуже вимогливий, адже вимагав, щоб в'язнична адміністрація доводила необхідність конкретного обмеження та неможливість вжити менш обмежувальних заходів для досягнення тих самих цілей. Тест Тюрнера був покликаний полегшити роботу в'язничних співробітників; по суті у відповідності до нього достатньо довести, що обмеження було пов'язано із обґрунтованою метою (якою, як правило, є безпека)<sup>1221</sup>, а необхідність пропорційності нівелювалася. Його тлумачення було викривленим у репресивному напрямку, про що свідчать публікації щодо окремих судових рішень, які аналізуються в цьому розділі. Наприклад, регресивним вважаються підходи судів до тлумачення вимоги мінімальності обмеження, аж до повного заперечення її необхідності всупереч конкретній вказівці в рішенні Тюрнера. Так само здебільшого на користь в'язничної влади тлумачиться вимога необхідності наявності альтернативних способів реалізації права.

На додаток до існування різних, іноді прямо протилежних рішень щодо обмежень прав, у США використовується теорія, що судова практика має демонструвати «прихильність» (deference) до позиції пенітенціарної адміністрації. «Deference» з боку судів вимагається з огляду на думку, що в'язничні співробітники «краще знають», що є безпечним і обґрунтованим, а що ні. Верховний Суд при цьому визнає, що Конституція дозволяє більші обмеження прав людини у в'язницях, ніж вона дозволила б у іншому місці. Необхідність прихильності чи поваги (deference) до пенітенціарної адміністрації рішень перетворилось у окрему потужну доктрину, яка використовується судами. Ця доктрина є особливо небезпечною, адже нівелює значення права в обґрунтуванні обмежень прав, а також порушує принцип розподілу влад та руйнує систему стримувань і противаг.

У справах про обмеження прав в'язнів звичним є застосування тесту Тюрнера. Разом з тим у окремих категоріях справ суди застосовують жорсткіший стандарт. Це відбувається, коли справи стосуються фундаментальних прав, як-то справи про расову сегрегацію, окремі релігійні права та ін. З іншого боку, іноді застосовується так звана теорія «належного ув'язнення», яка в остаточному підсумку грає на користь в'язничної влади.

---

<sup>1221</sup> Тест Мартінеза вимагав продемонструвати не тільки зв'язок, але й те, як саме обмеження досягатиме певної мети.

## 3.3. Велика Британія

### 3.3.1. Доктрина та судова практика

Питання обсягу обмежень прав засуджених безпосередньо пов'язано із визначенням змістовних характеристик покарання та потужності кримінальної репресії держави. Саме з такого погляду це питання було порушене у Великій Британії разом із першими гуманістичними тенденціями, які стосувались сфери покарань та кримінального права.

Як вказує професор Дж. Стоун (Julius Stone), перша група реформ відбулася у відповідності до ідей по низхідній від Монтеск'є та Беккарії до Бентама. Вона стосувалася кримінального права та адміністрації і мала результатом зменшення «зайвого болю» від кримінальної репресії у розумінні Дж. Бентама<sup>1222</sup>. Бентам відстоював ідею, що покарання повинні мати таку властивість як «помірність», що вимагає обмежити непотрібне страждання, тобто «не робити його більшим, ніж потрібно»<sup>1223</sup>.

Інший англійський мислитель Дж. Говард вважається батьком тюремної реформи не тільки у Великій Британії, а й у всьому світі. Одним із його головних занепокоень, які здобули належну увагу в той час, була надмірна жорстокість в'язничних умов та практик, які мали місце в Англії та Уельсі. Вони безпосередньо стосувалися обмежень окремих прав. Наприклад, він засуджував практики носіння в'язнями важких кайданок, переповнення, неналежне будівництво пенітенціарних установ, що призводило до неналежних умов, плати за певні послуги та відсутність належної зарплати<sup>1224</sup>.

Незважаючи на ранні початки у сфері гуманізації пенітенціарних установ, протягом тривалого періоду британські суди не розглядали в'язня повноцінним суб'єктом правових відносин та не ризикували втручатися у в'язничні справи. Лише з часом під впливом розвитку в американській юриспруденції та американського руху за права в'язнів суди почали активно відігравати роль у захисті прав від необґрунтованих обмежень

---

<sup>1222</sup> Цит. за *Valson M. C. Rights of the Prisoner: An Evolving Jurisprudence*. Thesis submitted for the award of the degree of Doctor of Philosophy. — Cochin: Cochin University of Science and Technology, 1994. — P. 25.

<sup>1223</sup> *Бентам И.* Введение в основания нравственности и законодательства. — М.: Российская политическая энциклопедия, 1998. — С. 231–241 : Цит. за: *Тепляшин П. В.* Истоки и развитие английского тюремоведения: Монография. — Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России. 2005. — С. 69; *Easton S.* Prisoners' Rights: Principles and Practice. — New York: Routledge, 2011. — P. 6.

<sup>1224</sup> *Howard J.* State of the Prisons in England and Wales with Preliminary Observation, and an Account of Some Foreign Prisons. — Warrington: William Eyres, 1777. — pp. 25–58.

упенітенціарній сфері<sup>1225</sup>. Ідеться про другу половину ХХ століття. До цього часу в'язень часто обмежувався у своїй правосуб'єктності та не міг виступати як самостійний суб'єкт звернення до судів за захистом своїх прав.

На сьогодні в теоретичних напрацюваннях цієї країни й надалі простежується тенденція до підтримки мінімізації обмежень прав засуджених, максимального наближення правового статусу засуджених до правового статусу вільних громадян. Такі тенденції відбуваються всупереч пунітивній суспільній думці<sup>1226</sup>.

У той же час іноді окремі британські фахівці заходять навіть далі і визнають, що засуджені в деяких випадках потребують навіть більш об'ємних прав, ніж вільні громадяни. Так, С. Фостер пише: «Засуджений може вимагати ширшого, ніж у інших права, аргументуючи це тим, що його або її ув'язнення в руках держави вимагає, щоб закон та система надала йому більші права ніж ті, на які можна розраховувати на волі, у зв'язку із залежністю засудженого, а також уразливістю його стосовно в'язничної адміністрації»<sup>1227</sup>. Схожі міркування висловлюються і щодо специфічних прав в'язнів<sup>1228</sup>. Дійсно, часто засуджені, що знаходяться в установі виконання покарань, володіють тими правами, яких не мають громадяни, що не відбувають покарання, або ширшим їх обсягом. Наприклад, безкоштовне харчування, одяг, комунально-побутові послуги. Важко уявити собі відсутність у засуджених цих прав, оскільки вони потребують додаткових забезпечених державою можливостей, що безпосередньо пов'язано зі становищем, у якому вони знаходяться.

Тим не менш, британські вчені доходять висновку, що в їхній країні панує регресивний підхід до прав засуджених і що рівень обмеження, яке обґрунтовується покаранням у вигляді ув'язнення, у Об'єднаному Королівстві є значно обтяжливішим, ніж в інших країнах Європи<sup>1229</sup>.

На думку британських теоретиків, права в'язнів (а відповідно і їх обмеження) можуть бути обґрунтованими з кількох позицій. По-перше,

---

<sup>1225</sup> Valson M. C. Ibid. — pp. 21–27.

<sup>1226</sup> Британський уряд навіть використовує аргумент суспільної думки для обґрунтування певних обмежень прав в'язнів навіть у ЄСПЛ, який критично ставиться до такого аргументу (*Snacken S. Legitimacy of Penal Policies: Punishment Between Normative and Empirical Legitimacy // Legitimacy and Compliance in Criminal Justice. Ed. by A. Crawford and A. Hucklesby. — Abingdon: Routledge, 2013. — pp. 55–56*).

<sup>1227</sup> Foster S. *Human Rights and Civil Liberties: 2008 and 2009. 2<sup>nd</sup> ed.* — New York: Oxford University Press, 2008. — P. 168.

<sup>1228</sup> Див. підрозділ 1.2.1.4 «Закріплення специфічного суб'єктивного права засуджених як форма обмеження права».

<sup>1229</sup> Livingstone S., Owen T., Macdonald A. *Prison Law. Third Edition.* — Oxford, Oxford University Press, 2003 (цит. за: Codd H. *Policing Procreation: Prisoners, Artificial Insemination and the Law // Genomics, Society and Policy 2006. — Vol. 2, No. 1. — P. 113. (pp. 110–117)*).

невід'ємна гідність, що притаманна кожному індивіду, вимагає, щоб з ними поводитись із гідністю та з повагою, незалежно від їхнього минулого, і тому засуджені мають користуватись фундаментальними правами, незважаючи на їхнє ув'язнення. По-друге, захист прав засуджених може бути обґрунтовано із посиланням на верховенство права, що вимагає від в'язничної влади обґрунтовувати їхню владу вказівкою на чіткі та справедливі регулюючі норми і вимагають, щоб такі посадовці були законно підзвітні за незаконне використання їхніх повноважень. На цій підставі може бути обґрунтовано, наприклад, необхідність справедливого оскарження їхніх дій. По-третє, захист прав засуджених може обслуговувати велику кількість каральних цілей, таких як реабілітація засуджених<sup>1230</sup>.

Вказані положення ґрунтуються на стандартах, які були вироблені британськими судами. Саме суддівське бачення обмежень прав в'язнів заклало основи в'язничної політики щодо прав людини. Тим не менш, історично суди неохоче брались за питання, пов'язані із оперативними міркуваннями тюремної адміністрації і завжди намагались узгодити інституційні інтереси із правами засуджених<sup>1231</sup>. Вони визнавали право в'язничної служби формулювати політику, яка брала б до уваги нормальне управління тюрмами і захист суспільства, хоча й підкреслювали, що така політика не повинна застосовуватись автоматично (бланкетно), без належного розгляду в індивідуальних справах<sup>1232</sup>. Тобто, як і в США, суди обмежували свою роль з огляду на проблему власної компетентності щодо в'язничного життя.

У Великобританії засуджені можуть скаржитись до Адміністративного суду на 4 підставах: незаконність обмеження, нераціональність (нерозумність) обмеження, неналежність процедури обмеження і невідповідність обмеження Європейській конвенції (четверта підстава була введена разом із введенням в дію Акту про права людини у 1998 році<sup>1233</sup>). Вважається, що потрібно встановлювати, чи було обмеження права засудженого необхідним та пропорційним, а тест пропорційності є більш серйозним, ніж просто встановлення того, чи було рішення про обмеження «обґрунтованим»<sup>1234</sup>. У цій країні застосування необґрунтованих обмежень є чіткою підставою для звернення до суду.

---

<sup>1230</sup> Foster S. Ibid. — P. 169.

<sup>1231</sup> Easton S. Prisoners' Rights: Principles and Practice. — New York: Routledge, 2011. — pp. 30, 48.

<sup>1232</sup> Ibid. — P. 33.

<sup>1233</sup> Leech M. The Prisons Handbook 2007: The Definitive 800 Page Annual Guide to Prisons in England and Wales. — London: Prisons.Org.Uk Ltd, 2006. — P. 520.

<sup>1234</sup> Ibid. — P. 521.

В одному із найбільш відомих для теорії обмежень прав засуджених у цій країні рішенні у справі *Реймонд проти Хані*<sup>1235</sup> суд установив, що засуджені зберігають усі громадянські права, що не були явно або з необхідністю відібрані законом<sup>1236</sup>. Саме це формулювання щодо прав в'язнів вважається класичним<sup>1237</sup>.

Теоретики, задаючись питанням, наскільки далеко має заходити обмеження волі та свободи пересування, звертаються саме до цього рішення<sup>1238</sup>. Однак, незважаючи на чітко сформульований принцип можливості застосування обмеження, лише якщо воно з необхідністю впливає із закону, в юридичній літературі та судових рішеннях висловлюються розширені тлумачення щодо нього. Це твердження надає дуже великий розсуд в'язничній владі, оскільки в ньому міститься фраза «з необхідністю», яка дає волю надто дискреційному тлумаченню на практиці<sup>1239</sup>. Хоча ця «потенційно еластична концепція» і передбачає, що засуджені позбавляються тільки тих прав, які специфічно пов'язані із природою та законним функціонуванням ув'язнення<sup>1240</sup>, вона потребує особливого тлумачення<sup>1241</sup>.

В іншому важливому рішенні, яке також стало стандартом у сфері прав в'язнів<sup>1242</sup>, суд вказав, що право може бути обмежене «з необхідністю», тільки якщо для цього є нагальна мета або якщо воно є мінімально необхідним для досягнення потреби. До того ж, вирішуючи питання, чи впливало обмеження «із необхідністю», потрібно встановлювати, чи була наявна потреба, яка була нагальною і не вимагала обґрунтування. Якщо така потреба встановлена, втручання в право має бути «мінімально необхідним для того, щоб забезпечити, аби ця потреба була задоволе-

<sup>1235</sup> *Raymond v. Honey* [1982] AC 1.

<sup>1236</sup> Походження цього формулювання, яке стало знаменитим у Сполученому Королівстві, можна знайти в судовій практиці США. Саме там у рішенні справи *Coffin v. Reichard* 1944 р. ми знаходимо практично дослівно таку ж фразу (*Coffin v. Reichard*, 143 F.2d 443 (6th Cir. 1944)). Як вказує С. Ештон, саме це рішення було передвісником рішення у справі Реймонда (*Easton S. Prisoners' Rights: Principles and Practice*. — New York: Routledge, 2011. — P. 36).

<sup>1237</sup> *Van Zyl Smit D. Prisoners' Rights // Handbook on prisons*. Ed by Jewkes Y. — Cullompton: Willan publishing, 2007. — P. 569.

<sup>1238</sup> *Coyle A. What are Prisons For? What is Their Contribution to Public Safety and Security? // Rethinking Crime and Punishment*. — 2012. — № 5. — P. 3.

<sup>1239</sup> *Eady D. Prisoners' Rights Since the Woolf Report: Progress or Procrastination? // The Howard Journal*. — 2007. — Vol 46, 3. — P. 266; Easton S. Ibid. — P. 29.

<sup>1240</sup> *Scott D. The Politics of Prisoner Legal Rights // The Howard Journal*. — 2013. — № 52, 3. — P. 239–240.

<sup>1241</sup> *Bottoms A., Hay W., Sparks R. Prisons and the Problem of Order*. — Oxford: Oxford University Press, 1996. — P. 311.

<sup>1242</sup> *R v. Secretary of State for the Home Department ex parte Leech* (No. 2).

на»<sup>1243</sup>. Однак навіть такий стандарт призводить до надто великого обсягу дискреції<sup>1244</sup>. Розуміння терміна «із необхідністю», хоч і передбачає застосування стандарту пропорційності у відповідності до практики англійських судів, залишається нечітким.

Велика кількість судових рішень, у яких встановлювалось неправомірне обмеження прав засуджених як на національному, так і на міжнародному рівні (ЄСПЛ), змусило Сполучене Королівство виробити чіткі стандарти обмежень прав засуджених. Щоб установити обмеження, не достатньо лише самого законодавчого дозволу, адже всі правообмеження мають бути піддані обґрунтуванню з боку суб'єкта, який їх застосовує<sup>1245</sup>.

Як відмічають британські юристи є чітке розуміння того, що будь-яке обмеження прав засуджених вимагає застосування тесту пропорційності: чи мало обмеження за легітимовану мету (безпека, порядок, і т. д.), чи є це обмеження мінімально необхідним для досягнення мети. Застосування такого стандарту означає серйозні зрушення в проблемах прав засуджених порівняно із тими часами, коли вони навіть не розглядалися як такі, що підлягають обґрунтуванню<sup>1246</sup>. Більше того, суди нещодавно почали демонструвати бажання ставити під сумнів автоматичні обмеження<sup>1247</sup> в'язнів, однак якщо в'язничній владі вдається доводити необхідність таких обмежень для безпеки і контролю, то суди продовжують підтримувати надмірно репресивні практики<sup>1248</sup>.

Лорд Бінгем (Bingham) у кількох судових рішеннях вказував на важливість обґрунтування правообмежень засуджених. Він визнавав, що засуджені неминуче втрачають певний обсяг своїх прав через ув'язнення. При цьому також визнавалось і те, що особа продовжує здійснювати окремі права. Деякі з них мають особливу важливість, що обумовлюється частковою втратою інших прав. Це право на доступ до суду, до правової допомоги, на конфіденційні побачення із особою, яка надає правову допомогу. Через це для обмеження зазначених прав мають допускатися тільки однозначні формулювання — й тільки настільки, наскільки це обґрунтовано необхідно для досягнення цілей втручання у право<sup>1249</sup>.

<sup>1243</sup> Livingstone S., Owen T., Macdonald A. Prison law. 4<sup>th</sup> ed. — New York: Oxford University Press, 2008. — P. 22.

<sup>1244</sup> Easton S. Ibid. — P. 29.

<sup>1245</sup> Livingstone S., Owen T., Macdonald A. Ibid. — P. 23.

<sup>1246</sup> Ibid. — P. 24.

<sup>1247</sup> Саме застосування автоматичних обмежень ставало причиною критики Сполученого Королівства в ЄСПЛ (див. рішення у справах *Dickson v. the UK*, *Hirst v. the UK*. No. 2).

<sup>1248</sup> Scott D. The Politics of Prisoner Legal Rights // *The Howard Journal*. — 2013. — No. 3, Vol 52. — P. 248.

<sup>1249</sup> *R (Daly) v. Home Secretary* [2001] 2 AC 532.



Наша критика ідеї про фактичні обмеження, тобто обмеження, що впливають із самого факту ув'язнення, підтримується і досвідом Великобританії. У ній точаться дискусії стосовно меж об'єктивного впливу ув'язнення на права людини, щодо того, наскільки далеко може заходити цей вплив і яку кількість та обсяг обмежень він може продукувати. Дуже яскраво ці тенденції відображаються в працях, що стосуються обмеження права засуджених на створення сім'ї, а саме права на здійснення штучного запліднення<sup>1250</sup>. Однак проблема фактичних обмежень є актуальною і на більш загальному рівні.

Наприклад, Х. Код пише, що ув'язнення змінює або обмежує певні права засуджених, але безсумнівно й те, що ув'язнення не призводить автоматично до втрати ними всіх прав за в'язничними воротами. Вона зазначає, що принцип, який був сформульований у згаданій справі Реймонда проти Хані ще у 1982 році, згідно з яким засуджені зберігають усі громадянські права, які не були безпосередньо або опосередковано обмежені, був підтверджений у подальшому та залишається таким самим важливим і актуальним, як і в 1982 році<sup>1251</sup>.

Авторкою також висловлюється важлива ідея, яка ґрунтується на позиції, висловленій у справі Меллора (Mellor)<sup>1252</sup>. Твердження про те, що обмеження мають бути необхідним наслідком ув'язнення, може бути поставлено під сумнів у разі непропорційності цього обмеження<sup>1253</sup>. Такий висновок є закономірним наслідком постійних дискусій щодо того, що ж є похідними від ув'язнення (ізоляції) обмеженнями, а також наслідком того, що встановлення таких обмежень повністю залежить від суб'єктивного сприйняття й відсутності можливості вироблення належних критеріїв, які допомогли б вирішити це завдання.

Значення стандарту пропорційності в цій країні переважає над ідеєю фактичних обмежень. Зазвичай у рішеннях щодо обмеження прав в'язнів застосовується саме цей стандарт.

Одним із базових рішень британських судів стосовно обмежень прав засуджених є рішення за позовом Далі. Він скаржився на те, що при об-

---

<sup>1250</sup> Сполучене Королівство відоме тим, що дало Європі рішення у справі Діксона (Dickson) проти Сполученого Королівства, яке закріпило низку правових позицій Суду щодо прав в'язнів. У ньому Суд встановив порушення Конвенції у зв'язку із заборонаю здійснення штучного запліднення від чоловіка, який відбував покарання у тюрмі.

<sup>1251</sup> *Codd H. Policing Procreation: Prisoners, Artificial Insemination and the Law // Genomics, Society and Policy.* — 2006. — Vol. 2, No. 1. — P. 112–113.

<sup>1252</sup> *The Queen on the Application of Mellor v. Secretary of State for the Home Department*, 3 WLR 533 (2001).

<sup>1253</sup> *Codd H. Prisoners' Families: Issues in Law and Policy // Amicus Curiae.* — 2004. — Issue 55. — P. 4.

шуку камери йому не дозволяли бути присутнім і це давало можливість особам, які проводили обшук, читати його кореспонденцію, що призначалась захисникові. У цьому прецеденті окрім того, що були встановлені основні положення для подальших рішень у цій сфері, було також визначено співвідношення підходів до обґрунтування обмежень національних судів та стандартів ЄСПЛ.

Головною ідеєю, яка пронизує все рішення й по сьогодні залишається ключовою при встановленні допустимості правообмежень засуджених, є ідея пропорційності обмеження, яка є, щоправда, дещо відмінною від її бачення в практиці ЄСПЛ.

У цій справі головним при обґрунтуванні обмеження було питання, чи необхідно було таке обмеження для підтримки безпеки, порядку чи дисципліни у в'язниці або для попередження злочину. Влада при цьому вказувала, що відсутність засудженого при обшуку його камери була необхідна з огляду на дві причини: він міг перешкодити нормальному проведенню обшуку, а також дізнатись про методи проведення обшуків, що в подальшому могло бути ним використано. Тим не менш, лорди одноставно проголосували за неправомірність такого обмеження, ґрунтуючись на тому, що втручання в право засуджених було більшим, ніж необхідно для досягнення обґрунтованих цілей, що переслідувались. При цьому чим суттєвіше було втручання в право, тим суттєвішим має бути обґрунтування його необхідності для того, щоб суд визнав його належним<sup>1254</sup>. Це рішення вважається одним із тих, що вплинули на розуміння доктрини пропорційності англійською судовою практикою, та впровадили аналіз пропорційності замість колишньої доктрини необґрунтованості чи ірраціональності як підстави для судового перегляду<sup>1255</sup>.

З часом усе більшого поширення набував підхід до пропорційності, що був сформований у практиці ЄСПЛ. Після прийняття у 1998 році Акта про права людини (Human Rights Act) англійські суди почали активніше застосовувати підходи, які були вироблені в цій практиці, для вирішення справ, що стосувалися обмежень прав засуджених. Хоча вважається, що й по теперішній час рішення англійських судів, у яких обґрунтовуються обмеження прав засуджених, незважаючи на наявність досить ґрунтовних стандартів у цій сфері, часто розходяться із практикою ЄСПЛ<sup>1256</sup>. В будь-якому разі Акт про права людини повинен був забезпечити, щоб

<sup>1254</sup> Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Daly, R v. [2001] UKHL 26.

<sup>1255</sup> *Bailey S. H. Cases, Materials and Commentary on Administrative Law.* 4<sup>th</sup> ed. — London: Sweet & Maxwell, 2005. — P. 347.

<sup>1256</sup> *Foster S. Q & A Revision Guide: Human Rights and Civil Liberties 2012 and 2013.* 4<sup>th</sup> ed. — New York: Oxford University Press, 2012. — pp. 129–132.

права засуджених не обмежувались лише на підставі ув'язнення. Судова практика, яка сформувалась до набрання ним чинності, вказувала, що засуджені можуть внаслідок застосування до них покарання втрачати окремі права, що йшло врозріз із прецедентним правом ЄСПЛ.

Яскравим прикладом було рішення у справі Сімса, яке стосувалось обмежень прав засуджених на побачення із журналістами. Ним був установлений особливий стандарт, що породив дискусії серед англійських правників. Зокрема, суд указав, що покарання у вигляді позбавлення волі розраховано на те, щоб обмежувати права та свободи засудженого. Тому свобода засуджених, персональна автономія так само, як і свобода пересування і спілкування, є обмеженою<sup>1257</sup>. Таким чином суд продемонстрував, що засуджений уповноважений на здійснення будь-яких прав, які він міг би здійснювати на свободі, до тих пір, поки ці права є сумісними із забезпеченням доброго порядку і дисципліни у в'язниці. Під питанням було те, чи був такий захід пропорційним специфічній меті в'язничної адміністрації<sup>1258</sup>. У цьому разі теорія фактичних обмежень взяла гору над оцінкою дотримання вимог пропорційності.

Існує також інший підхід до тлумачення рішення у справі Сімса. У рішенні Палата Лордів установила, що «обмеження свободи вираження поглядів є частиною обмеження свободи, для досягнення якого і призначено ув'язнення». Разом з тим на думку фахівців, обмеження можливостей контактувати із журналістами є «непропорційним соціальній потребі, яку обґрунтовує ув'язнення». Тому питання не в тому, чи є обмеження пропорційним меті «підтримання доброго порядку і дисципліни в тюрмах», а скоріше в тому, чи було воно пропорційним до ширшої соціальної мети позбавлення волі злочинців<sup>1259</sup>. У зв'язку з цим пригадується наше твердження<sup>1260</sup>, що обмеження, які входять до змісту покарання, мають слідувати і цілям покарання.

У свою чергу, Лорд Філіпс (Phillips) аргументував, що в рішенні Сімса було встановлено, що ступінь обмеження права на свободу вираження поглядів був обґрунтованим елементом ув'язнення не лише для того, щоб забезпечити порядок у в'язниці, але й для досягнення мети позбавлення волі. Він висловив також іншу важливу ідею щодо обґрунтування обмежень засуджених: «Підходи у відповідності до юриспруденції Страсбурга і у відповідності до англійського національного права є однаковими.

<sup>1257</sup> *Regina v. Secretary of State for the Home Department Ex Parte Simms (A. P.)* (1999).

<sup>1258</sup> *Lazarus L. Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England.* — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 236.

<sup>1259</sup> *Lazarus L. Ibid.* — pp. 235–236.

<sup>1260</sup> Див. підрозділ. 2.2.1.3.2.3 «Цілі обмежень у Конвенції і Кримінальний кодекс України».

Наслідки покарання у вигляді ув'язнення для здійснення прав людини обґрунтовані, якщо вони не є непропорційними меті підтримання завдання в'язничної системи, що розроблена як карати, так і запобігати. Коли наслідки є непропорційними, мають бути прийняті спеціальні заходи для пом'якшення нормального ефекту обмеження свободи»<sup>1261</sup>. Цим самим, визнавши застосування теорії фактичних обмежень, було встановлено її межі — пропорційність.

Тим не менш Л. Лазарус вбачила в такому підході відмінність від тесту пропорційності обмежень засуджених, який базувався на «мінімальному втручанні». Річ у тому, що принцип пропорційності вимагає обґрунтування з урахуванням специфічної адміністративної мети, а запропонований тест стосується скоріше оцінки балансу між обмеженням і більш широкою соціальною метою кари засудженого. На її думку, такий підхід мав потенціал серйозно підірвати правовий статус засуджених у відповідності до Європейської конвенції<sup>1262</sup>.

Стандарти щодо обмежень прав в'язнів, які виробила судова практика, а також доктрина, є схожими до тих, що були закріплені в національному законодавстві цієї країни. Так, британські В'язничні правила 1999 у п. 6.1., у розділі «Підтримка порядку та дисципліни» закріплюють, що «Порядок і дисципліна мають твердо підтримуватись, але із не більшим обмеженням, ніж цього вимагає безпечне ув'язнення і добре організоване суспільне життя»<sup>1263</sup>. Ці Правила також містять норми, що стосуються обмежень комунікації. Наприклад, у правилі 34.1 вказується, що «міністр внутрішніх справ (Secretary of State) з огляду на охорону дисципліни й добрий порядок або запобігання злочинів чи інтереси будь-якої особи, може застосовувати обмеження на листування або побачення між засудженими та іншими особами в загальному порядку чи в конкретній справі». Учені вказують, що це вимагає того, щоб начальники в'язниць брали до уваги вимоги ЄСПЛ і забезпечували, щоб кожне обмеження конвенційних прав засуджених було необхідним і пропорційним<sup>1264</sup>.

У начальника в'язниці є дискреція обмежувати свободу пересування в межах тюремної установи: «Начальник в'язниці може розпорядитись, щоб засудженого обмежили в пересуванні, коли це необхідно для попе-

---

<sup>1261</sup> *R (Mellor) v. Secretary of State for the Home Department* [2001] 3 WLR 533 : цит. за: *Lazarus L. Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England.* — New York: Oxford University Press, 2004. — P. 237.

<sup>1262</sup> *Lazarus L. Ibid.* — P. 241.

<sup>1263</sup> *The Prison Rules 1999 No. 728.*

<sup>1264</sup> *Livingstone S., Owen T., Macdonald A. Prison law.* 4<sup>th</sup> ed. — New York: Oxford University Press, 2008. — P. 21.

редження завдання ним ушкоджень собі або іншим, пошкодження майна або створення масового безладу» (п. 49.1 Правил).

У британській юридичній літературі згадується й така вимога до правообмежень, як їх гнучкість. Наприклад, можна згадати відоме обмеження на кількість речей, що їх може мати при собі засуджений, який відбуває покарання у в'язниці або так зване «просторове обмеження». Воно полягало в тому, що засудженому не дозволялося мати при собі більше речей, ніж поміщається у дві стандартні коробки. В'язничний омбудсман, зважаючи на негнучкість цього обмеження неодноразово критикував В'язничну службу за його застосування<sup>1265</sup>.

Гнучкість обмежень потребує їх індивідуалізації. Сама ж індивідуалізація вимагає індивідуальної оцінки ризиків, на необхідності якої іноді наголошується в судових рішеннях. Наприклад, приковування наручниками в лікарні без індивідуальної оцінки ризиків критикувалось британськими судами<sup>1266</sup>. Британські фахівці підкреслюють, що необхідність оцінки ризиків відображає стандарти Європейського суду, який не підтримує бланкетні (автоматичні) підходи до встановлення обмежень, що застосовуються до цілих груп в'язнів<sup>1267</sup>.

Разом з тим у Сполученому Королівстві ідея індивідуалізації обмежень є складовою політики заохочень та привілеїв (IEP, Incentives and Earned Privileges Policy), яка є доволі неоднозначною як з погляду прав людини, так і з погляду її практичності.

### 3.3.2. Політика заохочень та привілеїв

Ця політика має глибоке історичне коріння в англійській історії, хоча в сучасному розумінні вона з'явилася тільки наприкінці ХХ століття.

Перша детальна система заохочень та привілеїв була розвинута керівником Каральної колонії острова Норфолк (Norfolk Island) Александром Меконочі (Alexander Masonochie). Вона також відома як «Система оцінок» (marks system). Її суть полягала у можливості в'язнів за допомогою доброї поведінки та важкої роботи прогресувати від початкового режиму, яким було максимальне обмеження та одиночне тримання, до покращених умов із можливістю спілкування протягом дня та, в кінцевому підсум-

<sup>1265</sup> Loucks N. *Prison Rules: A Working Guide*. The Millennium edition, fully revised and updated. — London: Prison Reform Trust, 2000. — P. 92.

<sup>1266</sup> *R (Graham) v. Secretary of State for Justice* (2007); *R (Allen) v. Secretary of State for Justice* (2008).

<sup>1267</sup> Easton S. *Prisoners' Rights: Principles and Practice*. — New York: Routledge, 2011. — P. 34; Livingstone S., Owen T., Macdonald A. *Ibid.* — P. 321.

ку, до звільнення під наглядом. Система оцінок мала великий вплив на тюремну реформу Європи та США. У подальшому вона видозмінювалась, і в 1949 р. була створена нова «система перегляду рівнів режиму», яка відкинула суттєву частину Системи оцінок, однак зберегла її суть — прогресивність у процесі відбування покарання. Одним із найвідоміших прикладів заохочувального підходу сучасності вважається Борстальська система, яка існувала із 1906 до 1982 року<sup>1268</sup>.

У сучасному вигляді політика заохочень та привілеїв (Incentives and Earned Privileges) була впроваджена у 1995 році. Її цілями були мотивація засуджених до праці, відповідальної поведінки, створення більш дисциплінованого і краще контрольованого середовища в'язнів і персоналу<sup>1269</sup>.

Сутність цієї політики відрізняється від Системи оцінок головним чином тим, що фокусується не на зміні режимів, а на здобутті та втраті в'язнями окремих специфічних прав. Цими правами є, наприклад, володіння певною сумою коштів, додаткові та покращені побачення, носіння власного одягу, додатковий час за межами камери, використання телевізора в камері, користування ігровими приставками та ін. Ці права можуть як надаватись, так і відбиратись у залежності від поведінки та праці засудженого. Те, наскільки широкими можуть бути ці права, залежить від рівня, до якого належать засуджені: початкового, базового, стандартного чи покращеного. На покращеному рівні засуджені можуть отримати набагато більше привілеїв, ніж на базовому. У таблиці нижче<sup>1270</sup> подаються відмінності на прикладі користування власними коштами, які дозволяється витратити<sup>1271</sup> за тиждень:

Рівень	Незасуджені (взяті під варту)	Засуджені
Базовий	£22.00	£4.00
Початковий	£35.00	£10.00
Стандартний	£47.50	£15.50
Покращений	£51.00	£25.50

<sup>1268</sup> *Liebling A., Bosworth M.* Incentives in Prison Regimes: A Review of the Literature // *Prison Service Journal*. — 1994. — No. 98. — P. 58.

<sup>1269</sup> *Khan Z.* An Exploration of Prisoners' Perceptions of the Incentives and Earned Privileges (IEP) Scheme: The Role of Legitimacy // *Prison Service Journal*. — 2016. — No. 227. — P. 11.

<sup>1270</sup> Таблиця міститься в п. 9.16 Інструкції В'язничної служби щодо заохочень та здобутих привілеїв (Instruction on Incentives and Earned Privileges) від 24 серпня 2015 (PSI 30/2013).

<sup>1271</sup> Від наявності коштів залежить можливість та тривалість дозволеного здійснення телефонних дзвінків.

Таким чином, з огляду на поведінку в'язні можуть здобувати або втрачати певні права, переводитись із одного рівня на інший<sup>1272</sup>. При чому в окремих випадках їм забезпечується базовий, незменшуваний рівень права, наприклад, вони мають право на фіксовану кількість побачень, які не можуть бути повністю заборонені.

У контексті застосування обмежень прав головною відмінністю і недоліком британської системи порівняно зі звичайним практикованим у Європі підходом є наявність у останньому низки прав (особливо прав на контакти із зовнішнім світом), яка є гарантованою та не потребує «заслугування». Відомо, що коли право не може бути надано, існує тенденція до його заміни привілеями, що призводить до нечіткості статусу в'язнів<sup>1273</sup>. У британській системі привілеїв обмеження прав існують з самого початку, і в залежності від поведінки особи вони можуть скасовуватися, тоді як у звичній європейській системі ці права вже існують із самого початку, а обмеження застосовуються в залежності від поведінки. Таким чином, ідеться про два протилежні підходи до розуміння обмежень прав: позитивне та негативне стимулювання.

Практичне функціонування системи привілеїв спеціально досліджувалася британськими фахівцями. Їхні дослідження дають багато аргументів проти цієї системи, однак вони не закликають до її скасування та переходу до звичайного підходу. Річ у тім, що для тих, хто працює із системою привілеїв, необхідність «заслугування» прав є такою, що розуміється сама по собі. Розуміння, що в'язні не заслуговують прав і що вони мають бути здобуті за допомогою доброї поведінки та втрачені через погану поведінку, залишається надто звичним серед британських політиків та суспільства<sup>1274</sup>. Як вказує М. Ерцог-Еванс, вони ледве можуть уявити інший підхід<sup>1275</sup>.

Тим не менш, зауваження до системи привілеїв є численними, а її практичні результати є, м'яко кажучи, скромними або й зовсім відсутніми.

---

<sup>1272</sup> Варто звернути увагу на проведення різниці В'язничною службою між дисциплінарною системою та системою привілеїв: якщо перша спрямована на «підтримку порядку та дисципліни шляхом застосування стягнень за окремі інциденти», то остання «визначається прихильністю до виправлення, цілеспрямованої діяльності та доброї поведінки». Тому можуть мати місце випадки, коли поведінка призводить до одночасного застосування санкції і до зміни режиму привілеїв (п. 8.1 Інструкції В'язничної служби щодо заохочень та здобутих привілеїв від 24 серпня 2015 (PSI 30/2013)).

<sup>1273</sup> *Vacheret M., Lemire G. Anatomie de la prison contemporaine. Deuxième édition.* — Montréal : Les presses de l'Université de Montréal, 2007. — P. 176.

<sup>1274</sup> *Easton S. Protecting Prisoners: the Impact of International Human Rights Law on the Treatment of Prisoners in the United Kingdom // The Prison Journal.* — 2013. — No. 93. — P. 489.

<sup>1275</sup> Із особистого листування із проф. М. Ерцог-Еванс (електронне повідомлення від 10.06.2014).

У 1994 р. Е. Ліблін та М. Босворс із Кембриджського інституту кримінології в рамках Спеціального проекту В'язничної служби зробили аналіз досліджень щодо підходів до режиму, заснованих на заохоченнях. За результатами роботи була сформульована доповідь, висновок якої був безапеляційний — система заохочень (а отже, і привілеїв — прим. авт.) провалилась<sup>1276</sup>. Як впливає з їхньої роботи однією із головних причин цього стало спрощене розуміння людської поведінки в межах системи заохочень, а також відсутність чітких цілей цієї системи. Спрощене розуміння людської поведінки полягало в переоцінюванні можливостей теорії раціонального вибору<sup>1277</sup>, на якій безпосередньо ґрунтується система заохочень. Дослідження, з погляду авторів, продемонстрували, що в'язні можуть реагувати більш складно і менш очікувано, ніж вважається теорією раціонального вибору, а тому заохочення можуть мати парадоксальні та неочікувані наслідки. У таких умовах спрощений підхід може навіть «відрекошетити»<sup>1278</sup>, призводячи до протилежних результатів.

У 1999 р. команда Кембриджського інституту кримінології закінчила своє завдання<sup>1279</sup> оцінити практичне функціонування нової Системи заохочень та привілеїв, яка почала функціонувати із 1995 р. За результатами роботи був складений звіт<sup>1280</sup> та ключові результати<sup>1281</sup>. Їх основними висновками були:

- застосування системи заохочень та привілеїв суттєво різнилась у різних установах. Між формальними вимогами до її застосування та практикою були значні протиріччя;
- застосування системи заохочень та привілеїв не показало покращення в жодній із десяти досліджуваних сфер (оцінка засудженими цієї системи, їхня самооцінка щодо негативної поведінки та сприйняття: впорядкованості режиму, умов тримання, стосунків із персоналом, справедливості персоналу, справедливості режиму, послідовності та зрозумілості поводження, прогресу у в'язниці, участі в заходах). Більше того, понизилась загальна оцінка засуд-

---

<sup>1276</sup> *Liebling A., Bosworth M. Incentives in Prison Regimes: A Review of the Literature // Prison Service Journal. — 1994. — No. 98. — pp. 57, 63.*

<sup>1277</sup> У відповідності до цієї теорії людина обирає той вибір соціальної поведінки, який є більш вигідним з точки зору того, чому вона надає перевагу.

<sup>1278</sup> *Liebling A., Bosworth M. Ibid. — P. 63.*

<sup>1279</sup> Фахівці були офіційно уповноважені В'язничною службою.

<sup>1280</sup> An evaluation of incentives and earned privileges, an unpublished final report to the Prison Service by Alison Liebling, Grant Muir, Gerry Rose and Anthony Bottoms (non-published).

<sup>1281</sup> Incentives and earned privileges for prisoners — an evaluation. Alison Liebling, Grant Muir, Gerry Rose and Anthony Bottoms. Home Office Research, Development and Statistics Directorate. Research Findings. No. 87. 1999 (non-published).



женими справедливості персоналу, відносин із ним, справедливості режиму, послідовності поведження, прогресу у в'язниці. Варто додати, що дослідники оцінили не тільки сприйняття прогресу в'язнями, а й об'єктивні чинники. Було встановлено, що інформація щодо нападів та заподіяння ушкоджень в'язнями не показала суттєвих покращень;

- в'язничний персонал дуже позитивно сприймав впровадження системи заохочень та привілеїв. Він вважав, що це був корисний інструмент, який дозволяв йому справлятися з проблемами окремих в'язнів і робити це оперативно. Дослідження продемонструвало, що система привілеїв суттєво сприяла зростанню впевненості та контролю персоналу, а також у в'язнів було менше можливостей залякувати персонал. Головною причиною такого сприйняття персоналом було надання йому набагато більшої дискреційної влади, ніж раніше. Так само вважали і в'язні, які спостерігали чітко додавання влади персоналу<sup>1282</sup>. Разом з тим використання цієї влади було досить проблемним з точки зору справедливості її застосування та легітимності рішень. Навіть незважаючи на те, що саму систему привілеїв в'язні вважали справедливою, її застосування мало проблеми із легітимністю.

Загалом, як вказувала пізніше Е. Ліблінг, аналіз системи заохочень та привілеїв продемонстрував її численні негативні наслідки для поведінки в'язнів, а також для сприйняття ними персоналу. Персонал же використовував правила цієї системи тоді, коли він не справлявся зі своїми завданнями в процесі звичайного спілкування<sup>1283</sup>, а надмірне застосування цих правил зазвичай свідчило про дистанційовані й погані стосунки між персоналом та їх підопічними й навпаки<sup>1284</sup>.

Такі висновки свідчать про те, що британське специфічне розуміння індивідуалізації обмежень має суттєві недоліки. Головним недоліком є надмірна дискреція в'язничної адміністрації, яка призводить до сприйняття в'язнями процесу відбування покарання як несправедливого. Використання можливості відбирати привілеї призводить до дистанціювання засуджених і персоналу<sup>1285</sup>. В остаточному підсумку це не сприяє встановленню впорядкованості в забезпеченні порядку, не кажучи вже про забезпечення прав людини.

---

<sup>1282</sup> *Liebling A.* Incentives and Earned Privileges Revisited: Fairness, Discretion, and the Quality of Prison Life, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*. — 2008. — Vol. 9. — P. 33.

<sup>1283</sup> *Ibid.* — P. 25.

<sup>1284</sup> *Ibid.* — P. 34.

<sup>1285</sup> *Liebling A.* Prisons and Their Moral Performance: A Study of Values, Quality, and Prison Life (assisted by Arnold H.). — Oxford: Oxford University Press, 2004. — P. 138.

Це підтверджується і нещодавнім квалітативним дослідженням щодо сприйняття в'язнями системи заохочень та привілеїв<sup>1286</sup>. У ньому автор демонструє делегітимізацію цієї системи як наслідок недоліків процедурної справедливості в її двох аспектах: об'єктивність у поводженні та повага.

За окремими винятками, в'язні стверджували про надмірну дискрецію пенітенціарної влади, зловживання повноваженням щодо заохочень і привілеїв як інструментом контролю<sup>1287</sup>.

Таке сприйняття свідчить про проблемність цієї системи, яка явно не сприяє покращенню відносин між персоналом та в'язнями. Крім того, її вплив на в'язничне життя є набагато більшим, ніж це видно із офіційних в'язничних правил<sup>1288</sup>.

Отже, британський підхід до прав як привілеїв демонструє інший бік індивідуалізації обмежень. Він полягає в тому, що засуджений має певний мінімум прав і в разі його позитивної поведінки він отримує додаткові права («позитивний підхід»). Натомість звичне для нас розуміння індивідуалізації передбачає, що в особи є стандартний, широкий набір прав, який може бути обмежений, якщо засуджений демонструє негативну поведінку, що підтверджується індивідуальною оцінкою ризиків («негативний підхід»).

На додаток він може отримувати й додаткові права, але вони додаватимуться до стандартного, мінімального набору прав<sup>1289</sup>. У зв'язку з цим пригадується твердження, що оцінка ризиків у процесі виконання покарання може призводити до того, що в'язні, які й так знаходяться в негативному (*disadvantaged*) стані, отримують ще суворіші покарання<sup>1290</sup>. Таким чином індивідуалізація виконання покарання і обмежень може відбуватись у два протилежні способи.

Разом з тим можна здогадуватись, що зазначений класичний для Європи «негативний» підхід до обмеження прав так само, як і британський «позитивний» підхід до прав як привілеїв, може страждати схожими проблемами. Адже там, де є дискреція персоналу щодо обмеження прав, за-

---

<sup>1286</sup> Khan Z. An Exploration of Prisoners' Perceptions of the Incentives and Earned Privileges (IEP) Scheme: The Role of Legitimacy // *Prison Service Journal*. — 2016. — No. 227. — pp. 11–16.

<sup>1287</sup> Ibid. — pp. 14–16.

<sup>1288</sup> Ibid. — P. 16.

<sup>1289</sup> До речі, наявність базового набору прав не виключає застосування системи привілеїв. Див. приклад однієї з в'язниць Австралії: Rynne J. Protection of Prisoners' Rights in Australian Private Prisons // *Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons*, ed. by D. Brown and M. Wilkie. — Leichhardt: The Federation Press, 2002. — P. 135.

<sup>1290</sup> Trotter C. Effective Work with Offenders // *Insertion et désistance des personnes placées sous main de justice. Sous la direction de P. Mbanzoulou et M. Herzog-Evans et S. Courtine*. — Paris : L'Harmattan, 2012. — P. 117.

вжди буде обурення їхньою несправедливістю. Однак, який із двох підходів надає дискрецію, що краще сприймається в'язнями, який із них є «легітимнішим» в їхніх очах? Порівняння обох підходів з погляду забезпечення процедурної справедливості є питанням майбутніх досліджень.

### Висновок до розділу 3.3

Починаючи з часів Дж. Бентама, британський підхід до правообмежень мав на увазі необхідність мінімізації негативних ефектів ув'язнення та мінімізації кримінальної репресії. Суди, тим не менш, почали втручатися у в'язничні справи тільки під впливом розвитку американського руху за права в'язнів у 60-х та 70-х роках.

Разом з тим сучасні правознавці цієї країни здебільшого визнають, що британські підходи до прав в ув'язненні є неналежними. Мінімізація обмежень прав в'язнів неоднозначно сприймається як державною владою, так і суспільством.

Найвідоміший стандарт, який використовується судами цієї країни, був викладений у рішенні *Реймонд проти Хані*. У ньому суд встановив, що засуджені зберігають усі громадянські права, що не були явно або з необхідністю відібрані фактом ув'язнення. Норма, що мала явний намір стимулювати прогрес у питанні обмежень прав, натомість критикується за свою нечіткість. Вона стала звичною підставою для винесення судових рішень не на користь в'язнів, адже надавала підстави для значної дискреції в'язничних співробітників. Ідея фактичних обмежень, яка містилася у цьому рішенні, критикувались за їхню нечіткість та непрактичність для гарантування обґрунтованості обмежень.

З часом судова практика почала все частіше звертатися до стандарту пропорційності, що відбулось головним чином під впливом практики ЄСПЛ. Так само відповідних змін зазнало і законодавство.

Британське право також свідчить про певний вплив ідеї необхідності індивідуалізації обмежень прав як підстави їх обґрунтованості. Однак цей підхід має дещо специфічне розуміння, яке ґрунтується не на стандартах ЄСПЛ з цього приводу, а на національній правовій традиції — застосування обмежень як інструмента стимулювання/стримування поведінки засуджених. Засуджені здобувають та втрачають певні права залежно від їхньої поведінки, тоді як зазвичай індивідуалізація в розумінні ЄСПЛ передбачає тільки обмеження існуючих прав, які не потрібно здобувати, як наслідок певної негативної поведінки. Часто обмеження прав існують з самого початку, а індивідуалізація полягає в їх скасуванні на підставі доброї поведінки. Учені, які досліджували цю систему, що називається системою заохочень та привілеїв, дійшли негативних висновків щодо її використання.

## 3.4. Канада

### 3.4.1. Пенітенціарний закон

Канадський Закон про виправну систему та умовне звільнення (*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition (LSCMLC)*) (далі — Закон) набрав чинності у 1992 р. Вважається, що призначенням Закону було уточнити норми, передбачені в Канадській хартії прав та свобод (1982)<sup>1291</sup> для їх застосування в пенітенціарній сфері<sup>1292</sup>. Він визначає низку принципів функціонування пенітенціарної служби. Частина їх безпосередньо стосується використання правообмежень.

Ця частина неодноразово ставала підставою для гарячих дискусій серед канадського експертного середовища. Виправна служба Канади неодноразово здійснювала намагання змінити деякі стандарти правообмежень у Законі, які були вироблені в процесі суддівської практики та вважаються прикладом ліберальних настроїв суддів до в'язнів. Незважаючи на супротив експертів та громадськості, стандарти тим не менш були змінені, хоча й далеко не так радикально, як цього хотіла Виправна служба. Процес своєрідного виживання канадського стандарту обмежень не завдав суттєвого удару по його прогресивності. Причиною цього, на нашу думку, стала міцна позиція громадськості, а також те, що стандарт вироблявся протягом тривалого часу, починаючи ще із роботи науковців та відповідної Робочої групи у 70–80 роках<sup>1293</sup> та був послідовно вдосконалений завдяки судовій практиці.

#### 3.4.1.1. Робоча група

Ідеї Робочої групи спирались на обмеження влади пенітенціарної адміністрації щодо застосування обмежень прав в'язнів. В'язнична влада мала обґрунтувати всі обмеження прав та свобод правопорушників, за винятком ізоляції. Вважалось, що факт ув'язнення, а також відповідальність установи підтримувати безпечне та впорядковане середовище само

<sup>1291</sup> La Charte canadienne des droits et libertés.

<sup>1292</sup> *Kerr L. Contesting Expertise in Prison Law // McGill Law Journal — Revue de droit de McGill. — 2014. — № 60,1. — P. 53.*

<sup>1293</sup> Особливо варто відмітити роботу Робочої групи, яка працювала під егідою Генерального соліситора Канади з 1986 по 1988 рік та складалася із представників Виправної служби Канади, Національної комісії з питань дострокового звільнення та Секретаріату Міністерства Генерального соліситора. Ця робота стала базою для створення майбутнього Закону про виправну систему. З приводу тематики обмежень прав див., наприклад, матеріали Робочої групи: *Correctional Law Review, Working Group, “Correctional Authority and Inmate Rights” [Working Paper No. 5]. — Ottawa: Solicitor General of Canada, 1987.*

по собі обґрунтовувало такі втручання в права чи обмеження правопорушників, які могли б не застосовуватися до звичайних громадян. Однак принциповим було те, щоб ці обмеження були обґрунтовані легітимними чи необхідними інституційними міркуваннями<sup>1294</sup>. Спираючись на висновки рішення Верховного Суду Канади у справі Солоскі (Solosky and the Queen), визнавалось, що обмеження не просто мають бути обґрунтованими, але й «очевидно обґрунтованими» (demonstrably justifiable). Вони не можуть бути свавільними і мають бути необхідним наслідком покарання, пов'язаного з ізоляцією<sup>1295</sup>.

У частині III «Заява щодо мети та принципів в'язниць», яка міститься в Робочому документі № 1 «В'язнична філософія» (1986), суттєва частина принципів присвячена якраз питанню обмежень прав ув'язнених осіб. У подальшому ми побачимо, що сучасні принципи, які стосуються обмежень прав засуджених та закріплені в Законі, безпосередньо відображають ті принципи, що були закріплені в робочому документі № 1. Були випадки, коли ідеї Робочої групи стосовно принципів обмежень прав переймалися мало не дослівно.

Автори документа з самого початку розділу, присвяченого принципам, роблять натяк щодо того, якими вони мають бути: «Враховуючи нашу відправну позицію, що ув'язнення є за своєю природою каральним, які принципи необхідно встановити для належного рівня кари?»<sup>1296</sup>. Натяк, як видно, спрямовується до твердження, що ув'язнення саме по собі є достатнім обмеженням.

У подальшому Робоча група пропонує такі принципи<sup>1297</sup>:

- «Особи під час покарання мають зберігати всі права та привілеї членів суспільства, за винятком тих, яких вони не позбавлені чи в яких вони не обмежені з необхідністю фактом ув'язнення. Ці права та привілеї, а також будь-які обмеження мають бути чітко та доступно встановлені в законі» (принцип 1). Цей принцип, на думку авторів, має безпосередній вплив на практику в установах. В'язнична влада повинна розглядати кожне обмеження, яке застосовується до в'язня, з тим, щоб визначити, чи є воно необхідним для захисту суспільства або для належного та безпечного функціонування установи, а не лише питанням адміністративної зручності. Відправною позицією при цьому є те, що правопорушник зберігає

---

<sup>1294</sup> Correctional Law Review, Working Group, "Correctional Authority and Inmate Rights" [Working Paper No. 5]. Ibid. — P. 26.

<sup>1295</sup> Ibid. — P. 32.

<sup>1296</sup> Ibid. — P. 32.

<sup>1297</sup> Ibid. — Pp. 32–35.

- всі права звичайного громадянина. Наприклад, обмеження права на пересування. Принцип 1 вимагає, щоб це право обмежувалось настільки, наскільки це є абсолютно необхідним для підтримки безпеки в установі, а також для управління в'язничною системою.
- «Покарання полягає лише у втраті свободи, обмеженні пересування або будь-якій іншій встановленій судом вимозі. Жодне інше покарання не повинно застосовуватись в'язничною владою задля індивідуального покарання» (принцип 2). Щоправда, автори визнають, що цей принцип може бути перешкодою для дисциплінарної практики, а тому закріплюють додатковий принцип 3, що будь-яке покарання або втрата свободи, як наслідок порушення правил поведінки, має бути застосовано у відповідності до закону. Хоча насправді головна ідея принципу 2 полягає в необхідності зведення до мінімуму непотрібних обмежень.
  - «Виконуючи покарання, має бути використаний найменш обмежувальний спосіб дій, який застосовується для дотримання нормативних вимог, та сумісний із захистом громадськості й безпекою та порядком установи» (принцип 4). Наслідком цього принципу є те, що він, разом із іншими, вимагає, щоб пенітенціарна адміністрація несла тягар доведення того, чому відповідне в'язничне середовище (загалом чи стосовно окремого в'язня) не повинно наближатись до умов та свобод вільного суспільства. Якщо є два способи досягнення тієї ж самої мети, має вибиратись найменш обмежувальний спосіб.

Як приклад, наводилася ситуація, коли для попередження втеч особа зобов'язується постійно голитися, адже це необхідно для ідентифікації за допомогою фото, яке робиться при прийнятті в установу. Однак є інший спосіб — зробити фотографію голеним та неголеним. Такий же підхід може застосовуватися і до більш важливих питань, як-то класифікація засуджених по установах, так само як вибір індивідуальної програми, переведення, використання умовного звільнення. При цьому автори визнають необхідність застосування дискреції, адже вона може бути як шкідливою, так і необхідною. Однак головною умовою є чітке визначення умов застосування дискреції, що може бути частково досягнуто шляхом чіткого визначення цілей та принципів прийняття рішень. Необхідними є і належна мотивація рішень, які стосуються прав, а також надання відповідним особам можливості висловитись з приводу них та можливість належного їх оскарження в компетентних органах.

Робочою групою приділялася особлива увага значенню закріплення обмежень законом, а не підзаконними актами. Особливо підкреслювалася така необхідність у контексті обмежень прав, які передбачалися Хартією, адже вона вимагала закріплення обмежень на рівні закону. Крім то-

го, як вказувалось, «засуджені повинні бути повідомлені про та розуміти обмеження, які можуть бути законно застосовані до них. Це ж торкається також і прав та обов'язків, які вони мають, а персонал повинен знати свою відповідальність та обов'язки, а також обсяг власних повноважень»<sup>1298</sup>.

Окремо наголошувалось на вказаних вище принципах. Вони підкреслюють, що принцип, згідно з яким в'язні не втрачають «права мати права», визнається канадським правом. Принцип збереження прав в'язнями, а також мінімальної необхідності обмежень були визнані й Верховним Судом ще до Хартії у справі Солоські (*R. v. Solosky*)<sup>1299</sup>. Важливою для бачення обмежень прав є ідея, що не здійснення прав, а їх обмеження мають бути обґрунтованими; обґрунтованими ж є ті обмеження, які є необхідними для досягнення в'язничної мети та які є мінімальними<sup>1300</sup>. Разом з тим визначаючи обсяг повноважень в'язничних працівників, необхідно мати на увазі, що права та свободи засуджених можуть обмежуватися тільки тією мірою, яка необхідна для гарантування безпеки і здоров'я осіб, а також безпеки установи. Крім того, збереження прав є необхідним для досягнення довгострокової мети реінтеграції та ведення законслухняного способу життя<sup>1301</sup>.

Що стосується окремих прав, то Робоча група залишилась відданою ідеям, які вона пропонувала в загальних принципах щодо обмежень. Ідеться про необхідність забезпечення того, щоб обмеження були мінімальними та виважено співвідносились із міркуваннями безпеки.

Яскравим прикладом є право на письмову кореспонденцію. Посилаючись на позитивний закордонний досвід скасування цензури кореспонденції в'язнів, а також вказуючи на те, що на практиці головне занепокоєння викликав не зміст кореспонденції, а вміст самих листів, експерти пропонували досить ліберальний підхід до обмежень цього права. Пропонувалось, щоб засуджені могли призначати свого представника для спостереження за процесом перевірки кореспонденції для того, щоб бути свідком вилучення заборонених об'єктів, а також забезпечення відсутності читання та цензури. Вхідні листи могли б перевірятись на їх вміст, але їх зміст не міг би читатись. Вихідні листи могли б відправлятись запечатаними і за загальним правилом не повинні були б відкриватись за винятком, якщо є обґрунтовані мотиви вважати, що в конверті є об'єкт, який

<sup>1298</sup> Correctional Law Review, Working Group, "Correctional Authority and Inmate Rights" [Working Paper No. 5]. Ibid. — P. 187.

<sup>1299</sup> *R. v. Solosky* [1980], 50 C.C.C. (2d) 495 (S.C.C.).

<sup>1300</sup> Correctional Law Review, Working Group, "Correctional Authority and Inmate Rights" [Working Paper No. 5]. Ibid. — P. 188.

<sup>1301</sup> Ibid. — pp. 188–192.

може загрожувати громадській безпеці або є доказом злочину. У такому разі читання все одно не мало б дозволятися, так само мав би бути присутній представник засуджених, а особа, яка відправляє відповідний лист, повинна була б бути повідомлена про мотиви такого обмеження права.

Так само про мотиви потрібно було б повідомляти і в разі обмеження інших прав, наприклад, права на інформацію, а саме на отримання й читання певних видів публікацій<sup>1302</sup>. Останнє обмеження було допустимо лише з обґрунтованими підставами, які пропонувались експертами. Зокрема, потрапляння до установи публікацій могло б бути заборонено якщо:

- а) це порушує законодавство щодо публікацій;
- б) описує надмірне насильство та/або агресію і якщо це вірогідно може спонукати в'язнів до насильства;
- в) містить інформацію щодо виготовлення зброї або вчинення злочинів.

Схожим чином було презентовано бачення обмежень права на побачення. Пропонувалось, щоб усі засуджені мали право мати побачення, із ким вони бажать. Побачення могло б бути заборонено або призупинено, якщо були обґрунтовані підстави вважати, що негайні мотиви безпеки вимагали цього і якщо звичайне обмеження порядку побачення не могли б попередити цей ризик; якщо під час побачення засуджений чи відвідувач поводитися таким чином, що це перевищувало допустимі ліміти поведінки в громадському місці. Спостереження за побаченнями (в тому числі відео- та аудіо-) дозволялося б, тільки якщо були свідчення загрози безпеці установи та на підставі дозволу начальника установи. Також за загальним правилом не дозволялася б перегородка під час побачення, однак винятком були б випадки, коли це необхідно для гарантування безпеки установи чи осіб. До того ж для цього менш обмежувальні заходи (як-то обшук) мали б бути визнані недостатніми. Про мотиви обмежень права на побачення мало бути повідомлено в'язня<sup>1303</sup>. Як видно, здебільшого пропозиції **акцентували увагу на процедурних аспектах забезпечення обґрунтованості обмежень**. Ці пропозиції багато в чому залишаються актуальними й на сьогодні, а схожі ідеї пропонуються в міжнародних стандартах (як-то стандарти щодо обмежень прав КЗК Ради Європи).

Право на збори могло обмежуватись на підставі міркувань безпеки. Обмеження могло полягати в призначенні спостерігача із числа в'язничного персоналу (при цьому бажаним було погодження цієї особи із засудженими), а також у забороні заходу. Право на об'єднання засуджених

---

<sup>1302</sup> Correctional Law Review, Working Group, "Correctional Authority and Inmate Rights" [Working Paper No. 5]. Ibid. — pp. 248–249.

<sup>1303</sup> Ibid. — pp. 254–255.



у власні організації могло бути обмежено шляхом заборони участі в організації окремим засудженим у разі загрози безпеці установи, громадській безпеці або якщо член організації зловживає участю в ній задля досягнення цілей, які не сумісні із безпекою установи. Про таке обмеження, як і у випадках описаних вище, мало прийматись і повідомлялись обґрунтоване рішення, на яке в'язень міг надати свої зауваження<sup>1304</sup>.

Ще обережнішим був підхід до регулювання питання обмеження релігійних прав. Вказувалось, що такі права могли бути обмежені тільки у зв'язку із «безпосередніми або негайними міркуваннями безпеки установи». Використанню «негайності» надавалось особливого значення для додаткового гарантування обґрунтованості обмежень<sup>1305</sup>.

Важливою рисою напрацювань Робочої групи було те, що вона, розуміючи, що важливо не тільки та не стільки закріплення права, як обережне встановлення порядку й рамок його обмеження, звертала більше всього уваги на порядок реалізації права, а також підстави та порядок його обмеження. Саме це посприяло особливій далекоглядності акту.

Експертам вдалося виробити як узагальнений підхід щодо обмеження всіх прав, так і щодо окремих прав, незважаючи на складність передбачення конкретних ситуацій та проблем, які можуть виникнути в процесі реалізації цих прав, а особливо в процесі застосування їх обмежень та балансування їх з інституційними потребами. Головним їхнім досягненням є фокусування на специфіці кожного права та його реалізації. Це дозволило краще пристосувати обмежувальну клаузулу до специфіки балансування права із вимогами безпеки та порядку.

Наголошувалось також і на практичній важливості закріплення гарантій застосування обмежень прав. Серед них необхідність письмового повідомлення засудженого про мотиви обмеження, надання йому можливості надавати свої зауваження щодо цього рішення, а також концентрування на порядку оскарження обмежень<sup>1306</sup>. Очевидно, що процес обмеження прав в'язнів, незважаючи на його «конфліктну» природу, був для експертів скоріше питанням взаємоузгодження, а не протистояння. Усі ці гарантії недвозначно пов'язувалися ними із питаннями легітимності процесу прийняття рішень, як запоруки забезпечення порядку та безпеки в установі.

Якщо проаналізувати сучасне пенітенціарне законодавство Канади у світлі пропозицій Робочої групи, які викладені вище, то можна здивуватись, наскільки сильним був вплив цих ідей. Багато пропозицій були

---

<sup>1304</sup> Correctional Law Review, Working Group, "Correctional Authority and Inmate Rights" [Working Paper No. 5]. Ibid. — pp. 257–258.

<sup>1305</sup> Ibid. — pp. 260–261.

<sup>1306</sup> Цьому питанню спеціально присвячені великі частини Робочих документів.

майже дослівно перенесені до Закону, а також до Регламенту щодо його виконання<sup>1307</sup>.

### 3.4.1.2. Обмеження в Законі

З самого початку аналізу Закону варто виділити принцип, у відповідності до якого «правопорушник продовжує володіти всіма правами, які визнаються за кожним громадянином, за винятком тих, позбавлення чи обґрунтоване обмеження (*restriction légitime*) яких є необхідним наслідком призначеного йому покарання» (ст. 4 (d)). Він суттєво пов'язаний із іншим принципом, згідно з яким в'язнична служба «вживає заходів, які, враховуючи захист суспільства, співробітників та правопорушників, не йдуть далі, ніж це є необхідним і пропорційним цілям цього Закону<sup>1308</sup>» (ст. 4 (c)). З одного боку, Закон дозволяє схожі до фактичних обмеження — «обмеження, які є наслідком призначеного покарання», однак, з іншого — відразу ж обмежує їх принципом пропорційності.

Ці принципи знаходять своє продовження в інших нормах Закону. Наприклад, стаття 28 вказує, що Служба повинна забезпечити, наскільки це можливо, щоб виправна установа, де утримується в'язень, була місцем, у якому існують тільки необхідні обмеження у світлі таких аспектів:

- a) ступінь охорони та нагляду, необхідних для безпеки суспільства, виправного закладу та осіб, які в ньому знаходяться;
- b) доступність до громади, до якої він належить, до його сім'ї і до відповідного культурного та лінгвістичного середовища;
- c) існування програм і сервісів, які йому підходять, та його бажання брати в них участь.

Варто звернути увагу на те, що процитовані вище загальні принципи обмежень прав були нещодавно змінені, вони суттєво відрізняються від тих положень, які існували раніше. Зміни демонструють суттєвий регрес, який відбувся в канадській регулятивній базі, що стосується обмежень прав, та, зокрема, необхідності обґрунтування пропорційності цих обмежень. Як свідчить наш аналіз, ці зміни виявились у зниженні стандартів у порівнянні із минулими, що відбулося як результат впливу практичних міркувань пенітенціарної адміністрації.

Раніше закон передбачав, що заходи, які необхідні для захисту суспільства, співробітників та самих правопорушників мають бути, наскіль-

<sup>1307</sup> Corrections and Conditional Release Regulations (SOR/92-620).

<sup>1308</sup> Закон не містить норм, які визначали б його цілі. Однак у інтерпретації Виправної служби Канади цими цілями є сприяння справедливому, мирному та безпечному суспільству, а також допомога в реабілітації та реінтеграції правопорушників (Corrections and Conditional Release Act Guiding Principles (Canada) // [http://www.csc-scc.gc.ca/acts-and-regulations/005006-1003-eng.shtml#\\_4](http://www.csc-scc.gc.ca/acts-and-regulations/005006-1003-eng.shtml#_4) (останній доступ 26.11.2016)).

ки це можливо, менш обмежувальними (колишня редакція статті 4d). Тепер же ці заходи не повинні «йти далі, ніж це є необхідним і пропорційним цілям цього закону» (4 (c)). Така ж зміна формулювань відбулася і в статті 101 (c), яка закріплює принципи діяльності комісій з питань дострокового звільнення.

Так само, якщо раніше місце ув'язнення мало бути «настільки мінімально обмежувальним, наскільки це можливо», то тепер ідеться тільки про місце, «у якому існують тільки необхідні обмеження» (ст. 28).

Такі на перший погляд незначні зміни насправді приховують серйозні мотиви, пов'язані із необхідністю полегшення функціонування в'язничного відомства. Мінімальність обмеження сприймається як більш вимогливе формулювання, ніж пропорційність, хоча пропорційність і включає мінімальність. Різниця полягає в акцентуванні на тому, що в межах мінімальності обмеження мають бути настільки мінімальними, наскільки можливо, тоді як пропорційність обмежень передбачає, що обмеження не мають бути більшими, ніж це необхідно для досягнення мети.

Крім того, принцип мінімальності містить імпліцитну вимогу, не тільки щоб обмеження були мінімальними, але й щоб в'язнична адміністрація навела відповідні аргументи та обґрунтувала, що в кожній конкретній ситуації не було менш обмежувального заходу. Такий супротив Канадської пенітенціарної адміністрації не є дивним, адже вона вважає, що надання засудженим «надто багато прав» обмежує їхню здатність ефективно адмініструвати тюрми з погляду безпеки<sup>1309</sup>.

З іншого боку, канадське розуміння принципу пропорційності передбачає, що:

- 1) захід не є свавільним, і обережно використаний для досягнення цілей, які раціонально пов'язані із ним;
- 2) захід має мінімально втручатись у право;
- 3) має бути пропорційність між обмежувальним заходом і метою — чим більш негативними є наслідки заходу, тим більш важливою має бути мета обмеження<sup>1310</sup>.

Однак на думку Канадської асоціації адвокатів, чинна редакція норми статті 4 включає перший та третій елемент, але ігнорує другий. Задля цього Асоціацією пропонується, щоб у нормі фігурувала вимога пропорційності, із зазначенням необхідності дотримання мінімальності<sup>1311</sup>.

<sup>1309</sup> *Beliveau P.* La condition juridique du détenu au regard de la Charte canadienne des droits et libertés // La condition juridique du détenu. Sous la direction de Pradel J. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8. — Paris : Editions Cujas, 1993. — P. 170.

<sup>1310</sup> *R v. Oakes*, [1986] 1 SCR. 103.

<sup>1311</sup> Submission on Bill C-10 Safe Streets and Communities Act. — Ottawa : Canadian Bar Association, 2011. — pp. 35–36.

Під час дискусії щодо змін до Закону в Комітеті юстиції та прав людини представник Асоціації вказував, що, незважаючи на те, що можна сперечатись, чи є принцип мінімальності обмежень частиною стандарту пропорційності, на практиці проект змін до Закону вже почав сприйматися як такий, що вилучає вимогу мінімальності<sup>1312</sup>.

Канадський омбудсмен Г. Саперс так реагує на зміну формулювання мінімальності обмежень на пропорційність: «Зміна формулювання має безпосередній вплив на практику. Це може означати застосування більш обмежувальних заходів, коли можна було б застосувати звичайне фізичне утримання. Або використання перцевого газу, коли фізичного утримання було б достатньо. Чи застосування сегрегації, коли було б достатньо тимчасового утримання у камері. Або ж переведення на максимальний рівень безпеки, коли було б достатньо нетривалого поміщення на середній рівень. Це дозволяє бути більш обмежувальним, ніж абсолютно необхідно»<sup>1313</sup>. Так само при обговоренні змін до Закону Г. Саперс вказував, що підпорядкований йому персонал щоденно використовує принцип мінімальності для того, щоб розслідувати дуже серйозні ситуації у в'язницях, як-то примусове переведення, поміщення в ізоляцію, зміна безпеки, вжиття фізичних заходів<sup>1314</sup>. Таким чином, існує практична відмінність застосування принципу мінімальності в порівнянні з принципом пропорційності.

На нашу думку, канадський досвід є свідченням на користь використання комбінованих формулювань. Наприклад, приблизне формулювання могло б бути схоже на таке: «обмеження мають бути пропорційними (обґрунтованій) меті та зводиться до необхідного мінімуму». Воно надало б можливість попередити регресивні з точки зору прав людини інтерпретації правозастосувача, а також підкреслило б необхідність встановлення наявності менш обмежувального заходу.

Можливо, доцільним є також формальне закріплення вимоги перевірки наявності альтернативного менш обмежувального заходу, адже незважаючи на те, що вона розуміється сама собою, не слід ігнорувати потенційно можливі інтерпретаційні деформації, а також недооцінку її значення. Формулювання могло б закріпити, що пенітенціарна адмініст-

---

<sup>1312</sup> Standing Committee on Justice and Human Rights. Recorded by Electronic Apparatus of the Meeting on Thursday, November 3, 2011 // <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&DocId=5228779> (останній доступ 26.11.2016).

<sup>1313</sup> *Fine S. Five Fundamental Ways Harper Has Changed the Justice System* // <http://www.theglobeandmail.com/news/politics/five-fundamental-ways-harper-has-changed-the-justice-system/article18503381/?page=all> (останній доступ 26.11.2016).

<sup>1314</sup> Standing Committee on Justice and Human Rights. Ibid.

рація, застосовуючи обмеження до в'язнів, повинна розглянути можливість досягнення мети, яку вона ставить перед собою, менш обмежувальними заходами. Особливого значення воно набуло б тоді, коли для застосування обмеження необхідне письмове рішення. Така вимога надала б додаткових юридично значимих опорних точок для обох сторін у разі, якщо відповідне рішення про застосування обмежень буде оскаржено в суді.

У своїй фінальній доповіді 2007 року, яка називається «Пошук дороги для підвищеної громадської безпеки», Комітет незалежного контролю Виправної служби Канади підтвердив ускладнення роботи пенітенціарних співробітників через принцип мінімальності: «Працівники Виправної служби, так як і суди, приділяли надто багато уваги цьому принципу (принципу мінімальності обмежень) у своїх щоденних рішеннях щодо в'язнів. Цей дисбаланс вплинув на те, що Виправна служба несе тягар обґрунтування того, чому вона не могла вжити менш обмежувального заходу, тоді як це правопорушник повинен обґрунтовувати його доступ до привілеїв у залежності від виконання свого індивідуального плану»<sup>1315</sup>.

Критики зазначають, що Комітет не врахував того факту, що принцип мінімальності обмежень відповідає Хартії прав і свобод<sup>1316</sup>, адже у своєму відомому рішенні у справі Оукса (Oakes) Верховний Суд Канади встановив стандарт, у відповідності до якого будь-яке обмеження прав, які містяться в Хартії, має спричиняти найменш можливе втручання в право<sup>1317</sup>. Тим більше, у в'язничному контексті Верховний Суд Канади застосував цей стандарт у відомому рішенні у справі Сове (Sauvé c. Canada)<sup>1318</sup>. Також, на їхню думку, вилучення вимоги мінімальності із тексту Закону суперечить міжнародним стандартам, а саме Мінімальним стандартним правилам щодо поводження із в'язнями (правило, що влада повинна зменшувати різницю між життям у в'язниці та на волі) та Європейським в'язничним правилам (правило 3 щодо мінімальності обмежень).

Слід вказати, що остаточні пропозиції проекту змін до Закону про виправну систему є свого роду компромісом, адже відповідальні органи

---

<sup>1315</sup> Rapport du Comité d'examen du Service correctionnel du Canada «Feuille de route pour une sécurité publique accrue». — Ottawa : Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, 2007. — P. 17.

<sup>1316</sup> Хартія є частиною Конституції.

<sup>1317</sup> Mémoire présenté au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, au sujet de l'étude du projet de loi C-10, Loi édictant la Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme et modifiant la Loi sur l'immunité des États, le Code criminel et d'autres lois. Février 2012. — Ottawa: Réseau juridique canadien VIH/sida, 2012. — pp. 8–10.

<sup>1318</sup> Див. нижче.

вимагали більш радикального вилучення принципу мінімальності. Наприклад, пропонувалось, щоб обмеження (заходи) були «відповідними» (*appropriées*) для того, щоб забезпечити захист громадськості. Крім того, пропонувалося доповнити виняток із правила, що засуджені продовжують користуватися всіма правами за винятком тих прав, обмеження яких є необхідним наслідком призначеного покарання. А саме пропонувалось дозволити і обмеження, які необхідні для того, щоб «спонукати правопорушника слідувати своєму індивідуальному виправному плану»<sup>1319</sup>. На додаток, пропонувалось, доповнити цю норму так, щоб закріпити інше бачення збереження прав засуджених. Зокрема пропонувалась формула, що засуджені продовжують користуватись усіма **базовими** правами членів суспільства, за винятком (...).

Ці пропозиції піддалися нищівній критиці з боку експертів і, можливо, саме тому вони тільки частково були відображені в змінах до Закону. Основні зауваження стосувались такого:

- принцип мінімальної необхідності впливає із Хартії та був встановлений у практиці Верховного Суду Канади. Пропонована зміна формулювання цього принципу суперечила досягненням у галузі конституційного права, а також філософії прав людини та пенітенціарної філософії Канади. Конституційний принцип підмінявся оперативними (практичними) міркуваннями. У відповідності до Хартії тягар доведення обґрунтованості обмежень прав мав би лежати на органах державної влади, а не на особі. Відповідно, не в'язень повинен був доводити, що обмеження його права є необґрунтованим, а пенітенціарна влада спочатку повинна доводити обґрунтованість обмежень. Формулювання «відповідні» («належні») обмеження, яке мало застосовуватись замість категорії «мінімальних» обмежень, саме по собі було нечітким та надавало надто багато дискреції владі. Як висловилася С. Міллер (Miller), одна із канадських посадовців, відповідальних за дотримання прав людини в пенітенціарній службі, «найменш обмежувальні заходи... і є найбільш і єдиними відповідними...». Хоча, на її думку, принцип мінімальності обмежень і не зобов'язував Виправну службу Канади, а лише спрямовував її пам'ятати, що вона відповідальна за утримання та контроль людей, які мають права<sup>1320</sup>;

<sup>1319</sup> Rapport du Comité d'examen du Service correctionnel du Canada. Ibid. — P. 18.

<sup>1320</sup> Jackson M., Stewart G. A Flawed Compass: A Human Rights Analysis of the Roadmap to Strengthening Public Safety, 2009. — pp. 48, 55 //

[http://www.justicebehindthewalls.net/resources/news/flawed\\_Compass.pdf](http://www.justicebehindthewalls.net/resources/news/flawed_Compass.pdf) (останній доступ 26.11.2016).

- пропозиція, що в'язні зберігають тільки базові права<sup>1321</sup>, є контр-продуктивною, адже вона замінює права на привілеї. Тобто вона ґрунтується на принципі, що в'язні володіють тільки базовими правами (значення цього поняття не було пояснено, що само по собі викликало зауваження), а всі інші права повинні були ними здобуватися. Іншими словами, засуджені, які поводяться добре, заслуговують на те, щоб мати певні права, а ті, які поводяться погано, не заслуговують на них і тому не повинні мати певних прав. Таким чином, по суті пропонувалось створити підґрунтя для запровадження системи прав як привілеїв на кшталт британської<sup>1322</sup>.

Посилаючись на рішення Верховного Суду в справі Сове (Sauvé), критики зазначали, що це суперечить Хартії, яка передбачає надання прав особам не в залежності від того, чи вони заслуговують на них; також це суперечить філософії прав людини, яка спирається на ідею, що права не потрібно заслуговувати і що вони належать кожній людині, яка є цінністю вже в силу того, що вона людина<sup>1323</sup>.

Коли люди починають розглядатись як «гідні» чи «негідні» прав, цінність людської гідності порушується. У рішенні по справі Sauvé Суд вказав: «Права, що передбачені Хартією, не є питанням привілеїв чи заслугування, але є функцією членства в Канадському суспільстві, яке не може бути просто залишено осторонь».

---

<sup>1321</sup> Критики вбачають коріння такого підходу в позиції колишньої політичної Партії Альянсу (Alliance Party), яка у своєму негативному звіті щодо п'ятирічного огляду Закону парламентським пенітенціарним підкомітетом, заявила: «Стаття 4 Закону передбачає, що «в'язні зберігають права та привілеї всіх членів суспільства, за винятком тих прав та привілеїв, які з необхідністю забрані чи обмежені як наслідок покарання». Канадський Альянс вірить, що будь-яка особа, яка була засуджена канадським судом, повинна тимчасово втрачати деякі із своїх прав та привілеїв канадця. Головні винятки з цього є такі базові права як право на захисника та право на людське й здорове поводження. Ми визначаємо це як право бути розміщеним в умовах із належним оточенням, мати базові засоби догляду, отримувати їжу у відповідності до канадської норми щодо харчування, а також отримувати доступ до базового медичного обслуговування. Поза цим, в'язні повинні мати можливість заслужити права та привілеї, такі як свобода в межах в'язниці, переведення до більш бажаних установ, участь у тренінгах, спортивних програмах, привілеї побачень, оплата за працю, привілеї щодо їдальні, тимчасові відпустки та умовне звільнення. Кожне з цих прав та привілеїв має бути заслужено відповідною поведінкою, яка, у свою чергу, означає, що вони можуть також бути забрані за неналежну поведінку» (Canadian Alliance Official Opposition Minority Report on the Corrections and Conditional Release Act, Jim Gouk M. P. in A Work in Progress: The Corrections and Conditional Release Act. — Ottawa: Public Works and Government Services, 2000).

<sup>1322</sup> Див. підрозділ 3.3.2 «Політика заохочень та привілеїв».

<sup>1323</sup> Ця фундаментальна ідея закладена в Загальній декларації прав людини.

Крім того, ідея авторів законопроекту, що обмеження прав виступають свого роду покаранням та заохоченням до доброї поведінки, була названа «поганою педагогікою», адже права надаються в'язням для того, щоб прищеплювати їм відчуття співучасті в житті суспільства. Надання прав не повинно обґрунтовуватись, має обґрунтовуватись їхнє обмеження. Коли пропонується протилежний підхід, який ґрунтується на ідеї, що ув'язнення розриває зв'язок між в'язнями та правами, то це не відповідає правовим традиціям Канади<sup>1324</sup>.

Варто звернути увагу на те, що виключення принципу мінімальності із Закону чи принаймні зменшення його ролі було миттєво відображено в деяких підзаконних актах. Наприклад, на наступний день після внесення змін до Закону була прийнята нова Директива щодо персональної власності в'язнів (№ 566-12). Якщо чинна раніше директива (від 14.10.2009) щодо цих самих питань містила норму, що рішення, які стосуються персональної власності ув'язнених осіб, мають прийматися в залежності від потреб цих осіб та бути найменш обмежувальними (ст. 6), то в новій директиві просто вказується, що у разі необхідності начальник установи може застосовувати відповідні обмеження з тим, щоб не ставити під загрозу безпеку установи, безпеку і здоров'я в'язнів та дотримуватися вимог щодо попередження інцидентів (ст. 7 (b)).

З іншого боку, в окремих документах ця зміна не була відображена. Наприклад, у директиві «Управління поведінкою, пов'язаною із членоушкодженням та суїцидами в засуджених» закріплюється така мета: «Гарантувати безпеку в'язнів, які мають поведінку із ознаками ризику членоушкодження чи суїциду, використовуючи найменш обмежувальні заходи для того, щоб захистити життя та попередити будь-яке серйозне фізичне ушкодження, підтримуючи їх гідність у безпечному середовищі».

Якщо в інших країнах та на міжнародному рівні стандарти обмежень часто формулюються на прикладі права на приватність, то канадський Закон лише побіжно закріплює норми щодо втручань у нього. Наприклад, право підтримувати відносини із зовнішнім світом за допомогою побачень чи кореспонденції здійснюється в розумних межах, які закріплені наказами, для гарантування особистої безпеки чи безпеки виправної установи (ст. 71). Однак недостатня деталізованість, яка міститься в Законі, компенсується Регламентом про виправну систему та умовне звільнення (*Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*) (далі — Регламент). Проаналізуємо детальніше положення його норм, що стосуються обмежень прав.

Принцип мінімальності обмежень можна помітити в нормах Регламенту, які стосуються дисциплінарних практик. Так, стаття 34 Регламен-

<sup>1324</sup> Jackson M., Stewart G. A Flawed Compass. Ibid. — pp. 36–55.



ту вказує, що особа, яка головує на комісії з питань дисциплінарних стягнень, повинна враховувати те, що є найменш обмежувальним заходом у відповідних обставинах.

В'язні мають право на побачення без перегородок, які виключають фізичний контакт, якщо тільки начальник установи чи інший співробітник не має обґрунтованих мотивів підозрювати, що перегородка є необхідною для безпеки установи чи осіб і якщо при цьому не має менш обмежувального заходу (ст. 90). Так само задля гарантування безпеки установи чи осіб може бути встановлено нагляд за побаченнями представниками пенітенціарних працівників чи за допомогою технічних засобів. Такий нагляд має здійснюватися в спосіб, який найменше турбує у цих обставинах (ст. 90.2).

Самі візити можуть бути заборонені чи тимчасово призупинені. Ці обмеження права допускаються, якщо є обґрунтовані підстави підозрювати, що:

- а) з одного боку, в'язень чи відвідувач під час візиту можуть:
  - зашкодити безпеці установи чи осіб;
  - підготувати чи вчинити кримінальний злочин;
- б) з іншого боку, що застосування обмежень на побачення (напевно, мається на увазі застосування безконтактних побачень — прим. авт.) не дозволяє попередити відповідний ризик (ст. 91).

Специфікою канадського законодавства є те, що може бути застосоване повне призупинення побачень усіх в'язнів, якщо безпека установи знаходиться під серйозною загрозою і якщо не існує іншого менш обмежувального рішення (ст. 92.1). Як правило, побачення не можуть бути заборонені для депутатів, сенаторів чи суддів. Однак існує виняток: якщо це може зашкодити безпеці установи чи осіб, або якщо застосування обмежень побачення не дозволяє попередити відповідний ризик (ст. 93). Щодо таких заходів має бути повідомлено відповідних осіб із вказівкою мотивів їх застосування.

Допускається обмеження прав на листування та телефонні дзвінки шляхом їх читання та прослуховування, якщо:

- а) є обґрунтовані мотиви вважати, що відповідне спілкування містить або міститиме елементи доказів щодо: акту, який може загрожувати безпеці установи чи осіб, або щодо кримінального правопорушення чи план для того, щоб вчинити таке правопорушення;
- б) таке перехоплення комунікації є найменш обмежувальним виходом у відповідній ситуації (ст. 94).

Такі обмеження вимагають письмового дозволу з боку начальника установи або особи, яка призначена ним.

Законодавець додатково підкреслює, що ні начальник установи, ні призначена ним особа не можуть дозволяти такі обмеження листування

та телефонних дзвінків, якщо немає обґрунтованих мотивів вважати, що перераховані вище мотиви мають місце (ст. 95.2).

Про вказані обмеження приймається відповідне повідомлення засудженого із зазначенням мотивів їх застосування, а засуджений, у свою чергу, має право надати свої зауваження з цього приводу. Вимога повідомлення може бути недотримана тоді, коли таке повідомлення може зашкодити розслідуванню в процесі. В такому разі засудженому має повідомлятися вказане рішення та надаватися можливість для висловлення своїх зауважень після висновків розслідування (ст. 94.3). Додаткові обмеження стосуються неповнолітніх, яким може бути обмежено право на кореспонденцію та телефонні дзвінки на письмову вимогу батьків (ст. 95).

Регламентом передбачаються і обмеження права на інформацію. Так, може бути заборонено передавання чи поширення в межах установи публікацій, відео- та аудіозаписів, фільмів чи інформаційних програм, якщо є обґрунтовані мотиви вважати, що вони можуть загрожувати безпеці установи чи осіб (ст. 96). Використання такої інформації може бути заборонено також, коли є підстави вважати, що вона буде доведена до відома інших осіб та буде посягати на гідність іншої особи, принижуючи її чи ображаючи на підставі раси, національного чи етнічного походження, кольору, релігії або статі (ст. 96.2).

У Канаді в'язням не забороняється здійснювати право на збори, що, однак, передбачає можливість певних обмежень. Начальник установи може наказати співробітникам спостерігати за будь-якими зборами в'язнів, щоб гарантувати безпеку установи чи осіб. Також, якщо є обґрунтовані мотиви вважати, що збори в'язнів або діяльність організації чи комітету в'язнів може загрожувати безпеці установи чи осіб, ці збори чи діяльність можуть бути заборонені (ст. 98). У такому разі в'язням має повідомлятися про застосування обмеження в письмовому вигляді із викладенням відповідних мотивів, а вони, у свою чергу, мають право надавати свої зауваження з цього приводу (ст. 98.2). Також з підстав можливості загрози безпеці установи чи інших осіб участь у зборах чи окресленій діяльності може бути заборонено окремим в'язням. Цьому має слідувати мотивоване письмове рішення із зазначення можливості надання в'язнем своїх зауважень з цього приводу ст. 99).

Кожен в'язень має право сповідувати свою релігію та духовне життя, якщо це сповідання чи це духовне життя не загрожують безпеці установи чи осіб, не передбачає (використання) заборонених предметів (ст. 100).

Канада дозволяє особам, які утримуються в пенітенціарних установах, здійснювати підприємницьку діяльність за умови отримання відповідного дозволу (ст. 112). Здійснення такої діяльності може бути доз-

волено, тільки якщо, з одного боку, це дозволяє безпека та операційні міркування та, з іншого боку, ця діяльність є сумісною із індивідуальним планом ув'язнення.

Питання гарантій обґрунтування обмежень та їх пропорційності взагалі не закріплюється в нормах щодо обшуків (ст. 47–50). Більше того, періодичний обшук камери може бути проведений пенітенціарним співробітником за «відсутності чіткої підозри» (ст. 51), що тим не менш має за мету виявлення заборонених об'єктів чи інших речей, які можуть ставити під загрозу безпеку установи чи осіб (ст. 51) і здійснюється у відповідності до плану обшуків (ст. 51).

Зазначене свідчить, що Регламент містить низку детальних норм щодо обмежень, чим відрізняється від Закону. Ці норми втілюють принцип пропорційності та іноді включають вказівку на необхідність дотримання мінімальності обмежень. Водночас вказівка на мінімальність обмежень, яка відображала принцип мінімальності застосування обмежень прав в'язнів, була вилучена з загальної лімітативної клаузули Закону. Пропорційність, яка прийшла на зміну мінімальності, таким чином знаходить часткове відображення у вигляді мінімальності в Регламенті.

### **Висновок до підрозділу 3.4.1**

Канадський Закон про виправну систему та умовне звільнення (1992) був розроблений для кращої реалізації у в'язничному контексті норм, закріплених у Канадській Хартії прав і свобод. Закон містить низку норм щодо обмежень прав. Їх розробка стала предметом гарячих дискусій між експертами та Виправною службою. Вони ґрунтувались на міцній позиції громадськості та судовій практиці, що і дозволило їхнє прийняття та збереження протягом більш ніж тридцяти років без значних поступок на шкоду правам людини.

Науковці, які тривалий час розробляли Закон, виходили із принципу максимального обмеження в'язничної влади. Вона повинна була приділяти особливу увагу обґрунтуванню обмежень, які застосовувала; завдяки Закону тягар обґрунтування також покладалася судами на владу, яка, серед іншого, мала довести, чому в конкретній ситуації не було застосоване менше обмеження. Більше того, відповідна Робоча група наголошувала на вимозі мінімальності обмежень, їхнє закріплення законом, а не підзаконним актом. Вона також була обережною з безпекою, як підставою для потенційних зайвих обмежень.

Важливою рисою напрацювань Робочої групи було те, що вона, розуміючи, що важливо не тільки та не стільки закріплення права, як обережне встановлення порядку та рамок, допустимих для його обмеження,

звертала більше всього уваги на порядок реалізації права, а також підстави та порядок його обмеження. Важливим досягненням стали і норми, які закріпили специфіку порядку реалізації та обмеження окремих прав, на додаток до загального стандарту обмежень.

Таким чином канадський стандарт вирізняється і закріпленням суттєвих процедурних гарантій від неналежного обмеження прав. До них відносяться письмове повідомлення засудженого про мотиви обмеження, надання йому можливості надавати свої зауваження щодо цього рішення, суттєве значення порядку оскарження обмежень тощо.

Складність реалізації на практиці принципу мінімальності призвела до розробки канадською владою змін до Закону для вилучення відповідної вимоги. Ці зміни спровокували різку критику від інституцій громадянського суспільства, адвокатури та омбудсмена. На їхню думку, виключення мінімальності має не тільки теоретичне, а й суттєве практичне значення.

Відстоювання принципу мінімальності в законі перетворилось у справжню юридичну війну, що свідчило про рівень його важливості для суспільства. В результаті мінімальність хоча і була виключена, але була замінена вимогою пропорційності. І хоча вимога пропорційності не сприймається канадськими фахівцями як така, що з однозначністю вимагає мінімальність обмежень, існує тенденція до розуміння пропорційності як такої, що включає вимогу мінімальності. Підтвердженням цього є норми Регламенту щодо виправної системи та умовного звільнення, які спрямовані на втілення Закону.

Канадський досвід застосування лімітативної клаузули свідчить про користь необхідності додаткової вказівки на мінімальність обмежень у лімітативних клаузулах, навіть якщо вони містять вимогу пропорційності до обмежень прав.

Він також є прикладом приділення уваги процедурним аспектам застосування обмежень прав.

### **3.4.2. Практика Верховного Суду Канади та обмеження прав в'язнів**

Вважається, що канадські суди у справах в'язнів більш легко визнають обмеження прав, що закріплені у Хартії, обґрунтованими. Це пов'язується з приділенням великої важливості цілям покарання у вигляді ув'язнення<sup>1325</sup>.

---

<sup>1325</sup> *Beliveau P.* La condition juridique du détenu au regard de la Charte canadienne des droits et libertés // La condition juridique du détenu. Sous la direction de Pradel J. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8. — Paris : Editions Cujas, 1993. — P. 151–152.

Разом з тим канадська судова практика може використовуватись як приклад детальної оцінки обґрунтованості обмежень.

### 3.4.2.1. Справа Солоскі

Одним із найбільш важливих щодо обмежень прав в'язнів у Канаді вважається рішення у справі Солоскі<sup>1326</sup>. Воно відоме тим, що закріпило засади застосування стандарту пропорційності в пенітенціарній сфері.

У відповідності до внутрішніх регулятивних документів начальник в'язниці, в якій утримувався засуджений Солоскі, прийняв рішення, щоб його кореспонденція із адвокатом відкривалась та читалась. Це рішення ґрунтувалось на тому, що, на думку начальника установи, поведінка Солоскі створювала підстави вважати необхідною спеціальну увагу до його вхідної та вихідної кореспонденції. Ті листи, які потенційно могли бути важливими для підтримки безпеки в установі, доводились до відома начальника. Оскарження до судів не допомогло скасувати це обмеження.

Наприклад, Апеляційний суд вказував, що для встановлення того, чи справді була кореспонденція захищеною, необхідно було її спочатку відкрити, адже привілейованою вважалась тільки кореспонденція, яка відповідала критеріям захищеної: вона мала бути між адвокатом та в'язнем, спрямована на надання правової допомоги та передбачатись як конфіденційна самими сторонами листування. Суд також вказував, що повна заборона відкривання таких листів означала б надання засудженим таким самим прав, як і звичайним громадянам.

Солоскі ж вимагав, щоб відповідна Директива, якою дозволялась перевірка кореспонденції із адвокатами, не застосовувалась для того, щоб порушувати чи обмежувати права, які визнавались Біллем про права.

Верховний Суд задався питанням, чи було право заявника консультуватись із адвокатом несумісним із правом в'язничної влади попереджувати загрозу безпеці установи. З точки зору судді Діксона (Dickson), який писав рішення від імені більшості суддів, такої несумісності не було, якщо тільки влада не здійснювала більші повноваження, ніж це було необхідно для забезпечення безпеки. Відповідні положення Директиви допускали три можливих альтернативних інтерпретації:

- 1) що листи не мали відкриватись;
- 2) що право отримувати таку кореспонденцію могло бути призупинено;
- 3) що кореспонденція може відкриватись задля перевірки, яка є мінімальною необхідною для встановлення того, чи підпадає кореспон-

<sup>1326</sup> *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

денція під категорію захищеної. На думку Діксона, визнання першої інтерпретації залишило б начальника установи без можливості попереджувати контрабанду в установі, що могло б поставити під загрозу безпеку.

Оптимальним варіантом, на думку судді, був третій. Він також запропонував таку інтерпретацію цього варіанту:

- 1) вміст конверта може бути перевірений;
- 2) в обмежених обставинах кореспонденція може читатись для забезпечення того, що вона написана для цілей правової допомоги;
- 3) лист має читатись тільки тоді, коли є раціональні та ймовірні підстави вважати, що може мати місце протилежний намір;
- 4) особа, уповноважена на перевірку кореспонденції, зобов'язана дотримуватись її конфіденційності.

У результаті Суд відхилив вимоги засудженого. Однак, незважаючи на негативний результат для Солоскі, вважається, що це рішення зробило суттєвий внесок у розвиток теорії прав в'язнів у Канаді.

Перш за все, Суд визнав те, що в'язні зберігають усі цивільні права за винятком тих, які явно або опосередковано заборані від них законом. Також Суд підкреслив необхідність мінімального втручання у право<sup>1327</sup> і вказав на те, що роль судів у відповідних випадках (обмеження прав) — це балансування інтересів суспільства та індивіда (в'язня).

Тим не менш, у Суду не вистачило сміливості, щоб визнати право на повну конфіденційність листування із адвокатом. Причина цього наочно демонструється фразою судді Діксона: «За загальним правилом я не думаю, що суди мають ставити під питання міркування начальника установи щодо того, що може або не може бути необхідним для підтримки безпеки в установі». Саме тому роль суду в цій справі вбачалась у балансуванні публічного інтересу підтримки безпеки у виправній установі, безпеки персоналу та засуджених проти інтересу, пов'язаного із захистом конфіденційності кореспонденції із адвокатом. У результаті це призвело до того, що «навіть враховуючи повне визнання права засудженого вільно листуватись із адвокатом, а також необхідність мінімальних винятків із цього права, чаша терезів повинна переважити на користь суспільного інтересу». Суд вказував, що суспільний інтерес полягав у наданні пенітенціарній адміністрації можливості виявляти контрабанду, зброю та плани втечі.

---

<sup>1327</sup> Вважається, що як наслідок цього у згаданому Законі про виправну систему та умовне звільнення (1992), принцип мінімальності був закріплений у статті 4 цього Закону (*Ghedia J. Prisoners: Rights, Rhetoric and Reality. — A thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Master of Laws in the Faculty of Graduate Studies, the University of British Columbia. — Vancouver: University of British Columbia, 2002. — P. 38*).

Такий підхід Верховного Суду продемонстрував небажання ризикувати втручатись у питання гарантії безпеки установи. У цьому Суд був суттєво схожий на тодішні позиції судів США, які вважали, що має існувати певний рівень довіри (*deference*) пенітенціарній адміністрації, адже вона краще за суд знає, як справлятися зі своїми завданнями<sup>1328</sup>. Таке бачення свідчить, що судді можуть виявлятися не готовими брати на себе відповідальність за скасування певних обмежень прав, якщо це загрожує підривом безпеки в установах. Особливо це стосується радикальних кроків до розширення прав в'язнів. З часом, однак, дані науки і практики дозволяють більш ліберально підходити до балансування індивідуальних прав із міркуваннями безпеки. Тоді подібні рішення ніби «визрівають», хоча іноді і з суттєвим запізненням.

#### 3.4.2.2. Справа Оукса

Справа Оукса 1986 р.<sup>1329</sup> не стосувалась питання обмежень прав у пенітенціарних установах. У ній Верховний Суд визнав неконституційним положення Закону щодо контролю наркотиків, яке презюмувало, що в разі, якщо в особи виявлено наркотики, то вона має презюмуватись винною в торгівлі наркотиками і повинна сама доводити протилежне. Її важливість для питань стандартів обмеження прав, у тому числі що стосується обмежень прав позбавлених волі осіб, є значною.

У рішенні Оукса Верховний Суд сформулював своє бачення того, як потрібно оцінювати обґрунтованість обмежень прав. Він сформулював «тест», за допомогою якого може бути оцінено, чи відповідає те чи інше обмеження права вимогам Хартії. Цей тест є свого роду практичним гідом щодо того, як потрібно аналізувати та оцінювати обґрунтованість обмежень.

У відповідності до статті 1 канадської Хартії обмеження прав дозволяється, якщо воно є явно обґрунтованим та необхідним у демократичному суспільстві. Суд у справі Оукса взявся за вироблення власної позиції з приводу того, що означають ці формулювання на практиці (пар. 62–71).

З цієї метою було вказано на два головних критерії обґрунтованості. По-перше, ціль, яка переслідується обмеженням права, що міститься в Хартії, має бути достатньо важливою для того, щоб дозволити втручання в конституційне право чи свободу. Стандарт має бути досить високим, щоб забезпечити, аби ці цілі не були поверховими або такими, що не відповідають принципам вільного та демократичного суспільства<sup>1330</sup>. Для ви-

<sup>1328</sup> Див. розділ 3.2 «США».

<sup>1329</sup> *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

<sup>1330</sup> Суд вказує на кілька прикладів ознак демократичного суспільства: повага до невід'ємної людської гідності, прихильність до соціальної справедливості та рівності,

знання цілі достатньо важливою вона повинна, як мінімум, відноситись до суспільних потреб, які є нагальними й принциповими у вільному та демократичному суспільстві. По-друге, для встановлення допустимості заходів досягнення цих цілей має використовуватись тест пропорційності. Він включає три елементи:

- а) заходи (обмеження) мають бути справедливими та не можуть бути свавільними, вони мають бути детально розробленими для досягнення відповідних цілей і раціонально (розумно) пов'язаними із ними;
- б) обмеження має втручатись у право якомога менше й бути мінімальним. Для встановлення дотримання цього Суд має знати, якими були доступні альтернативні обмежувальні заходи і чи могли вони втручатись у право менше, однак із таким же ступенем ефективності досягнення поставлених цілей<sup>1331</sup>;
- в) має бути пропорційність між наслідками обмежувального заходу і ціллю — чим більш серйозними є наслідки заходу, тим більш важливою має бути мета. Чим більш серйозними є наслідки обмеження для особи, тим більш важливою має бути ціль, яка ним переслідується.

Важливо також зауважити, що тягар обґрунтування обмеження прав та свобод, які передбачені Хартією, лежить на стороні, яка доводить обґрунтованість обмеження, тобто на державі. Крім того, обмеження прав мають бути винятками, а гарантування прав — правилом (пар. 66).

У контексті справи Оукса потрібно зазначити, що теоретики відмічають два типи обмежень прав, які містяться в Хартії — внутрішні обмеження та зовнішні обмеження. Внутрішні обмеження права безпосередньо залежать від його змісту та встановлюються шляхом інтерпретації поняття суб'єктивного права. Наприклад, Верховний Суд Канади дотримується позиції, що свобода вираження поглядів не включає акти насильства, а тому, скажімо, вбивство не можна розглядати як акт вираження поглядів. По суті йдеться про кваліфікатори прав, про які згадувалося в першій частині цієї роботи. Зовнішні обмеження мають інші джерела — наприклад, закони, якими обмежуються вже існуючі права в їхньому стандартному

---

врахування варіації особистих переконань, повага до культурної та групової ідентичності, віра в соціальні та політичні інституції, які посилюють участь індивідів і груп у суспільстві (пар. 54).

<sup>1331</sup> Елемент мінімальності ще називають «паретанським» через тісний зв'язок із економічними теоріями оптимальності Парето. Оптимальність Парето зводиться до ідеї, що цілі, які вимагають ресурсів, найкраще досягати так, щоб гарантувати максимальну вигоду при мінімальних затратах (*Foley B. The Proportionality Test: Present Problems // Judicial Studies Institute Journal. — 2008. — № 1. — pp. 70–71*).



розумінні<sup>1332</sup>. Коли ми говоримо про тест пропорційності, то ми говоримо саме про зовнішні обмеження.

Існує тісний зв'язок між зовнішніми і внутрішніми обмеженнями. Для того, щоб застосувати зовнішнє обмеження, необхідно знати зміст права, тобто якими є його внутрішні обмеження (кваліфікатори). Стандарт, вироблений у рішенні справи Оукса, залишив питання співвідношення пропорційності із внутрішніми обмеженнями, які визначені в інших статтях Хартії. В окремих справах Верховним Судом застосовувались саме ці клаузули і судді самі відмічали проблематику їх співвідношення із загальним стандартом пропорційності у справі Оукса, а саме що стоєть необхідності застосування загальної лімітативної клаузули в разі, якщо вже застосована спеціальна лімітативна клаузула<sup>1333</sup>. Ця дискусія була відкладена на майбутнє.

Найбільша заслуга рішення у справі Оукса полягала в реалізації широкій і ліберальній інтерпретації захищених прав на етапі розгляду; якщо це ще й супроводжувалось суворим застосуванням критерію пропорційності, то це приздило б до частого відхилення урядових доводів. Однак дуже швидко стало очевидним, що більшість складу Суду не дуже комфортно почували себе з цією можливістю<sup>1334</sup>. З часом тест Оукса суттєво деградував та почав зводитись до того, що уряду було достатньо довести, що для обмеження прав були «обґрунтовані підстави»<sup>1335</sup>. Однією із головних причин цього стали складність та небажання Суду встановлювати наявність менш обмежувальної альтернативи в кожному конкретному випадку<sup>1336</sup>, тому він почав «довіряти» твердженням уряду про відсутність мінімального обмеження<sup>1337</sup>. Велика кількість подальших спроб прояснити розуміння рішення у справі Оукса можуть бути резюмовані однією фразою: «все залежить від обставин» (it all depends)<sup>1338</sup>.

---

<sup>1332</sup> *Slattery B.* The Pluralism of the Charter: Revisiting the Oakes Test // *Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The Limitation of Charter Rights : Critical Essays on R. v. Oakes.* sous la direction de Luc B. Tremblay et Grégoire C.N. Webber. — Montréal : Éditions Thémis, 2009. — P. 23.

<sup>1333</sup> *Ibid.* — pp. 28–29.

<sup>1334</sup> *Hievert J. E.* Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review. — Montreal: McGill-Queen's University Press, 1996. — P. 70.

<sup>1335</sup> *Hievert J. E.* Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review. *Ibid.* — P. 87.

<sup>1336</sup> *Ibid.* — pp. 7, 76–77, 152.

<sup>1337</sup> *Hievert J. E.* Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review. — Montreal: McGill-Queen's University Press, 1996. — Pp. 80, 87.

<sup>1338</sup> *Lokan A.* The Rise and Fall of Doctrine under Section 1 of the Charter // *Ottawa Law Review.* — 1992. — Vol. 24,1. — P. 184.

Утім, як демонструють рішення, що проаналізовані нижче<sup>1339</sup>, Верховний Суд не обмежується лише стандартом Оукса та статтею 1 Хартії у справах в'язнів, у яких потрібно вирішувати питання щодо обґрунтованості обмежень. Присутність кількох можливих варіантів встановлення їх обґрунтованості впливає із самої Хартії. Наприклад, у відповідності до статті 7 Хартії кожен має право на життя, свободу та безпеку особи, а також право не бути їх позбавленими, за тими винятками, коли це здійснюється у відповідності до принципів фундаментального правосуддя. Ці принципи стосуються, в першу чергу, процедурної справедливості та гарантій недопущення зловживань. Однак вони передбачають і балансування інтересів суспільства та індивідуальних інтересів особи, права якої обмежуються. Слід також зауважити, що балансування інтересів у такому разі є дуже обмеженим та значно поступається тесту Оукса за рівнем уваги співвіднесення інтересів та мотивування.

### 3.4.2.3. Справа Сове

Рішення у справі Сове 2003 р.<sup>1340</sup> є одним із ключових рішень Верховного Суду Канади. Воно є одним із найбільш цитованих, коли аналізується обґрунтованість обмежень прав у пенітенціарних установах.

Йому передувало інше рішення 1993 р. у справі цього ж засудженого<sup>1341</sup>, у якому Верховний Суд встановив порушення Хартії статтею 51 Закону про вибори Канади. У відповідності до статті 51 цього Закону, усі особи, які відбували покарання, позбавлялися права голосу. Рішення було мотивоване дуже коротко й опиралось на один аргумент — зміст статті 51 був надто широким (тобто вона стосувалась надто широкого кола осіб) та не відповідав тесту пропорційності і, зокрема, вимозі мінімальності як частині цього тесту.

Однак у наступному рішенні у справі цього ж засудженого 2003 р. вже довелося набагато ґрунтовніше взятись за вирішення проблеми. Суть справи полягала в тому, що у відповідності до тієї ж статті 51 Закону про вибори Канади засуджені особи, яким було призначено покарання тривалістю 2 роки позбавлення волі або більше, позбавлялися права голосу. Заявник, звернувшись до Верховного Суду, поставив під сумнів її відповідність статтям 3 та 15 Хартії<sup>1342</sup>. Як наслідок, Суд визнав статтю 51

<sup>1339</sup> Зокрема рішення по справах *May v. Ferndale Institution*, [2005] 3 S.C.R. 809, 2005 SCC 82 та *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143.

<sup>1340</sup> *Sauvé v. Canada* (Chief Electoral Officer), [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68.

<sup>1341</sup> *Sauvé v. Canada* (Attorney General), [1993] 2 S.C.R. 438.

<sup>1342</sup> Стаття 3 — право голосу, стаття 15 — рівність усіх перед законом.

Закону такою, що не відповідає статті 3 Хартії та вважав не потрібним окремо розглядати відповідність статті 15.

Важливість і вплив цього рішення Суду пов'язані із закріпленою в ньому великою кількістю теоретичних аргументів та об'ємною мотивацією суддів, які підтримували надання засудженим права голосу, та тих, які були проти. Як вказують фахівці, аргументи Суду виявилися «особливо солідними», а тому вони значно вплинули навіть на іноземні судові рішення щодо права засуджених голосувати<sup>1343</sup>. Наприклад, Європейський суд з прав людини в основоположній справі щодо прав засуджених *Хьорст проти Сполученого Королівства*<sup>1344</sup>, своїми аргументами опирався на рішення у справі *Сове*. На думку ЄСПЛ, це рішення було «детальним та в нагоді»<sup>1345</sup>. Також для аргументації у відомих рішеннях щодо голосування засуджених його використали суди в Південній Африці та Австралії<sup>1346</sup>. Як наслідок, чітких позицій та жорсткого заперечення урядових аргументів експерти вважають маловірогідним, щоб засуджених у Канаді коли-небудь було знову позбавлено права голосу<sup>1347</sup>. Хоча з цього приводу існують і сумніви<sup>1348</sup>.

Разом із суттєвим впливом на доктрину у сфері прав засуджених рішення було негативно сприйнято громадською думкою. Медіа почали висвітлювати цю проблему у контексті поваги до жертв злочинів, додаючи до цього інформацію щодо деталей найтяжчих злочинів. Більше того, теоретики у сфері права разом із медіа серйозно критикували це рішення, називаючи його прикладом недемократичності та ліберального «судового активізму»<sup>1349</sup>.

---

<sup>1343</sup> *Fatin-Rouge Stéfani M.* Le droit de vote des détenus en droits canadien, sud-africain et conventionnel européen // *Revue internationale de droit comparé*. — 2007. — No. 3, Vol. 59. — pp. 630–631; *Plaxton M., Lardy H.* Prisoner Disenfranchisement: Four Judicial Approaches // *Berkeley Journal of International Law*. — 2010. — Vol. 28, Issue 1. — 2010. — pp. 101–141.

<sup>1344</sup> *Hirst v. the United Kingdom (No. 2) (GC)* (no. 74025/01, 06.10.2005).

<sup>1345</sup> *Ewald A. C., Rottinghaus B.* Criminal Disenfranchisement in an International Perspective. — New York : Cambridge University Press, 2009. — P. 8.

<sup>1346</sup> Цит. за *Ewald A. C., Rottinghaus B.* Ibid. — P. 8.

<sup>1347</sup> *Parkes D.* Ballot Boxes Behind Bars: Toward the Repeal of Prisoner Disenfranchisement Laws // *Temple Political & Civil Rights Law Review*. — 2003. — Vol. 13. — pp. 71–92.

<sup>1348</sup> М. Дхамі вважає, що можливо в майбутньому канадські засуджені можуть бути позбавлені права голосу за специфічні (конкретні) злочини. Більше того, суддям можуть бути надані повноваження забороняти право голосу як частина покарання (*Dhami M.* Prisoner Disenfranchisement Policy: A Threat to Democracy? // *Analyses of Social Issues and Public Policy*. — 2005. — Vol. 5, No. 1. — P. 238).

<sup>1349</sup> Детальніше див.: *Parkes D.* Prisoner Voting Rights // *Canada : Rejecting the Notion of Temporary Outcasts. Civil penalties, social consequences.* Mele C. and Miller T. A. (eds.). — Adingdon, New York: Routledge, 2005. — P. 245.

У цій справі Верховний Суд застосував стандарт пропорційності, розроблений у справі Оукса. Головними аргументами уряду були два положення:

- 1) позбавлення засуджених до покарань тривалістю двох років і більше має за мету прищеплювати громадянську відповідальність та повагу до верховенства права (мета 1);
- 2) позбавлення права голосу було необхідною карою «для посилення загальних цілей кримінального покарання» (мета 2).

На ці аргументи щодо цілей обмеження Суд, застосовуючи тест пропорційності, відповів такими аргументами:

- широкі та символічні цілі ускладнюють аналіз пропорційності<sup>1350</sup> (однак не виключають його). Перша мета може стосуватись будь-якого кримінального закону та навіть санкцій, не пов'язаних із позбавленням волі. Стосовно ж другої мети, нічого не вказувало на те, що вона вже не була досягнута самим призначеним покаранням;
- уряду не вдалося довести раціонального зв'язку між позбавленням права голосу та вказаними цілями:
  - щодо мети 1 — заборона голосувати не тільки не прищеплює їм громадянську відповідальність, але й підриває повагу до демократії, адже легітимність законів і обов'язок їм підкорятись безпосередньо впливає із права кожного громадянина голосувати та обирати владу, яка приймає ці закони. Заборона права голосувати на підставі моральної «негідності» є несумісним із повагою гідності кожної людини, яка є серцем Хартії;
  - щодо мети 2 — уряд не надав жодної обґрунтованої теорії щодо того, чому як форма покарання має дозволятися позбавлення фундаментального права. Також для того, щоб покарання не було свавільним, воно має бути індивідуалізованим. Але позбавлення права голосувати є автоматичним покаранням великої групи людей, незважаючи на конкретні обставини їхнього злочину, спричинену ними шкоду або їх поведінку. Цим самим ігноруються вимоги пропорційної відплати. На додаток ні докази, ні

---

<sup>1350</sup> Як вказував Суд, такі широкі та символічні цілі майже гарантують їх підходящість для широкого дозволу обмеження прав. Хто може аргументувати, що повага до закону не є нагальною? Хто може сперечатись, що належні покарання не є важливими? Хто може сперечатись, що будь-яка із цих цілей суперечить демократичним принципам? (пар. 22). Задаючись цими питаннями, Суд відмічав те, що вказані цілі не пояснюють, для чого потрібні обмеження і чого очікується досягнути конкретно. Врешті, люди не повинні бути змушені здогадуватись, чому права закріплені в Хартії були обмежені (пар. 22–23).

логіка не доводять, що позбавлення права голосувати стримує в'язнів від вчинення злочинів;

- положення статті 51 про заборону голосувати засудженим до двох років позбавлення волі і більше не є мінімальним обмеженням, адже охоплює надто велику кількість людей. Обмеження не можна вважати мінімальним тільки на тій підставі, що воно не стосується абсолютно всіх засуджених;
- негативні наслідки заборони засудженим голосувати серйозно переважають користь від такої заборони, адже ними підтримується дорога до соціального розвитку та політика в напрямку реабілітації та реінтеграції.

Незгодні судді у своєму висновку навели такі аргументи:

- справа ґрунтується не на «наукових доказах» щодо досягнення вказаних цілей, а на філософських, політичних та соціальних міркуваннях;
- Верховний Суд не повинен займатись питаннями переваг чи недоліків того чи іншого політичного вибору (позбавлення чи не позбавлення права голосу засуджених) парламенту, який прийняв рішення позбавити засуджених такого права. Суд має займатись лише визначенням того, чи було це обмеження обґрунтованим у демократичному суспільстві чи ні, та чи відповідало воно вимогам Хартії;
- позбавлення права голосу пов'язано із обґрунтованими цілями, адже воно служить своєрідним «уроком» для засуджених, який відображає моральний бар'єр, що захищає соціальний контракт та верховенство права. Хоча навчання громадянській відповідальності й можна вважати абстрактною та символічною метою, це не означає, що вони у зв'язку з цим є неналежними;
- обмеження відповідає тесту пропорційності. По-перше, відповідне законодавство раціонально пов'язано із належними цілями. Хоча цей зв'язок і не можна емпірично продемонструвати, докази експертів свідчать, що позбавлення права голосувати за вчинення серйозних злочинів раціонально пов'язано із прищепленням громадянської відповідальності, верховенства права, а також для розширення загальних цілей покарання. Позбавлення права голосувати сприймається як значиме самими злочинцями;
- це обмеження доносить до правопорушників та до суспільства повідомлення, що тяжкі злочини не толеруються. Таке обмеження є також передумовою для демократичної участі в житті суспільства. У багатьох існуючих демократіях дозволяється та чи інша форма позбавлення засуджених права голосувати;

- принцип мінімальності був дотриманий, адже голосування забороняється тільки найбільш небезпечним злочинцем. Це є найменш обмежувальним заходом, який був доступний для гарантування ефективності досягнення зазначених цілей. Інші альтернативи не дозволили б досягти такого ж ступеню ефективності для досягнення цих цілей. Два роки ув'язнення не є випадково вибраною цифрою, адже вона стосується конкретного кола злочинів, які вважаються парламентом тяжкими.

У контексті нашого дослідження, рішення є важливим і тому, що в процесі обґрунтування обмежень саме на уряді має лежати тягар доведення того, що були наявними належні цілі, що обмеження були пов'язаними із ними, та що вони були мінімальними і пропорційними досягнутій користі (пар. 7, 10). Суд вказав, що відсутність емпіричних доказів того, що те чи інше обмеження може досягати цілей, яких намагається досягти уряд, не є перешкодою для обґрунтування обмежень (пар. 18). За недостатністю квантитативних чи емпіричних даних завдання обґрунтування відноситься до аналізу людської мотивації, детермінації цілей та розуміння соціальної і політичної філософії (пар. 90). Цим демонструється, що деякі обмеження, можливо, й можна обґрунтувати з математичною точністю, але деякі, які стосуються філософських, політичних та соціальних міркувань, — ні. У таких випадках має використовуватися логіка з урахуванням суспільного контексту. Це означає, що поміркована особа, дивлячись на відповідні докази, могла б зробити певні висновки щодо відповідності обмеження цілям.

З висловленою точкою зору складно не погодитись. На додаток, варто брати до уваги обмеженість специфікою статусу суду, як органу, якому досить складно бути задіяним у пошуках та оцінці емпіричних даних, а також обмеженість специфікою самих питань, яких стосуються ці дані<sup>1551</sup>. Особливо якщо вони суперечливі, недоступні або незрозумілі загалу.

---

<sup>1551</sup> У цьому контексті Д. Пінар вважає влучною фразу К. Девіса, що «Право відповідає на деякі питання на підставі науки, на деякі питання замість науки і на багато питань, на які наука не може відповісти» (*Davis K. C. Administrative Law of the Eighties, Supplement to Administrative Law Treaties.* — San Diego: K. C. Davis Pub. Co., 1989. — Р. 371 : Цит. за *Pinard D. La promesse Brisée de Oakes // Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The Limitation of Charter Rights : Critical Essays on R. v. Oakes. sous la direction de Luc B. Tremblay et Grégoire C. N. Webber.* — Montréal : Éditions Thémis, 2009. — Р. 136). Д. Пінар, коментуючи рішення Суду у справі Оукса, вказує, що в ньому була допущена помилка. Річ у тому, що тест пропорційності має бути об'єктивним, адже він вважається надійним для доведення обґрунтованості чи необґрунтованості обмежень. Однак виявилось, що Суд не зміг дотриматись цього постулату, адже суспільні факти є за своєю природою неточні. Твердження щодо них є ні правильними, ні неправильними. Ідеться про «світ приблизності» (*monde d'approximations*). До того ж

З іншого боку, якщо зв'язок між обмеженням та метою не може бути встановлений з математичною точністю, то це не виключає можливості наявності випадків, де емпіричні дані можуть служити орієнтирами. Навіть посилаючись на логіку як підставу для обґрунтування, Суд виходить із певної загальнодоступної інформації, частина якої може розглядатись як свого роду «емпіричні дані».

Прикладом можуть бути публікації, які відображають досвід функціонування пенітенціарних установ. Також Суду може бути доступна інформація щодо висновків теоретиків стосовно впливу певних обмежень або відсутності свідчень про певні закономірності суспільних процесів. Однак для цілей тесту Оукса такі докази є «сумнівними»<sup>1352</sup>.

Наприклад, як це було у справі *Сове*, недостатність чи точніше відсутність емпіричних доказів<sup>1353</sup> того, що обмеження сприяє попередженню злочинів чи прищепленню відповідальності було використано як *a contrario* доказ<sup>1354</sup>.

Таким чином, доступність емпіричних даних для суб'єкта обґрунтування правообмежень є іншим, принципово важливим аспектом впливу емпірики на практику обґрунтування обмежень.

Поряд із вищезазначеними правовими позиціями, рішення у справі *Сове* порушило суттєві питання про функціонування та інтерпретацію Хартії. Результат голосування за рішення, який був 5 суддів — «за» та 4 судді — «проти», вказує на це.

---

суспільні науки, які переважно володіють знаннями щодо питань, які постають перед Судом, за загальним правилом не знають, що стало б у нагоді для вирішення справ (*Pinard D. Ibid.* — pp. 134–135).

<sup>1352</sup> *Pal M. Democratic Rights and Social Science Evidence // National Journal of Constitutional Law.* — 2014. — No. 32. — pp. 155–156.

<sup>1353</sup> Меншість у справі підкреслювала те, що докази у справі переважно ґрунтувались на величезній кількості експертних висновків теоретиків у галузі правової та політичної філософії, на які не слід так вільно покладатись. У той же час дані емпірики щодо наслідків встановлення або скасування заборони голосування для засуджених, наприклад, у галузі кримінології не вистачало (параграф 101 рішення). Водночас більшість, вимагаючи від меншості емпіричних доказів, сама опиралась на площину теоретичних доказів та ціннісні орієнтири. Як вказує Н. Веббер, морально-політичний аргумент більшості в цьому рішенні так само виявився недопустимим і взагалі мав мало шансів бути прийнятим (*Webber G. The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights.* — New York : Cambridge University Press, 2009. — P. 83).

<sup>1354</sup> Ми вважаємо, що відсутність емпіричних доказів пов'язаності обмеження прав в'язнів із обґрунтованою метою має сприйматись як аргумент на їх користь із кількох причин:

- а) застосування принципу *in dubio pro reo*, хоча його застосування в пенітенціарному праві є порівняно обмеженим та потребує модифікації;
- б) визнання теорією правообмежень, а також практикою іноземних судів того, що тягар доведення обґрунтованості обмежень прав має лежати на державі.

Д. Браун у своєму детальному та розлогіму аналізі рішення<sup>1355</sup> вказує на низку його недоліків і можливих наслідків. Підтримуючи меншість суддів, він критикує Верховний Суд за непослідовність у баченні ролі абстрактних цілей, які можуть бути підставою для обмежень. Він, на думку автора, критикує цілі обмеження, які захищались урядом, за їхню розмитість і, за словами самого Суду, за їх «підозрілість». Одночасно він посилається на такі ж самі абстрактні цілі, коли обґрунтовує необхідність скасування обмеження права засуджених голосувати. Серед них і мета посилення демократичних засад за допомогою того, що засуджені зможуть вибирати осіб, які пишуть закони, обов'язкові до виконання цими ж засудженими. В іншому разі неучасть у процесі вибору нормотворця підриває його легітимність.

Крім того, з його точки зору, рішення порушило проблему співвідношення інтерпретації Хартії із самою Хартією. Суд у цій справі використовував розроблений ним же стандарт Оукса, який, однак, є лише інтерпретацією лімітативної клаузули, яка закріплена в статті 1 Хартії: «(Хартія) гарантує права та свободи, які закріплені в ній, за тими обґрунтованими винятками, які визначені законом і які можуть бути явно обґрунтовані у вільному і демократичному суспільстві». Стандарт у справі Оукса, який грає роль практичного гіда щодо застосування статті 1 Хартії<sup>1356</sup>, разом з тим, є вужчим, а тому постало питання про те, чому Суд не взяв до уваги більш широкий зміст статті 1 Хартії.

Вищезазначене зауваження Д. Брауна безпосередньо пов'язане із головним каменем спотикання у справі Сове: проблема діалогу між Парламентом та Верховним Судом Канади<sup>1357</sup>. Її суть зводилась до припустимості втручання Суду в політичні питання шляхом використання своїх повноважень<sup>1358</sup>. Питання позбавлення права голосу засуджених якраз

---

<sup>1355</sup> *Brown D. M. Sauvé and Prisoners' Voting Rights : the Death of the Good Citizen // Supreme Court Law Review. — 2003. — Vol. 20. — pp. 297–342.*

<sup>1356</sup> У справі *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199 (para. 126) Суд нагадав нижчим судам, що стандарт тесту Оукса є лише гідом щодо застосування статті. Сам зміст же статті має бути знайдений у ній самій.

<sup>1357</sup> Детальніше про критичне розуміння цього діалогу в контексті рішення у справі Сове див.: *Manfredi C. P. The Day the Dialogue Died: A Comment on Sauve v. Canada // Osgoode Hall Law Journal. — 2007. — Volume 45, No. 1. — pp. 105–123; Manfredi C. P., Rush M. E. Judging Democracy. — Toronto : University of Toronto Press, 2008. — pp. 52–62; McCormick P. J. The End of the Charter Revolution: Looking Back from the New Normal. — Toronto: University of Toronto Press, 2014. — pp. 121–125.*

<sup>1358</sup> Чинником того, що рішення Сове порушило проблему співвідношення законодавчої та судової влади став не тільки політичний характер питань, пов'язаних із позбавленням права голосу, але й те, що справа Сове була винятковою у своєму роді.



вважалось питанням такого роду. Як вказувалось раніше, з-поміж іншого, меншість у рішенні критикувала Суд за те, що він займався питаннями політичного характеру замість питання відповідності норми закону вимогам Хартії щодо заборони голосування.

Варто підкреслити, що більшість у справі за допомогою використання тесту Оукса дійшла висновку про необґрунтованість обмеження права засуджених голосувати. У той же час, меншість дійшла прямо протилежного висновку, спираючись на той же тест Оукса. Наприклад, суддя Гонтьє, посилаючись на попередню практику Суду, зазначала, що між цим обмеженням та цілями, на досягнення яких воно було спрямоване, існував раціональний зв'язок. На її думку, це не вимагало емпіричних підтверджень, як аргументувала більшість у справі, а достатньо було лише загальної логіки та здорового глузду. Щонайменше достатньо було, щоб парламент мав хоча б відповідні логічні аргументи<sup>1359</sup>.

Цей приклад свідчить про те, що тест пропорційності Оукса (як і будь-який інший тест пропорційності) не є панацеєю. Ідеї, які лежать у його основі, хоча й можуть бути досить надійними в процесі обґрунтування обмежень прав, але можуть також інтерпретуватися гнучко та дуже різнитись у залежності від суб'єкта застосування. Також застосування цього тесту та його результат може різнитися залежно від наявних чи відсутніх емпіричних даних, які стосуються зв'язку між обмеженням та його метою.

Рішення у справі Сове вважається спрямованим на вирішення конфлікту щодо політичного права голосувати, але воно розглядається і як таке, що може бути використане для обґрунтування обмежень інших прав в'язнів. Це рішення залишається суттєвим для майбутнього інших прав

---

Поза нею, Верховний Суд приділяв дуже мало уваги питанням ролі парламенту у справах про позбавлення права голосу, яких була велика кількість (*Hulme K. C. The Unnatural Likeness of Deference: the Supreme Court of Canada and the Democratic Process. A thesis for the degree of Doctor of Philosophy. — Ontario: Queen's University Kingston, 2011. — P. 204.*). Як зазначає К. Фісбі, рішення у справі Сове відноситься до тих рішень, які можуть характеризуватись, як прихильні до парламентської оцінки демократичних цінностей, але як скептичні щодо парламентського вибору засобів (тобто обмежень — авт.) для досягнення цих цілей (*Feasby C. Freedom of Expression and the Law of the Democratic Process // Supreme Court Law Review. — 2005. — No. 29 S.C.L.R. (2d). — P. 285.*

Таке твердження є безпідставним, адже Суд був доволі критичним і у своїй оцінці самих цілей, хоча й визнав їх допустимими. Взагалі ця критика вважається прикладом того, яким скурпульозним може бути аналіз мотивів держави для обмеження прав (*Partisan M. P. Manipulation of the Democratic Process and the Comparative Law of Democracy. A thesis for the degree of Doctor of Juridical Science. — Toronto: University of Toronto, 2014. — pp. 274–275.*

<sup>1359</sup> *Manfredi C. P., Rush M. E. Judging Democracy. — Toronto: University of Toronto Press, 2008. — P. 58.*

в'язнів, у тому числі і щодо тих, які передбачені Хартією<sup>1360</sup>. Звісно, обмеження права голосу засуджених має свою специфіку. Головною його відмінністю є те, що це обмеження не можна обґрунтовувати звичними для обґрунтування обмежень інших прав міркуваннями безпеки установи, адже такі аргументи були б мало релевантними<sup>1361</sup>. Однак це не заважає тому, що загальні висновки цього рішення щодо пропорційності обмежень прав засуджених є цілком підходящими для справ щодо обмежень інших прав.

Наприклад, Е. Арбел вказує, що це рішення може використовуватися в практиці застосування ізоляційних заходів у межах пенітенціарних установ. У цьому контексті автор виділяє нормативні принципи, які містяться в рішенні справи Сове і які можуть стати в нагоді. Один із них, наприклад, полягає в тому, що покарання не повинно виконуватися в немодульованому (негнучкому) порядку з тим, щоб не дозволяти поведінку з в'язнями як із «тимчасовими аутсайдерами» із системи захисту прав держави. Такий підхід не відповідає принципам інклюзивності та рівності. Рішення надає інструменти для відрізнення між ізоляційними заходами, які обмежують права та містяться в Хартії і можуть дозволятися, та тими, які заперечують права та мають піддаватись більш детальному обґрунтуванню<sup>1362</sup>.

Серед іншого ця позиція відображає застосовуваність окремих положень стандарту пропорційності у в'язничному контексті. Наприклад, вимога гнучкості обмежень передбачає, що обмеження, які застосовуються до засуджених під час поміщення в ізоляцію (адміністративну чи дисциплінарну), не можуть бути неіндивідуалізованими.

Насамкінець зазначимо, що виконання рішення у справі Сове в Канаді залишається проблемним до теперішнього часу. Це пов'язано із тим, що супутні судові процеси щодо захисту цього ж права засуджених продовжуються, незважаючи на наявність рішення Верховного Суду<sup>1363</sup>. Однією із причин такого несприйняття, на нашу думку, є те, що обраний Судом

---

<sup>1360</sup> *Parkes D.* A Prisoners' Charter?: Reflections on Prisoner Litigation under the Canadian Charter of Rights and Freedoms // *University of British Columbia Law Review.* — 2007. — Vol. 40, 2. — P. 641.

<sup>1361</sup> *Parkes D.* The Punishment Agenda in the Courts // *Supreme Court Law Review.* — 2014. — No. 67. — P. 605.

<sup>1362</sup> *Arbel E.* Contesting Unmodulated Deprivation: *Sauvé v Canada* and the Normative Limits of Punishment // *Canadian Journal of Human Rights.* — 2015. — Vol. 4, 1. — pp. 121–141.

<sup>1363</sup> *Dhami M., Cruise P.* Prisoner Disenfranchisement: Prisoner and Public Views of an Invisible Punishment // *Analyses of Social Issues and Public Policy.* — 2013. — Vol. 13, No. 1. — P. 213.

результат застосування стандарту пропорційності не був підтверджений достатньо «твердими» емпіричними доказами, які заперечили б аргументи уряду. Звернімо увагу, що це твердження стосується обмеження, яке загалом не потрібно узгоджувати із безпекою. Якби ж рішення такого масштабу стосувалося обмеження, яке мало потенційний вплив на захист та безпеку суспільства, очікування громадськості щодо твердості обґрунтування були б ще вищими.

#### 3.4.2.4. Інші рішення щодо обмежень прав в'язнів

Незважаючи на серйозний вплив рішення у справі *Сове* та у справі *Оукса* на в'язничну та судову практику, пенітенціарне законодавство, а також на доктрину, Верховному Суду Канади (на відміну від Верховного Суду США), не доводилося розглядати великої кількості справ щодо обмежень прав засуджених, у яких безпосередньо балансувалися б інтереси індивіда та суспільства.

Невелика кількість справ, у яких таке балансування мало місце, здебільшого стосувалась аспектів реалізації певних процедурних прав. Більше того, окремі з них не вдавались до застосування тесту *Оукса* й обмежувались застосуванням інших підходів до балансування та пропорційності, не приділяючи їм суттєвої уваги.

У справі **США проти Кортоні та США проти Ель Зейна**<sup>1364</sup> Верховний Суд вирішував питання щодо обґрунтованості екстрадиції двох громадян Канади до США. Кортоні та Ель Зейн були задіяні в плануванні наркотрафіка героїну до США. Ель Зейн також підозрювався у вже вчиненому злочині щодо доставки героїну до США. Заявники вважали, що слідчі дії могли бути проведені на території Канади, адже стверджувані правопорушення сталися на території Канади. США вимагали екстрадиції обох заявників, однак відповідні запити були скасовані Апеляційним судом Квебека. У результаті питання, які стояли перед судом, були такими: чи була екстрадиція канадського громадянина до іншої держави втручанням у право і, якщо так, то чи була така екстрадиція обґрунтованим обмеженням у відповідності до статті 1 Хартії.

Верховний Суд, застосувавши тест *Оукса*, визнав обмеження у виді екстрадиції обґрунтованим, адже:

- а) цілі, які стояли перед екстрадицією, були нагальними та суттєвими і достатньо важливими для того, щоб вважати обмеження раціональними. Розслідування, покарання й підтримка миру та громадського порядку були важливими цілями для організованого

<sup>1364</sup> *United States of America v. Cotroni, United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469.

суспільства. Цілі екстрадиції включали також необхідність здійснення правосуддя та встановлення винних чи невинних у процесі належного судового слухання;

- б) екстрадиція, як обмеження, могла бути належно пов'язана із вказаними цілями. Часто краще, щоб покарання розслідувалось в країні щодо якої мав місце несприятливий результат злочинної діяльності і в якій проживають відповідні свідки та зацікавлені в здійсненні юстиції особи;
- в) екстрадиція мінімально втручалася (обмежувала) в право, передбачене статтею 6 Хартії<sup>1365</sup>. Отже, екстрадиційні практики були належно розроблені для того, щоб максимально захистити свободу індивіда та забезпечити за кордоном такі ж права, що й іншим підслідним у Канаді.

В окремих незгодних думках (суддів Wilson та Sopinka), щоправда, висловлювались аргументи щодо необґрунтованості такого обмеження. Аргументи вказували на те, що для обмеження права потрібні більш серйозні доводи, ніж полегшення розслідування справи. Тест пропорційності не був задоволений, адже обмеження не було мінімальним. Відповідні цілі могли б бути альтернативно досягнуті меншим обмеженням — розслідуванням справи в Канаді. Крім того, у країнах, до яких могла здійснюватись екстрадиція, могли бути недостатніми кримінально процесуальні гарантії прав і навіть існувати смертна кара.

У іншій справі щодо трансфера засудженого **Divito v. Canada**<sup>1366</sup> засудженому канадського громадянства було відмовлено у відбуванні покарання на території Канади. Він відбував покарання в США за тяжкі злочини, пов'язані із обігом наркотиків і зробив запит до американської влади для того, щоб відбувати покарання у своїй країні — Канаді, на що отримав позитивну відповідь. Однак у відповідності до положень канадського законодавства для такого переведення необхідна була також згода Міністра громадської безпеки Канади. У наданні такої згоди було відмовлено.

Верховний Суд встановив, що право вільно покидати та в'їжджати до Канади гарантоване статтею 6 Хартії не означало права відбувати покарання в Канаді. Тому відмова в наданні дозволу для міждержавного трансфера засудженого — громадянина Канади, не повинна була взагалі вважатись обмеженням права<sup>1367</sup>. Однак у окремій думці три судді все ж

<sup>1365</sup> Кожен громадянин Канади має право в'їжджати, залишатися та покидати Канаду.

<sup>1366</sup> *Divito v. Canada* (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013, SCC 47.

<sup>1367</sup> Заявник не оскаржував саму відмову у відбуванні покарання на території Канади, а належність самої норми канадського законодавства про необхідність отримання такого дозволу Міністра.

визнали наявність такого втручання в право. Хоча далі вони вказали, що це обмеження було обґрунтованим, адже цілі обмеження були достатньо важливими — гарантування безпеки Канади та попередження злочинів, які стосуються тероризму й організованої злочинності; саме обмеження було достатньо раціонально пов'язаним із цими цілями; обмеження було мінімальним, адже в деяких справах воно було єдиною доступною альтернативою. Враховуючи бінарну природу рішення Міністра, а також що заявник продовжував відбувати покарання, важко було уявити менш обмежувальний захід, ніж відмова в трансфері. Тому обмеження було пропорційним, адже користь була більшою, ніж шкода від обмеження. Тим більше, що шкода пом'якшувалася можливістю засудженого повернутися до Канади після відбуття покарання.

У справі **United States v. Burns**<sup>1368</sup> розглядалося питання про допустимість екстрадиції до США двох осіб, що підозрювалися у вчиненні злочинів, за які там могла бути призначена смертна кара. Верховний Суд вказав, що така екстрадиція суперечила б фундаментальним принципам правосуддя. Обґрунтовуючи свою позицію, він навів низку аргументів проти неї, які включали серед іншого розвиток Канади, міжнародну репутацію як країни, яка виступає проти смертної кари, можливість судових помилок, вік заявників (18 років) та ін.

Разом з тим як додаткове обґрунтування своєї позиції Суд використав лімітативну клаузулу у відповідності до статті 1 Хартії. Був використаний аргумент, що мета боротьби зі злочинністю, яка ставилася урядом при обмеження права, передбаченого статтею 7 Хартії<sup>1369</sup>, могла бути досягнута за допомогою довічного позбавлення волі. Крім того, не було свідчень, що екстрадиція до США із умовою незастосування смертної кари, підірвала б співпрацю в боротьбі зі злочинністю між країнами.

Також не було підтвердження, що інша мета уряду — щоб Канада не стала «безпечним прихистком» (“safe haven”) для злочинців<sup>1370</sup>, не могла бути досягнута за допомогою загрози довічного позбавлення волі (без можливості умовно-дострокового звільнення). Суд додав, що попередження виникнення у Канаді «безпечного притулку» для злочинців скоріше залежить від ефективних правоохоронних органів, аніж від можливості застосування смертної кари країною, до якої особа ризикувала бути виданою.

<sup>1368</sup> *United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7.

<sup>1369</sup> Див. вище.

<sup>1370</sup> Така мета раніше виявилася достатньою для визнання обґрунтованою екстрадиції без гарантій незастосування смертної кари у справі *Kindler v. Canada (Minister of Justice)* [1991] 2 S.C.R. 779.

Важливість рішення обумовлена й тим, що в ньому був повністю змінений підхід щодо екстрадиції до країн, де може бути застосована смертна кара. До цього Суд вказував, що екстрадиція без гарантій незастосування смертної кари була обмеженням, необхідним для досягнення мети захисту канадського суспільства від найтяжчих злочинців, які шукати-муть у ньому притулку, а тому була обґрунтованою<sup>1371</sup>.

У справі **May v. Ferndale Institution**<sup>1372</sup> Верховний Суд розглядав питання допустимості застосування habeas corpus (механізму щодо забезпечення недопустимості незаконного ув'язнення) у контексті зміни режиму відбування покарання на більш високий<sup>1373</sup>. Заявники, засуджені до довічного позбавлення волі, скаржилися на нову процедуру оцінки ризиків засуджених, у відповідності до якої їм було визначено більш високий рівень безпеки пенітенціарної установи. Ця процедура автоматично вираховувала ступінь ризику, ґрунтуючись на наявних у в'язничній адміністрації даних щодо характеристики особи та її поведінки. І хоча засуджені не порушували режим, їх було переведено до установ більш високого рівня безпеки.

Така зміна політики, на думку заявників, не відповідає вимогам Хартії, адже призвела до автоматичного збільшення комплексу обмежень, які застосовувались до них. Однак Суд визнав, що встановлення рівня безпеки хоча й було переоцінено автоматично, воно спиралося на індивідуальний підхід із врахуванням комплексу індивідуальних характеристик значимих для встановлення рівня безпеки<sup>1374</sup>. Разом з тим таке обмеження було визнано необґрунтованим, адже заявникам на їхню вимогу не була надана матриця, на підставі якої комп'ютерна програма вираховувала їхній ступінь ризику. Заявникам було повідомлено про чинники, які вплинули на обрахування нею ступеню ризику, однак вони не знали, яке значення приділялося кожному з них у його визна-

---

<sup>1371</sup> Reference re Ng Extradition (Can.), [1991] 2 S.C.R. 858; *Kindler v. Canada* (Minister of Justice), [1991] 2 S.C.R. 779.

<sup>1372</sup> *May v. Ferndale Institution*, [2005] 3 S.C.R. 809, 2005 SCC 82.

<sup>1373</sup> Така інтерпретація впливає із практики Суду, у відповідності до якої додавання нових обмежень до звичайних умов позбавлення волі становить обмеження свободи для цілей застосування habeas corpus (*R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613 (§ 637); *Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459 (§ 464)).

<sup>1374</sup> До речі, попередня редакція Закону про виправну систему та умовне звільнення вимагала найменш обмежувального середовища (least restrictive environment) для засуджених. Ця вимога стосувалася і питання визначення рівня безпеки установи для відбування покарання, оскільки цей рівень мав бути мінімально необхідним. Стаття 28 Закону й донині вказує, що при визначенні рівня безпеки середовище має забезпечувати тільки необхідні обмеження, враховуючи захист суспільства, безпеку засудженого та інших осіб, у тому числі персоналу.

ченні. Іншими словами, вони не знали, які чинники більше вплинули на їхню негативну оцінку, а які менше. У зв'язку з цим було встановлено порушення процедурного характеру — недотримання гарантій належного прийняття рішень. Ненадання повної інформації, яка береться до уваги при прийнятті рішення, позбавило засуджених можливостей кращого оскарження відповідного рішення<sup>1375</sup>. Тому Верховний Суд визнав обмеження у вигляді переведення на інший рівень безпеки таким, що не відповідає Хартії.

У цій, як і в інших справах щодо застосування норми *habeas corpus*, що міститься в статті 7 Хартії<sup>1376</sup>, Суд мав би встановити, чи не було позбавлення волі свавільним. Відсутність свавільності при цьому означає, що позбавлення волі відповідає принципам фундаментального правосуддя (*principles of fundamental justice*). Серед них основне місце посідає процедурна справедливість (достатньо чіткі процедури, які гарантують захист процесуальних прав), а також дотримання справедливого балансу між інтересами суспільства та індивіда. Останній вимагає так званого «балансування», яке є нічим іншим як питанням обґрунтування обмежень прав з урахуванням того, що це є необхідним для загального блага. Це балансування застосовується як відмінний порівняно із стандартом Оукса підхід, у якому балансується користь та шкода від обмеження. Хоча і в ньому співвіднесення користі та шкоди безпосередньо стосується балансування інтересів індивіда й суспільства. Проте балансування в рамках оцінки відповідності фундаментальним принципам юстиції є набагато менш розробленим, і Суд не надто детально підходить до встановлення цього балансу в справах засуджених.

Наприклад, у справі **Cunningham v. Canada**<sup>1377</sup> заявник скаржився на порушення згаданої статті 7 Хартії у зв'язку зі зміною умов умовно-дотрокового звільнення. Заявник мав право бути автоматично звільненим з обов'язковим наглядом після відбуття приблизно двох третіх його покарання, якщо він добре поведився під час перебування в установі виконання покарань. Однак незадовго до очікуваної дати звільнення законодавство з цього приводу було змінено.

<sup>1375</sup> Така вимога закріплена в статті 27 вказаного Закону. У схожій справі *Mission Institution v. Khela*, [2014] SCC 24, 1 S.C.R. 502 засудженого було переведено до установи іншого рівня безпеки, однак йому було частково заборонено доступ до інформації, на підставі якої приймалося рішення про зміну рівня безпеки. Суд встановив, що у зв'язку з цим рішення було процедурно несправедливим.

<sup>1376</sup> Стаття 7 передбачає, що «кожен має право на життя, свободу та особисту безпеку, а також право не бути позбавленим їх, окрім як у відповідності до принципів фундаментальної юстиції».

<sup>1377</sup> *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143.

У відповідності до змін В'язничний комісар<sup>1378</sup> отримав право направляти негативні матеріали щодо дострокового звільнення до Національної комісії з питань дострокового звільнення (La Commission des libérations conditionnelles du Canada), якщо в нього були мотиви думати, що засуджений під час наглядового періоду може вчинити серйозний злочин, що спричинить смерть чи іншу серйозну шкоду. Комісія, у свою чергу, могла прийняти рішення про відмову в достроковому звільненні. Як результат впровадження цих змін було задоволено відповідне подання щодо відмови заявникові в достроковому звільненні, у зв'язку з чим він скаржився на порушення *habeas corpus*.

Вирішуючи долю справи, Суд серед іншого посилався на балансування індивідуальних та суспільних інтересів. Він указував, що інтерес суспільства полягав у тому, щоб бути захищеним від насильства, яке може бути вчинено як наслідок дострокового звільнення. Баланс було дотримано шляхом обмеження очікувань засудженого щодо порядку відбування ним покарання.

Така зміна не суперечила сама по собі жодному принципу фундаментальної юстиції.

Однак Суд не вдався до деталей балансування як обґрунтування обмеження. Натомість він вказував на дотримання інших фундаментальних принципів правосуддя процедурного характеру. Вони були забезпечені закріпленням вказаних змін у законі, наявністю слухання щодо дострокового звільнення, можливістю участі в ньому, повторних слухань та обмеженістю дискреції В'язничного комісара.

Цікаво, що стандарт пропорційності, вироблений у справі Оукса у відповідності до статті 1 Хартії, використовувався і для встановлення пропорційності покарання. Наприклад, у справі **R. v. Smith (Edward Dewey)**<sup>1379</sup> заявник скаржився на непропорційність мінімального автоматичного покарання строком на сім з половиною років за ввезення до Канади близько 200 г кокаїну.

Суд встановив, що такий підхід законодавця суперечив Хартії, серед іншого, у зв'язку із його невідповідністю статті 1 Хартії. Оригінальність цього рішення полягає в тому, що в ньому Суд розглянув покарання, яке є комплексом правообмежень як одне комплексне правообмеження у відповідності до статті 1 Хартії. При цьому Суд використав лімітативну клаузулу зі статті 1 Хартії для встановлення обґрунтованості втручання

---

<sup>1378</sup> Commissaire du Service correctionnel — старший виконавчий офіцер В'язничної служби, який відповідальний за контроль і менеджмент Служби, включаючи програми під час ув'язнення та нагляд після звільнення.

<sup>1379</sup> *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045.



в право не бути підданим «жорстокому або незвичайному поводженню чи покаранню» (стаття 12)<sup>1380</sup>.

Відмітимо, що Європейська конвенція також використовує лімітативні клаузули окремих прав для встановлення обґрунтованості санкції, яка в такому разі розглядається як вид обмеження права<sup>1381</sup>. Однак відмінність полягає в тому, що в Канаді є можливість оцінити обґрунтованість обмеження права не бути підданим «жорстокому та незвичайному поводженню або покаранню» безпосередньо, тоді як Європейська конвенція взагалі не допускає обмеження цього права.

У наступні роки прецедентне право щодо застосування статті 12 виробило більш усталений підхід. Спочатку суди мають установлювати, чи було обов'язкове мінімальне покарання «жорстоким та незвичайним», спираючись на індивідуальні обставини особи злочинця. Якщо на цьому етапі порушення не було встановлено, то суд переходить до встановлення того, чи було б покарання жорстоким та незвичайним (англ. «unusual», тобто диспропорційним), якби застосовувалось до гіпотетичного випадку<sup>1382</sup>. Однак практика продемонструвала, що Верховний Суд переважно був на боці парламенту і підтримував його позицію, а «планка» непропорційності покарання була встановлена надто високо<sup>1383</sup>. Сама ж стаття 12 має менший потенціал, який практично повністю може бути заміщений потенціалом статті 7 Хартії<sup>1384</sup>.

Так само у справі **R. v. Nur**<sup>1385</sup> Верховний Суд розглядав питання відповідності лімітативній клаузулі обов'язкових мінімальних покарань за зберігання забороненої зброї. Як і в справі *R. v. Smith*, він застосував тест Оукса для встановлення обґрунтованості покарання як обмеження права, передбаченого статтею 12 Хартії. Суд, посилаючись на наукову літературу, використав емпіричні докази, які свідчили про те, що обов'язкові мінімальні покарання не стримують злочинність, однак все ж таки визнав

<sup>1380</sup> Це є підтвердженням допустимості обмеження цього права в Канаді. Зазначимо, що Європейська конвенція не допускає жодних обмежень схожого права, яке міститься в статті 3 Конвенції, однак не є тотожним формулюванню статті 12 Хартії: «Кожен має право не бути підданим будь-якому жорстокому або незвичайному поводженню чи покаранню».

<sup>1381</sup> Наприклад, ув'язнення може розглядатись як необґрунтоване обмеження права на свободу вираження поглядів у відповідності до статті 10 Конвенції (див. напр. *Perinçek v. Switzerland* (no. 27510/08, 15.10.2015), *Shvydka v. Ukraine* (no. 17888/12, 30/10/2014)).

<sup>1382</sup> *Parkes D. The Punishment Agenda in the Courts // Supreme Court Law Review. — 2014. — No. 67. — pp. 597, 605.*

<sup>1383</sup> *Ibid.* — P. 598.

<sup>1384</sup> *Hogg P. The Brilliant Career of Section 7 of the Charter // Supreme Court Law Review. — 2012. — pp. 195–210; Parkes D. Ibid.* — P. 604.

<sup>1385</sup> *R. v. Nur*, [2015] SCC 15.

слабкий зв'язок між обмеженням (обов'язковим мінімальним покаранням) та метою (попередженням злочинів). Тим не менш, Суд встановив, що вимога мінімальності обмеження не була дотримана, адже парламент міг досягнути вказаної мети і менш обмежувальними заходами. Це могло б бути досягнуто, наприклад, за допомогою розробки норм, які більш уважно враховували б зв'язок покарання із ступенем небезпеки злочину, а не закріплюючи всеохоплюючі норми щодо вказаного типу злочинів. Могла б враховуватись участь особи у кримінальній діяльності або поведінка, яка представляла загрозу для інших.

Як бачимо, можливою є оцінка **комплексу обмежень** з використанням стандарту пропорційності. Його застосування до окремих заходів як комплексних обмежень (наприклад, покарання, зміни режиму відбування покарання, екстрадиції) вимагає загального закріплення стандарту пропорційності на конституційному рівні. В такому разі створюється гарантія того, що він зможе поширюватися на більш широке коло відносин, аніж просто на випадки індивідуальних обмежень прав.

### Висновок до підрозділу 3.4.2

Одним із ключових рішень судів щодо обмежень прав вважається рішення Верховного Суду Канади у справі Солоскі. У ньому засуджений програв спір про своє право на конфіденційне листування із адвокатом. Однак Суд здійснив аналіз пропорційності обмеження права так, що це вплинуло на майбутнє застосування стандарту до справ засуджених. Було підкреслено збереження ними всіх прав за винятками, встановленими законом, наголошено на принципі мінімальності обмежень і балансуванні індивідуальних інтересів та інтересів суспільства. Водночас це рішення стало прикладом того, як Суд побоювся ставити під сумнів рішення пенітенціарної адміністрації щодо того, чи може бути таке обмеження права на кореспонденцію необхідним для безпеки.

Іншим рішенням, яке вважають головним прогресом у сфері стандартів обмежень прав в'язнів, є рішення у справі Соуе. У ньому Верховний Суд визнав, що заборона засудженим до покарань тривалістю два роки і більше голосувати на виборах суперечить стандартам Хартії. Одним із ключових точок дискусії в процесі прийняття цього рішення було те, чи допомагає заборона засудженим голосувати в досягненні мети посилення в них громадянської відповідальності та мети попередження злочинів. Сторони спору зіткнулися з проблемою — відсутністю належних емпіричних доказів, щоб підтвердити чи відхилити це твердження. За таких умов Верховний Суд у своїх судженнях вирішив опиратися на аналіз людської мотивації, детермінації цілей та розуміння соціальної і політичної філо-

софії. На його думку, деякі обмеження можливо й можна було обґрунтувати з математичною точністю, але деякі, які стосувалися філософських, політичних та соціальних міркувань — ні. У такому разі мала застосовуватися логіка та філософія. Контroversійність рішення (5 суддів — «за», 4 — «проти»), на нашу думку, була пов'язана з неможливістю за умов відсутності емпіричних доказів доведення того, що обмеження могло досягти цілей, які перед ним ставились.

Практика Верховного Суду Канади не є багатою на рішення, які б подібно до рішення Сове фокусувалися на обґрунтованості обмежень прав у звичному розумінні. З іншого боку, деякі риси стандарту обмежень прав можна спостерігати в рішеннях щодо місця відбування покарання засудженими, автоматичної оцінки ризиків як підстави для переведення на інший режим, умовно-дострокового звільнення, автоматичного мінімального покарання та ін. Принциповим у таких рішеннях є доведення зв'язку між обмеженням та ціллю, з якою воно застосовується та яка має бути обґрунтованою, а також пропорційність такого обмеження, що передбачає його мінімальність. Нашим спостереженням є те, що стандарт обмежень може бути застосований до широкого кола питань, які виникають у процесі відбування покарань, навіть до таких, як екстрадиція. Іншим прикладом застосування стандарту пропорційності до комплексу правообмежень є оцінка призначеного покарання на предмет відповідності для досягнення цілей. Тому стандарт пропорційності обмежень набуває додаткового значення, яке обумовлено можливістю його застосування не тільки до індивідуальних, але й до комплексних правообмежень, таких як покарання, зміна режиму відбування покарання, екстрадиція та ін.

Канада є прикладом уважного застосування судом стандарту пропорційності у справах засуджених. Крім того, досвід цієї країни демонструє, наскільки це важливо, коли суди з серйозністю ставляться до застосування стандарту пропорційності, який міститься в законодавстві. Таке ставлення сприяє широкій та аргументованій дискусії між усіма зацікавленими сторонами й вимагає від судів детальної мотивації щодо обґрунтованості чи необґрунтованості обмежень. Канадський приклад демонструє, що у разі глибокого аналізу пропорційності обмежень засуджених можуть бути потрібними не тільки логіка та раціональність, а й емпіричні дані. Їх відсутність може спричинити неоднозначність сприйняття рішення в очах суспільства.

### **Висновок до розділу 3.4**

Канадський стандарт обмежень прав є унікальним у порівнянні з іншими країнами, які аналізуються нами. Ця унікальність полягає у двох аспектах:

- 1) стандарт обмеження права в ній закріплений у законі, він включає суттєві процедурні гарантії та має не декларативний, а практичний характер — він справді застосовується на практиці;
- 2) практика опирається на стандарт обмеження, який сприймається як конкретна вимога. Стандарт був вироблений з урахуванням положень Хартії, він знайшов своє відображення у положеннях Закону про виправну систему та умовне звільнення 1992 р.

Як наслідок тривалого експертного опрацювання, Закон відобразив низку стандартів щодо обмежень прав, рівень прогресивності яких не відстає від сьогодення. Ключовими складовими цього стандарту стали процесуальні гарантії від застосування необґрунтованих прав, а також вимога мінімальності, яка була закріплена наряду із пропорційністю. В цьому, на нашу думку, Канада позитивно вирізнялась з-поміж інших країн. Значимо, що дискусії в канадському суспільстві демонструють важливість окремого виділення вимоги мінімальності наряду з принципом пропорційності, хоча і вважається, що останній включає мінімальність. Тому подальше збереження Канадою вимоги пропорційності та виключення чіткої вимоги мінімальності обмежень із Закону, що було здійснено для полегшення роботи в'язничної системи, було сприйнято правниками та активістами, як крок назад у практичній ролі лімітативної клаузи для захисту прав в'язнів.

Серйозне ставлення канадського суспільства до стандарту обмежень дає можливість спостерігати важливість емпіричних доказів того, чи є обмеження необхідним для досягнення певної мети та чи не є воно надмірним для цього. З іншого боку, в таких умовах стає очевидною обмеженість судів у вирішенні ключового питання: чи було обмеження необхідним для безпеки/попередження злочинів чи будь-якої іншої мети, яка ставиться суспільством перед в'язницею.

Таким чином, для вирішення дискусійних питань щодо пропорційності тих чи інших обмежень суди потребують «твердих» доказів, якими можуть бути відповідні емпіричні дані. Особливо актуальним це може бути стосовно справ, коли обмеження є сумнівним з точки зору безпеки суспільства, адже суспільство потребує впевненості в безпечності обмежень.

Канадський приклад також демонструє, що стандарт обмежень прав може застосовуватись не тільки як мірило обґрунтованості індивідуальних обмежень прав, а і для оцінки обґрунтованості комплексу обмежень прав — як-то виду покарання, зміни режиму чи екстрадиції. Це підкреслює додаткову роль цього стандарту та перспективи його розвитку у пенітенціарній сфері.

## 3.5. Бельгія

Поряд із Канадою Бельгію можна вважати іншим прикладом того, як провідні теоретичні напрацювання у сфері прав в'язнів знайшли безпосереднє відображення в законодавстві. Це повною мірою стосується і обмежень прав.

Конституція цієї країни не передбачає специфічних норм щодо в'язнів. Як вважають бельгійські теоретики, це означає, що їхні права мають визначатись, виходячи із фундаментальних прав, які визнаються за кожним громадянином. Щодо кожного з цих прав ідеться про необхідність установити, наскільки ув'язнення обґрунтовує обмеження, що до них застосовуються<sup>1386</sup>.

### 3.5.1. Пенітенціарний закон

Закон про принципи пенітенціарної адміністрації та статусу в'язнів 2005 р. (*Loi de principes concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus*) (далі — Пенітенціарний закон, Закон), який зазвичай називають законом Дюпона, вважається рубежем на історичному шляху розвитку виконання покарань у Бельгії<sup>1387</sup>. До його прийняття більшість аспектів в'язничного життя відносились до дискреції пенітенціарної влади<sup>1388</sup>. А виконавча влада за допомогою постанов та наказів організувала діяльність пенітенціарної системи. Така ситуація неодноразово називалась «юридичною небезпечністю», адже вона встановлювала бар'єр

---

<sup>1386</sup> *Verdussen M.* Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal. — Bruxelles : Bruylant, 1995. — P. 474.

<sup>1387</sup> У 1996 р. Міністр юстиції С. Де Клерк (S. De Clerck) вніс у парламент директивну записку «Пенальна політика та виконання покарань» (*note d'orientation «Politique pénale et exécution des peines»*), у якій він підкреслював необхідність реформи у сфері покарань та окреслював окремі шляхи її здійснення. Як наслідок, Міністр призначив Лів'єна Дюпона, професора кримінального права, пенології та пенітенціарного права Лувенського католицького університету, для підготовки попереднього проекту закону щодо принципів в'язничної адміністрації та виконання покарань, пов'язаних із позбавленням волі. Робота проф. Дюпона почалася 1 жовтня 1996 р. в рамках роботи супроводжувального комітету, який включав посадовців, діяльність яких була пов'язана із кримінальною політикою, суддю та незалежного експерта.

Через рік був опублікований його звіт. Після цієї події була створена «Комісія Дюпона», яка в 2000 р. закінчила свій остаточний звіт. Ця робота вважається головною підготовчою базою Пенітенціарного закону.

<sup>1388</sup> *Giovannini N., Zingoni M.* Belgium — Country Report. Imprisonment in Europe. — Brussels : European Commission, 2013. — P. 13.

від міжнародних норм, бельгійського політичного світу і законодавчої влади загалом<sup>1389</sup>.

Законодавча криза, зокрема, полягала у визначенні змісту та значення покарання у вигляді позбавлення волі виконавчою владою, відсутністю юридичного захисту в'язнів, переписуванням судових рішень шляхом використання виконавчої влади та ін<sup>1390</sup>. Тому, незважаючи на затяжне відкладення вступу в законну силу<sup>1391</sup>, прийняття Закону було сприйнято як серйозний контраст у розвитку регулятивної бази<sup>1392</sup>. Цей ефект був підсилений і тим, що Закон є суцільним відображенням ідей, закріплених у стандартах ЄСПЛ, КЗК та ЄВП<sup>1393</sup>.

Документ містить низку детальних норм, які безпосередньо закріплюють стандарти обмежень прав. Уже в розділі «Загальні фундаментальні принципи» у статті 6 вказується, що «В'язні не піддаються жодним обмеженням їх політичних, цивільних, соціальних, економічних або культурних прав за винятком тих, які випливають із кримінального засудження чи заходу позбавлення волі та які є невід'ємними від позбавлення волі й тих, які визначені законом або у відповідності до закону».

Відразу слід підкреслити, що ця норма може тлумачитись неоднозначно, а саме: факт засудження (чи захід у вигляді позбавлення волі) та закон є окремими джерелами обмежень. У такому разі є можливим, що засудження може бути джерелом обмежень, незважаючи на відсутність передбачуваної можливості обмежування певного права в законі. З цього

---

<sup>1389</sup> *Mary P.* La nouvelle loi pénitentiaire. Retour sur un processus de réforme (1996–2006) // Courrier hebdomadaire du CRISP. — 2006. — No. 11 (no. 1916). — P. 5.

<sup>1390</sup> *Mary P.* Ibid. — P. 9; див. також: *Seron V.* La loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus : vers la fin d'un non-droit ? // Journal des Tribunaux. — 2006 (30 sept.). — pp. 553–563 ; *Bartholeyns F., Béghin J.* La loi de principes du 12 janvier 2005, vecteur de changements dans l'univers carcéral belge ? // Revue de Droit Pénal et de Criminologie. — 2005. — liv. 9–10. — pp. 862–893.

<sup>1391</sup> *Beernaert M.-A.* Manuel de droit pénitentiaire. Préface de François Tulkens. — Louvain-la-Neuve: Anthemis, 2007. — pp. 26–30.

<sup>1392</sup> У 2006 р. був також прийнятий Закон Про зовнішній юридичний статус засуджених осіб та права жертви в процесі виконання покарань (Loi relative au statut juridique externe des personnes condamnées a une peine privative de liberté et aux droits reconnus à la victime dans le cadre des modalités d'exécution de la peine). Закон стосується питань умовно-дострокового та інших видів звільнення, надання відпусток, інших питань суто процедурного характеру, положення про статус жертви злочину в процесі виконання покарання.

<sup>1393</sup> *Dupont L., Smaers G.* Les nouvelles règles pénitentiaires européennes et la loi de principes de 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus // Une criminologie de la tradition à l'innovation (en hommage à Georges Kellens). — Bruxelles : Éditions Larcier, 2006. — pp. 297–322.

приводу бельгійські теоретики наголошують, що обмеження, які обґрунтовуються ув'язненням, мають тим не менш закріплюватись законом<sup>1394</sup>.

Справедливій граматичній критиці піддає Закон професор К. Діжон, він зауважує на необхідності аналізу самої концепції позбавлення волі як джерела обмежень. Вказуючи на кому, яка стоїть між джерелом правового характеру (обмеження, які випливають із кримінального засудження чи заходу позбавлення волі) та між джерелом фактичного характеру (обмеження, які є невід'ємними від позбавлення волі), професор задається питанням: які позбавлення тягне саме по собі кримінальне засудження? Іншим питанням є також, чи допустимо, щоб обмеження не впливало із засудження, не було невід'ємним від позбавлення волі, але, разом з тим, було визначене законом? Професор проблематизує тему й іншими питаннями. Серед них можна виділити питання щодо співвідношення норм, які стосуються обмежень у цьому та в інших законах, де можуть міститися такі норми. У світлі того, що це впливає на вирішення конкуренції норм, чи буде в такому разі норма статті 6 нормою загального чи спеціального характеру<sup>1395</sup>?

Щодо неоднозначності цієї норми висловлюються й інші фахівці, які займалися її детальним аналізом. У межах свого дослідження щодо права засуджених на соціальне забезпечення В. Ван Дер Планке та Г. Ван Лімберген піддають детальному аналізу цю норму в контексті того, яким є її вплив на обмеження права на соціальне страхування.

Автори справедливо звертають увагу, що у світлі вказаної статті 6 обмеження права на соціальне забезпечення засуджених є сумнівним. На їхню думку, Закон передбачає три окремих джерела обмеження:

1. Саме засудження (наприклад, у разі призначення заборони займатись певною діяльністю).

2. Імперативи, які є невід'ємними від позбавлення волі (забезпечення зовнішньої чи внутрішньої безпеки, підтримка спільного життя в установі).

3. Закон (мотиви, які випливають із правил кримінального процесу; наприклад, позбавлення права голосу у відповідності до закону про вибори)<sup>1396</sup>.

Перші два джерела, на думку авторів, не є проблемними, якщо звичайно це не вимагає правильно й логічно проаналізувати, що ж саме

---

<sup>1394</sup> *Giovannini N., Zingoni M. Belgium — Country Report. Imprisonment in Europe. — Brussels: European Commission, 2013. — P. 11.*

<sup>1395</sup> *Dijon X. Prolégomènes: la protection sociale des détenus : pour quelle sécurité? // Van der Plancke V., Van Limberghen G. La sécurité sociale des (ex-) détenus et de leurs proches. — Bruxelles : La Charte, 2008. — pp. 14–15.*

<sup>1396</sup> *Van der Plancke V., Van Limberghen G. Ibid. — P. 51.*

«впливає» із засудження або що є невід'ємним від позбавлення волі<sup>1397</sup>. Автори були близько до того, щоб постати перед питаннями фактичних обмежень, що й призвело до цілком логічних питань: а яким чином обмеження права на соціальне забезпечення не сумісне з позбавленням волі? Чому воно має підлягати обмеженню? Не повертаючись до проблематики фактичних обмежень, підкреслимо тільки додаткове підтвердження того, що замість надання інструменту додаткового захисту прав, як цього напевно бажали автори Закону, закріплення норми про необмеженість прав за винятками, коли ці права не можуть бути реалізовані в ув'язненні призводить до плутанини. При цьому така норма не надає додаткових аргументів особі, яка потребує захисту свого права. Вона скоріше матиме потенціал стати в нагоді при застосуванні представником влади дискреційних повноважень у процесі правообмежувальної діяльності.

Що ж стосується третього джерела, то, на їх думку, воно виникає сумнів — чи не створює воно ризик того, що може бути порушений зміст принципу «юридичного захисту», адже виходить, що в'язень має право на все, що не заборонено іншим законом? Це призводить до того, що Закон про принципи сам по собі допускає обмеження власного принципу поваги до прав людини іншим законом.

З точки зору Ван Дер Планке та Ван Лімбергена, у світлі Закону позбавлення права на соціальне забезпечення в'язнів має піддаватись відповідному тесту «легітимізації/обґрунтування». При цьому робиться посилення на доповідь Комісії Дюпона<sup>1398</sup>, де вказувалось, що обмеження фундаментальних прав мають бути закріплені в законі і мають обґрунтуватися щодо їх необхідності та призначення. Тому в разі апелювання до відповідності обмеження права на соціальне забезпечення Конституції Бельгії, Конституційний Суд мав би здійснити такий аналіз: чи переслідувало це обмеження обґрунтовану мету, яка сумісна із Пенітенціарним законом, і, якщо відповідь була ствердна, чи були використані засоби пропорційними для досягнення цієї мети<sup>1399</sup>?

Пенітенціарний закон спеціально передбачає, у чому полягає каральний характер позбавлення волі: «виключно в повній або частковій втраті свободи пересування, а також в обмеженнях свободи, які пов'язані з нею невід'ємним способом» (стаття 9.1). Виконання покарань, у свою чергу, має фокусуватися на компенсації шкоди, завданої жертвам злочину, на

---

<sup>1397</sup> Саме цей аналіз є неминучою проблемою, яка виникає при спробі обґрунтування фактичних обмежень (детальніше див. підрозділ 1.3.2 «Класифікація за джерелом походження обмеження. Правообмеження, що обумовлені ізоляцією»).

<sup>1398</sup> Rapport Commission Dupont, Doc. parl., Ch. repr., 2000-2001, Doc 50 no. 1076/001, pp. 49-60.

<sup>1399</sup> *Van der Plancke V., Van Limberghen G.* Ibid. — P. 52.



реабілітації засудженого і його персональній підготовці до реінтеграції у вільне суспільство (ст. 9.2).

Слід звернути увагу, що в бельгійському законодавстві терміни «реабілітація» та «реінтеграція» використовуються як дві окремих концепції. Реабілітація відноситься до традиційного розуміння як відновлення в статусі повноправного громадянина, тоді як реінтеграція розглядається не в контексті виховання, а як обмеження негативних ефектів ув'язнення, а також наявності належної зайнятості та можливостей для підготовки до нового прийняття в'язня в суспільство<sup>1400</sup>.

Фундаментальним принципом Закону ще на стадії його розробки було закріплення статусу засудженого як суб'єкта права, що покращує перспективи реінтеграції. Для цього позбавлення волі має бути визначено як обмеження свободи пересування, до якої не може додаватись жодний каральний ефект так, щоб засуджений зберігав усі інші права<sup>1401</sup>. Надання такого юридичного статусу вписується в концепцію покарання у відповідності до якої «боротьба із в'язничним травматизмом (...) розглядається як умова *sine qua non* для реалізації індивідуалізованих цілей, конструктивних і орієнтованих на майбутнє»<sup>1402</sup>. Якщо перед ув'язненням ставиться мета реінтеграції особи до суспільства, чиї норми особа порушила, то заохочення до навчання цим нормам має відбуватись шляхом спонукання до здійснення прав, а не шляхом їх позбавлення<sup>1403</sup>.

Специфікою бельгійського Пенітенціарного закону є і те, що в ньому чітко закріплюється принцип пропорційності обмежень. Серед загальних принципів розділу «Порядок, безпека і застосування примусу» (Розділ 6) є всього три принципи: поєднання динамічної та статичної безпеки, пропорційність обмежень, відповідальність начальника установи й підпорядкованого йому персоналу за підтримку порядку та безпеки (стаття 105).

Принцип пропорційності, який у порівнянні із початковою версією був дещо видозмінений урядом під час законотворчого процесу<sup>1404</sup>, знаходить свій вияв у такому: «Обов'язки та обмеження прав, які покладаються на засуджених задля підтримки порядку та безпеки, повинні як за своєю природою так і за тривалістю бути пропорційними цим цілям»

<sup>1400</sup> *Giovannini N., Zingoni M.* Belgium — Country Report. Imprisonment in Europe. Ibid. — P. 15.

<sup>1401</sup> *Mary P.* Ibid. — P. 11.

<sup>1402</sup> *Dupont L.* Essai d'avant-projet de loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et l'exécution des peines privatives de liberté. Instituut voor strafrecht. — Louvain : KUL, 1997. — P. 16.

<sup>1403</sup> *Détienne J.* Les droits fondamentaux des détenus et le droit belge // *Revue pénitentiaire et de droit pénal.* — 2003. — No. 3. — P. 532.

<sup>1404</sup> *Mary P.* La nouvelle loi pénitentiaire. Retour sur un processus de réforme (1996–2006). Ibid. — P. 46.

(стаття 105.1). Цікаво що ця норма, хоча й знаходиться не в розділі стосовно загальних фундаментальних принципів, фактично спрямована на врегулювання загальної проблеми застосування обмежень, що пов'язано зі співвідношенням цілей безпеки і порядку з правами людини. Крім того, вона звертає увагу на те, що при оцінці пропорційності обмежень до уваги має братись не тільки зміст обмежень, а також їх тривалість.

Принцип пропорційності безпосередньо торкається й використання дисциплінарних санкцій, які можуть полягати в застосуванні обмежень конкретних прав. Так, стаття 133 Пенітенціарного закону закріплює можливість обмеження права на володіння певними предметами, позбавлення чи обмеження<sup>1405</sup> права користуватись бібліотекою (за винятками окремих видів літератури, як-то релігійної), позбавлення чи обмеження права на побачення, що може полягати також у встановленні перегородки під час побачень, позбавлення чи обмеження права телефонувати (може полягати в прослуховуванні розмов, їх збереженні та передачі правоохоронним органам у випадках, передбачених законом). Такі обмеження можливі протягом максимум 30 днів для першої категорії правопорушень (ст. 129) та 15 днів для другої категорії (ст. 130).

Окрема увага приділяється особам, які взяті під варту. Хоча положення Закону не містять конкретних вказівок щодо обмежень їхніх прав, вони закріплюють деякі принципи, які можуть впливати на розуміння та ставлення до таких обмежень.

Наприклад, стаття 10 вказує, що із попередньо ув'язненими потрібно поводитись так, щоб у жодному разі не складалося враження, що їхнє позбавлення волі має каральний характер. Так само у відповідності до статті 13 Закону за винятком обмежень у відповідності до закону, попередньо ув'язнені користуються всіма можливостями, які сумісні із порядком та безпекою.

Яскравим прикладом намагання законодавця шукати компроміси в застосуванні правообмежень є норма щодо необхідності права засудженого облаштувати власну камеру, якщо це узгоджується з порядком та безпекою внутрішнього розпорядку. У відповідності до статті 41 Пенітенціарного закону засуджений може на власний розсуд облаштувати свою камеру настільки, наскільки це сумісно із нормативними положеннями внутрішнього розпорядку, які стосуються порядку та безпеки. Схоже положення стосується й одягу в'язнів, який має бути сумісним із спільним примусовим проживанням із іншими, а також із гігієною, пристойністю, порядком та безпекою (стаття 43.1). Так само у відповідності

---

<sup>1405</sup> Як бачимо, формулювання Закону не співпадають із нашими висновками, що будь-яке позбавлення права також можна вважати обмеженням, а також про те, що будь-який обов'язок і є обмеженням права (див. розділ 1.2 «Форми обмежень прав»).

до правил внутрішнього розпорядку дозволяється зберігання предметів, якщо це не є несумісним із порядком та безпекою в установі (стаття 45.2). До речі, узгодження питань, які стосуються порядку ув'язнення, із самим в'язнем є однією із засад Закону. Наприклад, індивідуальний план ув'язнення розробляється через «обговорення із в'язнем та за його участі» (стаття 38.1).

Принцип узгодження (concertation) є важливою специфічною характеристикою Бельгійського Пенітенціарного закону. Згідно зі статтею 7 Закону в кожній в'язниці необхідно намагатись створити «атмосферу узгодження». Для цього в кожній установі створюється орган узгодження для того, щоб дозволити в'язням висловлюватися щодо питань загального інтересу, стосовно яких вони можуть зробити свій вклад. З цього випливає, що в'язень певною мірою приймає участь у встановленні порядку в установі, забезпечення якого, у свою чергу, є підставою для обмеження його прав.

Бельгійський Пенітенціарний закон вирізняється також особливою увагою до індивідуалізації обмежень прав. Наприклад, стаття 55 Закону дозволяє перегляд листів для забезпечення порядку та безпеки, однак у відповідності до статті 56 цей перегляд може здійснюватися тільки за наявності індивідуальних ознак необхідності перегляду задля інтересів безпеки та порядку. Закріплюється загальне правило — забороняється читання листів. Однак відразу ж встановлюється виняток — читання дозволяється, якщо наявні персоналізовані ознаки того, що це необхідно для підтримки порядку та безпеки. Інтерес безпеки та порядку є таким, що встановлюється із урахуванням індивідуальних характеристик особи.

Додатковий акцент на виваженості втручання у право на приватність кореспонденції міститься в частині 2 вказаної статті, яка закріплює, що «коли це є абсолютно необхідним для підтримки порядку та безпеки», начальник установи має право (на підставі вмотивованого рішення) не передавати в'язневі листи, речі чи об'єкти, які були виявлені. Тобто законодавець сумнівним способом вирізняє два ступені обґрунтованості потреби застосування обмежень — коли цього вимагає безпека та порядок, а також коли безпека та порядок цього вимагають «абсолютно».

Так само додатковим ступенем обґрунтованості можна назвати норму, у відповідності до якої в'язням може бути заборонено побачення, якщо мають місце індивідуальні ознаки того, що «побачення може представляти **серйозну** (виділено авт.) загрозу підтримці порядку чи безпеки» (стаття 59). Така заборона, щоправда, може мати місце, тільки коли безпеку та порядок не може забезпечити проведення побачення через перегородку. Так звані інтимні (в Україні — тривалі) побачення можуть бути заборонені також, якщо «особа в'язня має протипоказання для надання інтимного побачення» (стаття 59.1.3).

Для отримання побачень із особами, які не є родичами, потрібен попередній дозвіл начальника установи. У дозволі може бути відмовлено, якщо відповідна особа не може обґрунтувати належний інтерес або якщо є індивідуальні ознаки того, що побачення може представляти загрозу для підтримки порядку та безпеки.

Обмеження права на приватність через встановлення перегородки під час проведення побачень може застосовуватись якщо: цього вимагає відвідувач або сам в'язень, відвідувач чи засуджений раніше порушували порядок проведення побачень і є мотиви підозрювати, що це порушення може знову повторитись, а також якщо є серйозні мотиви вважати, що під час побачення матимуть місце інциденти, які можуть поставити під загрозу порядок чи безпеку (стаття 60.3). Це свідчить про те, що законодавець вимагає індивідуального підходу навіть для порівняно незначного втручання у право на приватність. Для цього він вимагає від в'язничних адміністрацій звертати увагу на попередню поведінку в'язня.

Разом з тим таке обмеження, як застосування нагляду за побаченням є автоматичним і не допускає якого-небудь ступеню гнучкості (стаття 62), що не відповідає стандартам ЄСПЛ та КЗК. З іншого боку, візуальний нагляд дозволяється (тобто може здійснюватись, а може й ні) за побаченнями із адвокатами (стаття 67). Так само і з кореспонденцією (стаття 40). У Законі підкреслюється необхідність більш серйозного обґрунтування втручання у право на побачення з адвокатом. Начальник має право заборонити такі побачення, тільки якщо є «серйозні підстави вважати, що побачення із адвокатом може *серйозно (gravement)* загрожувати безпеці<sup>1406</sup>» (курсив авт.). Розуміння «серйозності», як і в статті 40, є досить розмитим та суттєво залежить від особи, яка застосовує обмеження<sup>1407</sup>. Більше того, виникає логічне запитання: чи дозволяються обмеження, якщо вони загрожують безпеці «не серйозно»?

Повне або часткове обмеження права на телефонні дзвінки може застосовуватися за умови, якщо є індивідуальні ознаки того, що це може загрожувати підтримці порядку та безпеки (стаття 64). Цьому, як і у випадку із побаченнями, має передувати мотивоване рішення, яке повідомляється засудженому в письмовому вигляді.

Особливий підхід до обмежень права на контакти зі ЗМІ. Такі контакти можуть бути дозволені тільки за попереднього погодження із міністром і мають бути сумісними не тільки із підтримкою порядку та безпеки,

<sup>1406</sup> При цьому чомусь не згадується категорія «порядку», яка зазвичай знаходиться в лімітативних клаузулах поряд з безпекою.

<sup>1407</sup> Hild B. La liberté de correspondance des personnes détenues : étude de la correspondance épistolaire en prison : Mémoire de recherche réalisé sous la direction des Pr. A. Darsonville et J. Fernandez, Année 2012–2013. — Lille: Université Lille 2, 2013. — pp. 73, 94–95.

а й з мораллю та захистом прав і свобод третіх осіб, а також із повагою жертв злочину (стаття 70). Тобто цілі, з якими можуть застосовуватися відповідні обмеження, є дещо розширені порівняно зі звичними цілями — порядком та безпекою установи.

Обмеження права сповідувати свою релігію чи філософію пов'язується із необхідністю поваги прав інших осіб (стаття 71). Згадка про те, що обмеження можуть пов'язуватись із безпекою та порядком не міститься в загальній нормі щодо права на сповідання релігії чи філософії. Проте вона відображена в нормі щодо права побачень із священниками. Так само участь у релігійних обрядах допускається за умови порядку, гідності й толерантності, які є невід'ємними від цих обрядів (стаття 74.2).

Обмеження права читати певні публікації може мати місце за рішенням начальника в'язниці. У разі необхідності воно мотивується та в письмовому вигляді повідомляється засудженому. Таке обмеження (заборона) може стосуватися як цілої, так і частини публікації тільки в разі, якщо це абсолютно необхідно для підтримки порядку та безпеки (стаття 77.3). Такими самими є підстави для заборони перегляду окремих теле- та радіопрограм (стаття 77.4).

Порядок та безпека є тими інтересами (Закон не використовує термін «цілі» у цьому контексті), з якими можуть застосовуватись і обмеження права на приватність у разі обшуку одягу (ст. 108.1) та в разі обшуку камери<sup>1408</sup> (ст. 109).

Закон також дозволяє особливі заходи безпеки. Ними можуть бути вилучення певних предметів, заборона брати участь у певних видах зайнятості, цілодобовий нагляд, обов'язковість знаходження в камері, поміщення в спеціальну камеру безпеки (ст. 112). Ці заходи мають бути пропорційними загрози (ст. 110) та застосовуватися протягом суворо необхідного строку (ст. 112). Дисциплінарні заходи мають обмежуватись ситуаціями, у яких підтримка порядку та безпеки установи їх «імперативно обґрунтують» і щоб їх забезпечити не може бути застосований жоден інший захід (ст. 122).

В'язні зберігають право на побачення, участь у корисній діяльності. Однак ці права можуть здійснюватися настільки, наскільки вони є сумісними із заходами безпеки (ст. 113). Це є додатковою підставою для таких обмежень, яка має оціночний характер та відноситься до дискреції в'язничної адміністрації.

---

<sup>1408</sup> Фахівці вважають, тим не менш, що втручання в камеру, на відміну від теперішньої практики, має ґрунтуватись на законодавчих положеннях (*Détienne J., Seron V. Politique pénitentiaire et droits des détenus en Belgique // Politiques pénitentiaires et droits des détenus. La protection des droits fondamentaux des détenus en droit national et international. P. J. P. Tak & M. Jendly (Eds). — Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008. — P. 250.*)

Умови праці мають, наскільки це можливо, наближатись до умов праці у вільному суспільстві. Обмеженням цього є випадки, коли таке наближення суперечить «природі ув'язнення» (стаття 83), тобто йдеться про наявність елемента допустимості фактичних правообмежень в'язнів. У дозволі на виконання іншої, ніж надається установою, роботі може бути відмовлено, якщо робота представляє загрозу для порядку та безпеки або якщо необхідний для цього з боку адміністрації контроль є надто обтяжливим (стаття 85). Така відмова має бути мотивована та надаватись засудженому в письмовому вигляді.

Особливе значення має окрема вказівка на обов'язковість мотивації всіх рішень, які приймаються у відповідності до норм Пенітенціарного закону. Винятком є ситуації, коли така мотивація не вимагається відповідним законом від 29 липня 1991 року (закон «Щодо прийняття адміністративних рішень»<sup>1409</sup>) або ж якщо повідомлення такої мотивації може поставити під суттєву загрозу безпеку установи (стаття 8).

Це безпосередньо впливає і на процедуру обмеження прав, адже мотивація обмеження є сприятливою і навіть необхідною для належного застосування принципу пропорційності. Як вказувалось раніше, автоматичність застосування обмеження, яка найчастіше проявляється у відсутності письмової мотивації та відноситься до дискреції органу державної влади, не сприяє втіленню принципу пропорційності. До речі, вказаний закон постійно використовується в'язнями при оскарженні рішень пенітенціарної адміністрації<sup>1410</sup>.

Як вказувалось вище, необхідність мотивації рішень проявляється і в інших більш специфічних нормах щодо застосування обмежень. Так, мотивація рішення, а також сповіщення про неї в'язня вимагається в окремих випадках обмеження прав на кореспонденцію, права на побачення, права на телефонні розмови, права на ознайомлення із публікаціями (право на інформацію), права на працю та ін.

## Висновок до розділу 3.5

Важливою рисою бельгійського стандарту обмежень прав є його детальне закріплення в спеціальному законі, який ще називають законом

---

<sup>1409</sup> Loi relative à la motivation formelle des actes administratifs. У тому ж 1991 р. був прийнятий циркуляр, який передбачив можливість скасування рішень в'язничної влади, якщо вони впливають на статус однієї або більше осіб і не були мотивовані (*Snacken S. Belgium // Imprisonment today and tomorrow : International perspectives on prisoners' rights and prison conditions*. Ed. by D. van Zyl Smit and F. Dunkel, Second edition. — The Hague: Kluwer law international, 2001. — pp. 51–52).

<sup>1410</sup> *Giovannini N., Zingoni M.* Belgium — Country Report. Imprisonment in Europe. Ibid. — P. 12.

Дюпона (на честь його головного розробника). Закон розроблявся переважно науковцями, а тому багато в чому відобразив стандарти обмежень у відповідності до стандартів ЄСПЛ, КЗК та ЄВП.

Бельгійський стандарт включає в себе загальний принцип, який передбачає, що обмеження мають бути встановлені законом, «впливати із кримінального засудження чи заходу позбавлення волі» та бути невід'ємними від позбавлення волі. Він також містить спеціальні норми щодо обмежень окремих прав. Загальний принцип щодо обмежень викликав дискусії серед бельгійських фахівців через проблематичність встановлення двох джерел обмежень: правового характеру (кримінальне засудження) та фактичного характеру (невід'ємність від позбавлення волі). Дискусії викликало розуміння невід'ємності обмежень від позбавлення волі. Наприклад, складно зрозуміти, чому право на соціальне забезпечення не є сумісним з позбавленням волі.

Унікальність закону Дюпона також полягає в безпосередній вказівці на принцип пропорційності обмежень прав. Не дивно, що Закон приділяє велику увагу індивідуалізації обмежень прав. Індивідуалізація може проявлятися, наприклад, у врахуванні попередньої поведінки в'язня, його особи чи навіть персональних «протипоказань».

Однак переважно оцінка обмежень має проводитися з погляду їх необхідності для безпеки та порядку. Закон визначає різні ступені цієї необхідності, яка може бути «необхідною», «абсолютно необхідною» чи полягати в «серйозній загрозі (безпеці та порядку)» та ін. Безпека та порядок можуть детермінувати обмеження й іншим чином. Приміром, реалізація прав має «бути сумісною» із ними, як це у випадку з облаштуванням камери чи вибору одягу. У такому разі безпека та порядок не зазначаються як цілі обмежень безпосередньо, однак очевидно, що вони опосередковано визначають такі цілі.

Бельгійський приклад демонструє, що навіть за умови максимального врахування стандартів пропорційності Ради Європи щодо обмежень прав, безпека та порядок природно залишаються визначальними чинниками для встановлення обґрунтованості обмежень. У свою чергу, для зниження дискреції пенітенціарної адміністрації, яка породжується безумовним застосуванням цих категорій, закріплюється вимога мотивації рішень щодо застосування обмежень.

Бельгійський Пенітенціарний закон вмістив низку розпорошених норм, які визначають різні практичні вимоги застосування обмежень. Така розпорошеність не сприяє одноманітності вимог щодо обмежень, що навряд чи сприятиме кращому розумінню та втіленню стандарту обмежень. Неодноманітне закріплення цілей та підстав обмежень, невизначеність загальної лімітативної клаузули — ці недоліки притаманні Бельгії, як і іншим країнам.

## 3.6. Нідерланди

Гуманність нідерландської в'язничної системи пов'язується із численними чинниками. Серед іншого вони включають традицію нідерландської толерантності та досвід нацистської окупації. Гуманність також пов'язують із більш специфічними чинниками, як-то із впливом Утрехтської Школи кримінології, яка асоціюється із Інститутом кримінології Утрехтського університету. Ця школа відкинула позитивістський кримінологічний підхід на користь реабілітації замість покарання, а також на користь розвитку альтернатив ув'язненню<sup>1411</sup>.

### 3.6.1. Акт в'язничних принципів

Складаючись із практично орієнтованих учених, ця школа зробила суттєвий внесок у створення Акту принципів в'язничної системи (1953) та закладення основ для порівняно м'якої політики у сфері кримінальної юстиції. Зокрема її здобутком є впровадження ідеї, щоб із в'язнями поводитись як із суб'єктами права, яким необхідно допомогти в поверненні в суспільство<sup>1412</sup>.

С. Ештон вважає, що позитивне бачення ситуації із толерантністю в Нідерландській пенальній політиці скоріше відноситься до минулого, ніж до останніх років<sup>1413</sup>. Тим не менш, вона підкреслює, що це не вплинуло на зрушення прав в'язнів, які до цих пір залишаються досить добре закріпленими порівняно із США та Сполученим Королівством, де суди завжди намагались узгодити права із потребами в'язничних інституцій (у негативному значенні — прим. авт.)<sup>1414</sup>.

Новий Акт в'язничних принципів (1998) став своєрідною реакцією на те, що у 80-х роках був забутий розвинутий раніше принцип, у відповідності до якого ставлення до засуджених як до відповідальних правових суб'єктів є єдиним способом гарантувати, що вони будуть відповідно поводитись у суспільстві<sup>1415</sup>.

Для нашого дослідження цей Акт цікавий тим, що містить спеціальну норму, присвячену питанню обмежень прав в'язнів. А саме, стаття 2.4 Акта передбачає, що засуджені чи ув'язнені особи «не повинні піддаватись жодним іншим обмеженням за винятком тих, які необхідні для досягнен-

<sup>1411</sup> Easton S. *Prisoners' Rights: Principles and Practice*. — New York: Routledge, 2011. — P. 45.

<sup>1412</sup> De Jonge G., Van Swaaningen R. *The Dutch Prison System and Penal Policy in the 1990s : from Humanitarian Paternalism to Penal Business Management // Western European Penal Systems: A Critical Anatomy*. М. Ryan, J. Sim, V. Ruggiero (Eds). — London : SAGE, 1995. — P. 34.

<sup>1413</sup> Easton S. *Ibid.* — P. 47.

<sup>1414</sup> *Ibid.* — P. 48.

<sup>1415</sup> De Jonge G., Van Swaaningen R. *Ibid.* — P. 35.



ня цілей ув'язнення або для підтримки порядку чи безпеки в установі». Вважається, що разом із частиною другою Акта, де передбачено, що покарання мають, наскільки це можливо, готувати засудженого до повернення в суспільство, принцип мінімальності правообмежень формує серцевину нідерландського пенітенціарного права з 1953 р.<sup>1416</sup>.

Акт зазнав суттєвого впливу Мінімальних стандартних правил поведіння з в'язнями 1957 р. Зокрема у формулюванні статті 2.4 простежуються елементи логіки, яка зустрічається в них: «дисципліна і порядок мають підтримуватись із жорсткістю, але не більшою кількістю обмежень, ніж необхідно для безпечної ізоляції і нормального порядку співжиття» (п. 27), «попередньо ув'язнена особа ... повинна піддаватись тільки тим обмеженням та нагляду, які необхідні задля інтересів правосуддя або безпеки чи нормального порядку в установі» (п. 92), «...таким чином ув'язнені особи ... не повинні піддаватись жодним більшим обмеженням чи суворості, ніж необхідно для гарантування безпечного ув'язнення та нормального порядку» (п. 94).

Тим не менш, можна помітити і суттєву різницю між правилами щодо обмежень у МСП, а також у правилі, яке міститься у статті 2.4. Акта. Його формулювання не містить жодного відсилання до необхідності того, щоб обмеження були не більшими, ніж необхідно, а вказується тільки про «необхідність» обмежень. Якщо сприймати вказану норму буквально, то виходить, що будь-яке обмеження, яке є необхідним для досягнення цілей безпеки чи порядку в установі, можна вважати обґрунтованим у відповідності до Акта. Однак таке легалістське тлумачення вказаної норми навряд чи є підходящим у контексті нідерландської в'язничної системи, де цю норму тлумачать як принцип мінімальності обмежень прав засуджених. Річ у тім, що під «необхідністю» розуміється «сувора необхідність», яка передбачає мінімальність.

Як вказує П. Так, керівними принципами Пенітенціарного акту є: принцип ресоціалізації, принцип, що покарання має виконуватись так швидко, як це можливо після його призначення, а також принцип, що до ув'язненої особи має застосовуватись, наскільки це можливо, мало обмежень<sup>1417</sup>.

З точки зору окремих учених, принцип ресоціалізації (або реабілітації, синонім, яким його часто замінюють) разом із принципом мінімальності обмежень формували серцевину голландського пенітенціарного права ще з 1953 р. Це пояснюється гуманізацією голландської тюремної системи

<sup>1416</sup> *Boone M.* Judicial Rehabilitation in the Netherlands: Balancing Between Safety and Privacy // *European Journal of Probation*. — 2011. — Vol. 3. — No. 1. — P. 64.

<sup>1417</sup> *Tak P.* Prison Policy, Prison Regime and Prisoners' Rights in the Netherlands under the 1998 Penitentiary Principles Act // *Prison Policy and Prisoners' rights, Proceedings of the Colloquium of the IPPF, Stavem, Norway, 25-28 June 2008*. — Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008. — P. 460. Див. також: *Tak P.* The Dutch Criminal Justice System. — Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008. — P. 141.

після Другої світової війни<sup>1418</sup>. Інші, вважаючи принцип мінімальних обмежень одним із найбільш важливих відправних пунктів нідерландського пенального права, вбачають його коріння в конституції цієї країни<sup>1419</sup>, яка є однією із тих країн, у конституціях яких міститься положення щодо обмежень прав засуджених.

Зокрема, стаття 15.4 Конституції зазначає, що «особа, яка була законно позбавлена волі, може бути обмежена в здійсненні фундаментальних прав тією мірою, якою ці права несумісні із позбавленням волі». Ця норма розглядається як виняток голландської Конституції через відсутність у ній вказівки на «демократичне суспільство» або іншого роду схожі формулювання, які дозволили б застосування пропорційності для визначення допустимості способу досягнення мети обмежень. Водночас вона містить формулювання «тією мірою», яке розглядається як дозвіл застосування принципу пропорційності, а тому як суттєвий бар'єр щодо того, як далеко можуть бути обмежені права особи<sup>1420</sup>. Буквальне ж тлумачення цієї норми означає формалізацію фактичних обмежень.

Наприклад, Р. Вітфілд вважає, що цей принцип полягає в тому, що уряд має конкретно обґрунтувати втручання в права засуджених осіб і не може вважати себе таким, що а priori має рацію. Річ у тім, що призначене суддею покарання в принципі може тягнути за собою тільки позбавлення фізичної свободи громадянина. Тому принцип мінімальності обмежень означає, що в'язень має такі ж самі права, як будь-який інший громадянин, за винятком випадків, коли реалізація цих прав є неможливою в необхідних умовах тримання<sup>1421</sup>.

Водночас, не викликає сумнівів значення, яке приділяють учені зв'язку між принципом мінімальності обмежень та реінтеграційними міркуваннями, що певним чином відображає характеристики раніше запропонованого нами терміна «юридична нормалізація». Припускається, що дотримання мінімальних обмежень і обмеження негативних побічних ефектів ув'язнення може сприяти реабілітації засуджених і може знизити вірогідність повторного вчинення злочинів. На практиці це стосується пом'якшення або попередження втрати доходу, роботи, житла та розриву із соціальним життям. Цей принцип передбачає, що в'язниця забезпечує

<sup>1418</sup> *Boone M., Cox M.* What Works for Irregular Migrants in the Netherlands? // *European Journal of Probation.* — 2012. — Vol. 4, No. 3. — P. 55.

<sup>1419</sup> *Vermeulen G., Paterson N.* Material Detention Conditions, Execution of Custodial Sentences and Prisoner Transfer in the EU Member States. — Antwerpen : Maklu Publishers, 2011. — P. 746.

<sup>1420</sup> *Van der Schyff G.* When is a Bill of Rights Fit for Judicial Review? The Limitation of Rights Regime in the Netherlands Considered // *Utrecht Law Review.* — 2013. — Vol. 9, Issue 2. — P. 11.

<sup>1421</sup> *Van Kalmthout A. M., Van der Landen D.* Breda Prison, Holland // *From State of the Prisons: 200 Years On.* D. Whitfield (ed.). — New York : Routledge 1991. — P. 88–118.

щось схоже до умов проживання за її стінами. Чим гуманніші умови, тим менше шкоди спричинює ув'язнення, що може сприяти майбутньому без злочинів. На додаток, цей принцип означає, що саме ув'язнення (його тривалість) має бути стримувачем від нових злочинів (тобто відігравати загальну превентивну роль), а не умови ув'язнення<sup>1422</sup>.

Також мінімальність обмежень розглядається не тільки як принцип, але і як завдання в'язничної системи. Оригінальним є розуміння цього завдання як свого роду критерію, на підставі якого мала б відбуватись оцінка ефективності в'язничної системи. Наприклад, Т. Молеман розглядає мінімальність обмежень у системі цільової орієнтації нідерландської в'язничної системи. Мінімальність обмежень є завданням, яке спрямоване на досягнення реабілітативної мети ув'язнення, яка, у свою чергу, є складовою індивідуальної превенції, як ще більш широкої мети кримінальної юстиції<sup>1423</sup>.

Разом з тим це завдання справедливо критикується за те, що воно не є достатньо чітким для належного вимірювання його досягнення в процесі ув'язнення. Резюмуючи думки Т. Молемана<sup>1424</sup>, можна виділити кілька причин невдалості такого критерію:

- а) обмеження можуть накладатись тільки для «досягнення цілей ув'язнення або для підтримки порядку чи безпеки в установі». Але це провокує питання: чому засуджені обмежені в контролі їхніх грошей, високоякісної їжі, приватності та свободі пересування в установі, а також утримуються в одиничних камерах. Ці обмеження вважаються такими, що скоріше відносяться до відплати, залякування, заощадження коштів або до того, щоб дати (політичний) сигнал суспільству — ув'язнення не повинно бути розкішним;
- б) стаття 2.2 Акта пенітенціарних принципів закріплює, що «зберігаючи характер покарання, пов'язаного з ізоляцією, чи рішення про ув'язнення, їхнє виконання має бути спрямованим до підготовки особи, яка буде, наскільки це можливо, залучена до реінтеграції в суспільство». Проблемним є розуміння «зберігаючи характер (покарання)». У цій фразі вбачається прихована протипага принципу мінімальності обмежень. Іншими словами, обмеження мають бути мінімальними, але не настільки «мінімальними», щоб суперечити характеру покарання. Таким чином ніби маскується ідея, що покарання має містити елемент страждання;

<sup>1422</sup> *Molleman T. Performance Measurement in the Dutch Prison System: Methodological Guidance for Public Sector Performance Assessment.* — Enschede: Ipskamp Drukkers, 2014. — pp. 38–39. Під умовами в цьому разі розуміється і порядок виконання покарання, тобто і питання правового статусу в'язнів.

<sup>1423</sup> *Molleman T. Ibid.* — P. 41.

<sup>1424</sup> *Ibid.* — pp. 42–43, 135.

- с) серед допустимих для обмежень цілей міститься «досягнення цілей ув'язнення». Національне ж законодавство не визначає, якими є ці цілі, а тому це додає невизначеності принципу мінімальності як завданню в'язничної системи.

Як наслідок, на думку автора, має місце нечіткість практичного розуміння мінімальності обмежень як завдання, що закріплене в нідерландському законодавстві. Це може призводити до невизначеності у вимірюванні досягнення цього завдання, а також до різного його втілення в різних в'язничних установах.

Розуміння мінімальності обмежень як завдання справді видається надто сміливим. По-перше, таке розуміння вимагає встановлення певного деномінатора (знаменника), відносно якого вимірювалося б досягнення завдання. Однак, враховуючи те, що обмеження вимагають закріплення в законодавстві, то й досягнення такого «ідеалу» мінімальних обмежень прирівнювалося б до успішного дотримання законодавства. У свою чергу, «мінімалізація» обмежень є не тільки завданням правозастосувача, але й завданням законотворця. Тому його досягнення складно увиявити критерієм оцінки в'язничної системи, але потенційно може розглядатись як критерій оцінки в'язничної політики. По-друге, сприйняття «мінімальності» обмежень значно різниться не тільки в різних, навіть сусідніх, країнах, але й постійно змінюється з часом. Варіація розуміння «мінімальності» обмежень у різні часи навряд чи дозволяє її використання як стабільного критерію для оцінки діяльності в'язниць.

З іншого боку, критерій дотримання законодавства, який частково вимірюється, може включати в себе дотримання принципу мінімальності. Однак це вимагає більш чіткого закріплення вимоги мінімальності на рівні законодавства, чого немає у нідерландському Акті пенітенціарних принципів, де вказується тільки про недопустимість зайвих обмежень, а не про вимогу мінімальності змістовних характеристик обмежень.

Це не стало на заваді закріплення певних гарантій щодо обмежень прав у Акті пенітенціарних принципів. Наприклад, стаття 36 закріплює, що начальник установи має право переглядати конверти або інші поштові предмети, які відправляються або адресовані засудженим, на предмет наявності прихованих речей, а також відкривати їх з цією метою. Виняток становлять окремі суб'єкти (омбудсман, судова влада, наглядові органи, захисник та ін.), листування з якими може відкриватися тільки в присутності відповідного засудженого. Начальник установи також має право перегляду самих листів. Це може включати копіювання листів або поштових предметів. Начальник установи може заборонити передачу засудженим окремих листів чи поштових речей з метою забезпечення інтересів:

- а) підтримки порядку або безпеки в установі;
- б) попередження або розслідування злочинів;

в) захисту жертв або тих, кого злочин стосується іншим чином. Тобто визначаються конкретні цілі обмежень права на кореспонденцію. Стаття 39.2 закріплює, що начальник тюрми може визначати необхідність прослуховування телефонних розмов засуджених, якщо це потрібно для встановлення особи, з якою спілкується засуджений, або задля тих трьох допустимих для обмеження права на кореспонденцію цілей, які зазначені вище. З тими ж самими цілями телефонну розмову може бути заборонено або зупинено (стаття 39.3). Прослуховуванню має передувати повідомлення засудженого про це.

Дещо відмінно визначається можливість обмеження права на побачення (стаття 38). Начальник установи може обмежити кількість осіб, які допускаються до побачення із засудженим, якщо це необхідно для інтересів підтримки порядку або безпеки установи. Він також може заборонити проведення побачення із окремою особою чи окремими особами, але вже якщо це необхідно задля вищезазначених трьох цілей (порядок та безпека, попередження і розслідування злочинів, захист жертв). З цією ж метою побачення може бути достроково зупинено.

Також відрізняються цілі, з якими допускаються обмеження права спілкуватися із журналістами. Таке спілкування допускається, якщо воно «не має негативного ефекту» для інтересів: підтримки порядку та безпеки установи, захисту громадського порядку та пристойності, захисту прав та свобод інших осіб, попередження або розслідування злочинів. При цьому спілкування може відбуватись при спостереженні представника адміністрації задля тих самих згаданих вище трьох цілей.

Начальник установи має також право впливати на обмеження щодо переліку предметів, які дозволяється мати засудженому. По-перше, цей перелік може бути встановлений, якщо це необхідно для інтересів підтримки порядку та безпеки в установі або для інтересу «обмеження відповідальності начальника за ці предмети». По-друге, начальник має право дати засудженому дозвіл на зберігання окремих предметів, що належать йому, якщо це сумісно із інтересами підтримки порядку та безпеки в установі, а також відповідальністю начальника за ці предмети. При цьому дозвіл користування такими предметами може видаватись із певними умовами, які можуть включати обмеженість відповідальності начальника за ці речі (певною сумою коштів).

Специфічним є те, що Акт не містить спеціальних норм щодо можливості обмеження права на сповідування релігії, обмежень при проведенні обшуків. Що стосується останніх, то виняток становлять обшуки порожнин тіла та примусовий аналіз сечі, які дозволяються задля цілей підтримки порядку та безпеки. При чому для обшуку порожнин тіла необхідна наявність потреби «попередити серйозний ризик для підтримки порядку чи безпеки або здоров'я в'язня». Тобто законодавцем додатково

підкреслюється значення винятковості допустимих ситуацій та виваженості для застосуванні обмежень у разі таких обшуків.

Аналіз Акту пенітенціарних принципів та його норм, які стосуються обмежень прав в'язнів у Нідерландах, свідчить про певну схожість його недоліків із тими недоліками, які були виявлені нами в Пенітенціарному законі Франції. Серед них такі:

— Відсутність експліцитного закріплення принципу мінімальності (або ж пропорційності) обмежень у загальній лімітативній клаузулі.

Фраза «(в'язні) не повинні піддаватись жодним іншим обмеженням за винятком тих...» (стаття 2.4), яка міститься в Акті, не вказує на принцип пропорційності з очевидністю. Разом з тим у системному тлумаченні із статтею 15.4 Конституції Нідерландів, яка розглядається як така, що певним чином відображає принцип пропорційності в обмеженні прав в'язнів, можна стверджувати про присутність такої вимоги, принаймні контекстуально. Це підтверджується і підходом доктрини, яка називає закріплену у статті 2.4 Акта норму не інакше як «принципом мінімальності обмежень».

— У спеціальних нормах, які стосуються обмеження окремих прав в'язнів, не міститься жодної вказівки на необхідність пропорційності між обмеженням та допустимими цілями.

Як указувалось раніше, така ситуація по суті нівелює значення цільового орієнтування обмежень як бар'єра від застосування необґрунтованих обмежень прав.

— Цілі допустимих обмежень стосовно різних прав різняться. Складно помітити яку-небудь логіку та послідовність законодавця в цих відмінностях.

Наприклад, необхідність прослуховування телефонних розмов та необхідність заборони таких розмов може бути здійснена із однаковими цілями:

- а) підтримки порядку або безпеки в установі;
  - б) попередження або розслідування злочинів;
  - в) захисту жертв або тих, кого злочин стосується іншим чином.
- Обмеження кількості осіб, які допускаються на побачення, може бути здійснено з метою безпеки та порядку, а от обмеження щодо осіб, із якими допускається побачення, може бути із тими ж самими трьома цілями. З цією ж метою побачення може бути достроково зупинено.

Заборона спілкування засуджених із засобами масової інформації може бути здійснена задля таких цілей: підтримка порядку та безпеки установи, захист громадського порядку та пристойності, захисту прав та свобод інших осіб, попередження або розслідування злочинів. При цьому спілкування може відбуватись під спостереженням представника адміністрації задля тих самих згаданих вище трьох цілей. Постає питання: чому, наприклад, захист громадського порядку чи захист прав та свобод

інших осіб не може бути обґрунтованою метою для застосування спостереження розмови із представником ЗМІ з боку адміністрації установи? Чому ці ж цілі не стосуються, наприклад, права на кореспонденцію чи побачення? Таким чином, в Акті мітяться недоліки щодо узгодження та послідовності визначення цілей, допустимих для обмежень.

- Спеціальні вимоги щодо обмежень окремих прав не корелюють належним чином не тільки між собою; не корелюють вони і з загальною лімітативною клаузулою, яка міститься в статті 2.4 Акта. Річ у тім, що в ній визначаються такі допустимі цілі всіх обмежень: «цілі ув'язнення або для підтримки порядку чи безпеки в установі». Водночас в інших нормах Закону не вказується на цілі ув'язнення. Більше того, нідерландські автори вказують, що незрозумілим є те, що саме слід відносити до цих цілей<sup>1425</sup>.

З огляду на це постає питання: для чого в статті 2.4. згадувати про цілі ув'язнення як допустимі цілі обмежень? Адже виходить, що будь-яка норма Акта, яка містить допустимі цілі обмежень, може бути додатково розширена шляхом включення до цих цілей ще й «цілей ув'язнення». Однак як тоді пояснити формулювання окремих норм, зазначених вище, де формулювання допустимості обмежень здійснено таким чином, що наштовхує на думку про вичерпність зазначених у цих нормах цілей? Окрім того, якщо допустити застосування принципу превалювання спеціальної норми над загальною, то виходить, що «цілі ув'язнення» взагалі не можуть застосовуватись як підстави для обмежень.

Нідерландський приклад у цьому сенсі нагадує французький та бельгійський, які також відображають схожі недоліки взаємозв'язку між загальними та спеціальними нормами щодо обмежень прав.

Координація між загальною та спеціальними лімітативними клаузулами є практично необхідною, якщо законодавець планує забезпечити ефективне застосування таких норм у процесі обмеження прав в'язнів. На нашу думку, уникнути проблеми неузгодженості між цими двома видами норм можна, закріпивши в загальній клаузулі вимоги до застосування обмежень, за винятком цілей, з якими вони допускаються. Наприклад, загальна норма могла б містити вказівку на мінімальність та пропорційність обмежень цілям, з якими допускаються обмеження. Вона також могла б вказати на допустимі якості цієї цілі чи їх походження. Самі ж цілі мають визначатися окремо для кожного конкретного обмеження, зважаючи на його специфіку.

Що стосується окремих процедурних гарантій застосування обмежень, як-то повідомлення про прийняття відповідного рішення, необ-

<sup>1425</sup> *Molleman T.* Performance Measurement in the Dutch Prison System: Methodological Guidance for Public Sector Performance Assessment. — Enschede: Ipskamp Drukkers, 2014. — P. 135.

хідність самого прийняття рішення, його належної мотивації, суб'єкта такого прийняття, строку застосування обмеження, суб'єктів, яких воно стосується та ін., то видається, що доцільним є вказівка цих деталей у кожній лімітативній клаузулі окремо. Такого підходу вимагає забезпечення оптимального балансу між реалізацією права та практичними міркуваннями безпеки і порядку з урахуванням специфічності кожного окремого суб'єктивного права.

### Висновок до розділу 3.6

Нідерландський Акт в'язничних принципів 1998 р., який закріпив стандарти обмежень прав в'язнів, став результатом наслідування прогресивних норм попереднього аналогічного акта 1953 р. Він розроблявся під впливом передових теоретичних розробок у сфері виконання покарань.

Документ закріпив лаконічний загальний стандарт щодо обмежень, які мають бути необхідні для досягнення цілей ув'язнення або для підтримки порядку чи безпеки в установі. Вказівка на спрямування обмежень до цілей ув'язнення має на увазі, в першу чергу, реінтеграцію, яка займає чільне місце серед принципів нідерландського пенітенціарного права. Однак мета ув'язнення не є чітко визначеною.

Мінімальність обмежень як принцип має конкретне значення для реінтеграції — чим меншими є відмінності між правами у в'язниці та на волі, тим легшим є процес адаптації до нового правового становища після звільнення. У цьому проявляється те, що ми називаємо «юридична нормалізація».

Нідерландський Акт має притаманні і іншим країнам недоліки: у ньому немає експліцитного закріплення принципу мінімальності чи пропорційності; цілі окремих обмежень у лімітативних клаузулах є відмінними та не корелюють між собою, що може призводити до суто теоретичного значення цих норм без їх належного застосування на практиці.

Зважаючи на поширеність проблеми кореляції цілей обмежень, нами пропонується власна модель співвідношення загальної та спеціальних лімітативних клаузул, якщо вони містяться у спеціальному пенітенціарному законі. Загальна клаузула не повинна містити вказівок щодо конкретних цілей обмежень, а тільки щодо окремих загальних вимог, як-то пропорційність чи мінімальність обмежень у досягненні обґрунтованих цілей (допустимо вказувати на вимогу обґрунтованості цих цілей). Спеціальні клаузули могли б містити уточнення того, якими є обґрунтовані цілі щодо окремих прав, яких вони стосуються. Ці клаузули могли б також містити вимоги щодо прийняття рішення про застосування обмежень, його вручення та порядку оскарження.



## **3.7. Україна (сучасний розвиток законодавства щодо обмежень прав в'язнів)**

Розвиток теорії обмежень прав в'язнів в Україні в пострадянський період суттєво відстав від міжнародних стандартів, а також від досвіду інших країн. В Україні не існує лімітативних клаузул щодо обмежень прав в'язнів, так само як немає розуміння щодо цільового характеру обмежень. Вимога пропорційності згадується, лише коли йдеться про застосування заходів фізичного впливу та зброї.

Тим не менш, тенденції в розвитку законодавства останніми роками свідчать про деякий прогрес у впровадженні стандартів обмежень. У вступі до цієї роботи вже вказувалось, що нам вдалося безпосередньо вплинути на цей розвиток, розробивши низку правових норм, деякі з яких уже були прийняті українською владою. Сталося так, що деякі висновки цього дослідження були втілені в українську правову сферу ще до їхнього кінцевого формулювання. З одного боку, це не могло не вплинути на якість пропонуваніх змін до законодавства, які не втілили повністю напрацювання цієї роботи. З іншого — це не могло не викривити саме дослідження, адже з методологічної точки зору аналіз власних пропозицій до законодавства є сумнівним. Однак, на наш погляд, розроблені пропозиції впровадження окремих стандартів обмежень прав в'язнів, досвід їх узгодження з національною владою та фахівцями можуть становити інтерес для дослідників. Цей досвід демонструє складності та особливості цього процесу, які, у свою чергу, дозволяють дійти певних висновків. Тому й було вирішено стисло презентувати та прокоментувати відповідні зміни до національного законодавства та процес їх просування в цьому розділі.

### **3.7.1. Законопроекти щодо обмежень прав в'язнів**

У 2014 р. автор цих рядків був координатором проекту Харківської правозахисної групи щодо імплементації стандартів Європейського комітету з запобігання катуванням та Комітету ООН проти катувань в українське пенітенціарне законодавство<sup>1426</sup>. Одним із результатів проекту

---

<sup>1426</sup> Проект здійснювався в рамках проекту «Демократизація, права людини і розвиток громадянського суспільства», який виконувався Програмою розвитку ООН в Україні та фінансувався Міністерством закордонних справ Данії протягом 2013–2016 рр. Автор висловлює щирю вдячність ПРООН в Україні та Уряду Данії за підтримку нашого проекту, частиною якого був аналіз впровадження деяких стандартів обмежень прав в'язнів.

стало дослідження<sup>1427</sup>, яке продемонструвало суттєву невідповідність українського пенітенціарного законодавства цим стандартам, у тому числі і в частині підходів до обмежень прав в'язнів. Як результат, нами було розроблено низку пропозицій змін до КВК України, Закону України «Про попереднє ув'язнення», інших законів та підзаконних нормативних актів<sup>1428</sup>. Варто додати, що ці зміни відобразили не тільки результати нашого дослідження в рамках вказаного проекту щодо стандартів КЗК, а й частково перші результати дослідження практики Європейського суду.

У цьому розділі ми не вдаватимемось до аналізу змін, які стосуються обмежень прав у відомчих підзаконних актах. У них також є низка проблем з надмірними або й узагалі нераціональними обмеженнями, і ми неодноразово подавали до ДПтС та Мін'юсту зауваження з цього приводу. Яскравими прикладами таких актів є правила внутрішнього розпорядку СІЗО (Наказ Мін'юсту від 18.03.2013, № 460/5) та установ виконання покарань (Наказ Мін'юсту від 29.12.2014, № 2186/5). Ці документи нещодавно оновили свої попередні версії, однак не змінили, а подекуди погіршили існуючі обмеження. Головним чином ідеться про побутові заборони (наприклад, мати посуд, документи, фото, певну їжу та ін.). Однак ці заборони особливо важко сприймаються особами, які відбувають покарання чи знаходяться під вартою. Окремі наші зауваження до цих наказів були враховані, але їх була меншість. Разом з тим їхній аналіз був би занадто детальним для цієї роботи<sup>1429</sup>. Тому пропонуємо розглянути проекти законів України, які ми розробляли особисто.

У першу чергу, йдеться про зміни до КВК та ЗУ «Про попереднє ув'язнення». Відповідні законопроекти були зареєстровані в парламенті та були прийняті в першому читанні й рекомендовані до другого читання. Їх підготовка була процесом тривалого та виснажливого обговорення з представниками органів державної влади та громадських об'єднань.

---

<sup>1427</sup> *Ащенко О. М., Човган В. О.* Українське пенітенціарне законодавство у світлі стандартів Комітетів проти катувань ООН та Ради Європи. Передм. М. М. Гнатовського; за заг. ред. Є. Ю. Захарова. — Харків: Права людини, 2014; Англійська версія: *Ashchenko O., Chovgan V.* Ukrainian Penitentiary Legislation in the Light of the Standards of the UN and Council of Europe Anti-torture Committees. Preface by M. Gnatovskyy. Ed. by E. Zakharov. — Kharkiv: Prava Ludyny, 2014.

<sup>1428</sup> Частина з цих пропозицій була надрукована у виданні: *Човган В. О.* Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). — Харків: ТОВ «Права людини», 2014.

<sup>1429</sup> Пропонуємо читачеві самостійно ознайомитися з окремими з них: *Човган В. О.* Презумпція винуватості від Міністерства юстиції України або крок у минуле в діяльності слідчих ізоляторів // <http://ukrprison.org.ua/expert/1365497506> (останній доступ 14.07.2016); *Човган В. О.* Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). — Харків: ТОВ «Права людини», 2014. — С. 105–154.

Цей процес представляє інтерес, оскільки дає розуміння позиції виконавців запроваджуваних стандартів, в тому числі пенітенціарного відомства. Крім того, він демонструє і позицію міжнародних експертів. Для наочності далі ми окремо аналізуватимемо тільки ті норми, які стосуються обмежень прав.

**Проект Закону «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України (щодо поліпшення умов тримання засуджених)» № 2685** був зареєстрований у парламенті 21.04.2015. Його оригінальна назва «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України (щодо імплементації рекомендацій та стандартів Європейського комітету з питань запобігання катуванням, нелюдському або такому, що принижує людську гідність, поводженню чи покаранню)»<sup>1430</sup>.

Проект містить низку норм, спрямованих на врахування принципу пропорційності обмежень. У ньому пропонується створення лімітативних клаузул у відповідності до Європейської конвенції. Як видно з оригінальної назви Проекту, його головна ідея полягала в імплементації стандартів КЗК. При чому акцент робився на тих стандартах, які пов'язані із обмеженнями прав.

Перш за все, варто зазначити, що суб'єкт законодавчої ініціативи вніс до оригінального проекту деякі додаткові, не завжди прогресивні зміни.

Наприклад, з оригінального Проекту виключено зміни до статті 7 КВК України, яка регулює основи правового статусу засуджених, такого змісту: «Обмеження прав засуджених мають бути пропорційними у відповідності до вимог Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і практики Європейського суду з прав людини». Ця норма мала закріпити status quo, оскільки Україна і так має дотримуватись вимоги пропорційності у відповідності до вимог Конвенції. Крім того, вона суттєво різниться від тих ідей щодо загальної лімітативної клаузули, які ми пропонуємо у цій роботі. Проте її справжня мета була закріпити в кримінально-виконавчому законодавстві саму ідею пропорційності, а також започаткувати дискурс з цього приводу серед академічного середовища, маючи на увазі заповнення в майбутньому існуючої лакуни. Ця вимога стосувалася б усіх інших обмежувальних клаузул, а також могла б регулювати проблемні питання в разі, коли окремі права не передбачають спеціальних лімітативних клаузул. Однак як результат виключення загальної норми щодо обмежень прав суб'єктом законодавчої ініціативи, принцип пропорційності знайшов лише часткове відображення у вимозі індивідуалізації окремих обмежень.

---

<sup>1430</sup> Текст оригінального законопроекту дещо відрізнявся від зареєстрованої версії. Див.: Човган В. О. Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). — С. 5–27.

Варто зазначити, що пізніше в процесі розробки у 2016 р. урядового законопроекту «Про пенітенціарну систему» у співпраці із громадською організацією «Реанімаційний пакет реформ» нам усе ж таки вдалося закріпити загальну лімітативну клаузулу в частині 2 статті 4: «Обмеження прав і свобод людини та громадянина мають бути передбачені законом, переслідувати обґрунтовані цілі, встановлені Конституцією України та Європейською конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, та бути необхідними в демократичному суспільстві (пропорційними)».

Було кілька проблемних аспектів цієї клаузули. По-перше, вона закріплювалася в окремому законі, а не в Законі України «Про попереднє ув'язнення» чи КВК, де якраз закріплені норми щодо прав в'язнів, щодо яких може мати місце обмеження. По-друге, з урахуванням вищої юридичної сили Конституції, довелося вказувати на те, що обґрунтовані цілі обмежень встановлюються не тільки Конвенцією, а й Конституцією. З огляду на те, що ці цілі певним чином відрізняються, може виникнути теоретична плутанина. По-третє, нам довелося здійснювати вибір між закріпленням вимоги «пропорційності» чи «мінімальності» обмежень. З одного боку, з урахуванням канадського досвіду, в умовах недостатньої проінформованості науковців, не кажучи вже про практиків, щодо того, що включає принцип пропорційності, варто було б окремо вказати, що обмеження мають бути мінімальними. Проте в такому разі складно пояснити окреме закріплення мінімальності і пропорційності, адже пропорційність охоплює мінімальність. Закріплення обох категорій означало б їхнє розрізнення. Тому довелося зробити вибір на користь «пропорційності», як більш широкого поняття. Хоча пізніше нам вдалося знайти підходяще формулювання.

На останніх етапах обговорення проекту ця норма критикувалась експертами у зв'язку з її «непрактичністю». Однією із причин критики, на нашу думку, була недостатня обізнаність громадськості із роллю стандарту пропорційності в практиці ЄСПЛ щодо прав в'язнів. Разом з тим така критика дала поштовх до розробки вдосконаленого та більш детального і практичного формулювання стандарту (ч. 2–3 ст. 4 Проекту): «Обмеження прав і свобод, які застосовуються до засуджених та осіб, узятих під варту, мають бути передбачені законом, переслідувати обґрунтовані з точки зору міжнародних стандартів цілі та бути необхідними в демократичному суспільстві в розумінні практики Європейського суду з прав людини. Такі обмеження мають базуватись на справедливому балансі індивідуальних та суспільних інтересів. Вони мають бути мінімально необхідними для досягнення обґрунтованих цілей та не можуть застосовуватись, якщо для ефективного досягнення цілей, які ставляться перед ними, існує менше альтернативне обмеження. У разі якщо застосування обмеження прав

і свобод відноситься до дискреційних повноважень персоналу пенітенціарної системи<sup>1431</sup>, про таке застосування приймається письмове вмотивоване з урахуванням частини другої (вищезазначеної. — прим. авт.) цієї статті рішення, в якому зазначається порядок його оскарження. Копія такого рішення надається засудженому або особі, взятій під варту». На час завершення цього розділу перспектива закріплення цього формулювання лімітативної клаузули залишалася неоднозначною, адже Міністерство юстиції вирішило суттєво доопрацювати законопроект.

Незважаючи на вилучення загальної лімітативної клаузули з законопроекту № 2685, у ньому збереглися більш конкретні лімітативні клаузули, які, втім, лише частково закріпили принцип пропорційності. Нижче буде показано, що пізніше ми зробили висновки щодо недостатнього закріплення принципу пропорційності в них. Наприклад, в окремому проекті змін до закону «Про попереднє ув'язнення» були закріплені вже більш детальні лімітативні клаузули, хоча в ньому також не передбачалось створення загальної лімітативної клаузули.

У відповідності до чинної редакції статті 110 КВК України короткострокові побачення надаються в присутності представника колонії. Виняток становлять хіба що побачення з адвокатами. У відповідності до змін, за загальним правилом, побачення мають проводитись поза контролем і лише: «у виняткових випадках короткострокові побачення можуть відбуватись під контролем представника колонії. Про такий контроль адміністрацією установи виконання покарань на підставі індивідуальної оцінки ризиків приймається вмотивоване рішення із зазначенням підстав, періоду, типу контролю та порядку його оскарження. Копія рішення видається засудженому. Порядок індивідуальної оцінки ризиків визначається нормативно-правовими актами Міністерства юстиції України»<sup>1432</sup>.

Зазначимо, що на додаток до першопочаткового формулювання статті неочікувано було закріплено нове формулювання з боку суб'єкта законодавчої ініціативи: «Короткострокові побачення засуджених до позбавлення волі за статтями 109–114-1, 258–258-5, 260, 261 Кримінального кодексу України відбуваються виключно під контролем та в присутності представника колонії». Це речення передбачає автоматичний контроль за побаченнями осіб, які вчинили злочини, пов'язані з посяганнями на територіальну цілісність. Очевидно, що воно потрапило до законопроекту із популістських міркувань — депутати вважали неприпустимим, щоб

<sup>1431</sup> Йдеться про правозастосовні обмеження, застосування яких, на наш погляд, на відміну від нормативних обмежень, можна належно врегулювати цією нормою.

<sup>1432</sup> Ця норма зобов'язуватиме Мін'юст розробити положення про індивідуальну оцінку ризиків.

такі особи могли мати побачення поза контролем. Однак такий підхід порушує головну ідею змін — обмеження не мають застосовуватися у автоматичному порядку, без врахування індивідуальних ризиків у кожному окремому випадку.

Таким чином головними процесуальними гарантіями від необґрунтованих обмежень є такі:

- спостереження за побаченням допускається у виняткових випадках, тобто обмеження права на приватність є винятком, а не правилом, як раніше;
- для контролю за побаченнями вимагається вмотивоване рішення із зазначенням підстав, періоду, типу контролю та порядку його оскарження. Засудженому має видаватися копія цього рішення.

Окрім того, що такі зміни створюють ґрунт для посилення судового контролю за застосуванням рішень щодо обмежень прав та сприяють юрисдикціоналізації<sup>1433</sup>, вони майже дослівно відображають релевантні стандарти КЗК<sup>1434</sup>.

У відповідності до законопроекту також змінюється частота побачень. Незалежно від рівня безпеки установи виконання покарань засудженим має надаватись не менше одного короткострокового побачення на місяць. Ключовими є слова «не менше», вони стосуються й існуючих норм надання тривалих побачень. Це передбачає створення додаткової «позитивної» дискреції для адміністрації установ. Як результат, існуюча негнучка норма побачень змінюється так, що стає допустимим збільшення кількості побачень<sup>1435</sup>. Однак такої кількості побачень усе одно недостатньо. Як зазначатиметься нижче, в подальшому нам вдалося ініціювати урядовий план закріпити право засуджених на щотижневі короткострокові побачення.

Аналогічний підхід до обмежень встановлюється і до права на письмову кореспонденцію, телефонні розмови і навіть користування Інтернетом (зміни до ч. 5 ст. 110 та ч. 3 ст. 113 КВК України). Вказані гарантії мають стосуватись і обмежень цих прав.

---

<sup>1433</sup> Щодо значення юрисдикціоналізації див. підрозділ 3.1.4 «Юридизація пенітенціарної сфери».

<sup>1434</sup> Під час візитів до України КЗК особливо акцентував увагу на процедурних гарантіях недопущення необґрунтованих обмежень: *Аценко О. М., Човган В. О.* Вказ. праця. — С. 61–67.

<sup>1435</sup> Проект не встановлює підстав для такого збільшення, що може мати певні негативні наслідки в зв'язку з невизначеністю. Однак на практиці це не може погіршити ступінь обмежень окремих осіб, а тільки навпаки. Тим не менш, усунення цієї прогалини можна вважати важливим завданням на майбутнє.

Є й свої особливості для обмеження права на кореспонденцію. Закріплюється, що вихідна кореспонденція засуджених перегляду не підлягає. Вхідна ж кореспонденція може контролюватись із урахуванням вищезазначених процедурних гарантій щодо права на побачення. Специфікою є те, що при перегляді кореспонденції, якщо така застосовується, має бути присутній сам засуджений.

Підставою для перегляду кореспонденції є індивідуальна оцінка ризиків у виняткових випадках, коли є обґрунтовані підстави вважати, що вона містить заборонені предмети або інформацію, яка може бути використана для порушення режиму. Підставою для втручання в телефонні розмови та користування Інтернетом є «обґрунтовані підстави» та індивідуальна оцінка ризиків.

Із зазначеного можна констатувати, що створюються вагомі процедурні гарантії від неналежного обмеження вказаних прав. Вони відображають принцип індивідуалізації та покликані впровадити більш гнучкий підхід до встановлення обмежень. Індивідуалізація є протилежною сучасному автоматичному підходові, у відповідності до якого до вказаних прав застосовуються автоматичні обмеження (автоматичний перегляд кореспонденції, автоматичний нагляд за побаченнями та ін.).

У відповідності до чинної редакції КВК України кореспонденція, яку засуджені адресують Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, Європейському суду з прав людини, а також іншим відповідним органам міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна, уповноваженим особам таких міжнародних організацій, до суду та прокуророві, перегляду не підлягає і надсилається за адресою протягом доби з часу її подачі. Кореспонденція, яку засуджені одержують від зазначених органів та осіб, перегляду не підлягає (ч. 5 ст. 113). У відповідності до змін не підлягає перегляду кореспонденція із будь-яким органом державної влади.

Такий підхід є логічним, адже перегляд адміністрацією пенітенціарної установи вхідної та вихідної кореспонденції з органами державної влади означало б недовіру держави самій собі. Особливо це примітно на прикладі самої пенітенціарної влади, адже у відповідності до чинної редакції ч. 5 ст. 113 підлягає перегляду навіть кореспонденція в'язнів з територіальними управліннями виконання покарань та пробації Мін'юсту та навіть самим Мін'юстом! У зв'язку з цим раніше вже були встановлені порушення статті 8 Конвенції<sup>1436</sup>. Саме такі обставини й наштовхнули нас

---

<sup>1436</sup> У справі *Sergey Volosyuk v. Ukraine* (no. 1291/03, 12.06.2009) було встановлено порушення статті 8 Конвенції у зв'язку з тим, що ув'язненого було покарано поміщенням до дисциплінарного ізолятора на 10 днів за надсилання скарги на умови тримання до обласного управління пенітенціарної служби в обхід офіційної процедури. У справі *Buglov v. Ukraine* (no. 28825/02, 10.07.2014) було встановлено порушення статті 8 Конвенції за схо-

на думку про необхідність зняття обмежень на кореспонденцію з будь-якими органами державної влади<sup>1437</sup>.

На додаток, передбачається заборона перегляду кореспонденції не тільки з захисником у кримінальній справі, як це зараз, а й з представниками в інших провадженнях (цивільних, адміністративних тощо)<sup>1438</sup>. Такі провадження здійснюються за довіреністю, виданою засудженим на ім'я фахівця, який однак не обов'язково повинен мати адвокатське посвідчення чи юридичну освіту. Важливо, що часто справи засуджених, які стосуються прав людини, не є «привабливими» для адвокатів, оскільки комерційний інтерес у них доволі низький, якщо взагалі присутній. Ці справи можуть бути цікаві правозахисникам, які, однак, часто не мають адвокатського посвідчення. Крім того, велика кількість вітчизняних фахівців з питань захисту прав засуджених у Європейському суді працювали та працюють саме за довіреністю, не маючи адвокатського посвідчення. У цьому разі чинний дозвіл переглядати кореспонденцію з такими особами взагалі може становити порушення статті 34 Конвенції, яка передбачає обов'язок держав не перешкоджати жодним чином ефективному здійсненню права на індивідуальне звернення до Європейського суду.

Законопроектом докорінно змінюється процедура застосування заходів стягнення до засуджених. Раніше процедура засідання дисциплінарної комісії, участі в ній засудженого, його захисника, переважно відносились до не врегульованої сфери, а тому на практиці процедурні гарантії були недостатніми, якщо не відсутніми.

У відповідності до змін до статті 134 КВК поміщення засудженого в дисциплінарний ізолятор або в карцер чи переведення засудженого до приміщення камерного типу (одиначної камери) проводиться за вмотивованою постановою дисциплінарної комісії. Засуджений має право бути представленим фахівцем у галузі права. Засуджений або його представник має право: отримати інформацію в письмовій формі про притягнен-

---

них обставин, однак ув'язненого було покарано за надсилання кореспонденції до самого в'язничного відомства.

<sup>1437</sup> Зауважимо, що може виникнути практична проблема встановлення офіційних адрес органів державної влади, до яких може бути відправлена така кореспонденція. Однак більшість кореспонденції відправляється до одних і тих же органів влади, а тому перевірка їх адреси не викликала б труднощів. Натомість, складнішою може виявитись перевірка правдивості того, що відправник вхідної кореспонденції є саме орган державної влади.

<sup>1438</sup> Наслідки чинного недосконалого законодавства видно із судової практики. Наприклад, Постановою Житомирського окружного адмін. суду відмовлено в задоволенні позовних вимог щодо визнання незаконним перегляд листів із адвокатом, який не був захисником у кримінальній справі. Суд цілком законно посилався на статтю 113 КВК, де передбачається заборона перегляду кореспонденції тільки з захисником у кримінальній справі (див. *Аценко О. М., Човган В. О.* Вказ. праця. — С. 68–69).



ня його до дисциплінарної відповідальності; бути присутнім на засіданні комісії при розгляді питання про притягнення його до дисциплінарної відповідальності; знайомитись із матеріалами дисциплінарного провадження та особової справи, робити виписки, знімати копії з них; давати пояснення, заперечення та заявляти клопотання в усному й письмовому вигляді, представляти докази; клопотати про виклик свідків та задавати їм питання. Засудженому видається копія рішення про застосування стягнення із зазначенням можливості та порядку його оскарження. Поміщення до ДІЗО засуджених до обмеження волі має здійснюватись з дотриманням такої ж процедури.

Вказані процедурні гарантії спрямовані на забезпечення обґрунтованості обмежень, що застосовуються до засуджених. Як вказувалось раніше, притягнення до специфічної дисциплінарної відповідальності є однією із форм, що свідчить про обмеження права<sup>1439</sup>, адже вона означає, що особа карається за вчинення певних дій чи бездіяльності, які не караються таким чином на волі.

Закріплення процедурних гарантій при притягненні до дисциплінарної відповідальності вже давно рекомендувалися КЗК. Наприклад, у його Доповіді щодо візиту в Україну у 2009 р. (п. 147) вказується: «КЗК закликає українську владу переглянути порядок поміщення в ДІЗО/Карцер і ПКТ для забезпечення того, щоб ув'язнені: (I) інформувались в письмовій формі про висунуті проти них звинувачення, (II) отримували достатньо часу для підготовки свого захисту, (III) мали право викликати свідків, щоб вони свідчили від свого власного імені й на перехресному допиті проти них, і (IV) отримували копію рішення, у якому містяться причини для поміщення, і звичайна інформація про права, включаючи право на юридичну допомогу та наявних у них доступних засобів для оскарження рішення перед незалежним органом (наприклад, суддею)». Пізніше схожі вимоги були повторені в п. 174 Доповіді про візит в Україну 2012 року. Також у п. 57 Доповіді 2012 р. КЗК вказав: «Заходи, що стосуються поміщення засудженого в ДІЗО, ПКТ або ДПК, завжди необхідно застосовувати протягом якомога коротшого періоду часу, після того, як, з-поміж іншого, буде взята до уваги думка засудженого, і лише за умови надання йому копії рішення, яке містить причини поміщення й базову інформацію про його права, у тому числі наявні засоби для оскарження відповідного рішення в незалежному органі».

Створення цих процедур є необхідним і у світлі емпіричних досліджень, які встановили, що так звана «процедурна справедливість» (англ. «procedural justice» (Т. Тайлер)) позитивно впливає на обстановку в уста-

<sup>1439</sup> Див. підрозділ 1.2.1.5 «Встановлення специфічної відповідальності як форма обмеження права».

нові<sup>1440</sup> та на попередження рецидиву<sup>1441</sup>. Також, символічна цінність санкції зменшується у випадках коли в'язні не мають процедурних гарантій захисту своїх прав, що сприяє формуванню враження несправедливого поводження<sup>1442</sup>.

Як буде показано нижче, схожі гарантії пропонуються і законопроектом про внесення змін до Закону України «Про попереднє ув'язнення». Пізніше, враховуючи зауваження фахівців до другого читання в парламенті, процедури були вдосконалені та уніфіковані як для осіб, узятих під варту, так і для засуджених.

Законопроектом змінюються деякі субстантивні обмеження під час тримання в дисциплінарному ізоляторі, карцері або приміщенні камерного типу (одиначній камері). Зараз під час перебування в них засудженим забороняються побачення, за винятком адвокатів або інших фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, придбання продуктів харчування і предметів першої потреби, одержання посилок (передач) і бандеролей, користування настільними іграми (ч. 11, ст. 134 КВК).

Ця норма суперечила стандартам КЗК щодо обмежень прав. У Загальних стандартах, зокрема, міститься рекомендація (п. 61 21-ої Загальної доповіді 2011 року): «Як це і з іншими режимами, які застосовуються до ув'язнених, принцип, що ув'язнений поміщений в одиначну камеру, повинен підлягати лише тим обмеженням, які необхідні для їх безпечного і впорядкованого утримання, повинен дотримуватись. Крім того, щоб мінімізувати негативні наслідки, до яких його застосування може призвести, мають бути здійснені особливі зусилля стосовно тих, хто утримується в умовах тривалого одиначного ув'язнення і тих, хто перебуває тривалий строк в одиначній камері, як таких, що потребують особливої уваги. Не обов'язково застосовувати підхід «усе або нічого». Кожне обме-

---

<sup>1440</sup> *Beijersbergen K. A., Dirkzwager A. E., Eichelsheim V. I., van der Laan P. H., Nieuwbeerta P.* Procedural Justice, Anger, and Prisoners' Misconduct. A Longitudinal Study // *Criminal Justice and Behavior*. — 2014. — № 20(10). — pp. 1–23. Див. також коментар до цієї статті професора М. Ерцог-Еванс: *Herzog-Evans M.* Une étude hollandaise demontre le lien entre équité processuelle et comportement des détenus // <http://herzog-evans.com/une-etude-hollandaise-demontre-le-lien-entre-equite-processuelle-et-comportement-des-detenus/> (останній доступ 20.06.2016); *Ross M. W., Diamond P. M., Liebling A., Saylor W. G.* Measurement of Prison Social Climate: A Comparison of an Inmate Measure in England and the US // *The Prison Journal*. — 2008. — No. 10. — pp. 447–474; *Cesaroni C., Peterson-Badali M.* The Role of Fairness in the Adjustment of Adolescent Boys to Pretrial Detention // *The Prison Journal*. — 2016 (first published on June 9 as doi:10.1177/0032885516650873). — pp. 1–20.

<sup>1441</sup> *Beijersbergen K. A., Dirkzwager A. J. E., Nieuwbeerta P.* Does Procedural Justice During Imprisonment Matter? // *Criminal Justice and Behavior*. — 2016. — № 43 (1). — pp. 63–82.

<sup>1442</sup> *Faugeron C., Chauvenet A., Combessie P.* *Approches de la prison*. — Montréal : Les presses de l'Université de Montréal, 1996. — pp. 309, 316.

ження має застосовуватися тільки в разі потреби, яка відповідає оцінці небезпеки кожного в'язня». У цьому разі під формулюванням «усе або нічого» розуміється такий підхід, при якому усім засудженим забороняється вчиняти чи не вчиняти якісь дії, володіти якимись предметами без будь-якої попередньої процедури індивідуалізації, тобто без можливості накладання таких обмежень тоді, коли вони дійсно необхідні. Натомість застосовується автоматичне обмеження в правах усіх засуджених з певним статусом (у цьому разі, наприклад, статусом такого, що перебуває в ДІЗО, ПКТ).

Виходячи з вищенаведеного, заборона телефонних дзвінків усім особам, які перебувають в ДІЗО/ПКТ, суперечить Загальним стандартам Комітету. Так само їм суперечить і заборона побачень засудженим, які поміщаються до ДІЗО/ПКТ (одиначної камери), враховуючи відсутність належних обґрунтувань для таких обмежень, а також їх автоматичний характер. Це додатково підтверджується стандартами КЗК, а саме в п. 55 Загальної доповіді за 2011 рік наголошується на потребі дотримання принципу необхідності обмежень під час відбування дисциплінарного стягнення: «Правило, що допускаються тільки обмеження, необхідні для безпечного і впорядкованого утримання ув'язненого та для вимог справедливості, в рівній мірі стосується ув'язнених, що знаходяться в одиначній камері<sup>1443</sup>. Відповідно, упродовж перебування в одиначній камері не повинно, наприклад, бути автоматичного позбавлення права на відвідування, телефонні дзвінки та листи. ... Так само, режим має бути достатньо гнучким, щоб дозволити пом'якшення будь-яких обмежень, які не є необхідними в окремих випадках».

Про це ж було наголошено в доповіді про візит в Україну 2009 р. (п. 150): «Слід додати, що ув'язнені, які поміщаються в ДІЗО/карцер і ПКТ, є, як правило, автоматично позбавленими контактів із зовнішнім світом (тобто відвідувань, листів і телефонних дзвінків). **КЗК рекомендує українській владі вжити заходів для забезпечення того, щоб поміщення засуджених у ДІЗО/карцер і ПКТ не включало в себе повну заборону на сімейні контакти (див. також правило 60 (4) Європейських в'язничних правил)**» (виділено Комітетом — прим. авт.).

Негнучкість обмежень, їх непропорційність, як зазначалось, суперечить стандартам не тільки КЗК, а й ЄСПЛ. Крім того, повна заборона побачень, посилок та передач, придбання продуктів харчування, предметів

---

<sup>1443</sup> У контексті доповіді це означає не тільки одиначну, а й інші типи дисциплінарних камер, на що вказується самим КЗК. Зауважимо, що «одиначне ув'язнення» згідно з п. 54 11-ої Загальної доповіді не має тлумачитися буквально і може означати й утримання більше, ніж 1 особи в додатковій ізоляції, головною ж його ознакою є застосування «як наслідок рішення суду, як дисциплінарної санкції, як превентивний захід адміністративного характеру або для захисту відповідного засудженого».

першої потреби та ін. суперечить і правилу 3 Європейських в'язничних правил. Воно передбачає мінімальність обмежень. Однак ці обмеження не тільки не є мінімальними, а навпаки — максимальними, що логічно суперечить самій ідеї правил<sup>1444</sup>.

Окремо Законопроектом вирішується проблема автоматичного окремого утримання довічників від іншої маси засуджених. На сьогодні засуджені, які відбувають покарання у вигляді довічного позбавлення волі, розміщуються в приміщеннях камерного типу, як правило, по дві особи і носять одяг спеціального зразка (ст. 151 КВК). Їх **може** бути переведено до загальних приміщень тримання тільки через 10 років відбування покарання (п'ять у двомісних камерних приміщеннях та п'ять у багатомісних камерних приміщеннях) (ст. 151<sup>1</sup> КВК). У відповідності ж до змін вони розміщуються в приміщеннях камерного типу або в звичайних жилих приміщеннях на підставі індивідуальної оцінки ризиків. Тобто при прийнятті в установу довічника, він не повинен буде автоматично розміщуватись окремо від іншої маси засуджених відразу після 14-денного вивчення його особи в дільниці карантину. Протягом 14-ти днів адміністрація установи повинна оцінити його ризики та вирішити, чи варто його утримувати окремо від загальної маси засуджених.

На проблему автоматичного вибору рівня ізоляції і відсутність у цьому питанні достатнього обсягу дискреції в пенітенціарній адміністрації неодноразово вказував КЗК. У Доповіді про візит у 2012 р. Комітет наголосив (п. 54): «У контексті попередніх візитів КЗК піддавав критиці систематичне роздільне тримання довічно ув'язнених, що передбачено в українському законодавстві. Після візиту в 2009 році були внесені зміни до Кримінально-виконавчого кодексу з тим, щоб засуджені до довічного позбавлення волі, після оцінки їх індивідуальної поведінки, переводились із камер на двох до багатомісних камер, а також для участі в організованих заходах (освітні, культурні, спортивні та розважальні заходи) після п'ятнадцяти років позбавлення волі, а з багатомісних камер до звичайних жилих приміщень після п'яти років позбавлення волі. Ряд співрозмовників делегації під час візиту в 2012 році (у тому числі співробітників) вважає, що не було жодних підстав для утримання багатьох ув'язнених, що відбувають довічне позбавлення волі, окремо від інших ув'язнених. Проте, норма щодо окремого тримання довічно ув'язнених залишається, і нові правові положення передбачають занадто малий обсяг дискреційних повноважень Державної пенітенціарної служби стосовно цього питання. Комітет має підкреслити, що розділення засуджених до довічно-

---

<sup>1444</sup> Човган В. О. Вимоги до правообмежень осіб, які позбавлені волі, за Європейськими тюремними правилами і їх втілення в національному законодавстві // Право та управління. — 2012. — № 2. — С. 977–988.

го позбавлення волі завжди має бути результатом всебічної і постійної оцінки ризиків та потреб на основі індивідуальної програми відбування покарань. **Комітет рекомендує, щоб українська влада знову переглянула законодавство і практику щодо роздільного тримання засуджених до довічного ув'язнення, з урахуванням висловлених зауважень** (виділено Комітетом. — прим. авт.)».

Законопроект № 2685 викликав супротив як з боку ДПтС, так і з боку окремих народних депутатів.

Так, на друге читання була подана велика кількість правок, які були спрямовані не на вдосконалення вищезазначених норм, а на їх банальне вилучення.

Наприклад, пропонувалося вилучити норми щодо:

- поширення процедурних гарантій притягнення до дисциплінарної відповідальності на засуджених до обмеження волі (нардеп Немировський А. В.);
- скасування заборони надання побачення в дільниці карантину, діагностики та розподілу, де особа перебуває протягом перших 14 днів після прибуття до установи (нардеп Немировський А. В., правки від Інституту Державної кримінально-виконавчої служби);
- обов'язкового періодичного перегляду доцільності тримання в дільниці посиленого контролю (нардеп Ленський О. О., Немировський А. В.);
- допустимості обмежень права на телефонні розмови тільки на підставі індивідуальної оцінки ризиків (правки від ДПтС);
- описаної вище зміни підходів для обмеження права на кореспонденцію та на побачення (правки від ДПтС).

Зауваження, які стосувались нових підходів до обмежень, пояснювалися їх незрозумілістю для вітчизняної пенітенціарної системи. Звичним обґрунтуванням було також питання безпеки, адже більш ліберальні підходи до обмежень «становили загрозу» підтримці порядку в установах<sup>1445</sup>. Наші посилання на досвід їхнього застосування в інших країнах заперечувався фразами на кшталт: «У тих країнах у засуджених інший менталітет». Таким чином, супротив новим стандартам здебільшого обґрунтовувався невпевненістю в їх безпечності в реаліях національної пенітенціарної системи. Самого лише посилання на міжнародні стандарти було недостатньо. Так само практики вимагали підтверджень, що такі ліберальні стандарти «спрацюють» у нашій країні. Звісно, такі підтвер-

---

<sup>1445</sup> Така реакція є закономірною, адже відомо, що закріплення більшої кількості процедур сприймається в'язничним персоналом як зменшення здатності володіти ситуацією та забезпечувати дисципліну в установі (Faugeron C., Chauvenet A., Combessie P. *Approches de la prison*. — Montréal : Les presses de l'Université de Montréal, 1996. — P. 318).

дження було неможливо надати, адже раніше апробація цих стандартів в Україні була неможлива з огляду на чинне законодавство.

**Проект закону «Про попереднє ув'язнення»  
(щодо імплементації окремих стандартів Ради Європи)  
№ 2291а від 06.07.2015**

Проект № 2291а подібно до Проекту № 2685 фокусується на закріпленні стандартів Ради Європи щодо обмежень прав. В Україні обмеження прав осіб, узятих під варту, є набагато більшими, ніж засуджених, що не узгоджується з презумпцією невинуватості. Особливо це стосується контактів із зовнішнім світом — чинна редакція Закону передбачає їх як виняток із правила. Проект змінює цей підхід на «презумпцію контактів із зовнішнім світом», коли обмеження таких контактів є винятком, а сприяння у їх реалізації — правилом<sup>1446</sup>.

У відповідності до статті 12 Закону України «Про попереднє ув'язнення» побачення з родичами або іншими особами може надаватись узятим під варту адміністрацією місця попереднього ув'язнення лише з письмового дозволу слідчого або суду, які здійснюють кримінальне провадження, не менше трьох разів на місяць. Дещо лицемірний вигляд має остання частина цієї норми, вказуючи на те, що кількість побачень має бути не менше трьох на місяць. Насправді, якщо немає дозволу слідчого або суду, які здійснюють кримінальне провадження, то немає й побачень, а тому така гарантія є примарною. Також згідно з п. 1.1 Правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України (Наказ Мін'юсту від 18.03.2013), дозвіл слідчого або суду, які здійснюють кримінальне провадження, є дійсним тільки на одне побачення. Це призводить до «біганини» родичів (або захисника, який допомагає родичам потрапити на побачення) для того, щоб отримати побачення із узятим під варту, що потрібно робити окремо для кожного побачення.

У відповідності до пропонованих змін: «Особи, узяті під варту, мають право на побачення з родичами або іншими особами не менше одного разу на сім днів у разі відсутності рішення слідчого або суду, які здійснюють кримінальне провадження, про їх заборону. Рішення про заборону має бути обґрунтованим та вмотивованим, та може встановлювати коло осіб, яких не стосується така заборона. Рішення має визначати строк дії, який має бути якомога коротшим, але не може перевищувати 30 днів із мож-

---

<sup>1446</sup> Загалом ідея щодо презумпції необґрунтованості обмежень прав з точки зору безпеки, якщо немає доказів протилежного, є перспективною темою на майбутнє. Вона, однак, виходить за рамки цієї роботи.

лівістю щомісячного продовження окремим рішенням у виняткових випадках та з додатковим обґрунтуванням. Заборона повинна бути необхідною в демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб. Копії рішень із зазначенням порядку оскарження видаються особі, взятій під варту».

Змінюється і підхід до обмежень під час проведення побачень. У відповідності до чинної редакції вони проводяться під контролем адміністрації місця попереднього ув'язнення. Пропозиції кардинально змінюють цей підхід: «Надане взятій під варту особі... побачення проводиться в умовах, що забезпечують їх конфіденційність, за винятком випадків коли індивідуальна оцінка ризиків вимагає втручання, яке необхідне у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб. У такому разі адміністрацією місця попереднього ув'язнення приймається обґрунтоване та вмотивоване рішення із встановленням кола осіб, яких воно стосується, та строку його дії, який має бути якомога коротшим, але не може перевищувати 30 днів із можливістю щомісячного продовження окремим рішенням у виняткових випадках та з додатковим обґрунтуванням. Копії рішень із зазначенням порядку оскарження видаються особі, взятій під варту. Порядок індивідуальної оцінки ризиків визначається нормативно-правовими актами Міністерства юстиції України». Також передбачається, що побачення мають надаватися у відкритих умовах (з можливістю фізичного контакту). Винятки допускаються за тих самих умов, що й контроль за побаченнями.

Практично аналогічний підхід для встановлення обмежень стосується і права на телефонні розмови, письмову кореспонденцію.

З огляду на це лімітативні клаузули в проекті № 2291 відрізняються від клаузул проекту № 2685 кількома головними рисами:

- уніфікація умов обмежень різних прав. Обмеження права на побачення, кореспонденцію, телефонні дзвінки — щодо всіх них Проект закріплює однакові умови: обмеження має бути необхідним у демократичному суспільстві (тобто пропорційним), та відповідати цілям, які дослівно збігаються з цілями, з якими допускається обмеження права на приватність у відповідності до Конвенції (ч. 2 ст. 8), а саме інтереси національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, запобігання заворушенням чи злочинам, захист здоров'я чи моралі або захист прав і свобод інших осіб;

- автоматична втрата чинності деякими обмеженнями через певний проміжок часу (30 днів). Подальше поновлення обмеження може мати місце тільки у виняткових випадках;
- встановлення кола осіб, яких не може стосуватись обмеження (наприклад, родичів);
- обмеження стосуються як самої можливості здійснення права (на листування, побачення, телефонні дзвінки), так і порядку їх здійснення (контроль листування, побачень, дзвінків).

Уніфікація умов обмежень окремих прав, на нашу думку, є важливою для уникнення непослідовності в розвитку теорії та практики обмежень. У цьому сенсі ми зробили висновки з тих неузгодженостей, які мали місце в лімітативних клаузулах інших досліджуваних у цій роботі країн.

Змінами також пропонується порядок доступу до Інтернету, права на який у попередньо ув'язнених осіб раніше не існувало. Проект, щоправда, вказує, що доступ осіб, узятих під варту, до глобальної мережі Інтернет може бути заборонено за рішенням слідчого або суду, які здійснюють кримінальне провадження, в порядку, встановленому для обмежень телефонних розмов, побачень та листування, тобто шляхом застосування принципу пропорційності та з урахуванням низки процедурних гарантій (проект статті 13<sup>1</sup>). Також проект статті визначає, що особи, узяті під варту, мають право на доступ до глобальної мережі Інтернет у порядку, визначеному нормативно-правовими актами Міністерства юстиції України, не рідше одного разу на сім днів та в порядку черговості. Це дає можливість для Мін'юсту розробити зміни, які воно вважатиме практичнішими. Водночас, створюється загроза зловживання повноваженнями з розробки підзаконних обмежень. На жаль, наші пропозиції більш детального закріплення цього права в законі не були підтриманні Головним юридичним управлінням парламенту під час його підготовки до другого читання<sup>1447</sup>.

---

<sup>1447</sup> Тим не менш, нам вдалося включити схожі зміни до КВК. Зокрема, законопроект № 2490а «Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення виконання кримінальних покарань та реалізації прав засуджених», який був прийнятий парламентом восени 2016 р. та вже набрав чинності, вніс зміни до ч. 7 ст. 110 КВК такого змісту:

«Засудженим надається право користуватися мережею Інтернет під контролем адміністрації. Засуджені можуть створювати електронну поштову скриньку та користуватися нею під контролем адміністрації установи виконання покарань. Адміністрація установи виконання покарань ознайомлюється із змістом вхідних та вихідних повідомлень у разі, якщо це необхідно з огляду на індивідуальні ризики окремих засуджених. Під час користування глобальною мережею Інтернет засудженим забороняється: вносити будь-яку інформацію, у тому числі направляти листи, коментарі, знаки тощо, та реєструватися на веб-сайтах, крім випадків створення та користування електронною поштовою скринькою в порядку, визначеному цією статтею, а також необхідності здійснення реєстрації для



Окремо підкреслимо, що це управління виступало категоричним противником цієї статті. Його мотивацією було те, що ця вимога суперечить «вимозі ізоляції», яка містилась у законі «Про попереднє ув'язнення». Це додаткове підтвердження вкорінення негативної ідеї фактичних обмежень та свідчення незрозумілості того, що ж охоплюється вимогою ізоляції, а що ні. Якщо під ізоляцією розуміти повну ізоляцію, то тоді варто заборонити й право на побачення цих осіб. Якщо ж ізоляція передбачає відносну ізоляцію, то якою мірою доступ до Інтернету за певних умов гарантування безпеки суперечить їй? Потенційно будь-яка новація щодо збільшення контактів в'язнів із зовнішнім світом може наштовхуватися на порушення ізоляції, замість конструктивної дискусії щодо її безпечності та користі.

Законопроект закріпив процедурні гарантії щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності у вигляді поміщення до карцеру. Стосовно цих гарантій фахівці Ради Європи висловили свої зауваження<sup>1448</sup>. Найголовнішим серед них була неузгодженість між паралельними законопроектами (проекту 2291a, про який йдеться, а також законопроекту № 2251a І. С. Яковець, розробленого за матеріалами спеціального дослідження на цю тематику<sup>1449</sup>). Зокрема, усі ці проекти мали певні прогресивні риси, яких не було в інших. Крім того, потрібно було узгодження

---

користування дозволеними сайтами; формувати будь-які бази даних та накопичувальні диски, у тому числі віртуальні; відвідувати веб-сайти соціальних мереж, сайти, що пропагують жорстокість, насильство, еротичного або порнографічного змісту, переглядати сайти, що можуть негативно вплинути на психічний стан засудженого. Перелік сайтів, до яких дозволяється доступ, формується центральним органом виконавчої влади, що реалізовує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань і пробації, та за заявою засуджених може бути доповнений адміністрацією установи виконання покарань сайтами, зміст яких не суперечить вимогам цієї статті. Користування глобальною мережею Інтернет проводиться протягом дня у вільний від роботи час та поза часом, передбаченим для приймання їжі й безперервного сну. Користування глобальною мережею Інтернет оплачується з особистих коштів засуджених або коштів інших осіб шляхом їх внесення на електронний гаманець. Засуджені під час перебування в стаціонарних закладах охорони здоров'я, не віднесених до відання центрального органу виконавчої влади, що реалізовує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань та пробації, з дозволу адміністрації установи виконання покарань можуть мати при собі та користуватися під контролем адміністрації портативними персональними комп'ютерами з доступом до глобальної мережі Інтернет».

<sup>1448</sup> Фахівці були залучені для цілей аналізу цього та деяких інших законопроектів в рамках проекту Ради Європи «Подальша підтримка пенітенціарної реформи в Україні».

<sup>1449</sup> Правове регулювання застосування заходів заохочення та стягнення в процесі виконання покарань, пов'язаних з ізоляцією засуджених: монографія / В. В. Карелін, І. С. Яковець, К. А. Автухов; за заг. Ред. А. Х. Степанюка. — Х. : Право, 2014. З цього дослідження, зокрема, робився важливий висновок щодо необхідності встановлення в КВК поняття дисциплінарного проступку як підстави для дисциплінарної відповідальності.

і цієї норми з зазначеним проектом № 2685, який також мав відповідні норми.

У результаті до цього проекту та до проекту № 2685 на друге читання були подані практично однакові правки. Встановлювалось таке:

- поняття дисциплінарного проступку, яким є протиправна, винна дія чи бездіяльність, яка посягає на правовідносини, пов'язані з перебуванням під вартою (відбуванням покарання), що полягає в невиконанні вимог, які на підставі відповідних норм висуваються до поведінки такої особи;
- персонал установи зобов'язаний довести наявність у діяч чи бездіяльності в'язня всіх ознак дисциплінарного проступку;
- необхідність закріплення порядку перевірок щодо дисциплінарних правопорушень у окремому підзаконному акті;
- застосування стягнення вирішується на засіданні дисциплінарної комісії установи (раніше не було чітких норм з цього питання). Врегулюється її склад, порядок засідання та голосування;
- необхідність вмотивування рішення комісії, із детальною мотивацією в разі застосування стягнення у вигляді поміщення до карцеру. Видача копії рішення на руки в'язневі;
- особа, яку притягують до відповідальності, повинна бути вчасно повідомлена про дату засідання комісії (не пізніше трьох діб до початку);
- участь представників спостережної комісії з правом дорадчого голосу;
- можливість заслуховування свідків правопорушення;
- можливість участі адвоката в засіданні комісії;
- низка прав в'язня та/або його представника. Серед них:
  - отримати інформацію про притягнення до дисциплінарної відповідальності, в тому числі документи, які стосуються справи, за три дні до початку засідання дисциплінарної комісії (за винятком випадків обґрунтованого скорочення цього строку за рішенням начальника установи);
  - бути присутнім на засіданні комісії при розгляді питання про її притягнення до дисциплінарної відповідальності;

---

У процесі другого читання для узгодження наших пропозицій із пропозиціями І. С. Яковець було вирішено об'єднати позитивні процедурні гарантії з обох пропозицій та внести зміни в ст. 135 КВК проектом Закону про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України (щодо вдосконалення порядку вжиття до засуджених заходів заохочення і стягнення) № 2251а від 03.07.2015. Цей законопроект було **нешодавно прийнято парламентом**, він набуває чинності 07.04.2017. Тобто зазначений нижче перелік процедурних гарантії стає обов'язковим для виконання щодо засуджених.

- знайомитись із матеріалами дисциплінарного провадження та особової справи, робити виписки, знімати копії з них;
  - давати пояснення, заперечення та заявляти клопотання в усному та письмовому вигляді, представляти докази;
  - клопотати про виклик свідків та задавати їм питання;
- створення дисциплінарної медіації, порядок роботи якої визначатиме Мін'юст (ця новація не була сприйнятою експертним середовищем та була пізніше вилучена).

Варто додатково підкреслити, що багато із зазначених процедурних гарантій так само, як і низка інших положень коментованих проєктів, є практично дзеркальним відображенням відповідних стандартів КЗК<sup>1450</sup>.

Законопроект містить і менш масштабні норми щодо обмежень. Закріплюється конфіденційність медичного обстеження під час прийняття в устанovu попереднього ув'язнення. Обстеження відбувається за межами чутності і, якщо протилежного не бажає медичний працівник, поза межами видимості немедичного персоналу<sup>1451</sup>.

На друге читання Проєкту в парламенті вилучається давня чинна норма Закону, що скарги, заяви, пропозиції і листи, що містять відомості, розголошення яких може перешкодити кримінальному провадженню, за належністю не надсилаються, а передаються на розгляд особі або органу, який здійснює кримінальне провадження, про що сповіщаються особа, яка перебуває під вартою, та прокурор, який здійснює нагляд за дотриманням законів при проведенні досудового розслідування. На потребу її вилучення звернули увагу зазначені експерти Ради Європи, адже чинна редакція є суперечливою: з одного боку, забороняє переглядати листування з органами державної влади, а з іншого — вимагає перенаправлення кореспонденції в разі, якщо її зміст може нашкодити слідству (що неминуче передбачає ознайомлення з її змістом).

Так само на друге читання закріплюється норма, яка в разі відсутності у в'язнів коштів гарантує можливість здійснення телефонних дзвінків не менше однієї години на тиждень за рахунок держави.

Скасовуються деякі необґрунтовані побутові обмеження: дозволяється користуватись холодильником; мати при собі документи, фотографії

---

<sup>1450</sup> Див., наприклад, цитування відповідних рекомендацій: *Ащенко О. М., Човган В. О.* Українське пенітенціарне законодавство у світлі стандартів Комітетів проти катувань ООН та Ради Європи. — С. 111–116.

<sup>1451</sup> Такий підхід відповідає ustalеним стандартам КЗК (наприклад, пп. 40–44, 12th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2001 (CPT/Inf. (2002) 15); пп. 18–25, 21st General Report on the CPT's activities covering the period 1 August 2010 to 31 July 2011 (CPT/Inf (2011) 28); пп. 71–84, 23rd General Report on the CPT's activities covering the period 1 August 2012 to 31 July 2013 (CPT/Inf. (2013) 29)).

та записи за винятком тих, які спрямовані на втечу з-під варти чи підготовку вчинення інших правопорушень (раніше такого роду речі не дозволялося мати при собі, за винятком документів щодо кримінального провадження); збільшується мінімально допустима житлова площа з 2,5 м<sup>2</sup> до 4 м<sup>2</sup>, встановлюються заборона використання камер, менших за 6 м<sup>2</sup>, та/або в яких відстань між стінами становить менше 2 м.

Окреслений вище документ є результатом обговорення першої версії законопроекту з ДПтС. Порівняно із нею він зазнав деяких змін, необхідних задля забезпечення режимних міркувань.

Головними тезами дискусії з ДПтС були:

- неможливість або складність матеріального забезпечення деяких норм. Наприклад, вказувалось, що створення права на телефонні дзвінки (а чинним законом такого права для осіб, узятих під варту, не передбачено!) вимагатиме обладнання додаткових місць для їх здійснення, а також означатиме додаткові обов'язки для і без того завантажених інспекторів СІЗО. Озвучені потенційні проблеми також стосувались забезпечення підвищеної норми площі, адже СІЗО будувались за інших часів, а пропоновані вимоги Проекту, незважаючи на зменшення чисельності осіб під вартою за останні роки, можуть призвести до того, що окремі камери не можна буде експлуатувати, оскільки вони не відповідатимуть тим чи іншим зазначеним параметрам;
- баланс між режимом та ліберальними обмеженнями прав. Навколо цього питання точилось найбільше дискусій. З точки зору представників ДПтС, процедурні гарантії від надмірного обмеження прав (індивідуалізація, письмова фіксація обмеження, його мотивація, тимчасове застосування та ін.) надто складно виконати на практиці.

Одним із наших контраргументів було те, що необхідність забезпечити автоматичні обмеження також займає багато часу, адже обмеження мають бути застосовані до всіх. Наприклад, читання кореспонденції чи спостереження за побаченнями зараз є обов'язковим та не має винятків. Зміна ж підходу, коли всі ці дії від адміністрації вже не вимагаються, за винятком окремих індивідуальних випадків, вивільняє додатковий час для належного використання індивідуальних обмежень. При цьому вдається не завдати значної шкоди правам людини.

За результатами обговорення був досягнутий доволі ліберальний компроміс. ДПтС погодила більшість змін, за умови окремих поступок з нашого боку. Наприклад, у першій версії Проекту максимальним строком застосування обмежень права на телефонні дзвінки, кореспонденцію, побачення було 30 днів, однак, після дискусії, було погоджено можливість продовження цього строку у виняткових випадках одноразово

на такий самий строк, що вимагає від адміністрації додаткового обґрунтування<sup>1452</sup>.

Як результат обговорення із ДПтС, на друге читання проекту від неї практично не надійшло принципових зауважень. На відміну від правок на друге читання до проекту 2685, в якому Інститут кримінально-виконавчої служби категорично виступив проти включення лімітативних клаузул до КВК, проект 2291а був сприйнятий більш лояльно. Це не може не дивувати, з огляду на те, що зміни щодо обмежень у ЗУ «Про попереднє ув'язнення» набагато кардинальніше змінюють чинний жорсткий підхід до обмежень осіб, узятих під варту, ніж зміни до КВК щодо прав засуджених.

Як бачимо, зауваження щодо впровадження нових стандартів обмежень прав здебільшого фокусувалися на труднощах їх практичного впровадження, а також питаннях їхньої безпечності для суспільства. Незважаючи на це, було досягнуто компромісного варіанту рішення, що є прикладом узгодження інтересів порядку і безпеки із ліберальнішими підходами до обмежень прав.

### Закон про пенітенціарних суддів

Переважає більшість скарг українських в'язнів до ЄСПЛ стосується тримання в неналежних умовах. Україні загрожує прийняття пілотного рішення проти України у зв'язку із відсутністю ефективних превентивних та компенсаційних заходів<sup>1453</sup> для жертв катувань та іншого неналежного поводження (стаття 3 Конвенції), як це вимагається в контексті статті 13 Конвенції.

З огляду на це, фахівцями Ради Європи було розроблено доповідь щодо того, як в Україні можна закріпити відповідні превентивні та компенсаційні заходи задля виконання відповідних рішень ЄСПЛ. 12 жовтня 2015 р. наказом Міністра юстиції України № 283/7 створено міжвідомчу робочу групу задля вирішення проблеми, до якої було включено і автора цієї роботи. В рамках цієї групи нами було підготовлено відповідний проект закону, який враховує кращі практики окремих країн ЄС та практику ЄСПЛ. Проектом пропонується створити превентивні та компенсацій-

---

<sup>1452</sup> Для аналізу інших компромісів та більш детального порівняння першопочаткової версії проекту закону та зареєстрованої в парламенті версії порівн. зареєстрований проект із раніше опублікованою нами версією див.: *Човган В. О.* Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). — С. 85–90).

<sup>1453</sup> Превентивні заходи спрямовані на припинення та недопущення неналежного поводження в майбутньому. Компенсаційні заходи спрямовані на відшкодування жертвам неналежного поводження, які можуть полягати як у грошовій компенсації, так і, наприклад, у зменшенні строку відбування покарання.

ні заходи, а також передбачається створення інституту пенітенціарного судді, який їх застосовуватиме<sup>1454</sup>.

Законопроект стосується головним чином інших питань, ніж обґрунтованість обмежень, але він містить норми, які вдосконалюють існуючі стандарти з цього приводу.

Як аргументувалось раніше, максимальне залучення судів до процесу оцінки обмежень прав в'язнів є суттєвим потенційним чинником, що може розвивати національний стандарт обмеження прав. Чинне ж вітчизняне законодавство та практика створили таку ситуацію, у якій право в'язнів на доступ до суду складно (а іноді й неможливо) реалізувати<sup>1455</sup>.

З огляду на це, до численних повноважень пенітенціарного судді пропонується включити і повноваження зі встановлення обґрунтованості індивідуальних обмежень прав осіб, які тримаються в установах попереднього ув'язнення чи виконання покарань (зміни до статті 537 КПК).

Видається, що пенітенціарний суддя знаходиться в кращій позиції для розгляду таких питань, ніж суддя районного суду<sup>1456</sup>. По-перше, він неминуче матиме кращу кваліфікацію саме з питань пенітенціарного законодавства та зможе більш глибоко проаналізувати юридичні аспекти. По-друге, він зможе особисто заслухати позиції обох сторін — в'язня й ад-

---

<sup>1454</sup> Деталі щодо обґрунтування та конкретних механізмів впровадження новацій див. у проекті та пояснювальній записці: Проект Закону про превентивні і компенсаційні засоби у зв'язку з катуванням, нелюдським чи таким, що принижує гідність, поводженням або покаранням щодо засуджених та осіб, узятих під варту, та запровадження інституту пенітенціарних суддів № 4936 від 08.07.2016 // [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=59613](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=59613) (останній доступ 18.07.2016). Щодо контексту див. також: Човган В. О., Яковець І. С. Превентивні та компенсаційні заходи як захист від катувань і жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження чи покарання // Вісник кримінологічної асоціації. Збірник наукових праць. — 2016. — № 2. — С. 184–198.

<sup>1455</sup> Головною проблемою є відмова районними судами від прийняття до розгляду цих справ, оскільки, на їх думку, вони мають розглядатись в порядку адміністративного судочинства і навпаки — адмінсуди відмовляють на підставі необхідності їх розгляду в рамках виконання вироків, тобто в порядку КПК. Такий стан справ вже призвів до порушення Європейської конвенції (*Vintman v. Ukraine* (23.01.2015, no. 28403/05)).

<sup>1456</sup> Раніше нами було розроблено та обговорено на базі Підкомітету Верховної Ради Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо вдосконалення доступу до правосуддя осіб, які утримуються в установах попереднього ув'язнення та виконання покарань) (2255а від 03.07.2015), який пізніше був прийнятий та став законом. Він передбачав врегулювання дискусійної питання юрисдикції районних та адміністративних судів щодо справ осіб, які тримаються в пенітенціарних установах. Такі справи тепер мають бути підсудні районним судам, однак розглядатись в порядку адміністративного судочинства, що надасть можливість застосування принципу пропорційності обмежень, який безпосередньо закріплений у Кодексі адміністративного судочинства (пункт 3.8 статті 2 КАС України). Такий підхід створює ґрунт для розширення практичного застосування принципу пропорційності в пенітенціарній сфері.

міністрації та безпосередньо дослідити докази. По-третє, він зможе більш оперативно вирішувати такі справи.

Вирішення ж подібних справ районними судами може бути надто поверховим через їх порівняну «незначущість» для районних суддів, а також небажання (або ж побоювання) втручання в діяльність пенітенціарних установ<sup>1457</sup>. Крім того, особиста участь в'язня в таких засіданнях, як правило, виключається.

На додаток, зазначимо, що застосування превентивних та компенсаційних засобів, пов'язаних з неналежним поведінням, може включати й вирішення питання щодо окремих обмежень. Відомо, що при оцінці порушення статті 3 Конвенції до уваги беруться не тільки конкретні дії чи бездіяльність адміністрації. Може (і повинна) братись до уваги і сукупність різних чинників, які стосуються умов тримання<sup>1458</sup>. До таких чинників можуть відноситись і обмеження прав, таких як право на приватність. Врахування застосованих обмежень задля цілей аналізу дотримання статті 3 Конвенції є особливо актуальним, коли стосується умов та порядку тримання в одиночному ув'язненні.

Враховуючи превентивний фокус Законопроекту, він дозволяє також вирішити питання необґрунтованості обмежень навіть у порядку превенції, тобто прийняти рішення про недопущення тих чи інших обмежень у разі необхідності.

### 3.7.2. План дій у сфері прав людини

У грудні 2015 український уряд опублікував План дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 р.<sup>1459</sup>. План дій став результатом діяльності робочих груп, які були створені Міністерством юстиції України та складались з представників громадянського суспільства, органів державної влади та міжнародних організацій. Варто зауважити, що робота робочих груп відбувалася в доволі швидкому режимі, адже прийняття Плану до кінця 2015 р. було однією з вимог, пов'язаних із євроінтеграційними процесами.

Нам випала нагода безпосередньо розробляти ті положення Плану, які стосуються прав людини в пенітенціарній сфері. Серед них є як ті, що

---

<sup>1457</sup> Однією з причин цього може бути відсутність належної кваліфікації та розуміння в'язничних практик.

<sup>1458</sup> *Kalashnikov v. Russia* § 95 (no. 47095/99, 15.10.2002).

<sup>1459</sup> Розпорядження Кабінету Міністрів України від 23 листопада 2015 р. № 1393-р «Про затвердження плану дій з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року» // <http://www.kmu.gov.ua/control/uk/cardnpd?docid=248740679> (останній доступ 26.11.2016).

спрямовані на закріплення кращих стандартів обмежень прав, так і інші, більш глобальні напрямки пенітенціарної реформи, як-от демілітаризація ДПтС, її безпосереднє перепідпорядкування в склад Мін'юсту, залишення колективної системи тримання засуджених, зменшення максимальної наповнюваності пенітенціарних установ, запровадження новітніх технологій менеджменту процесу виконання покарань та тримання під вартою, покращення механізму імплементації міжнародних пенітенціарних стандартів, надання незалежного статусу в'язничній медичній службі та багато ін<sup>1460</sup>.

Оскільки у вищезазначених законопроектах були закріплені положення щодо втілення в українському законодавстві пропорційності обмежень, План дій був покликаний виконати допоміжну роль у їх ефективній реалізації.

Наприклад, велика увага приділена питанню обмеження права на приватність.

Пункт 7.8 Плану закріплює необхідність встановлення в кожній установі виконання покарань та установі попереднього ув'язнення скриньок для кореспонденції, доступ до яких матиме лише суб'єкт, відповідальний за збирання кореспонденції. При цьому унеможлиблюється доступ до скриньок та кореспонденції, яка міститься в них, адміністрації установ виконання покарань та установ попереднього ув'язнення. Відповідальним за забирання кореспонденції має стати Українське державне підприємство поштового зв'язку «Укрпошта» (п. 7.7).

Ідея залучення незалежного посередника між засудженими та отримувачами їхньої кореспонденції містилась у рекомендаціях ЄКЗК України. Так, у п. 124 Доповіді про візит в Україну в 2000 р. вказується на один із шляхів забезпечення конфіденційності скарг ув'язнених — встановлення скриньок, доступ до яких матимуть лише особи, які викликають довіру. У п. 136 доповіді про візит в Україну в 2002 р. Комітет уже вказував на необхідність негайного виконання рекомендації щодо конфіденційності процедури оскарження, висловленої в попередній доповіді, у тому числі й щодо встановлення скриньок, що зможуть перевірятися особами, які викликають довіру. Таким чином, Комітет натякав, що особи, які займатимуться відправкою кореспонденції, не повинні належати до пенітенціарного відомства.

---

<sup>1460</sup> Див. детальний опис та пояснення новацій у статті: Човган В. Ключові напрями пенітенціарної реформи як складові національного Плану дій у сфері прав людини // [http://www.khpg.org/index.php?id=1453461065#\\_ftn1](http://www.khpg.org/index.php?id=1453461065#_ftn1) (останній доступ 26.11.2016). Російською: Човган В. Ключевые направления пенитенциарной реформы как составляющие национального Плана действий в области прав человека // <http://www.prison.org/content/mezhdunarodnyy-opyt-klyuchevye-napravleniya-penitenciarnoy-reformy-v-ukraine> (останній доступ 26.11.2016).



Положення щодо встановлення скриньок передбачає виключення процедури перегляду вихідної кореспонденції. Відповідна законодавча норма сформульована і у вищезазначеному проекті закону «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України (щодо поліпшення умов тримання засуджених)» (№ 2685 від 21.04.2015). Зокрема, нова редакція ч. 3 ст. 113 КВК України вказує, що кореспонденція, яка надсилається засудженими, перегляду не підлягає.

Це, однак, не виключає можливості обмеження права на приватність та втручання в таку кореспонденцію в загальному порядку, встановленому Кримінальним процесуальним кодексом України, у разі обґрунтованої підозри ризику вчинення злочину.

Аргументи представників ДПтС щодо небезпечності такої ініціативи (наприклад, ризик пересилання планів втеч та ін.) є досить сумнівними у світлі сучасних Інтернет- та GPS-технологій, а також того факту, що практично в кожній установі в'язні можуть мати нелегальний доступ до мобільних телефонів. На додаток, таке обмеження є необґрунтованим і з огляду на те, що в засуджених є низка можливостей передати відповідну інформацію під час тривалих побачень з родичами (коли контроль з боку адміністрації не поширюється на зміст розмов) чи конфіденційних побачень з адвокатами.

Крім того, виключення обов'язкового перегляду всієї кореспонденції економить вільний час відповідальних за перегляд кореспонденції співробітників. Цей час міг би бути більш ефективно використаний для втручання у вхідну кореспонденцію на підставі індивідуальної оцінки ризиків, як це передбачається згаданим проектом № 2685.

Що стосується попередньо ув'язнених, то, як було зазначено раніше, у відповідності до змін до ЗУ «Про попереднє ув'язнення» слідчий отримує можливість встановлювати контроль за кореспонденцією окремих осіб за умови дотримання відповідних процедур. При цьому необхідно є організація механізму, за якого співробітники адміністрації установи зможуть переглядати кореспонденцію таких осіб в разі її вкидання до конфіденційних скриньок. Одним зі способів виходу з проблеми можна було б запропонувати надання адміністрацією установи попереднього ув'язнення представникам пошти списку осіб, до яких слідчим застосовано обмеження права на кореспонденцію. При цьому для уникнення зловживань представник пошти повинен би реєструвати таку інформацію додатково.

Пункт 8.7 Плану передбачає створення онлайн-скарги. Зокрема, передбачається створення можливості подання особами, взятими під варту, та засудженими конфіденційної онлайн-скарги на неналежне поводження чи умови тримання за допомогою Спеціальної інформаційно-комунікаційної системи ДПтС до Національного превентивного механізму,

органів вищого рівня ДПтС, органів прокуратури. Це передбачає виключення можливості втручання сторонніх осіб до процесу подання скарги та внесення відповідних пропозицій щодо бюджетного фінансування зазначених заходів. На теперішній час ця система вже почала працювати в тестовому режимі, однак вона відразу викликала супротив з боку безпосередніх керівників пенітенціарних установ, в обхід яких скарги почали потрапляти до вищестоящих органів. У майбутньому передбачається необхідність формалізації права надсилання конфіденційних онлайн-скарж.

Така новація корелює зі змінами, які вносяться до КВК України вищезазначеним проектом № 2685 та закріплюють повну конфіденційність листування з органами державної влади.

Створення можливості конфіденційних дзвінків до органів державної влади (п. 8.4 Плану) є логічним продовженням ініціативи щодо права на онлайн-скаргу. Перш за все, такі дзвінки можуть здійснюватись зі стаціонарних телефонів установ, а також з авторизованих пенітенціарною установою мобільних телефонів, доступ до яких мають в'язні. Однак, на відміну від звичайних телефонних розмов, спілкування з органами державної влади не має передбачати жодного прослуховування, навіть у порядку винятку. Додамо, що практика свідчить, що в теперішній час засуджені дозволяють собі дзвонити на різні гарячі лінії навіть із власних нелегальних мобільних телефонів.

Конфіденційність обміну інформацією з органами державної влади означає максимальне наближення права в'язнів на звернення до влади із таким же правом вільних людей та є яскравим прикладом юридичної нормалізації. При цьому міркування безпеки та порядку не можуть визнаватись належними мотивами для обмеження цього права, адже в іншому разі виходило б, що держава не довіряє сама собі. Варто також брати до уваги, що необмежена реалізація права на звернення до органів державної влади за допомогою листування, телефону та Інтернету може мати для в'язнів навіть вищу актуальність, ніж для вільних осіб, адже способи захисту прав в пенітенціарних установах є більш обмеженими, аніж на волі.

План дій також передбачає й інші норми щодо лібералізації обмежень права на приватність.

Наприклад, серед заходів боротьби з катуваннями він передбачає проведення медичних обстежень засуджених, ув'язнених та затриманих поза межами чутиності і, якщо медичний працівник не бажає іншого в кожному конкретному випадку, поза межами видимості немедичного персоналу.

Це сприяє імплементації вимог щодо фіксування тілесних ушкоджень, які виявлено в засуджених, ув'язнених чи затриманих. Така вимога

прямо передбачається стандартами Європейського комітету з питань запобігання катуванням<sup>1461</sup>.

Раніше нами надсилались відповідні пропозиції до ДПтС України, однак вони зустріли гостру критику з її боку. Зокрема, аргументувалось, що це становить під загрозу медичних працівників, а також не було зрозуміло, як це організувати практично: як можна здійснювати нагляд візуально без прослуховування<sup>1462</sup>? Однак ДПтС не були враховані наші аргументи, що в разі, якщо медичний працівник бажає, то він може попросити про спостереження режимними співробітниками за процесом консультації; також не було взяте до уваги і побажання, що візуальне спостереження за межами чутності може бути організовано за допомогою обладнання одного медичного кабінету шумоізоляційними дверима із віконцем.

Пункт 7.12 Плану передбачає надання конфіденційних Інтернет-побачень засуджених та осіб, узятих під варту, з їхніми захисниками. Цей захід може значно полегшити доступ в'язнів до правової допомоги. За умови створення можливості дистанційного ознайомлення із різноманітними документами (наприклад, за допомогою скан-копій) така новація може повноцінно замінити частину особистих візитів осіб, які надають правову допомогу. Особливо актуальним це є для засуджених осіб з урахуванням створення можливості отримання ними безоплатної правової допомоги, адже велика їх частина відбуває покарання в установах далеко за межами великих міст (іноді більше сотні кілометрів), що ускладнює доступ захисників до них. На теперішній час нами у співпраці з Мін'юстом розроблено відповідний наказ, який зараз знаходиться в процесі погодження.

Цей захід цікавий тим, що окремі представники ДПтС уже висловили нам свою підтримку щодо його впровадження. Однак, з їх слів, має місце небажання з боку керівництва центрів безоплатної правової допомоги. У відповідності до Закону України «Про безоплатну правову допомогу» засуджені є тією категорією населення, які мають право на безоплатну правову допомогу. Практична реалізація цього права вимагає додаткових ресурсів з боку центрів, які надають таку допомогу. У свою чергу, ці центри тільки нещодавно розпочали свою діяльність, а тому знаходяться в процесі становлення. Можливо, саме тому має місце небажання брати на себе додатковий тягар Інтернет-консультацій в'язнів. З іншого боку,

---

<sup>1461</sup> Див. напр. 3-ю Загальну доповідь за 2012/2013 рік та пункт 30 Доповіді за результатами візиту до України у 2012 р.

<sup>1462</sup> Такі аргументи були надані 03.09.2015 під час нашої робочої зустрічі з керівництвом медичного управління ДПтС, яка була присвячена впровадженню міжнародних медичних стандартів у діяльність підконтрольних установ та медичних частин.

новітні технології економлять часовий ресурс, необхідний для особистого візиту до установ.

Разом із Інтернет-побаченнями з захисниками, у Плані міститься й захід щодо створення можливості Інтернет-побачень із іншими особами (п. 11.2). Важливо, що у Плані закріплюється необхідність внесення змін до законодавства, які будуть передбачати лімітативну калузу у відповідності до ч. 2 ст. 8 Європейської конвенції. Дослівно захід сформульований так: «Розроблення законопроекту про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України та проекту наказу Мін'юсту щодо вільного проведення Інтернет-побачень засуджених та осіб, узятих під варту, з можливістю застосування обмеження їх конфіденційності у виключних випадках відповідно до вимог частини другої статті 8 Конвенції на підставі індивідуально-вмотивованого рішення».

Звичайно, технічна організація таких побачень є справжнім викликом для ДПтС. Разом з тим уже тепер Службою розроблена спеціальна програма для Інтернет-побачень, яка передбачає збереження запису розмови на спеціальному сервері. До нього в разі необхідності може бути здійснено доступ. Це надає додаткові гарантії для попередження зловживання. Разом з тим процедура доступу до такого сервера має бути спеціально врегульована для виключення необґрунтованого доступу до нього адміністрацією пенітенціарної установи. В іншому разі лімітативна клаузула як гарантія невтручання в розмову могла б бути повністю знівельована.

Праву на побачення в Плані приділено спеціальну увагу. З нашої точки зору, обмеження права на приватність (а особливо під час побачень) є одним із найкращих індикаторів впровадження стандартів обмежень прав у пенітенціарних установах.

З цього приводу План передбачає розроблення законопроекту про внесення зміни до Кримінально-виконавчого кодексу України для збільшення частоти побачень засуджених до не менш як одного разу на тиждень<sup>1463</sup> незалежно від виду та рівня безпеки кримінально-виконавчої установи (п. 32.4). Така частота побачень відповідає звичній європейській практиці.

Також передбачається внесення змін до правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів та установ виконання покарань щодо надання закритих побачень (із застосуванням перегородки) засудженим та взятим під варту особам як виняток, а відкритих побачень (з можливістю фізичного контакту) — як правило. Такий підхід недвозначно вимагається практикою Європейського суду з прав людини та Комітету з запобігання катуванням, в тому числі в їхніх стандартах, які безпосередньо стосуються України.

---

<sup>1463</sup> На сьогодні — це одне побачення на місяць.

У пункті 137 доповіді про візит 2002 р. Комітету з запобігання катуванням вказується: «ЄКЗК не схвалює той факт, що короткострокові візити головним чином відбуваються в незручних скляних будках, де ув'язнені та їхні відвідувачі повинні користуватися телефоном. ... Приемним виключенням є кімната для побачень у СІЗО № 21 для неповнолітніх і «економічних» правопорушників. Цьому прикладу варто слідувати. ... Комітет схвалює плани... з метою перегляду умов, у яких проходять побачення, і якнайшвидшого забезпечення того, щоб побачення осіб, що перебувають у попередньому ув'язненні, і осіб, що відбувають покарання, відбувалися дедалі в більш відкритих умовах».

У своїй відповіді на це зауваження національна влада відповіла: «Метою поліпшення безпосереднього контакту при короткострокових побаченнях у Ромненській виправній колонії № 56 та Шосткинській виправній колонії № 66 було, як експеримент, демонтовано скляні перегородки, що розділяли ув'язнених та їхніх відвідувачів. Якщо експеримент виявиться успішним, будуть дані рекомендації зробити те ж саме в інших пенітенціарних установах»<sup>1464</sup>.

У доповіді про візит 2005 р. ЄКЗК вказав (п. 145): «Як і раніше, короткострокові побачення проводяться в скляних будках, коли ув'язнені та відвідувачі розмовляють через скляну перегородку по телефону (деякі з яких, наприклад, у колонії № 65, несправні). Українська влада заявила в цьому зв'язку, що обладнання місць для побачень без скляної перегородки передбачено як частина робіт з реконструкції у відділеннях для побачень».

Рекомендація була знову видозмінена та повторена в доповіді 2009 р. (п. 153): «Змінити умови для короткотермінових візитів з тим, щоб ув'язнені могли отримувати відвідування в досить відкритих умовах. Відкриті відвідування мають бути правилом, а закриті — винятком. Такі винятки мають базуватися на обґрунтованих і вмотивованих рішеннях з урахуванням індивідуальної оцінки потенційного ризику, пов'язаного з конкретним ув'язненим. Крім того, місткість кімнат короткострокових побачень має бути збільшена, щоб задовольнити потреби засуджених».

Систематичне використання скляних перегородок під час побачень визнавалось порушенням Європейської конвенції. Відсутність можливості контакту із рідними під час побачень та спілкування за допомогою телефонної трубки та через скло може призводити до порушення статті 8 Конвенції<sup>1465</sup>.

Іншими видами обмеження права на приватність, про які згадується в Плані, є обшуки та застосування технічних заходів нагляду і контролю.

<sup>1464</sup> Цей експеримент не мав суттєвого подальшого розвитку.

<sup>1465</sup> Див., наприклад, рішення ЄСПЛ у справах *Trosin v. Ukraine* (No. 39758/05, 23.02.2012), *Horych v. Poland* (No. 13621/08, 17.04.2012).

Зокрема п. 32.2 передбачає розроблення та затвердження нормативно-правового акта щодо використання технічних засобів нагляду і контролю в місцях перебування засуджених та осіб, узятих під варту, із забезпеченням належних гарантій від необґрунтованих обмежень права на приватність з урахуванням пропозицій, які надійшли під час громадського обговорення проекту наказу Мін'юсту «Про затвердження нормативно-правових актів з питань використання технічних засобів нагляду і контролю в місцях перебування засуджених та осіб, узятих під варту». В рамках співпраці з Харківською правозахисною групою нами були розроблені відповідні пропозиції<sup>1466</sup>, які були надіслані до Мін'юсту під час обговорення вказаного проекту нормативно-правового акта. Вони передбачали індивідуалізацію обмежень, процедурні гарантії від зловживання їх застосуванням. Однак, розробка цього документа Мін'юстом пізніше була призупинена із незрозумілих причин. Його головним недоліком була повна відсутність навіть згадки про будь-яку пропорційність чи індивідуалізацію вжиття технічних заходів, а місцями навіть доходило до абсурду. Наприклад, проект Наказу не мав жодних обмежень щодо застосування технічних засобів (як-то відеоспостереження) навіть в туалетах.

Що стосується обшуків, то в Плані міститься п. 32.7, який передбачає вдосконалення правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів та установ виконання покарань щодо порядку проведення обшуків в установах виконання покарань та попереднього ув'язнення з метою недопущення систематичних, без обґрунтованих підстав та вмотивованого рішення обшуків. Як видно, у заході зроблено акцент на недопустимості систематичних (а значить, без індивідуальної оцінки) обшуків так само, як на необхідності мотивації рішення про обшук та вказівки на обґрунтовані підстави. Таке акцентування узгоджується з висновками в цій роботі щодо важливості мотивації обмежень прав.

Разом з тим залишається питання допустимості обшуку в разі термінової потреби. Особливо це стосується особистих обшуків. Одним із способів може бути порядок, схожий до того, що застосовується в порядку КПК, коли допускається складання відповідного документа *post factum*. Однак таке застосування має бути максимально обмеженим. За загальним правилом обшуки, особливо такі, як обшуки жилих приміщень, мали б проводитись на підставі вмотивованого рішення. Теперішні документи під грифом «для службового користування» передбачають «планові» обшуки, які не мають нічого спільного із належним забезпеченням права на приватність. З іншого боку, колективна система тримання засуджених, яка

<sup>1466</sup> Човган В. О. Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). — С. 189–198.

до цих пір поширена в Україні, polegшує завдання адміністрації обґрунтувати обшук жилих колективних приміщень. Така система об'єктивно створює необхідність частих обшуків, адже відомою є висока порівняно із камерною системою тримання вірогідність проникнення та поширення в приміщеннях барачного типу заборонених предметів.

Відхід від колективної системи тримання є одним зі стратегічних напрямків Плану. Передбачається розроблення та внесення на розгляд Кабінету Міністрів України Державної цільової програми щодо поступової реорганізації колективної системи тримання в установах виконання покарань до камерної системи тримання (п. 32.1). Колективна система призводить до цілого комплексу неналежних обмежень прав та інших негативних наслідків.

У своїй 11-ій Загальній доповіді (2001) Європейський комітет запобігання катуванням (ЄКЗК, Комітет) критикував «сам принцип розміщення (в'язнів) у гуртожитках із великою кількістю місць», адже часто тримання в таких гуртожитках «призводило до тримання в тісноті та шкідливих умовах». На додаток до недостатності приватності, Комітет встановив високий ризик залякування й насилля окремих в'язнів та проблеми контролю з боку персоналу. Більше того, належне розміщення в'язнів у відповідності до їхнього індивідуального ризику ставало практично неможливим.

Під час візиту до України в 2009 р. Комітет критикував колективне тримання, вказуючи на конкретні порушення у зв'язку із таким триманням у Бучанській виправній колонії (п. 113 Доповіді про візит в Україну в 2009 році).

У документі «Житловий простір на в'язня у в'язничних установах: стандарти ЄКЗК» Комітет резюмує, що з огляду на проблеми масового колективного тримання у гуртожитках, він тривалий час виступає за відхід від багатомісних приміщень гуртожитків на користь менших житлових відділень<sup>1467</sup>.

Специфіка архітектури українських в'язниць пов'язана із радянським минулим. Радянська філософія виконання покарань передбачала, що засуджений повинен виправлятися шляхом залучення до праці, а також «колективом і через колектив». Наслідком такого підходу стала побудова пенітенціарних установ колективного типу або «колоній» — як вони називаються в Україні. Колонії — це в'язниці із камерами барачного типу, які, як правило, розраховані на велику кількість людей. Зазвичай, у них засуджені проживають не по одному і не по кілька осіб, а групами. Причому в одному приміщенні може утримуватись до 50 або й більше осіб.

<sup>1467</sup> Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards (CPT/Inf (2015) 44, 15.12.2015). — Р. 3.

Раніше нами описувалась низка проблем з погляду прав людини, які виникають у разі тримання засуджених у приміщеннях колективного ув'язнення — т. зв. «казармах»<sup>1468</sup>. Це і питання менеджменту, коли адміністрація установи вимушена покладатись на неформальних лідерів, які керуватимуть масою засуджених, які мешкають у багатомісному приміщенні; це і проблема насильства між засудженими. Співжиття із великою кількістю осіб, до того ж із кримінальним минулим, неминуче призводить до виникнення систематичних конфліктних ситуацій, які в окремих випадках можуть переростати в психічне і фізичне насильство. Особливо це відноситься до уразливих груп засуджених, які, знаходячись у постійному оточенні інших засуджених, піддаються особливо високому ризику насильства та дискримінації<sup>1469</sup>.

Право на приватність страждає особливо. У приміщеннях із великою кількістю засуджених фактично відбувається триваюче втручання в право на приватність. Майже відсутність можливостей залишитись наодинці, не рахуючи випадки дисциплінарних стягнень та окремі нетривалі моменти, є суттєвим втручанням у право на приватність. Це призводить до різноманітних намагань засуджених уникнути такого втручання, як-то завішування ними своїх ліжок (часто кількоповерхових) простиратлами, щоб залишитись наодинці. З іншого боку, такі дії є порушенням режиму відбування покарання, адже забороняються Правилами внутрішнього розпорядку установ виконання покарань (Розділ 3 пункт 3). За таких умов засудженим доводиться постійно знаходитись в оточенні інших засуджених, піддаватись різноманітним незручностям — стороннім шуму та запахам. Непоодинокими є скарги засуджених на випадки, коли таке розміщення призводить до захворювання на трансмісивні хвороби, на кшталт ГРВІ або й туберкульозу.

Як видно, в'язнична архітектура може детермінувати підходи до обмежень прав. Це створює для в'язничної адміністрації особливо складне завдання балансування індивідуальних інтересів не тільки з вимогами безпеки, а й з вимогами колективу, у якому тримаються засуджені. Простим і наочним прикладом є складність узгодження у великому колективі

---

<sup>1468</sup> Детальніше див. Проміжний альтернативний звіт Української Гельсінської спілки з прав людини щодо виконання рекомендацій, наданих Комітетом ООН проти катувань за результатами розгляду шостої періодичної доповіді України (CAT/C/UKR/6) / А. Б. Блага, О. А. Мартиненко, І. О. Теличкін, В. О. Човган; за заг. ред. А. П. Буценка: Науково-практичне видання / Українська Гельсінська спілка з прав людини. — Київ: КИТ, 2015. — С. 16–17. Англійською: *Alternative interim report by Ukrainian Helsinki Human Rights Union on implementation of recommendations, provided by the Committee against Torture based on the consideration of the sixth periodic report of Ukraine (CAT/ C/UKR/6) / Blaga A., Martynenko O., Telychkin I., Chovgan V. Ed. by Arkadiy Bushchenko.* — Kyiv, KIT, 2015. — pp. 14–16.

<sup>1469</sup> Ibid.



засуджених прослуховування радіо на різних каналах у відповідності до особистих вподобань різних засуджених.

План передбачає і гарантії для супроводжуваного виїзду засуджених за тяжкі та особливо тяжкі злочини за межі пенітенціарної установи в разі смерті близьких родичів. Ним вимагається закріплення можливості супроводжуваного виїзду за межі установи попереднього ув'язнення чи виконання покарань у зв'язку із смертю або тяжкою хворобою близького родича (що загрожує життю хворого) для всіх категорій узятих під варту осіб та засуджених (п. 32.6).

Стаття 111 КВК передбачає можливість короткострокового виїзду (не більше 7 діб) у зв'язку зі смертю чи тяжкою хворобою (що загрожує життю) родичів тільки для тих засуджених, які тримаються у виправних колоніях мінімального рівня безпеки з полегшеними умовами тримання, дільницях соціальної реабілітації виправних колоній мінімального рівня безпеки із загальними умовами тримання і виправних колоніях середнього рівня безпеки та виховних колоніях. Однак чинна редакція виключає всіх інших засуджених, які тримаються в колоніях. Вони не мають жодної можливості здійснювати виїзд за межі установи в разі смерті чи тяжкої хвороби навіть найближчих родичів незалежно від поведінки під час відбування покарання та індивідуальних ризиків. Це не відповідає Європейській конвенції<sup>1470</sup>. Разом з тим представники Міністерства юстиції вже дали нам зрозуміти, що гнучкість у цьому обмеженні є неможливою на практиці. На їхнє переконання, повільна система конвоювання, яка існує в Україні (яке переважно здійснюється залізничними вагонами)<sup>1471</sup>, не дозволяє забезпечити індивідуальну участь в'язнів у похоронах близьких.

План дій передбачає і врегулювання права на особисту участь у судових засіданнях. Зокрема, передбачається розроблення змін до законодавства різних галузей права щодо підстав та порядку безпосередньої участі в судовому засіданні осіб, які відбувають покарання та щодо яких обрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, з урахуванням рішення Конституційного Суду України за поданням громадянина Трояна А. П. від 12 квітня 2012 р. № 9-рп/2012, а також практики Європейського суду з прав людини. Рішення КСУ, про яке згадується в заході, вказує на те, що засуджений володіє правом бути представленим у суді

<sup>1470</sup> Див., наприклад, рішення Європейського суду у справах засуджених *Giszczak v. Poland* (но. 40195/08, 29.11.2011) (відмова відвідати малолітню доньку, яка при смерті), *Płoski v. Poland* (но. 26761/95, 12.11.2002) (відмова відвідати похорони батьків, які вмерли один за одним), а також протилежну справу, у якій ЄСПЛ встановив відсутність порушення Конвенції у зв'язку з відмовою відвідати похорони своєї баби (*Kubiak v. Poland* № 2900/11, 21.04.2015).

<sup>1471</sup> Іноді конвоювання між сусідніми областями може тривати кілька тижнів, не кажучи вже про конвоювання до віддалених областей.

особисто у відповідності до національного процесуального законодавства. Однак, враховуючи відсутність належного законодавства з цього приводу, домогтися такої участі на практиці є складним завданням. Така ситуація може становити порушення Європейської конвенції. Тому при здійсненні заходу має бути врахована і відповідна практика ЄСПЛ (див., наприклад, рішення у справі *Karpenko v. Russia* (no. 5605/04), де Суд встановив порушення статті 6 Конвенції через заборону засудженому взяти безпосередню участь у судовому засіданні щодо позбавлення його батьківських прав. Судова практика проти Росії демонструє актуальність необхідності забезпечення особистої участі в'язнів у розгляді окремих категорій судових справ<sup>1472</sup>. Нещодавно нами у співпраці з Мін'юстом було розроблено відповідний законопроект, який зараз проходить необхідне погодження. Разом з тим представниками влади нам неодноразово озвучувалася теза, що створення системи онлайн участі в'язнів у судових засіданнях є достатнім замінником безпосередньої участі у судовому процесі. Сумнівність такого твердження є очевидною для осіб, які коли-небудь приймали участь у судовому процесі за допомогою онлайн конференції.

План дій також містить положення щодо реалізації деяких цивільних прав.

До них відноситься спрощення користування засудженими та особами, які взяті під варту, коштами, які зароблені ними (після необхідних відрахувань), шляхом розроблення механізму зберігання таких коштів на карткових банківських рахунках на власний вибір та вільного розпорядження ними, а також створення системи індивідуальних розрахункових карток. Вільне розпорядження своїми коштами є ускладненим, коли особа не має вибору в місці їх зберігання. Таке розпорядження стає ще складнішим у разі, якщо особовим рахунком в'язня розпоряджається пенітенціарне відомство.

З урахуванням того, що для обмеження права на місце зберігання законних коштів в'язня не вбачається обґрунтованих підстав, законодавство має визначати механізми вільного розпорядження ним своїми грошима. Право вільно володіти і особливо розпоряджатись коштами на безготівковому рахунку, на відміну від володіння і розпорядження коштами в готівці в межах пенітенціарної установи, може мати різну користь. Це може бути полегшення підтримки своєї родини або підтримки з її боку, вирішення поточних побутових та інших питань, які виникають під час відбування покарання (в т. ч. щодо розпорядження іншим майном на волі), і навіть

---

<sup>1472</sup> Див. *mutatis mutandis Kovalev v. Russia* (no. 78145/01, 10.05.2007), *Khuzhin and Others v. Russia* (no. 13470/02, 23.10.2008), *Shilbergs v. Russia* (no. 20075/03, 17.12.2009), *Artyomov v. Russia* (no. 14146/02, 27.05.2010), *Roman Karasev v. Russia* (no. 30251/03, 25.11.2010).

бізнес-інтереси<sup>1473</sup>. І хоча, зазвичай, за допомогою завіреної довіреності здійснення розпорядженням рахунків на волі не викликає значних проблем, то використання зароблених в установі коштів, а також коштів, що надходять з боку родичів, мало б бути врегульовано. Відсутність належного регулювання щодо вільного розпорядження своїм банківським рахунком є прикладом того, як відсутність механізму здійснення права може бути формою обмеження права<sup>1474</sup>. Необхідність ліберального порядку розпорядження своїми коштами є ще більш актуальною, якщо врахувати зміни до КВК щодо повного зняття лімітів на використання коштів засудженими<sup>1475</sup>. Наразі Мін'юстом планується пілотний проект для випробування користування банківськими картками у двох пенітенціарних установах. Однак він уже наштовхнувся на низку бюрократичних перепон, що стало прикладом того як може бути складно організувати скасування обмеження, юридичну нормалізацію всього лише одного аспекта в'язничного життя, навіть тоді, коли міркування безпеки не є головною проблемою.

План дій також передбачає усунення підстав для застосування автоматичних обмежень. До них можна віднести, наприклад, нову систему первинної (вирішення питання, до якої установи відправити особу для відбування покарання) та вторинної (вирішення питання щодо розміщення в межах однієї установи) класифікації. Ця система має спиратися на оцінку ризиків, релевантних до відповідної класифікації; здійснення періодичної переоцінки ризиків з урахуванням даних, зібраних у процесі відбування покарання (п. 8.15).

На теперішній час в Україні немає спеціальної системи оцінки ризиків, яка використовувалася б у вказаній системі класифікації. Сучасний підхід базується на формалістському підході і класифікація часто залежить виключно від формальних критеріїв, таких як факт відбування покарання в минулому чи вид вчиненого злочину. Цей підхід не допускає гнучкості і, відповідно, індивідуалізації обмежень. Як наслідок, можуть мати місце обмеження прав, які не є обґрунтованими в індивідуальних випадках, а тому є непропорційними.

---

<sup>1473</sup> Українська практика свідчить, що трапляються випадки перебування в ув'язненні мільйонерів.

<sup>1474</sup> Див. підрозділ 1.1.1.1 «Зміст права».

<sup>1475</sup> Раніше КВК України передбачав певні ліміти на витрачання коштів засудженими. До того ж кошти мали бути зароблені в установі. В якості заохочення могло бути дозволено використовувати додаткові суми (ст.ст. 138, 139, 140). Однак Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення виконання кримінальних покарань та реалізації прав засуджених 2490а від 10.08.2015, який був нещодавно прийнятий, скасував обидва обмеження.

На суперечність існуючої системи класифікації міжнародним стандартам вказувалось і в доповіді КЗК про візит до України 2012 р. У Доповіді КЗК вказав на проблему низького рівня розсуду в'язничної адміністрації у визначенні виду колонії, у якій мають утримуватися засуджені (п. 55): «Можливості розсуду в'язничної адміністрації надмірно обмежуються законом. Кілька категорій засуджених автоматично утримуються в умовах максимальної безпеки та поміщаються в ізоляцію з профілактичною метою протягом тривалого строку після вироку суду і лише з урахуванням вчинених ними злочинів. ... Рішення про те, чи потрібно застосовувати певний рівень безпеки або ж ізоляційних заходів з профілактичною метою має залежати тільки від тюремної адміністрації та здійснюватися тільки на підставі індивідуальної оцінки ризиків і не має бути частиною кримінального покарання. **Комітет підтверджує свою рекомендацію про те, що з цього приводу мають бути внесені зміни у відповідні нормативні положення**» (виділено Комітетом).

Те, що розподіл в установи не має бути частиною покарання, означає перш за все те, що такий розподіл не повинен автоматично впливати з виду вчиненого злочину, а в'язнична адміністрація повинна мати можливість на підставі оцінки індивідуальних ризиків розміщати засуджених, наприклад, в установах нижчого рівня безпеки та *vice versa*.

### Висновок до розділу 3.7

Теорія обмежень прав в'язнів є новою для України. Напрацювання радянських теоретиків у цій сфері, які використовуються й сьогодні, є далекими від прогресивних ідей стандарту пропорційності. Не дивно, що вітчизняне законодавство є далеким від того, щоб свідомо регулювати підстави та процес обмежень прав, а українські фахівці практично не займаються цією тематикою цілеспрямовано. Закономірним є й те, що обмеження прав, які закріплені в українському законодавстві, часто є автоматичними, адже підхід «усіх під одну гребінку» був звичним радянській системі колективного відбування покарань. В таких умовах гнучкість обмеження прав сприймається, перш за все, не як можливість впровадження індивідуального підходу та пом'якшення становища особи, а як підставу для свавілля та надмірної дискреції.

Звичайно, чинні норми не могли не регулювати (хоча б опосередковано) питання, які стосуються обмежень. Однак вони не закріпили лімітативних клаузул у загальноприйнятому за кордоном розумінні. У цьому контексті наші напрацювання у сфері законодавства дають можливість щонайменше започаткувати в наукових колах дискусію з такої важливої теми, як обмеження прав. Крім того, є підстави сподіватись, що ці ініціа-

тиви стануть початком для належного розвитку стандарту обмежень прав у майбутньому пенітенціарного законодавства.

Наше залучення до процесу розробки законодавства, особливо з питань обмежень прав, надало можливість отримати кілька уроків.

Необізнаність щодо міжнародних стандартів обмежень прав в'язнів та практик їх застосування призвела до критики ідей закріплення лімітативних клаузул та відповідних процесуальних гарантій не тільки органами державної влади, а й окремими експертами з наукових кіл. У такій ситуації в нагоді ставали посилання на конкретні стандарти, хоча й цього часто було недостатньо. Головне занепокоєння викликала безпечність нових, ліберальніших підходів. З цього приводу єдиними підходящими аргументами виявились приклади досвіду інших держав, у яких є певна практика, що свідчить про безпечність того чи іншого підходу, а також вітчизняний досвід, який хоч якось свідчив про безпечність скасування (зменшення) певних обмежень.

Важливим спостереженням було й те, що сама ідея гуманізації майже не ставилася під питання. Принциповим було якраз питання щодо безпеки нових ліберальніших обмежень з емпіричної точки зору, а також щодо практичної можливості пенітенціарної адміністрації справлятися із двома головними обов'язками — забезпеченням прав та гарантування безпеки і порядку в установі.

Тому український приклад дозволяє стверджувати, що належне емпіричне обґрунтування є принципово важливим інструментом у питанні встановлення оптимального балансу між безпекою та порядком. Як вказувалось раніше, певним заміником такого емпіричного обґрунтування може стати власний досвід та досвід інших країн.

---

## ВИСНОВОК (Частина III)

Здійснений аналіз законодавства та практики зарубіжних країн демонструє схожі проблеми їхніх стандартів обмежень прав в'язнів. Головним нашим спостереженням є те, що практично в них усіх існує стандарт обмежень, який не повною мірою імплементує ідею пропорційності та похідної від нього вимоги мінімальності обмежень. Проблема може полягати, наприклад, у відсутності однозначної вимоги щодо пропорційності/мінімальності обмежень (Нідерланди, Франція, Британія, США), викривленому/репресивному розумінні пропорційності (США), закріпленні ідеї фактичних обмежень (обмежень, які випливають з факту ізоляції) (Франція, Бельгія), неузгодженості допустимих для обмежень цілей між загальною лімітативною клаузулою та спеціальними клаузулами щодо обмежень окремих прав (Франція, Канада, Нідерланди). З цього приводу нами формулюються певні пропозиції, як-от оптимальні формулювання загальної лімітативної клаузули, недопустимість одночасного встановлення різних цілей, з якими допустимо застосовувати обмеження в загальній та спеціальній клаузулах, недопустимість закріплення ідеї фактичних обмежень та ін.

Аналіз також демонструє, що роль лімітативної клаузули залежить від її використання на практиці, адже часто стандарт має скоріше декларативний, аніж регулятивний характер. Посилення регулятивного впливу лімітативної клаузули може здійснюватись шляхом надання їй процедурного характеру, вказівки щодо порядку її застосування, строків обмежень та ін. Також те, чи має стандарт обмежень значення на практиці, головним чином залежить від того, чи використовується він і, якщо так, то чи повною мірою він використовується судами для оцінки обґрунтованості обмежень. Саме розвинута судова практика є найкращим показником ефективності та якості стандарту обмеження. Пенітенціарна адміністрація, яка розуміє, що обмеження прав може бути скасоване судом, а особливо якщо це може мати для неї певні юридичні наслідки, буде більш схильною до практичного застосування стандартів обмежень.

Допустимість та межі втручання судової влади в діяльність в'язничної адміністрації знаходиться в центрі дискусії питань щодо посилення ролі судів у запобіганні необґрунтованих обмежень (США, Великобританія, Франція). Разом з тим історія прогресу захисту прав від необґрунтованих

обмежень за кордоном демонструє, що важливим, якщо не визначальним, чинником у ньому є посилення судового контролю за обмеженнями прав. Чим вищими є судові стандарти, які, у свою чергу, залежать від закріплених у законодавстві стандартів, тим меншою є вірогідність необґрунтованих обмежень прав. Більше того, як свідчить приклад Франції, по розвитку судового контролю над пенітенціарною сферою можна оцінювати розвиток її розвиток. Ось чому такою важливою для розвитку стандартів обмежень прав є посилення ролі судів щодо застосовуваних до в'язнів обмежень і загалом щодо пенітенціарної сфери. Зарубіжний та вітчизняний досвід дозволив нам сформулювати певні міркування, як це можна зробити. Серед них безпосереднє залучення посадових осіб, які застосовували обмеження, до судового процесу, можливість настання для них наслідків дисциплінарного характеру, покращення доступу в'язнів до суду, в т. ч. шляхом впровадження інституту пенітенціарних суддів, скасування судового збору за звернення в'язнів до суду, пряме закріплення у законі обмежень прав як таких, щодо яких суд має контроль, та ін.

Частина III також демонструє протистояння, яке викликають намагання впровадити в законодавство та практику вимоги пропорційності/мінімальності обмежень. Цілком логічним є протистояння в'язничного відомства (Канада та Україна), адже розвиток стандарту обмежень неминуче тягне за собою посилення юридичних гарантій від необґрунтованих обмежень. Ці гарантії можуть вимагати від в'язничної адміністрації здійснювати таку роботу, яка зазвичай від них не вимагається: підготовка та мотивування спеціальних рішень, оцінка ризиків окремих осіб, відстоювання правильності власної позиції в судах.

Спільною рисою для всіх аналізованих країн є визначення допустимості обмеження з огляду на його потенційні наслідки для безпеки та порядку установи. Балансування обмежень із їх безпекою є найбільш поширеним чинником, який впливає на лібералізацію обмежень та формування стандарту обмежень прав. Якщо таке балансування здійснюється в суді, то кращу позицію має в'язнична адміністрація, адже вона вважається монополістом на розуміння питань безпеки в установах. Така ситуація часто призводить до невиправданого та зайвого обмеження прав. У цих умовах демонополізація становища в'язничної служби щодо встановлення того, що є безпечним, а що ні, стає принциповим питанням. Способами такої демонополізації можна назвати застосування альтернативних джерел знань щодо безпеки: міжнародних стандартів, порівняльних аналізів з іншими країнами, власного та зарубіжного досвіду, емпіричних досліджень. Їхнє використання дає змогу більш прагматично підійти до відповіді на питання, якою мірою допустимим є зближення рівня обмежень прав у пенітенціарній установі та на волі. Це стає очевидним, коли застосування стандарту пропорційності вимагає доведення належного зв'язку між конкретними обмеженнями та цілями, які ставляться перед ними.

---

## ЗАГАЛЬНИЙ ВИСНОВОК

Питання про межі зближення правового статусу в'язнів із правовим статусом вільних осіб продовжує підігрівати не тільки юридичну дискусію, а й стає тригером філософських міркувань. Якої інтенсивності кари заслуговують злочинці? Якою мірою допустимо обґрунтовувати мінімізацію різниці в правах людей за тюремними стінами та на волі? Врешті — де межі гуманізації пенітенціарної системи? Все це неминучі логічні питання, які виникають, коли йдеться про права в'язнів та їх обмеження.

На жаль, філософський характер цих питань не посприяв особливого інтересу філософів до них. Точніше, фокус їхнього інтересу є дещо зміщеним. Замість дискусії щодо допустимих/недопустимих меж репресії держави частіше йдеться про безумовне обґрунтування потреби лібералізації обмежень прав, навіть попри супутні загрози. Не засуджуючи таку манеру в ставленні до прав людини, варто визнати, що вона має очевидний недолік — непереконливість для великої частини суспільства. В результаті складається цікава ситуація: з одного боку, фахівці (юристи, соціологи, філософи), що неминуче піддаються тренду та виступають за лібералізацію, а з іншого — значна частина суспільства, яка сумнівається в її безпечності або, ще гірше, піддається впливу популістичних репресивних дискурсів.

За теперішніх умов іноді такий підхід призводить до лібералізації обмежень прав навіть попри суттєву опозицію з боку суспільства. Це, у свою чергу, призводить до проблем із їх легітимізацією. Однак ігнорування може виявлятися вимушеним заходом, адже коли йдеться про емоції в кримінальній юстиції суспільство складно переконати навіть раціональними аргументами (про що свідчать дискусії щодо смертної кари в окремих країнах). Тим більше складно переконувати, коли ці аргументи слабкі або їх дуже мало, як це у випадках, коли потрібно обґрунтувати зайвий характер певних обмежень прав. Такі аргументи нагадують скоріше заклики або впевнені припущення, що ґрунтуються на логіці та здоровому глузді, а не «тверді», обґрунтовані наукою чи досвідом підтвердження.

Мова припущень, хоча і є притаманною таким суспільним наукам як право, є особливо вразливою, коли йдеться про безпеку індивіда/



суспільства. Не дивно, що «побічним ефектом» мети безпеки є надмірне обмеження прав. Коли обмеження не є певним з точки зору безпеки, існує тенденція до його надмірного збільшення державою «про всяк випадок» — раптом меншого обмеження буде недостатньо. Окрім того, розуміння поняття «безпека» не є однозначним, що і створює можливості для надмірних обмежень. На додаток, монополію на знання того, що є «безпечним» на практиці має пенітенціарна адміністрація, для якої лібералізація обмежень прав в'язнів є втратою частки власної влади та ускладнення завдань. Не дивно, що безпека, як обґрунтування для обмежень, критично сприймається вченими та правозахисниками. Державне бачення небезпечності, на їх погляд, має тенденцію до перебільшення на шкоду правам людини.

З іншого боку, кожен із проаналізованих нами стандартів обмежень так чи інакше передбачає інтереси безпеки як ключове обґрунтування (мету) обмежень прав. Більше того, у пенітенціарному контексті мета безпеки як обґрунтування обмежень набуває особливого статусу. Тому від права вимагається відповідь на те, як саме встановлювати обґрунтованість обмежень і не перебільшити обмеження. З цією метою застосовується стандарт пропорційності. Здавалося б, його зміст та застосування щодо вільних громадян та в'язнів практично не відрізняється. Проте простежується певна специфіка його застосування з огляду на перебування особи в ув'язненні та причину обмежень — застосування покарання.

Розуміння та закріплення стандарту пропорційності може суттєво відрізнитись у різних країнах. Водночас їхні практика та законодавство тією чи іншою мірою орієнтуються на ключову рису пропорційності обмежень у розумінні міжнародних стандартів — відповідність обмежень певним цілям.

Разом з тим національні стандарти обмежень прав в'язнів досліджуваних країн демонструють низку проблем юридичного характеру. Однією із головних проблем є відсутність чіткого закріплення самої вимоги пропорційності обмежень. Натомість закріплюються цілі, з якими допускаються обмеження, чого виявляється недостатньо — адже обмеження легко пов'язати із такого роду цілями. Зовсім інша справа — встановити чи не є це обмеження надмірним для їх досягнення. Саме цього вимагає стандарт пропорційності.

Іншими недоліками національних стандартів з точки зору захисту прав людини є: відсутність вказівки на мінімальність обмежень (поруч із пропорційністю), неналежне формулювання загальної лімітативної клаузули або її відсутність, закріплення допустимості фактичних обмежень, неналежне корелювання цілей загальної та спеціальних лімітативних клаузул, а також відсутність уніфікованого підходу у самих спеціальних клаузулах, сприйняття прав як привілеїв, які потрібно заслужити. Особ-

ливим недоліком усіх національних стандартів (лімітативних клаузул) часто є їх декларативний характер, який може набувати практичного відтінку тоді, коли з'являються процедурні гарантії та обмеження їхнього застосування. Ще один спосіб надання практичного характеру лімітативним клаузулам — належне забезпечення можливості судового контролю щодо їх застосування пенітенціарною владою.

Отже, доведення обґрунтованості мети та її переслідування обмеженням не викликає особливих проблем. Але питання про те, що є мінімально необхідним обмеженням для досягнення певної мети є найбільш складним та серцевинним для теми цього дослідження. Маючи це на увазі, ми спробували розглянути потенціал стандарту пропорційності з позиції юриста, адже сам стандарт розроблений перш за все як юридичний інструмент. Це і привело нас до очевидної обмеженості права в обґрунтуванні обмежень прав в'язнів.

Уявімо юриста, перед яким стоїть питання: «Чи є обґрунтованим позбавлення в'язнів доступу до мобільного зв'язку?» Йому слід буде встановити необхідність такого обмеження для безпеки, порядку чи інших схожих цілей. Межі допустимого обмеження залежатимуть від такого встановлення. Однак звідки юрист зможе потенційно почерпнути аргументи за та проти? Природно, що головними джерелами можуть стати логіка, яка спиратиметься як на професійні знання, так і на особистий досвід. Але раціональні аргументи є явно недостатніми, адже головне питання є водночас питанням технічного та практичного характеру. Для відповіді на нього необхідно не тільки добре розумітись на технічних можливостях у сучасну добу, а й знати, яка вірогідність того, що в'язні зловживатимуть цими можливостями і як саме вони це робитимуть.

При цьому потреби безпеки не є ультиматумом — не все потрібне для безпеки може виправдати обмеження, необхідно дотримуватись балансу між індивідуальними інтересами та інтересами безпеки. Варто розуміти, де права людини мають превалювати, незважаючи на шкоду безпеці.

Технічний та практичний відтінок обґрунтування тією чи іншою мірою стосується всіх обмежень. При цьому йдеться не тільки про необхідність встановити можливі негативні, але й позитивні наслідки відсутності обмежень, адже вони можуть бути використані для балансування індивідуальних інтересів та інтересів суспільства. Наприклад, загальновизнаним є позитивний вплив мінімізації обмежень на контакти із зовнішнім світом. Він є позитивним не тільки для індивіда, а й для суспільства через зниження вірогідності рецидиву особи після звільнення. Враховуючи зазначене, емпіричні та інші практичні дані щодо безпечності обмежень стають незамінними для належного застосування стандарту пропорційності у в'язничному контексті.

Практика застосування пропорційності як окремими країнами, так і міжнародними інституціями, такими як ЄСПЛ, свідчить про незначну роль емпіричного доказу в оцінці обґрунтованості обмежень прав в'язнів. Причини цього є різні, починаючи зі звичайної відсутності даних, закінчуючи їх недоступністю для практиків. Натомість провідну роль у встановленні того, чи було обмеження пропорційним, чи ні займає раціональний аналіз, який спирається на філософію, логіку та несистематизований досвід виконання покарань. Навряд чи такий підхід є виваженим, адже встановлення пропорційності обмеження стає штучним, відірваним від практичних реалій.

Звернімо увагу, що застосування «твердих» доказів необхідності певного обмеження не виключає застосування раціональних аргументів. Балансування індивідуальних інтересів в'язня та колективних інтересів суспільства передбачає і аксіологічну оцінку. Зважування користі та шкоди обмеження для обох суб'єктів ґрунтується на тих цінностях, які вважаються пріоритетними у філософії права конкретного суспільства. Це може припускати захист індивідуальних прав навіть при усвідомленні потенційної значної шкоди суспільству.

У будь-якому разі емпіричний аспект обґрунтування залишається підґрунтям, на якому має проводитись оцінка обмеження. За його відсутності оцінка балансу інтересів, яка і так привносить значну міру суб'єктивізму, спиратиметься на раціональні (не наукові, а засновані на логіці) обґрунтування. Вона не буде певною з точки зору захисту суспільства та інших подібних інтересів. Вона матиме й проблеми з легітимізацією пом'якшених обмежень в очах населення. Тому оцінка обмеження з огляду на захист суспільства стає вимушеним, але неминучим інструментом легітимної лібералізації в епоху скептичного ставлення до «надання в'язням надмірних прав».

Емпірична складова обґрунтування обмежень може полягати не тільки в здійсненні суто емпіричних досліджень. На нашу думку, перспективними в цьому сенсі є використання порівняльного методу (порівняння практик застосування спірних обмежень в різних країнах), експерименту (спроба зняття обмежень на певне право тільки в окремих пенітенціарних установах) та вивчення власного чи зарубіжного досвіду застосування схожих обмежень (підтвердження безпечності скасування обмеження). У нагоді можуть ставати і міжнародні стандарти як квінтенсенція міжнародного досвіду, однак сприйняття цих стандартів практиками може бути проблемним за відсутності досвіду з їх безпечного застосування.

Дискусія про раціональне обґрунтування та емпіричне обґрунтування торкається як правозастосовних обмежень, як наслідку застосування дискреції практиками, так і нормативних обмежень, що їх установлює

нормотворець. Як свідчить наша практика, у випадку із нормотворенням ключовим для переконання зацікавлених суб'єктів виявляються саме емпіричні підтвердження практичної безпечності зняття певного обмеження. Ключові особи, відповідальні за пенітенціарну політику, виявляються не проти ідеї лібералізації обмежень, але потребують доказів її безпечності. Такий підхід диктується постійним підвищенням запиту суспільства на безпеку.

У той же час раціональний аспект застосування пропорційності не слід недооцінювати. Він дає низку інструментів для обґрунтування обмежень. Чого тільки варте критичне ставлення до автоматичних обмежень в'язнів за принципом «усіх під одну гребінку» замість індивідуального підходу до потрібності обмежень? Чи можна заперечувати цінність логічного прийому «меншої альтернативи», яка передбачає відповідь на запитання, чи можна було досягнути тієї самої мети альтернативним меншим обмеженням? Наша теза полягає в тому, що сама лише раціональність, не підкріплена емпіричними або квазі-емпіричними (досвід, порівняльний аналіз, експеримент та ін.) даними, призводить до значно меншого ступеню обґрунтованості оцінки обмеження. Таке штучне обґрунтування може мати багато недоліків. Серед них і загроза небезпеки, у зв'язку із неправильною оцінкою ризиків потенційного скасування обмеження, і делегітимізація ліберальних обмежень прав у очах суспільства загалом та практиків зокрема.

Спроможність самої конструкції стандарту пропорційності в пенітенціарній сфері є іншим питанням. Можливість застосувати його до засуджених практично не ставиться під сумнів, а тому, на перший погляд, застосовується той самий стандарт, що й до вільних громадян. Водночас об'єктивною є головна перешкода в рівному застосуванні стандарту пропорційності — відбування особою покарання, перебування в ув'язненні. Цілі, з якими допускаються обмеження прав вільних громадян, як-то безпека, можуть обґрунтовувати обмеження прав в'язнів більшою мірою. Крім того, з'являються додаткові цілі, яким мають підпорядковуватися обмеження, — цілі покарання та його виконання. Так само необхідність підтримання внутрішнього порядку стає об'єктивною вимогою, яку не можна ігнорувати. Але якою мірою перебування в ув'язненні може обґрунтувати різницю в правах порівняно із вільними особами?

У цьому зв'язку популярною є ідея, що особа повинна зазнавати тільки тих обмежень, які «з неминучістю» випливають із факту ув'язнення. Ця ідея була задумана як бар'єр від зайвих обмежень прав. Вона вказує на користування в'язнем усіма правами, що й вільні особи, за суворим винятком, який має об'єктивний характер. Однак при більш пильному аналізі вона виявляється контрпродуктивною.

Справжньою проблемою виявляється встановлення того, які ж обмеження є «неминучими». Ми переконані, що це суто суб'єктивне поняття, яке залежить щонайменше від етапу розвитку суспільства та науки. Те, що могло сприйматись як «неминуче» в ув'язненні п'ятдесят років тому, не є таким сьогодні. Позбавлення в'язнів доступу до Інтернету, яке здавалося неминучим ще десять-п'ятнадцять років тому, поступово починає вважатись таким, що не суперечить ув'язненню. В остаточному підсумку чи не є будь-який контакт із зовнішнім світом таким, обмеження якого є неминучим в ув'язненні? З іншого боку, хіба можна визнавати обмеження неминучим в ув'язненні, враховуючи такі практики, як дозвіл окремим категоріям в'язнів покидати межі установи? На наше переконання, ізоляція є такою, як вона визначена в праві, а тому не створює об'єктивних перешкод, які не можна було б подолати правовим шляхом.

Тому, напевно, більш вдало говорити не про те, яке обмеження є неминучим в ув'язненні, а те, незастосування якого обмеження може виявитись небезпечним в умовах ув'язнення. Звичайно, безпека не є єдиною, але, схоже, виявляється найбільш важливою метою. Взагалі ми, вирішуючи питання про обмеження в'язнів, дискутуємо про співвідношення індивідуальних інтересів та інтересів суспільства. Ідеальним прикладом тут є обмеження права засуджених на соціальне забезпечення, яке не має нічого спільного з «неможливістю реалізації в умовах ув'язнення», та навряд чи обумовлено чимось іншим, аніж превалюванням фінансових інтересів суспільства.

Ідея неминучих (фактичних) обмежень має важливий негативний аспект, який детально аналізується в цій роботі. Ми доходимо висновку, що фактичні обмеження є скоріше не бар'єром для захисту від необґрунтованих обмежень, а додатковою підставою для обґрунтування навіть тих обмежень, які не передбачені в законі. Річ у тому, що допустимість обмежень, які об'єктивно впливають із ув'язнення (ізоляції), неминуче припускає значну дискрецію оцінки такого об'єктивного спричинення обмежень органом влади. Навіть саме розуміння ув'язнення (ізоляції) не є ні статичним, ні об'єктивним, а насправді залежить суто від її «правового дизайну», тобто його опису в юридичних нормах. З огляду на зазначене, популярність ідеї фактичних обмежень у різних країнах та в міжнародних стандартах навряд чи є виправданою з позиції ефективного захисту прав людини.

Іншим аспектом застосування принципу пропорційності в пенітенціарній сфері, який демонструє неминучу специфіку їх обмежень, є сумісність цілей обмежень, з якими допускаються обмеження прав вільних осіб, та мети покарання та/або ув'язнення. Покарання, до речі, як і попереднє ув'язнення, є сукупністю обмежень, а тому ці обмеження тією чи іншою мірою мають спрямовуватись до його мети. В цьому полягає важлива

відмінність обмежень прав в'язнів та прав вільних осіб. Це може призводити до плутанини між цілями обмежень у відповідності до міжнародних стандартів та національного законодавства. Більше того, наш аналіз показує, що плутанина мети обмежень є звичною і в національному законодавстві.

Застосування стандарту пропорційності й у повсякденних в'язничних практиках є специфічним та проблемним і з іншої точки зору. Однією із причин цього є те, що цей стандарт вимагає індивідуалізації обмежень. Водночас сучасні пенітенціарні практики часто орієнтуються на автоматичні обмеження, тобто застосовуються обмеження до засуджених як до групи або до певної їх групи без врахування особливостей індивідів. Це полегшує роботу пенітенціарної адміністрації, адже автоматичне обмеження не потребує зусиль для обґрунтування та мотивації його застосування.

У в'язниці, індивідуалізація, яка є невід'ємною складовою пропорційності, часто вимагає формалізованого рішення із мотивацією. Це стимулює індивідуалізацію, а також уможливорює ефективне оскарження відповідного рішення, що само по собі є важливим чинником стримування необґрунтованих обмежень. Ключову роль тут відіграє ефективний судовий контроль, який є цінним не тільки через можливість захисту права, а й через превентивну роль у попередженні застосування необґрунтованих обмежень.

Наша робота робить акцент на юрисдикціоналізації (juridicisation) обмежень як шляху до покращення правового захисту від необґрунтованих обмежень. Під юрисдикціоналізацією розуміється посилення (або поява) судового контролю за окремими аспектами в'язничної діяльності, які раніше були поза таким контролем. Стосовно пенітенціарної сфери, то це передбачає втручання судів у процес виконання покарань. Межі такого втручання є дискусійними. Наш аналіз, особливо аналіз досвіду Франції, демонструє, що посилення судового контролю є рушієм процесу всепроникнення права у в'язниці. Це супроводжується прогресом з точки зору прав людини.

Юрисдикціоналізація потребує конкретних заходів, особливо в законодавчій сфері. Проаналізувавши проблеми доступу в'язнів до правосуддя в кількох країнах, ми формуємо необхідні передумови їх вирішення: чітка підсудність та допустимий предмет оскарження, фінансова доступність, можливість особистої участі в судовому засіданні, вимога прийняти вмотивовані рішення про обмеження, негативні наслідки у вигляді відповідальності держави за застосування необґрунтованих обмежень та ін.

Судовий вплив на існуючі правообмеження є вагомим, оскільки дозволяє змінити в'язничну практику. Однак судова практика має потенціал для розвитку законодавства та в'язничної політики й на стратегічному

рівні. Встановлення «дизайну» обмежень у пенітенціарній сфері відбуватиметься саме на цьому рівні. На додаток, судова практика може підживлювати дискусію щодо меж допустимих обмежень на доктринальному та політичному рівнях.

Ми вбачаємо перспективу стандарту пропорційності в пенітенціарній сфері як на практичному, так і на нормативному рівні. Однак застосування цього стандарту щодо в'язниці є проблемним з огляду на об'єктивну ізоляцію особи від суспільства та статус особи, яка відбуває покарання.

Ця робота містить міркування про ці аспекти щодо того, як їх варто/не варто враховувати. Ми спробували встановити, як право може допомогти у встановленні меж обмежень. Таким чином, ми спробували шукати відповіді на головне питання — про допустимі межі обмежень у юридичній площині.

Однак, повертаючись до цього головного питання тут, ми доходимо висновку, що відповідь на нього виходить далеко за межі права. Право не в змозі дати ексклюзивну відповідь на питання щодо того, як далеко може заходити держава в обмеженні прав в'язнів. У поєднанні із технічним або, як ми його називаємо, емпіричним аспектом встановлення обґрунтованості обмеження правовий інструмент набуває зовсім іншого рівня обґрунтованості. Однак і емпіричної площини видається недостатньо.

В остаточному підсумку нам не вдається уникнути питання про межі гуманізації в'язниці саме з філософської точки зору. Який ступінь пом'якшення відбування покарання є справедливим? Якими є допустимі межі «стирання» різниці між правами в'язнів та вільних осіб? Стандарт пропорційності може дати «суху юридичну відповідь» на них. Однак, вони залишатимуться відкритими для філософської думки доти, доки існує в'язниця.

---

# СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

## Французькою

### Книги та дисертації

1. *Auvergnon P., Guillemain C.* Le travail pénitentiaire en question. Perspectives sur la justice. — Paris : La documentation française, 2006.
2. *Bebin X.* Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale. Préface de Slama A.-G. — Paris : L'Harmattan, 2006.
3. *Beernaert M.-A.* Manuel de droit pénitentiaire. — Louvain-la-Neuve : Anthemis, 2007.
4. *Belda B.* Les droits de l'homme des personnes privées de liberté: contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. — Bruxelles: Bruylant, 2010.
5. *Belda B.* Les droits de l'homme des personnes privées de liberté contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme. — Montpellier: Université Montpellier 1, 2007.
6. *Bentham J., Dumont E.* Tactique des assemblées législatives, suivie d'un traité des sophismes politiques : ouvrages extraits des manuscrits. Tome second. — Paris : Bossange frères, libraires-éditeurs, 1822.
7. *Boudon J.-O.* Citoyenneté, République et Démocratie en France — 1789–1899: 1789–1899. — Paris : Armand Colin, 2014.
8. *Cabet M.* Histoire populaire de la Révolution Française de 1789 à 1830. Tome 1. — Paris : Pagnerre éditeur, 1839.
9. *Céré J.-P.* La prison. — Paris : Dalloz, 2007.
10. *Chabbal J.* Changer la prison : la cause du parlement. L'intrusion parlementaire dans les politiques pénitentiaires françaises (1999–2009). Thèse, doctorat de sciences politiques. — Paris: Université Paris-Dauphine, 2014.
11. *De Clermont-Tonnerre S.* Analyse raisonnée de la Constitution Française décrétée par l'Assemblée Nationale. — Paris : L'Imprimerie de Migneret, 1791.
12. Droit du travail en prison. D'un déni à une reconnaissance ? Sous la direction de Philippe Auvergnon. — Bordeaux : Presses Universitaires de Bordeaux, 2015.



13. *Dupont L.* Essai d'avant-projet de loi de principes concernant l'administration pénitentiaire et l'exécution des peines privatives de liberté. Instituut voor strafrecht. — Louvain : KUL, 1997.
14. *Duroché J.-P., Pédrón P.* Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Vuibert, 2013.
15. *Enderlin S.* Le droit de l'exécution de la peine privative de liberté : D'un droit de la prison aux droits des condamnés. Thèse. — Paris: Université de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008.
16. *El Tari K.* Les sources internationales du droit pénitentiaire, Thèse de doctorat en droit. — Poitiers: Université de Poitiers, 2004.
17. *Falxa J.* Le droit disciplinaire pénitentiaire: une approche européenne. Analyse des systèmes anglo-gallois, espagnol et français à la lumière du droit européen des droits de l'homme. Thèse. — Pau: Université de Pau et des pays de l'Adour, 2014.
18. *Favard J.* Les prisons. Coll Dominos. — Paris: Flammarion, 1994.
19. *Faugère G.* L'accès des personnes détenues aux recours. Étude de droit administratif. Thèse en vue d'obtention du doctorat de l'Université de Toulouse. — Toulouse : Université de Toulouse, 2015.
20. *Faugeron C., Chauvenet A., Combessie P.* Approches de la prison. — Montréal : Les presses de l'Université de Montréal, 1996.
21. *Ferber M.* Enseigner en prison : entre contraintes ; incertitudes et expertises. Thèse pour le doctorat. — Bordeaux : Université de Bordeaux 2, 2009.
22. *François C.* La juridictionnalisation des procès de l'exécution des peines. Thèse. — Lille : Université de Lille 2, 2012.
23. *Gontard P.-R.* L'utilisation européenne des prisons ouvertes : l'exemple de la France. Thèse. — Avignon: Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2013.
24. *Guastadini C.* Droit pénal et droits de l'Homme. La dignité en prison : genèse et avènement. — Paris: Editions Buenos Books International, 2010.
25. *Hild B.* La liberté de correspondance des personnes détenues : étude de la correspondance épistolaire en prison : Mémoire de recherche réalisé sous la direction des Pr. A. Darsonville et J. Fernandez, Année 2012–2013. — Lille: Université Lille 2, 2013.
26. *Herzog-Evans M.* Droit pénitentiaire, 2e éd. — Paris: Dalloz, 2012.
27. *Herzog-Evans M.* Droit de l'exécution des peines 2012/2013. 4e éd. — Paris: Dalloz, 2013.
28. *Herzog-Evans M.* La gestion du comportement du détenu: Essai de droit pénitentiaire. — Paris: L'Harmattan, 1994.

29. *Herzog-Evans M.* Le juge de l'application des peines: Monsieur Jordain de la desistance. — Paris: L'Harmattan, 2013.

30. *Herzog-Evans M.* L'intimité du détenu et de ses proches en droit comparé. — Paris: L'Harmattan, 2000.

31. *Jacq C.* Vers un droit commun de la sanction — l'incidence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, Thèse de doctorat en droit. — Paris: Université de Paris-Sud, 1989.

32. Le droit des détenus : sécurité ou réinsertion ? Sous la direction de Arnaud Deflou; avec les contributions de C. Allain, A. Deflou, J. Andriantsimbazovina... [et al.]. — Paris: Dalloz, 2010.

33. *Lemire G.* Grandeurs et limites des droits des détenus // La condition juridique du détenu, sous la direction de Pradel J., Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8. — Paris: Editions Cujas, 1993. — pp. 61–69.

34. Le nouveau guide du prisonnier. Observatoire international des prisons. — Paris : Editions de l'Atelier, 2000.

35. Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? // Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires. Sous la direction de Van der Plancke V., Van Limberghen G. — Bruxelles : La Chartre, 2010.

36. Les systèmes pénitentiaires dans le monde. 2e ed., Céré J.-P., Japiassu C. E. (Eds). — Paris: Dalloz, 2011.

37. *Machelon J.-P.* La République contre les libertés ? Les restrictions aux libertés publiques. — Paris : Presses de la Fondation Nationale Des Sciences Politiques, 1976.

38. *Madelennat E.* Le travail pénitentiaire à l'épreuve des droits de l'homme. — Limoges : Université de Limoges, DEA de droit privé général et européen, 2007.

39. *Mathieu G.* Les droits des personnes incarcérées dans les pays de la communauté européenne. Thèse pour l'obtention du Doctorat en Droit privé et sciences criminelles. — Marseille: Université de droit d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1993.

40. *Mbanzoulou P.* La réinsertion sociale des détenus : l'apport des surveillants de prison et des autres professionnels pénitentiaires. — Paris : L'Harmattan, 2000.

41. *Merlin M.* Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Troisième édition. — Paris : Carnery, 1808.

42. *Mezghani R.* La condition juridique du détenu. Thèse pour le doctorat d'état. — Paris : Université de droit, d'économie et d Sciences Sociales de Paris (Paris 2), 1975.

43. *Noali L.* Les résistances carcérales du comment au pourquoi. Une approche juridique et pluridisciplinaire. Préface de Martine Herzog-Evans. Postface de Reynald Ottenhof. — Paris: Harmattan, 2012.
44. *Peces-Barba G.* Théorie générale des droits fondamentaux. Traduction de Ilié Antonio Pelé, présentation de Samir Nair, Préface d'André-Jean Arnaud. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004.
45. *Pédrón P.* La prison et les droits de l'homme. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1995.
46. *Péchillon E.* Sécurité et droit du service public pénitentiaire. — Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1998.
47. *Pinatel J.* Traité élémentaire de science pénitentiaire et de défense sociale. — Melun : Imprimerie Administrative Melun, 1950.
48. *Plawski S.* Droit pénitentiaire. — Lille : Publications de l'Université de Lille (P.U.L.), 1977.
49. *Reynaud A.* Les droits de l'homme dans les prisons. — Strasbourg: Les éditions du Conseil de l'Europe, 1995.
50. *Rubi-Cavagna E.* Le respect de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la France et l'Espagne concernant la protection de la personne du détenu. Thèse. — Montpellier : Université Montpellier I, 1995.
51. *Sagliocco M.* Le statut social des détenus : contribution à une théorie générale des droits. Thèse pour le doctorat d'état. — Paris : Université de Paris 10, UER de Sciences juridiques et politiques, 1988.
52. *Saint-James V.* La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français. Thèse pour le Doctorat en Droit Public, Université de Limoges. — Limoges : Presses universitaires de France, 1995.
53. *Shea E.* Le travail pénitentiaire, un défi européen: étude comparée, France, Allemagne, Angleterre. — Paris : Harmattan, 2006.
54. Sujets de jurisprudence "Les droits de l'homme dans les prisons". — Strasbourg : Commission européenne des droits de l'homme, 1971.
55. *Syr J.-H.* Punir et réhabiliter. Préface de Dintilhac Jean-Pierre. — Paris : Economica, 1990.
56. *Tissot J.* Introduction philosophique à l'étude du droit pénal et de la réforme pénitentiaire. — Paris : Librairie A. Marescq Ainé, éditeur 17, rue Soufflot, 17, 1894.
57. *Vacheret M., Lemire G.* Anatomie de la prison contemporaine. Deuxième édition. — Montréal : Les presses de l'Université de Montréal, 2007.

58. *Van Drooghenbroeck S.* La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux. — Bruxelles : Publications Fac St Louis, 2001.

59. *Verdussen M.* Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal. Préface de F. Delpérée. — Bruxelles : Bruylant, 1995.

60. *Vidal G.* Cours de droit criminel et de science pénitentiaire. Septième édition refundue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Joseph Magno. Quatrième édition. — Paris : Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1910.

61. *Vidal G.* Cours de droit criminel et de science pénitentiaire. Septième édition refundue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Joseph Magno. — Paris : Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence Arthur Rousseau, 1928.

62. *Vimbert C.* La tradition républicaine en droit public français. — Rouen : Publication Université Rouen Havre, 1992.

## Статті та розділи книг

63. *Allain C.* Introduction. Le “droit des détenus”, sens et probabilité // L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus. De Schutter O. and Kaminski D. (eds). — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — pp. 7–13.

64. *Auvergnon P.* Une approche juridique comparée du travail pénitentiaire dans quelques pays européens // Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires. — Bruxelles : La Chartre, 2010. — pp. 189–215.

65. *Bartholeyns F., Béghin J.* La loi de principes du 12 janvier 2005, vecteur de changements dans l'univers carcéral belge ? // Revue de Droit Pénal et de Criminologie. — 2005. — liv. 9–10. — pp. 862–893.

66. *Beliveau P.* La condition juridique du détenu au regard de la Charte canadienne des droits et libertés // La condition juridique du détenu. Sous la direction de Pradel J. Travaux de l'Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8. — Paris : Editions Cujas, 1993. — pp. 145–195.

67. *Benguigui G.* La paranoïa pénitentiaire // Prisons sous tensions. Sous la direction de Benguigui G., Guilbaud F., Malochet G. — Nîmes : Champ social éditions, 2011.

68. *Boussard S.* Le service public pénitentiaire, cadre de la reconnaissance des droits de la personne détenue // Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009. — Paris : Dalloz, 2013. — pp. 24–38.

69. *Céré J.-P.* La procédure disciplinaire pénitentiaire à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme // *Actualité juridique pénal.* — 2012. — No. 10. — pp. 533–536.

70. *Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E.* Actualité jurisprudentielle du droit de l'exécution des peines // *Recueil Dalloz.* — 2001. — pp. 562–569.

71. *Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E.* Actualité du droit de l'exécution des peines // *Recueil Dalloz.* — 2002. — pp. 110–118.

72. *Céré J.-P., Herzog-Evans M., Péchillon E.* Droit de l'exécution des peines : panorama 2004 // *Recueil Dalloz.* — 2005. — pp. 995–1001.

73. *Céré J.-P., Herzog-Evans M.* La discipline pénitentiaire : naissance d'une jurisprudence // *Recueil Dalloz.* — 1999. — pp. 509–516.

74. *Céré J.-P.* Virage ou mirage pénitentiaire? — À propos de la loi du 24 novembre 2009 // *La Semaine Juridique Edition Générale.* — 2009. — No. 50. — pp. 47–55.

75. *Chovgan V.* L'accès des détenus à internet devant la Cour EDH (commentaire de l'arrêt *Kalda c. Estonie* du 19 janvier 2016) // *Actualité juridique pénal.* — 2016. — No. 4. — pp. 224–226.

76. *Chovgan V.* Le principe des limitations inhérentes à la détention: la valeur incertaine des Règles Mandela // *Actualité juridique pénale.* — 2015. — N° 12. — pp. 576–578.

77. *Costa J.-P.* Article 4 // *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires sous la direction de Conac G., Deben M., Teboul G.* — Paris : Economica, 1993. — pp. 101–113.

78. *Danet J.* Les conditions de détention et l'article 225-14 du code pénal // *Recueil Dalloz.* — 2007. — pp. 2218–2223.

79. *Danti-Juan M.* L'absence de contrat de travail dans l'univers pénitentiaire // *Revue pénitentiaire et de droit pénal.* — 1998. — No. 1–2. — pp. 127–135.

80. *David R.* Le droit comparé, enseignement de culture générale // *Revue internationale de droit comparé.* — 1950. — Vol. 2. — No. 4. — pp. 682–685.

81. *De Galembert C., Rostaing C.* Ce que les droits fondamentaux changent à la prison. Présentation du dossier // *Droit et Société.* — 2014. — No. 87 — pp. 291–302.

82. *De Jonge G.* L'émancipation juridique des détenus aux Pays-Bas. Mise en oeuvre et développement du droit de plainte pénitentiaire // *L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski.* — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — pp. 43–68.

83. *De Suremain H.* Genèse de la naissance de la "guérilla juridique" et premiers combats contentieux // *Défendre en justice la cause des personnes*

détenues vendredi 25 et samedi 26 janvier 2013. Slama S., Ferran N. (eds). — Paris : La Documentation Française, 2014. — pp. 47–52.

84. *Deflou A.* La justice ne saurait s'arrêter à la porte des prisons : le Conseil d'Etat et les détenus // Le droit des détenus : sécurité ou réinsertion ? Sous la direction de A. Deflou. avec les contributions de C. Allain, A. Deflou, J. Andriantsimbazovina [et al.]. — Paris : Dalloz, 2010. — pp. 41–61.

85. *Demonchy C.* Que signifie punir quelqu'un en le privant de sa liberté ? // Revue de la FARAPEJ. — 2010 — No. 104. — pp. 1–6.

86. *Dieu F.* L'administration pénitentiaire : une force de sécurité intérieure ? // Administration pénitentiaire et justice. Un siècle de rattachement. Sous la direction de P. Mbanzoulou et F. Dieu. — Paris: Harmattan, 2013 — pp. 143–166.

87. *Dijon X.* Prolégomènes: la protection sociale des détenus : pour quelle sécurité? // Van der Plancke V., Van Limberghen G. La sécurité sociale des (ex-) détenus et de leurs proches. — Bruxelles : La Chartre, 2008. — pp. 13–23.

88. *Détienne J.* Les droits fondamentaux des détenus et le droit belge // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 2003. — No. 3. — pp. 525–548.

89. *Détienne J., Seron V.* Politique pénitentiaire et droits des détenus en Belgique // Politiques pénitentiaires et droits des détenus. La protection des droits fondamentaux des détenus en droit national et international. P. J. P. Tak & M. Jendly (Eds). — Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008. — pp. 239–265.

90. *Dupont L., Smaers G.* Les nouvelles règles pénitentiaires européennes et la loi de principes de 12 janvier 2005 concernant l'administration pénitentiaire ainsi que le statut juridique des détenus // Une criminologie de la tradition à l'innovation (en hommage à Georges Kellens). — Bruxelles : Éditions Larcier, 2006. — pp. 297–322.

91. *Enderlin S.* Droit constitutionnel et droit pénitentiaire. Les prémices de la protection constitutionnelle des personnes détenus // Dialectique carcérale. Quand la prison s'ouvre et résiste au changement. Sous la direction de Pierre V. Tournier. — Paris: L'Harmattan, 2012. — pp. 49–61.

92. *Exposé de M. Favard; Aubenat F., Bach J., Marrest P., Mécarry C., Bianchi V., Pelletier W., Sire-Marin E.* Les détenus sont-ils des citoyens ? — Paris : Notes et documents de la Fondation Copernic, 2010.

93. *Eudes M.* La révision des règles pénitentiaires européennes, les limites d'un droit commun des conditions de détention // Droits fondamentaux. — 2006. — No. 6. — pp. 1–17.

94. *Exposito W.* Citoyenneté du détenu // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 2005. — No. 1 (mars). — pp. 87–105.

95. *Fatin-Rouge Stéfanini M.* Le droit de vote des détenus en droits canadien, sud-africain et conventionnel européen // *Revue internationale de droit comparé.* — 2007. — No. 3, Vol. 59. — pp. 617–643.

96. *Froment J.-C.* Vers une “prison de droit” ? // *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.* — 1997. — No. 3. — pp. 537–560.

97. *Giudicelli-Delage G., Massé M.* Rapport introductif // *La condition juridique du détenu, sous la direction de Pradel J., Travaux de l’Institut de sciences criminelles de Poitiers, Volume 8.* — Paris : Editions Cujas, 1993. — pp. 11–35.

98. *Gouttenoire A.* Les droits de l’homme en prison // *Revue pénitentiaire et de droit pénal.* — 2005. — No. 1. — pp. 107–116.

99. *Grégory S., Gilles C.* Le droit emprisonné ? // *Politix.* — 2009. — No. 87. — pp. 93–117.

100. *Giudicelle-Delage G., Massé M.* Travail pénitentiaire : absence de contrat de travail // *Droit social.* — 1997. — No. 4 (avril). — pp. 344–346.

101. *Hassenteufel P.* L’État-providence ou les métaphores de la citoyenneté // *L’année sociologique.* — 1996. — No. 46,1. — pp. 127–149.

102. *Herzog-Evans M.* Droit. Citoyenneté. Prison. // <http://www.revue-projet.com/articles/2002-1-le-droit-en-prison/#noteno6> (останній доступ 27.01.2015).

103. *Herzog-Evans M.* Droit civil commun, droit européen et incarcération // *Droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, F. Sudre (dir.).* — Bruxelles: Bruyillant, 2002. — pp. 241–298.

104. *Herzog-Evans M.* Droit commun pour les détenus // *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé.* — 1995. — Vol. 3. — pp. 621–638.

105. *Herzog-Evans M.* Fouilles corporelles et dignité de l’homme // *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.* — 1998. — No. 4. — pp. 735–749.

106. *Herzog-Evans M.* La déjuridictionnalisation de l’application des peines // *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009.* — Paris : Dalloz, 2013. — pp. 259–274.

107. *Herzog-Evans M.* La discipline pénitentiaire : naissance d’une jurisprudence // *Recueil Dalloz.* — 1999. — pp. 509–516.

108. *Herzog-Evans M.* Prisons : la France à nouveau condamnée par deux fois par la Cour européenne des droits de l’homme // *Actualité juridique pénal.* — 2011 (février). — pp. 88–93.

109. *Herzog-Evans M.* La révolution pénitentiaire française // *L’Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus,*

sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — pp. 17–41.

110. *Herzog-Evans M.* La sécurité pénitentiaire est l'ennemie de la sécurité publique (Entretien réalisé par Stéphane Laurent). — *Dedans Dehors*. — 2009. — No. 70–71 (décembre). — pp. 14–17.

111. *Herzog-Evans M.* Le droit en prison // *Revue Projet*. — 2002. — No. 1 (no. 269). — pp. 87–95.

112. *Herzog-Evans M.* Les droits de la défense et la prison. Actualité du droit pénitentiaire français // *Revue trimestrielle des droits de l'homme*. — 2001. — No. 1. — pp. 15–46.

113. *Herzog-Evans M.* Les grandes lignes de la codification // Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal (dir. M. Danti-Juan), *Travaux de l'Institut de Sciences Criminelles de Poitiers*, ed. — Paris: Cujas, 2006. — pp. 187–222.

114. *Herzog-Evans M.* Loi pénitentiaire et liens familiaux : de timides avancées // *Actualité juridique familiale*. — 2009. — No. 12. — pp. 484–486.

115. *Herzog-Evans M.* Loi pénitentiaire No. 2009-1436 du 24 novembre 2009: changement de paradigme pénologique et toute puissance administrative // *Recueil Dalloz*. — 2010. — No. 1 (janvier). — pp. 31–38.

116. *Herzog-Evans M.* Une étude hollandaise démontre le lien entre équité processuelle et comportement des détenus // <http://herzog-evans.com/une-etude-hollandaise-demontre-le-lien-entre-equite-processuelle-et-comportement-des-detenus/> (останній доступ 20.06.2016)

117. *Herzog-Evans M.* Une loi pénitentiaire comme unique réponse au problème carcéral // *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. — 2005. — No. 1. — pp. 151–162.

118. *Herzog-Evans M.* Vers une codification de l'exécution des peines // *Revue pénitentiaire et du droit pénal*. — 2009. — No. 1. — pp. 121–132.

119. *Herzog-Evans M., Céré J.-P., Péchillon E.* Les avocats aux portes des prisons. — *Recueil Dalloz, chroniques*, 14 septembre 2000. — pp. 481–484.

120. *Hottelier M.* La démocratie contre les droits de l'homme ? // *Les droits de l'homme en évolution, Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*. — Bruxelles, Athènes: Bruylant, Sakkoulas, 2009. — pp. 251–268.

121. *Hubert H.-O., Van Der Plancke V.* Peine et sécurité sociale : le jeu de la less eligibility // *Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires*. — Bruxelles : La Chartre, 2010. — pp. 219–242.

122. *Jeanneau B.* Juridicisation et actualisation de la Déclaration des Droits de l'Homme // *Revue de Droit public*. — 1969. — pp. 635–653.



123. *Kaminski D.* Droits des détenus, normalisation et moindre éligibilité // *Criminologie*. — 2010. — Vol. 43, No. 1. — pp. 199–226.
124. *Kaminski D.* Les droits des détenus au Canada et en Angleterre : entre révolution normative et légitimation de la prison // *L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski*. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — pp. 91–111.
125. *Labetoulle D.* Regard du juge administratif // *La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011*. — Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2013. — pp. 93–103.
126. *Landreville P., Lemonde L.* La reconnaissance des droits fondamentaux des personnes incarcérées : l'expérience canadienne // *L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski*. — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — pp. 69–89.
127. *Landreville P.* Les détenus et les droits de l'homme // *Criminologie*. — 1976. — Vol. 9, No. 1–2. — pp. 107–117.
128. *Landreville P.* Les détenus et les droits de l'homme // *Revue de droit pénal et de criminologie*. — 1978. — pp. 387–400.
129. *Larralde J.-M.* Les droits des personnes incarcérées : entre punition et réhabilitation // *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*. — 2003. — No. 2. — pp. 63–76.
130. *Lebrun V.* Les organes de concertation des détenus : approche de droit comparé // *La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011*. — Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2013. — pp. 83–89.
131. *Leroyer A.-M.* Famille du détenu — Vie privée et familiale // *Revue trimestrielle de droit civil*. Editions Dalloz. — 2010. — No. 1436. — pp. 165–169.
132. Les droits du détenu et la Convention européenne des droits de l'homme, Séance de section du 9 mai 1981 (1), sous la présidence de Monsieur Ancel // *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. — 1981. — No. 3 (juillet-septembre). — pp. 317–325.
133. Les droits sociaux du détenu, Séance de section du 13 mars 1982, sous la présidence de M. Ancel // *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. — 1982. — No. 3. — pp. 267–283.
134. Le détenu citoyen, Séance de section du 22 avril 1989. Exposé de M. Favard // *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. — 1989. — pp. 255–279.
135. *Lochak D.* Défendre en justice la cause des détenus, défendre en justice la cause des étrangers : différences et convergences // *Défendre en justice la cause*

des personnes détenues. Colloque, CREDOF-CNCDH-OIP, 25–26 janvier 2013, Palais du Luxembourg. La Documentation française (ed.). — Paris: Commission nationale consultative des Droits de l’homme, 2014. — pp. 91–99.

136. *Marguénaud J.-P.* L’ineffectivité du recours organisé par l’article D. 250-5 du code de procédure pénale contre les sanctions disciplinaires infligées aux détenus // *Revue de Science Criminelle*. — 2011. — No. 3. — pp. 718–721.

137. *Martucci F.* Le détenu-citoyen // *Les droits de la personne détenue après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*. — Paris: Dalloz, 2013. — pp. 217–231.

138. *Mary P.* La nouvelle loi pénitentiaire. Retour sur un processus de réforme (1996–2006) // *Courrier hebdomadaire du CRISP*. — 2006. — N° 11 (1916). — pp. 5–51.

139. *Mbanzoulou P.* “Dangerousness” La “dangerosité” // *M. Herzog-Evans (ed.), Transnational criminology manual. Volume I*. — Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2010. — pp. 109–112.

140. *Morange J.* Introduction générale // *La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011*. — Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2013. — pp. 13–24.

141. *Moreau T.* Le regard des détenus sur le droit à la sécurité sociale // *Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires*. Sous la direction de Van der Plancke V., Van Limberghen G. — Bruxelles : La Chartre, 2010. — pp. 167–174.

142. *Nève M.* Les droits de l’homme en amont et en aval du procès pénal // *Le point sur les droits de l’homme. Vol. 39*. Scholsem J.-C. (coord.). — Liège: Edition Formation Permanente CUP, 2000. — pp. 31–72.

143. *Pauliat H.* Synthèse // *La prison : quel(s) droit (s) ? Actes du colloque organisé à Limoges, le 7 octobre 2011*. — Limoges : Presses Universitaires de Limoges, 2013. — pp. 159–165.

144. *Pélisse J.* Judicialisation ou juridicisation ? // *Politix*. — 2009 — No. 2 (no. 86). — pp. 73–96.

145. *Philippe P.* Repenser la peine de prison après la loi du 24 novembre 2009 // *Pouvoirs*. — 2010. — No. 135. — pp. 149–158.

146. *Pinard D.* La promesse brisée de Oakes // *Charte : Essais critiques sur l’arrêt R. c. Oakes / The Limitation of Charter Rights : Critical Essays on R. v. Oakes*. sous la direction de Luc B. Tremblay et Grégoire C. N. Webber. — Montréal : Éditions Thémis, 2009. — pp. 131–154.

147. *Pradel J.* Aperçus sur le droit pénitentiaire comparé // *Revue pénitentiaire et de droit pénal*. — 2009. — No. 2. — pp. 423–432.

148. *Renaut M.-H.* Les conséquences civiles et civiques des condamnations pénales. Le condamné reste un citoyen à part entière // *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé.* — 1998. — pp. 265–277.

149. *Richardson G.* Des droits aux attentes // *L’Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus, sous la direction de O. De Schutter et D. Kaminski.* — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — pp. 189–211.

150. *Seriaux A.* Des intérêts légitimes sans protection juridique : les droits des détenus // *Revue pénitentiaire et de droit pénal.* — 1979. — pp. 453–376.

151. *Rivero J.* La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le principe de liberté proclamé par la Déclaration de 1789 // *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence, Colloque des 25–26 mai 1989 au Conseil constitutionnel.* — Paris : Presses Universitaires de France, 1989. — pp. 75–96.

152. *Rostaing C.* Processus de judiciarisation carcérale : le droit en prison, une ressource pour les acteurs ? // *Droit et Société.* — 2007. — No. 67. — pp. 577–595.

153. *Salas D.* La réforme pénale : un tournant du quinquennat // *Justice et prison : Entre la sécurité et le droit.* — Paris: Etudes hors-série, 2012. — pp. 53–63.

154. Sens de la peine et droits de l’homme, Actes du colloque international inaugural de l’Ecole Nationale d’Administration Pénitentiaire. — Agen : École Nationale d’Administration Pénitentiaire, 2000.

155. *Seron V.* La loi de principes concernant l’administration pénitentiaire et le statut juridique des détenus : vers la fin d’un non-droit ? // *Journal des Tribunaux.* — 2006 (30 sept.). — pp. 553–563.

156. *Shea E.* Les paradoxes de la normalisation du travail pénitentiaire en France et en Allemagne // *Déviance et Société.* — 2005. — No. 3, Vol. 29. — pp. 349–365.

157. *Simonin A.* Être non citoyen sous la Révolution Française. Comment un sujet de droit perd ses droits // *Raymonde Monnier (dir.), Citoyens et citoyenneté sous la Révolution française.* — Paris: L’Harmattan, 2006. — pp. 289–305.

158. *Slama S.* Petit pas supplémentaire sur le plancher de garanties des droits fondamentaux et enlisement du statut constitutionnel des personnes détenues // *La Revue des droits de l’homme [En ligne], Actualités Droits-Libertés* // <http://revdh.revues.org/652> (останній доступ 27.01.2015)

159. *Snacken S.* “Normalisation” dans les prisons : concept et défis. L’exemple de l’Avant-projet de la loi pénitentiaire belge // *L’institution du droit*

pénitentiaire : enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus. De Schutter O., Kaminski D. (Eds.) — Bruxelles: Bruylant, 2002. — pp. 133–152.

160. *Spielmann A.* Les détenus et leurs droits (de l'homme) // Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire ; Mélanges en hommage à Pierre Lambert. — Bruxelles : Bruylant, 2000. — pp. 777–788.

161. *Tchen V.* Les droits fondamentaux du détenu à l'épreuve des exigences du service public pénitentiaire // Revue Française de Droit Administratif. — 1997. // accédé sur [www.dalloz.fr](http://www.dalloz.fr) 01.07.2016.

162. *Tiedemann K.* La protection des droits des détenus // Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, oct.-déc. — 1962. — No. 1., Reprint Schmidt Periodicals GMBH, 1990. — pp. 489–503.

163. *Touillier M.* L'effectivité des droits des personnes détenues à l'aune des évolutions récentes du droit français // Enfermements. Populations, Espaces, Temps, Processus, Politiques. Sous la direction de Tournier P. V., Préface de Serge Blisko. — Paris : L'Harmattan, 2012. — pp. 159–171.

164. *Touraut C.* Étude dynamique des rapports à la citoyenneté d'acteurs incarcérés // Champ pénal/Penal field [Online]. — 2005. — Vol. II. // <http://champpenal.revues.org/453> (останній доступ 30.01.2015).

165. *Trechsel S.* Droits de l'homme des personnes privées de leur liberté. Les droits des détenus // Droits des personnes privées de leur liberté : égalité et non-discrimination, 7e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme. — Copenhague, Oslo, Lund : Conseil de l'Europe, 1990. — pp. 33–60.

166. *Tulkens F.* Droits de l'homme et prison. Jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme // L'Institution du droit pénitentiaire — Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus. De Schutter O. and Kaminski D. (eds). — Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2002. — pp. 249–288.

167. *Tzitzis S.* Humanisme, dignité de la personne et droits des détenus // Revue pénitentiaire et de droit pénal. — 2010. — N° 1. — pp. 205–222.

168. *Valloton A.* La protection de la dignité en prison — brève approche analytique des agences de régulation en Europe // L'Administration pénitentiaire face aux principes de la nouvelle gestion publique. Une réforme en question(s). Sous la direction de J.-C. Froment et M. Kaluszynski. — Grenoble: Presses universitaires de Grenoble, 2011. — pp. 203 — 213.

169. *Van der Plancke V., Van Limberghen G.* La justice sociale ne saurait s'arrêter à la porte des prisons. Le (non) droit des détenus à la sécurité sociale en Belgique // Les limitations au droit à la sécurité sociale des détenus : une double peine ? Actes du colloque du 28 novembre 2008 à la Maison des Parlementaires. — Bruxelles : La Chartre, 2010. — pp. 49–98.

## Доповіді та інші документи

170. Actes du Congrès pénitentiaire international de Budapest. Septembre 1905. Procès-verbaux des séances. Volume I. Publiées sous la direction de J. Rickl de Bellye par Dr. Guillaume. — Budapest et Berne: Imprimerie Stampfli & Cie., 1907.

171. Actes du Congrès pénitentiaire international de Rome. Novembre 1885. Tome Premier. — Rome: Imprimerie des “Mantellate”, 1887.

172. Amendement No. 289 (Rejeté). Discuté en séance le 16 septembre 2009 // <http://2007-2012.nosdeputes.fr/amendement/1899/289> (останній доступ 28.01.2015).

173. Asssemblée Nationale, Rapport au nom de La Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi pénitentiaire (No. 1506) adopté par le Sénat après déclaration d'urgence, par M. J.-P. Garraud.

174. Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 20 juin 2011 relatif à l'accès à l'informatique des personnes détenues // Journal officiel de la République Française. — 2011. — 12 juillet, texte 82 sur 134.

175. Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 13 juin 2013 relatif à la possession de documents personnels par les personnes détenues et à l'accès de celles-ci aux documents communicables NOR : CPLX1317489V.

176. Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la Tribune Nationale depuis 1789 jusqu'à ce jour. Tome 8. Années 1791–1792. — Paris : Alexis Eymery, Libraire de la Minerve française et Correard, 1819.

177. Commentaire de Décision No. 2013-320 /321 QPC du 14 juin 2013 (M. Yacine T. et autres) (Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées) // [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013320\\_321QPCccc\\_320qpc.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2013320_321QPCccc_320qpc.pdf) (останній доступ 26.11.2016)

178. Commission nationale consultative des droits de l'homme. Les droits de l'homme dans la prison. Volume 1. — Paris: La Documentation française, 2007.

179. Commission consultative nationale des droits de l'Homme, avis sur le projet de loi pénitentiaire adopté par l'Assemblée plénière le 6 novembre 2008.

180. Conseil d'Etat L'administration pénitentiaire et le juge administratif (août 2014). Dossier thématiques : L'état du droit. — P.4//[http://www.conseil-etat.fr/content/download/33120/287166/version/2/file/Dossier%20thematique\\_Administration%20penitentiaire.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/33120/287166/version/2/file/Dossier%20thematique_Administration%20penitentiaire.pdf) (останній доступ 29.11.2016).

181. Etude sur le projet de la loi pénitentiaire. Commission nationale consultative des droits de l'homme // [http://prison.eu.org/IMG/pdf/Etude\\_CNCDH\\_projet\\_de\\_loi\\_penitentiaire.pdf](http://prison.eu.org/IMG/pdf/Etude_CNCDH_projet_de_loi_penitentiaire.pdf) (останній доступ 28.06.2016)

182. Etude sur les droits de l'homme dans la prison. Propositions [Adoptée par l'assemblée plénière du 11 mars 2004].

183. La France face à ses prisons, rapport de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, 2000 et Prisons : une humiliation pour la République, rapport de la Commission d'enquête du Sénat, Document du Sénat No. 449, 2000.

184. La France face à ses prisons, rapport (no. 2521, Xe législature) de M. Jacques Floch au nom de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur la situation dans les prisons françaises.

185. Le Congrès pénitentiaire international de Stockholm. 15–26 Août 1878. Comptes-Rendus des séances. Publiés sous la Direction de la Commission pénitentiaire internationale par le Dr. Guillaume. — Stockholm: Bureau de la Commission pénitentiaire internationale, 1879.

186. Mémoire présenté au Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, au sujet de l'étude du projet de loi C-10, Loi édictant la Loi sur la justice pour les victimes d'actes de terrorisme et modifiant la Loi sur l'immunité des États, le Code criminel et d'autres lois. Février 2012. — Ottawa: Réseau juridique canadien VIH/sida, 2012.

187. Position du Genepi sur la loi pénitentiaire de 2009 Adoptée par l'assemblée générale du 12 juin 2010 suite à un travail de consultation et de concertation, par boucles mail, avec l'ensemble des bénévoles de l'association // <http://www.genepi.fr/upload/files/2009%20-%20Position%20du%20Genepi%20sur%20la%20loi%20p%3%A9nitentiaire%20de%202009.pdf> (останній доступ 28.01.2015)

188. Rapport Commission Dupont, Doc. parl., Ch. repr., 2000–2001, Doc 50 No. 1076/001.

189. Rapport (no. 143, session ordinaire de 2008-2009) de M. Jean-René Lecerf, au nom de la commission des Lois du Sénat sur le projet de loi pénitentiaire.

190. Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la situation dans les prisons françaises, Assemblée nationale, le 28 juin 2000.

191. Rapport du Comité d'examen du Service correctionnel du Canada "Feuille de route pour une sécurité publique accrue". — Ottawa : Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux, 2007.

192. Observations finales du Comité des droits de l'homme 93ème session CCPR/C/FRA/CO/4 du 22 juillet 2008 recommandation No. 16.

193. 5ème Congrès Pénitentiaire International. Paris-1895. — Melun: Imprimerie Administrative, 1897.

## Англійською

### Книги та дисертації

194. A Compendium of Comparative Prison Legislation Researched by Adam Stapleton and Dirk van Zyl Smit with Dilafruz Nazarova. — London: Penal Reform International, 2008.

195. *Abels D.* Prisoners of the International Community: The Legal Position of Persons Detained at International Criminal Tribunals. — The Hague: Asser Press, 2012.

196. *Alexy R.* A Theory of Constitutional Rights, translated by Julian Rivers. — New York: Oxford University Press, 2004.

197. *Arai-Takahashi Y.* The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR. — Antwerpen, Oxford, New York: Innersintia, 2001.

198. *Ashchenko O., Chovgan V.* Ukrainian Penitentiary Legislation in the Light of the Standards of the UN and Council of Europe Anti-Torture Committees. Preface by M. Gnatovskyy. Ed. by E. Zakharov. — Kharkiv: Prava Ludyny, 2014.

199. *Bageric M.* Punishment & Sentencing: A Rational Approach. — London: Routledge, 2001.

200. *Barak A.* Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations. — Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

201. *Bastick M.* Women in Prison: A Commentary on the UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners. — Geneva: The Quaker United Nations Office, 2008.

202. *Bailey S. H.* Cases, Materials and Commentary on Administrative Law. 4th ed. — London: Sweet & Maxwell, 2005.

203. *Bentham J.* Principles of Penal law. Book II // The works of Jeremy Bentham, now first collected: under the superintendence of His Executor, John Bowring. — Edinburgh: William Tait, 78 Prince's Street, 1838.

204. *Boston J., Manville D. E.* Prisoners' Self-help Litigation Manual. — New York: Oxford University Press, 2010.

205. *Bottoms A., Hay W., Sparks R.* Prisons and the Problem of Order. — Oxford: Oxford University Press, 1996.

206. *Bülow W.* Ethics of Imprisonment: Essays in Criminal Justice Ethics. Licentiate Thesis in Philosophy. — Stockholm: US-AB, 2014.

207. *Christie N.* Limits to Pain. — Oxford: Martin Robertson, 1981.

208. *Christoffersen J.* Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. — The Hague: BRILL, 2009.

209. *Cooper J.* Understanding Human Rights Principles. — Portland: Hart Publishing, 2001.

210. *Crétenot M.* From National Practices to European Guidelines: Interesting Initiatives in Prisons Management/European Prison Observatory. — Rome: Antigone Edizioni, 2013.

211. *David R., Brierley J.* Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law. 2nd ed. — New York: The Free Press, 1978.

212. *Davis H.* Human Rights Law : Directions. 3rd edition. — Oxford: Oxford University Press, 2013.

213. *Davis K. C.* Administrative Law of the Eighties, Supplement to Administrative Law Treaties. — San Diego: K. C. Davis Pub. Co., 1989.

214. *De Leo J.* Administrative Law. — New York : Cengage Learning, 2008.

215. *Dijk P., Hoof G. J. H.* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 2nd edition. — Boston: Kluwer, 1990.

216. *Dijk P., Hoof G. J. H., Van Hoof J. G. F., Heringa A. W.* Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 3rd edition. — The Hague: Kluwer Law International, 1998.

217. *Dimitrakopoulos I. G.* Individual Rights and Liberties Under the U.S. Constitution: The Case Law of the U.S. Supreme Court. — Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

218. *Doebbler C. F.* International Human Rights Law: Cases and Materials. Volume 1. — Washington: CD Publishing, 2004.

219. *Duguid S.* Can Prisons Work : the Prisoner as Object and Subject in Modern Corrections. — Toronto: University of Toronto Press, 2000.

220. *Easton S.* Prisoners' Rights: Principles and Practice. — New York: Routledge, 2011.

221. *Easton S., Piper C.* Sentencing and Punishment: The Quest for Justice. — Oxford: Oxford University Press, 2012.

222. *Evans M. D., Morgan R.* Protecting Prisoners: The Standards of the European Committee for the Prevention of Torture in Context. — New York: Oxford University Press, 1999.

223. *Ewald A. C., Rottinghaus B.* Criminal Disenfranchisement in an International Perspective. — New York : Cambridge University Press, 2009.



224. *Foster S.* Human Rights and Civil Liberties: 2008 and 2009. 2nd ed. — New York: Oxford University Press, 2008.
225. *Foster S. Q & A Revision Guide: Human Rights and Civil Liberties 2012 and 2013.* 4th ed. — New York: Oxford University Press, 2012.
226. *Ghedia J.* Prisoners: Rights, Rhetoric and Reality. — A thesis submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Master of Laws in the Faculty of Graduate Studies, the University of British Columbia. — Vancouver: University of British Columbia, 2002.
227. *Giovannini N., Zingoni M.* Belgium — Country Report. Imprisonment in Europe. — Brussels : European Commission, 2013.
228. *Goffman E.* Asylums : Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates. — London: Penguin Books, 1961.
229. *Gomien D., Harris D. J., Zwaak L.* Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter. — Strasbourg: Council of Europe, 1996.
230. *Goss R.* Criminal Fair Trial Rights: Article 6 of the European Convention on Human Rights. — Oxford, Portland: Hart Publishing, 2014.
231. *Greer S.* The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects. — New York: Cambridge University Press, 2006.
232. *Greer S.* The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights, Human Rights Files No. 17. — Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2000.
233. *Guild E., Minderhoud E. P.* Security of Residence and Expulsion: Protection of Aliens in Europe. — The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
234. *Hampton J.* Hobbes and the Social Contract Tradition. — Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
235. *Heinze E.* The Logic of Constitutional Rights. — Surrey : Ashgate Publishing Company, 2005.
236. *Hievert J. E.* Limiting Rights: The Dilemma of Judicial Review. — Montreal: McGill-Queen's University Press, 1996.
237. *Holmes S., Soothill K.* Dangerous Offenders and Dangerousness // Handbook on Prisons. Ed. by Jewkes Y. — Cullompton: Willan publishing, 2007. — pp. 589–607.
238. *Howard J.* State of the Prisons in England and Wales with Preliminary Observation, and an Account of Some Foreign Prisons. — Warrington: William Eyres, 1777.
239. *Hudson D. L.* Prisoners' Rights / A. Marzilli (Consulting Editor). — New York: Chelsea House Publishers, 2007.

240. *Hulme K. C.* The Unnatural Likeness of Deference: the Supreme Court of Canada and the Democratic Process. A thesis for the degree of Doctor of Philosophy. — Ontario: Queen's University Kingston, 2011.

241. Institutional Culture in Detention: A Framework for Preventive Monitoring. Association for the Prevention of Torture, Penal Reform International. 2nd ed. — London: PRI, APT, 2015.

242. *Jacobs F. G.* The European Convention on Human Rights. — Oxford: Clarendon Press, 1975.

243. *Jacobs F. G., White R. A.* The European Convention on Human Rights. — Oxford, Clarendon Press, 2nd ed., 1996. — pp. 300–302.

244. *Lazarus L.* Contrasting Prisoners' Rights: A Comparative Examination of Germany and England. — New York: Oxford University Press, 2004.

245. *Leech M.* The Prisons Handbook 2007: The Definitive 800 Page Annual Guide to Prisons in England and Wales. — Prisons.Org.Uk Ltd., 2008.

246. *Liebling A.* Prisons and Their Moral Performance: a Study of Values, Quality, and Prison Life (assisted by Arnold H.). — Oxford: Oxford University Press, 2004.

247. *Lippke R. L.* Rethinking Imprisonment. — New York: Oxford University Press, 2007.

248. *Livingstone S., Owen T., Macdonald A.* Prison Law. 3rd Edition. — Oxford, Oxford University Press, 2003.

249. *Livingstone S., Owen T., Macdonald A.* Prison Law. 4th edition. — New York: Oxford University Press, 2008.

250. *Locke J.* Two Treaties of Government. A new edition, corrected. In ten volumes. Vol. V. — London: Printed for Thomas Tegg, W. Sharpe and son, et al., 1823.

251. *Loukaides L. G.* Essays on the Developing Law of Human Rights. — The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

252. *Loucks N.* Prison Rules: A Working Guide. The Millennium edition, fully revised and updated. — London: Prison Reform Trust, 2000.

253. *Mackenzie T.* Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws in France, England and Scotland. 3rd ed. — Edinburgh, London: William Blackwood and Sons, 1870.

254. Making Standards Work. An International Handbook on Good Prison Practice. 2nd ed./ Penal Reform International. — London : Astron Printers Ltd, 2001.

255. *Malloy R. P., Diamond M. R.* The Public Nature of Private Property. — Surrey: Ashgate Publishing, Ltd., 2011.

256. *Manfredi C. P., Rush M. E.* Judging Democracy. — Toronto : University of Toronto Press, 2008.
257. *Marshall T. H.* Citizenship and Social Class. — Cambridge: Cambridge University Press, 1950.
258. *Mathiesen T.* The Politics of Abolition. — London: Martin Robertson, 1974.
259. *McCormick P. J.* The End of the Charter Revolution: Looking Back from the New Normal. — Toronto: University of Toronto Press, 2014.
260. *Molleman T.* Performance Measurement in the Dutch Prison System: Methodological Guidance for Public Sector Performance Assessment. — Enschede: Ipskamp Drukkers, 2014.
261. *Morgan R., Evans M.* Combating Torture in Europe: The Work and Standards of the European Committee for the Prevention of Torture (CPT). — Strasbourg: Council of Europe, 2001.
262. *Murdoch J.* The Treatment of Prisoners: European Standards. — Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2006.
263. *Ormerod D., Hooper A.* Blackstone's Criminal Practice 2012. — Oxford: Oxford University Press, 2011.
264. *Palmer J. W.* Constitutional Rights of Prisoners, 9th edition. — Cincinnati : LexisNexis, 2010.
265. Paterson on Prisons. The Collected Papers of Sir Alexander Paterson. Ruck S. K. (ed.). — London: Muller, 1951.
266. *Partisan M. P.* Manipulation of the Democratic Process and the Comparative Law of Democracy. A thesis for the degree of Doctor of Juridical Science. — Toronto: University of Toronto, 2014.
267. *Reid K.* A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights. 4th ed. — London: Sweet & Maxwell, 2012.
268. *Rock G.* Prisoners' Rights Handbook: A Guide to Correctional Law Decisions of the Supreme Court of the United States & the Federal Courts of the Third Circuit. Ed. by A. Love, Esq. — Philadelphia: Pennsylvania Institutional Law Project, 2009.
269. *Del Carmen R., Ritter S., Witt B.* Briefs of Leading Cases in Corrections. 5th ed. — New York : Routledge, 2014.
270. *Siegel L., Bartollas C.* Corrections Today. 2nd ed. — Wadsworth: Cengage Learning, 2013.
271. *Sottiaux S.* Terrorism and the Limitation of Rights. The ECHR and the US Constitution. — Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2008.

272. *Subramanian R., Shames A.* Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States. — New York: Vera Institute of Justice, 2013.

273. *Sweeney J. A.* Margins of Appreciation, Cultural Relativity and the European Court of Human Rights: a thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy. — Hull: The University of Hull, 2003.

274. *Sykes G. M.* The Society of Captives. A Study of Maximum Security Prison. — Princeton: Princeton University Press, 1958.

275. *Tak P.* The Dutch Criminal Justice System. — Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008.

276. The U.S. Justice System: An Encyclopedia / Ed. by S. H. Wilson. — Santa Barbara: ABC-CLIO, 2012.

277. *Tonry M., Frase R. S.* Sentencing and Sanctions in Western Countries. — New York: Oxford University Press, 2001.

278. *Tyler T. R.* Why People Obey the Law. — New Jersey: Princeton University Press, 2006.

279. *Valson M. C.* Rights of the Prisoner: An Evolving Jurisprudence. Thesis submitted for the award of the degree of Doctor of Philosophy. — Cochin: Cochin University of Science and Technology, 1994.

280. *Van Zyl Smit D., Snacken S.* Principles of European Prison Law and Policy: Penology and Human Rights. — New York: Oxford University Press, 2009.

281. *Valson M. C.* Rights of the Prisoner: An Evolving Jurisprudence. Thesis submitted for the award of the degree of Doctor of Philosophy. — Cochin: Cochin University of Science and Technology, 1994.

282. *Viljanen J.* The European Court of Human Rights as a Developer of General Doctrines of Human Rights Law — A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights. — Tampere: Tampere University Press, 2003.

283. *Vermeulen G., Paterson N.* Material Detention Conditions, Execution of Custodial Sentences and Prisoner Transfer in the EU Member States. — Antwerpen: Maklu Publishers, 2011.

284. *Watson A.* Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. 2nd ed. — Athens, London: University of Georgia Press, 1993.

285. *Webber G.* The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights. — New York : Cambridge University Press, 2009.

286. *Webley L., Samuels H.* Complete Public Law: Text, Cases, and Materials. 2nd ed. — Oxford: Oxford University Press, 2012.

287. *Why Prison?* Ed. By D. Scott. — Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

288. *Wines E. C.* The State of Prisons and of Child-Saving Institutions in the Civilized World. — Cambridge: Harvard University Press, 1880.

289. *Yutaka A., Yutaka A. T.* The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR. — New York: Intersentia, 2001.

### Статті та розділи у книгах

290. *Barak A.* Constitutional Human Rights and Private Law // Review of Constitutional Studies. — 1996. — Vol. III, No. 2. — pp. 218-281.

291. Battle of the Lists: The Use of Approved Versus Restricted Religious Book Lists in Prisons // *McGeorge Law Review*. — 2009. — Vol. 40. — pp. 803-829.

292. *Bedau H. A.* Prisoners' Rights // *Criminal Justice Ethics*. — 1982. — No. 1. — pp. 26-41.

293. *Beijersbergen K. A., Dirkzwager A. E., Eichelsheim V. I., van der Laan P. H., Nieuwebeerta P.* Procedural Justice, Anger, and Prisoners' Misconduct. A Longitudinal Study // *Criminal Justice and Behavior*. — 2014. — № 20(10). — pp. 1-23.

294. *Beijersbergen K. A., Dirkzwager A. J. E., Nieuwebeerta P.* Does Procedural Justice During Imprisonment Matter? // *Criminal Justice and Behavior*. — 2016. — № 43 (1). — pp. 63-82.

295. *Bennet J.* Measuring Order and Control in HM Prison Service // *Handbook on prisons*. Ed. by Y. Jewkes. — Cullompton: Willan publishing, 2007. — pp. 518-542.

296. *Bennet C.* Penal Disenfranchisement // *Criminal Law and Philosophy*. — 2016. — Vol. 10, 3. — pp. 411-425.

297. *Boone M.* Judicial Rehabilitation in the Netherlands: Balancing Between Safety and Privacy // *European Journal of Probation*. — 2011. — Vol. 3. — No. 1. — pp. 63-78.

298. *Boone M., Kox M.* What Works for Irregular Migrants in the Netherlands? // *European Journal of Probation*. — 2012. — Vol. 4, No. 3. — pp. 54-68.

299. *Bowen P. & Fox A.* The Limits of Legal Transplants. Is there a Problem with English and Welsh Problem-Solving Courts? // *Offender Release and Supervision: the Role of Courts and the Use of Discretion*. M. Herzog-Evans (ed.). — Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2015. — pp. 447-463.

300. *Brems E.* 'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights // *Human Rights Law Review.* — 2015. — No. 15 (1). — pp. 139–168.

301. *Brown D.* Prisoners as Citizens // *Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons.* Ed. by D. Brown and M. Wilkie. — Leichhardt: The Federation Press, 2002. — pp. 308–325.

302. *Brown D. M.* *Sauvé* and Prisoners' Voting Rights : the Death of the Good Citizen // *Supreme Court Law Review.* — 2003. — Vol. 20. — pp. 297–342.

303. *Bronstein A. J.* Prisoners and Their Endangered Rights // *The Prison Journal.* — 1985. — Vol. 65, No. 1. — pp. 3–17.

304. *Canton R.* Taking Probation Abroad // *European Journal of Probation.* — 2009. — Vol. 1, No. 1. — pp. 55–78.

305. *Cnaan R. A., Draine J. N., Frazier B., Sinha J. W.* The Limits of Citizenship: Rights of Prisoners and ex-Prisoners in USA // *Journal of Policy Practice.* — 2008. — Vol. 7. — Issue 2–3. — pp. 178–198.

306. *Chen K., Shapiro J.* Do Harsher Prison Conditions Reduce Recidivism? A Discontinuity-Based Approach // *American Law and Economics Review.* — 2007. — No. 1. — Vol. 9. — pp. 1–29.

307. *Cesaroni C., Peterson-Badali M.* The Role of Fairness in the Adjustment of Adolescent Boys to Pretrial Detention // *The Prison Journal.* — 2016 (first published on June 9 as doi:10.1177/0032885516650873). — pp. 1–20.

308. *Clarc V., Duwe G.* Blessed be the Social Tie that Binds: the Effects of Prison Visitation on Offender Recidivism // *Criminal Justice Policy Review.* — 2013. — No. 3, Vol. 24. — pp. 271–296.

309. *Cliquennois G., Herzog-Evans M.* European Oversight of Belgian, French and British Prison Policies // *Prison Service Journal.* — 2016. — No. 227. — pp. 23–28.

310. *Cochran J. C., Daniel P., Mears D. P.* Social Isolation and Inmate Behavior: A Conceptual Framework for Theorizing Prison Visitation and Guiding and Assessing Research // *Journal of Criminal Justice.* — 2013. — Vol. 41, Issue 4. — pp. 252–261.

311. *Cochran J. C.* The Ties that Bind or the Ties that Break: Examining the Relationship Between Visitation and Prisoner Misconduct // *Journal of Criminal Justice.* — 2012. — Vol. 40, Issue 5. — pp. 433–440.

312. *Codd H.* Policing Procreation: Prisoners, Artificial Insemination and the Law // *Genomics, Society and Policy.* — 2006. — Vol. 2. — No. 1. — pp. 110–117.

313. *Codd H.* Prisoners' Families: Issues in Law and Policy // *Amicus Curiae.* — 2004. — Issue 55. — pp. 2–7.

314. *Coyle A.* The Treatment of Prisoners: International Standards and Case Law // *Legal and Criminological Psychology*. — 2008. — No. 13. — pp. 219–230.

315. *Coyle A.* What are Prisons For? What is Their Contribution to Public Safety and Security? // *Rethinking Crime and Punishment*. — 2012. — № 5. — pp. 1–8.

316. *Cullen F., Jonson C., Nagin D.* Prisons Do Not Reduce Recidivism: The High Cost of Ignoring Science // *The Prison Journal*. — 2011. — Vol. 91. — No. 3. — pp. 49S–65S.

317. *Dawes J.* Institutional Perspectives and Constraints // *Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons*. Ed. by D. Brown and M. Wilkie. — Leichhardt: The Federation Press, 2002. — pp. 115–130.

318. *De Jonge G., Van Swaaningen R.* The Dutch Prison System and Penal Policy in the 1990s: from Humanitarian Paternalism to Penal Business Management // *Ryan M., Sim J. Western European Penal Systems: A Critical Anatomy*. — London: SAGE, 1995. — pp. 24–45.

319. *Dhami M.* Prisoner Disenfranchisement Policy: A Threat to Democracy? // *Analyses of Social Issues and Public Policy*. — 2005. — Vol. 5, No. 1. — pp. 235–247.

320. *Drake D.* The ‘Dangerous Other’ in Maximum-Security Prisons // *Criminology and Criminal Justice*. — 2011. — Vol. 11, No. 4. — pp. 367–382.

321. *Duff A.* Citizens (Even) in Prison // *Netherlands Journal of Legal Philosophy*. — 2014. — No. 1 (43). — pp. 3–6.

322. *Dünkel F.* International vergleichende Strafvollzugsforschung // *Schneider H.-J.* (Hrsg.): *Internationales Handbuch der Kriminologie*. Band 2: *Besondere Probleme der Kriminologie*. — Berlin: de Gruyter 2009.

323. *Dünkel F., van Zyl Smit D.* Conclusion // *Imprisonment today and tomorrow: International perspectives on prisoners’ rights and prison conditions*. Edited by D. van Zyl Smit and F. Dünkel, Second edition. — The Hague: Kluwer law international, 2001. — pp. 796–859.

324. *Eady D.* Prisoners’ Rights Since the Woolf Report: Progress or Procrastination? // *The Howard Journal*. — 2007. — Vol 46, 3. — pp. 264–275.

325. *Easton S.* Protecting Prisoners: the Impact of International Human Rights Law on the Treatment of Prisoners in the United Kingdom // *The Prison Journal*. — 2013. — No. 93. — pp. 475–492.

326. *Esperian J. H.* The Effect of Prison Education Programs on Recidivism // *Journal of Correctional Education*. — 2010. — Vol. 61, No. 4. — pp. 316–334.

327. *Erisman W., Contardo J. B.* Learning to Reduce Recidivism: a 50-state Analysis of Postsecondary Correctional Education Policy. — The Institute for

Higher Education Policy, 2005. // <http://files.eric.ed.gov/fulltext/ED558210.pdf> (останній доступ 09.08.2016).

328. *Farrell D.* Correctional Facilities: Prisoners' Visitation Rights, the Effect of *Overton v. Bazetta* and *Lawrence v. Texas* // *Georgetown Journal of Gender and Law*. — 2004. — Vol. 5. — pp. 167–174.

329. *Feasby C.* Freedom of Expression and the Law of the Democratic Process // *Supreme Court Law Review*. — 2005. — No. 29 S.C.L.R. (2d). — pp. 237–289.

330. *Feely M., Hanson A. R.* The Impact of Judicial Intervention on Prisons and Jails: A Framework for Analysis and a Review of the Literature // *Courts, Corrections and the Constitution: The Impact of Judicial Intervention on Prisons and Jails*. Dilulio J. J. (Ed.). — New York: Oxford University Press, 1990. — pp. 12–46.

331. *Fine S.* Five Fundamental Ways Harper Has Changed the Justice System // <http://www.theglobeandmail.com/news/politics/five-fundamental-ways-harper-has-changed-the-justice-system/article18503381/?page=all> (останній доступ 26.11.2016)

332. *Fitzgerald E.* Case Law Under the European Convention of Human Rights Human Rights // *The Professional Training of Prison Officials: Proceedings, Seminar, Strasbourg, 7–9 July 1993, Human Rights Information Centre. Orientation Committee*. — Strasbourg: Council of Europe, 1995. — pp. 5–14.

333. *Foley B.* The Proportionality Test: Present Problems // *Judicial Studies Institute Journal*. — 2008. — № 1. — pp. 67–94.

334. *Garkawe S.* Crime Victims and Prisoners Rights // *Prisoners as Citizens. Human Rights in Australian Prisons*. Ed. by D. Brown and M. Wilkie. — Leichhardt: The Federation Press, 2002. — pp. 257–279.

335. *Genders E., Player E.* Rehabilitation, Risk Management and Prisoners' Rights // *Criminology & Criminal Justice*. — 2014. — Vol. 14(4). — pp. 434–457.

336. *Giles C. D.* *Turner v. Safley* and Its Progeny: A Gradual Retreat to the “Hands Off” Doctrine? // *Arizona Law Review*. — 1993. — No. 35. — pp. 219–236.

337. *Goffmann E.* On the Characteristics of Total Institutions: the Inmate World // *The Prison: Studies in Institutional Organisation and Change*. Cressey D. (Ed.). — New York: Holt, Rinehart & Winston, 1961. — pp. 15–67.

338. *Golichowski L.* The New Standard of Review for Prisoners' Rights: A “Turner” for the Worse? *Turner v. Safley* // *Villanova Law Review*. — 1998. — No. 33. — pp. 393–436.



339. *Granja R.* Beyond Prison Walls: The Experiences of Prisoners' Relatives and Meanings Associated with Imprisonment // *Probation Journal*. — 2016. — Vol. 63 (3). — pp. 273–292.
340. *Gunther G.* The Supreme Court, 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection // *Harvard Law Review*. — 1972. — Vol. 86. — pp. 1–48.
341. *Herzog-Evans M.* Cell phones in European prisons // <http://herzog-evans.com/cell-phones-in-european-prisons> (останній доступ 20.06.2016).
342. *Herzog-Evans M.* Is Prison Leave a Privilege? // <https://tashalaw.wordpress.com/2012/04/24/guest-post-by-professor-martine-herzog-evanscommentary-on-article-6-and-prison-leave/> (останній доступ 05.09.2016).
343. *Hill L., Koch C.* The Voting Rights of Incarcerated Australian Citizens // *Australian Journal of Political Science*. — 2011. — Vol. 46. — No. 2. — pp. 213–228.
344. *Hogg P.* The Brilliant Career of Section 7 of the Charter // *Supreme Court Law Review*. — 2012. — pp. 195–210.
345. *Jacobs J.* Race Relations and the Prisoner Subculture // *Crime and Justice. An Annual Review of Research*. Ed. By N. Morris and M. Tonry. Vol. 1. — Chicago, London: The University of Chicago Press, 1980. — pp. 1–27.
346. *Jacobs J. B.* Prison Reform Amid the Ruins of Prisoners' Rights // *The Future of Imprisonment*. Ed. by Tonry M. — New York: Oxford University Press, 2004. — pp. 179–198.
347. *Jacobs J.* The Prisoners' Rights Movement and Its Impacts 1960–1980 // *Crime and Justice*. — 1980. — No. 2. — pp. 429–470.
348. *Jackson M., Stewart G.* A Flawed Compass: A Human Rights Analysis of the Roadmap to Strengthening Public Safety, 2009. — pp. 48, 55 // [http://www.justicebehindthewalls.net/resources/news/flawed\\_Compass.pdf](http://www.justicebehindthewalls.net/resources/news/flawed_Compass.pdf) (останній доступ 26.11.2016).
349. *Jackson J., Tyler T. R., Bradford B., Taylor D., Shiner M.* Legitimacy and Procedural Justice in Prisons // *Prison Service Journal*. — 2010. — No. 191. — pp. 4–10.
350. *Karin A., Beijersbergen K. A., Dirkzwager A. J. E., Nieuwebeerta P.* Does Procedural Justice During Imprisonment Matter? // *Criminal Justice and Behavior*. — 2016. — № 43 (1). — pp. 63–82.
351. *Kerr L.* Contesting Expertise in Prison Law // *McGill Law Journal — Revue de droit de McGill*. — 2014. — № 60,1. — pp. 43–94.
352. *Khan Z.* An Exploration of Prisoners' Perceptions of the Incentives and Earned Privileges (IEP) Scheme: The Role of legitimacy // *Prison Service Journal*. — 2016. — No. 227. — pp. 11–16.

353. *Kiphins K.* Social Justice and Correctional Health Services // *Medicine and Social Justice: Essays on the Distribution of Health Care.* Rhodes R., Battin M. and Silvers A. (eds). 2nd ed. — New York: Oxford University Press, 2012. — pp. 373–384.

354. *Kleinig J.* Introduction // *Prisoners' Rights (The international library of essays on rights)* Ed. By John Kleinig. — Surrey: Ashgate Publishing Company, 2014.

355. *Kotarba J. A.* The Accomplishment of Intimacy in the Jail Visiting Room // *Qualitative Sociology.* — 1979. — Vol. 2, 2. — pp. 80–103.

356. *Lazarus L.* Conceptions Of Liberty Deprivation // *The Modern Law Review.* — 2006. — No. 69 (5). — pp. 738–769.

357. *Lester A.* Universality versus Subsidiarity: A Reply // *European Human Rights Law Review.* — 1998. — pp. 73–81.

358. *Liebling A.* Incentives and Earned Privileges Revisited: Fairness, Discretion, and the Quality of Prison Life // *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention.* — 2008. — Vol. 9. — pp. 25–41.

359. *Liebling A., Bosworth M.* Incentives in Prison Regimes: A Review of the Literature // *Prison Service Journal.* — 1994. — No. 98. — pp. 57–64.

360. *Liebling A., Crewe B.* Prison Life, Penal Power, and Prison Effects // *The Oxford Handbook of Criminology.* Edited by Maguire M., Morgan R. and Reiner R. — Oxford: Oxford University Press, 2012. — pp. 895–928.

361. *Lippke R. L.* Criminal Offenders and Right Forfeiture // *Journal of Social Philosophy.* — 2001. — Vol. 32, 1. — pp. 78–89.

362. *Lippke R. L.* Prison Labor: Its Control, Facilitation, and Terms // *Law and Philosophy.* — 1998. — No. 17(5/6). — pp. 533–557.

363. *Lippke R. L.* Prisoner Access to Recreation, Entertainment and Diversion // *Punishment and Society.* — 2003. — No. 5. — pp. 32–52.

364. *Lippke R. L.* The Disenfranchisement of Felons // *Law and Philosophy.* — 2002. — Vol. 20. — pp. 553–580.

365. *Lippke R. L.* Toward a Theory of Prisoners' Rights // *Ratio Juris.* — 2002. — Vol. 15. — pp. 122–145.

366. *Livingstone S., Harley C.* Protecting the Marginalized: the Role of the European Convention on Human Rights // *Northern Ireland Legal Quarterly.* — 2000. — № 51. — p. 445–465.

367. *Lokan A.* The Rise and Fall of Doctrine under Section 1 of the Charter // *Ottawa Law Review.* — 1992. — Vol. 24,1. — pp. 163–192.

368. *Manfredi C. P.* The Day the Dialogue Died: A Comment on *Sauve v. Canada* // *Osgoode Hall Law Journal.* — 2007. — Volume 45, No. 1. — pp. 105–123.

369. *Mathews J., Stone Sweet A.* Proportionality Balancing and Global Constitutionalism // *Columbia Journal of Transnational Law*. — 2009. — No. 47. — pp. 73–165.

370. *Moustafa N.* The Right to Free Exercise of Religion in Prisons: How Courts Should Determine Sincerity of Religious Belief Under RLUIPA // *Michigan Journal of Race and Law*. — 2014. — Vol. 20, Issue 1. — pp. 213–244.

371. *Murphy T., Whitty N.* Risk and Human Rights: Ending Slopping Out in a Scottish prison // *Judges, Transition, and Human Rights*, Morison J., McEvoy K., Anthony G. (Eds). — Oxford: Oxford University Press, 2007. — pp. 535–557.

372. *Mushlin M. B., Galtz N.* Getting Real about Race and Prisoners' Rights // *Fordham Urban Law Journal*. — 2008. — Vol. 36, 1. — pp. 27–52.

373. *Naylor B.* Human Rights and Their Application in Prisons // *Prison Service Journal*. — 2016. — No. 227. — pp. 17–22.

374. *Pal M.* Democratic Rights and Social Science Evidence // *National Journal of Constitutional Law*. — 2014. — № 32. — pp. 151–171.

375. *Parkes D.* Ballot Boxes Behind Bars: Toward the Repeal of Prisoner Disenfranchisement Laws // *Temple Political & Civil Rights Law Review*. — 2003. — Vol. 13. — pp. 71–92.

376. *Parkes D.* A Prisoners' Charter?: Reflections on Prisoner Litigation under the Canadian Charter of Rights and Freedoms // *University of British Columbia Law Review*. — 2007. — Vol. 40, 2. — pp. 629–676.

377. *Parkes D.* Prisoner Voting Rights // *Canada : Rejecting the Notion of Temporary Outcasts. Civil penalties, social consequences*. Mele C. and Miller T. A. (eds.). — Adingdon, New York: Routledge. — pp. 237–254.

378. *Parkes D.* The Punishment Agenda in the Courts // *Supreme Court Law Review*. — 2014. — No. 67. — pp. 589–615.

379. *Plaxton M., Lardy H.* Prisoner Disenfranchisement: Four Judicial Approaches // *Berkeley Journal of International Law*. — 2010. — Vol. 28, Issue 1. — 2010. — pp. 101–141.

380. *Pratt J.* Scandinavian Exceptionalism in Era of Penal Excess. Part 1 : The Nature and Roots of Scandinavian Exceptionalism // *British Journal of Criminology*. — 2008. — No. 48. — pp. 119–137.

381. *Ramsay P.* Faking Democracy with Prisoners' Voting Rights // *LSE Law, Society and Economy Working Papers*. — 2013. — № 7. — pp. 1–15.

382. *Reiman J.* Liberal and Republican Arguments Against the Disenfranchisement of Felons // *Criminal Justice Ethics*. — 2005. — No. 24. — pp. 3–18.

383. *Revers J.* The Presumption of Proportionality // *The Modern Law Review*. — 2014. — No. 73 (3). — pp. 409–433.

384. *Richardson G.* The Case for Prisoners' Rights // Accountability and the Prisons: Opening Up a Closed World. M. Maguire, J. Vagg and R. Morgan (Eds.) — London: Tavistock, 1985. — pp. 19–28.

385. *Ridley-Smith M., Ronnit R.* Prisoners and the Rights to Vote // Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons. Ed. by Brown D. and Wilkie M. — Leichhardt: The Federation Press, 2002. — pp. 283–307.

386. *Rose M. D.* Prisoners and Public Employees: Bridges To a New Future in Prisoners' Free Speech Retaliation Claims // Seventh Circuit Review. — 2009. — Vol. 5, Issue 1. — pp. 159–220.

387. *Ross M. W., Diamond P. M., Liebling A., Saylor W. G.* Measurement of Prison Social Climate: A Comparison of an Inmate Measure in England and the US // The Prison Journal. — 2008. — No. 10. — pp. 447–474.

388. *Rynne J.* Protection of Prisoners' Rights in Australian Private Prisons // Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons, ed. by D. Brown and M. Wilkie. — Leichhardt: The Federation Press, 2002. — pp. 131–152.

389. *Scott D.* The Changing Face of the English Prison : A Critical Review of the Aims of Imprisonment // Handbook on prisons. Ed by Y. Jewkes — Cullompton: Willan publishing, 2007. — pp. 49–72.

390. *Scott D.* The Politics of Prisoner Legal Rights // The Howard Journal. — 2013. — No. 3, Vol 52. — pp. 233–250.

391. *Shikita M.* Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners as Prisoners' Magna Carta and their Implementation in Japan and other Asian Countries in Light of Changing World Conditions // Droits fondamentaux et détention pénale. Actes du 7e Colloque international de la Fondation internationale Pénale et Pénitentiaire. Neuchâtel, 3 au 7 octobre 1992, sous la direction de Pierre-Henri Bolle. — Neuchâtel: Edition Ides et Calendes, 1993. — pp. 143–161.

392. *Sieh E. W.* Less Eligibility: The Upper Limits Of Penal Policy // Criminal Justice Policy Review. — 1989. — Vol. 3, No. 2. — pp. 159–183.

393. *Sinema K.* Overton v. Bazzetta: How the Supreme Court Used Turner to Sound the Death Knell for Prisoner Rehabilitation // Arizona State Law Journal. — 2004. — Vol. 36. — pp. 471–486.

394. *Slattery B.* The Pluralism of the Charter: Revisiting the Oakes Test // Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The Limitation of Charter Rights : Critical Essays on R. v. Oakes. sous la direction de Luc B. Tremblay et Grégoire C. N. Webber. — Montréal : Éditions Thémis, 2009. — pp. 13–35.

395. *Snacken S.* Belgium // Imprisonment Today and Tomorrow : International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions. Ed. by D. van Zyl Smit and F. Dunkel, Second edition. — The Hague: Kluwer law international, 2001. — pp. 32–81.

396. *Snacken S.* Legitimacy of Penal Policies: Punishment Between Normative and Empirical Legitimacy // Legitimacy and Compliance in Criminal Justice. Ed. by A. Crawford and A. Hucklesby. — Abingdon: Routledge, 2013. — pp. 50–70.
397. *Sparks J. R., Bottoms A. E.* Legitimacy and Order in Prisons // The British Journal of Sociology. — 1995. — Vol. 46, No. 1 (Mar., 1995). — pp. 45–62.
398. *Stern V.* Prisoners as Citizens : A View from Europe // Prisoners as citizens. Human rights in Australian prisons. Ed. by D. Brown and M. Wilkie. — Leichhardt: The Federation Press, 2002. — pp. 154–173.
399. *Sweeney M.* Beard v. Banks: Deprivation as Rehabilitation // Publications of the Modern Language Association of America. — Vol. 122. — No. 3 (May, 2007). — pp. 779–783.
400. *Symkovych A.* Compromised Power and Negotiated Order in a Ukrainian Prison // The British Journal of Criminology. — 2017. — DOI: <https://doi.org/10.1093/bjc/azx012>. First published: 03 March 2017.
401. *Symkovych A.* Sex in Prisoner Power Relations: Attitudes and Practices in a Ukrainian Correctional Colony for Men // The Howard Journal of Crime and Justice. — 2016. — DOI:10.1111/hojo.12177. First published: 19 September 2016.
402. *Tak P.* Prison Policy, Prison Regime and Prisoners' Rights in the Netherlands under the 1998 Penitentiary Principles Act // Prison Policy and Prisoners' rights, Proceedings of the Colloquium of the IPPF, Stavern, Norway, 25–28 June 2008. — Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008. — pp. 457–492.
403. The Supreme Court, 2005 Term-Leading Cases // Harvard Law Review. — 2006. — Vol. 120. — pp. 263–273.
404. The Supreme Court — Leading Cases // Harvard Law Review. — 2006. — Vol. 120, No. 1. — pp. 125–371.
405. *Toner H.* Foreign National Prisoners, Deportations and Gender // Gender and migration in 21st century Europe. Stalford, H, Currie, S and Velluti, S (eds). — Abingdon: Routledge, 2016. — pp. 183–208.
406. *Trotter C.* Effective Work with Offenders // Insertion et désistance des personnes placées sous main de justice. Sous la direction de P. Mbanzoulou et M. Herzog-Evans et S. Courtine. — Paris : L'Harmattan, 2012. — pp. 111–122.
407. *Vacca S. J.* Educated Prisoners Are Less Likely to Return to Prison // Journal of Correctional Education. — 2004. — Vol. 55, No. 4. — pp. 297–305.
408. *Van der Schyff G.* When is a Bill of Rights Fit for Judicial Review? The Limitation of Rights Regime in the Netherlands Considered // Utrecht Law Review. — 2013. — Vol. 9, Issue 2. — pp. 6–18.
409. *Van Gerven W.* The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental

Europe // *The Principle of Proportionality in Laws of Europe*. Ed. by E. Ellis. — Portland: Hart Publishing, 1999. — pp. 37–64.

410. *Van Kalmthout A. M., Van der Landen D.* Breda Prison, Holland // *From State of the Prisons: 200 Years On*. D. Whitfield (ed.). — New York : Routledge 1991. — P. 88–118.

411. *Van Kempen P. H.* Positive Obligations to Ensure the Human Rights of Prisoners // *Prison Policy and Prisoners' Rights, Proceedings of the Colloquium of the IPPF, Stavern, Norway, 25–28 June 2008*. — Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2008. — pp. 21–44.

412. *Van Zyl Smit D.* Prisoners' Rights // *Handbook on prisons*. Ed by Jewkes Y. — Cullompton: Willan publishing, 2007. — pp. 566–584.

413. *Wellman C.* Rights Forfeiture and Mala Prohibita // *The Constitution of the Criminal Law*. Ed. By R. A. Duff, L. Farmer, S. E. Marshall, M. Renzo, V. Tardos. — Croydon: Oxford University Press, 2013. — pp. 77–96.

414. *Wellman C.* The Rights Forfeiture Theory of Punishment // *Ethics*. — 2012. — Vol. 122 (2). — pp. 371–393.

415. *Wimsatt J. N.* Rendering “Turner” Toothless: The Supreme Court's Decision in *Beard v. Banks* // *Duke Law Journal*. — Vol. 57, No. 4 (Feb., 2008). — pp. 1209–1243.

416. *Winkler A.* Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts // *Vanderbilt Law Review*. — 2006. — Vol. 59. — pp. 793–871.

417. *Wu S.* Persona Non Grata in the Courts: The Disappearance of Prisoners' First Amendment Constitutional Rights in *Beard v. Banks* // *Whittier Law Review*. 2006–2007. — Vol. 28. — pp. 981–1006.

418. *Yasuda M.* Taking a Step Back: The United States Supreme Court's Ruling in *Overton v. Bazzetta* // *Loyola of Los Angeles Law Review*. — 2004. — Vol. 37. — pp. 1831–1851

419. *Zimring F. E., Hawkins G.* Democracy and the Limits of Punishment: A Preface to Prisoners' Rights // *The Future of Imprisonment*. Ed. by Tonry M. — New York: Oxford University Press, 2004. — pp. 157–178.

## Доповіді, коментарі та інші документи

420. An evaluation of incentives and earned privileges, an unpublished final report to the Prison Service by Alison Liebling, Grant Muir, Gerry Rose and Anthony Bottoms (non-published).

421. Alternative interim report by Ukrainian Helsinki Human Rights Union on implementation of recommendations, provided by the Committee against Torture based on the consideration of the sixth periodic report of Ukraine

(CAT/ C/UKR/6) / Blaga A., Martynenko O., Telychkin I., Chovgan V. Ed. by A. Bushchenko. — Kyiv: KIT, 2015.

422. Basic Principles for the Treatment of Prisoners (A/RES/45/111, 14 December 1990) // <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r111.htm> (останній доступ 10.11.2016)

423. Bill C-10 : An Act to enact the Justice for Victims of Terrorism Act and to amend the State Immunity Act, the Criminal Code, the Controlled Drugs and Substances Act, the Corrections and Conditional Release Act, the Youth Criminal Justice Act, the Immigration and Refugee Protection Act and other Acts. Legislative Summary. Publication No. 41-1-C10-E. — Ottawa : Library of Parliament, 2012.

424. Body of Principles for the Protection of All Persons under Any Form of Detention or Imprisonment (A/RES/43/173, 1998) // <http://www.un.org/documents/ga/res/43/a43r173.htm> (останній доступ 11.11.2015)

425. Canadian Alliance Official Opposition Minority Report on the Corrections and Conditional Release Act, Jim Gouk M. P. in A Work in Progress: The Corrections and Conditional Release Act. — Ottawa: Public Works and Government Services, 2000.

426. Correctional Law Review, Working Group, “Correctional Authority and Inmate Rights” [Working Paper No. 5]. — Ottawa: Solicitor General of Canada, 1987.

427. Corrections and Conditional Release Act Guiding Principles (Canada) // [http://www.csc-scc.gc.ca/acts-and-regulations/005006-1003-eng.shtml#\\_4](http://www.csc-scc.gc.ca/acts-and-regulations/005006-1003-eng.shtml#_4) (останній доступ 26.11.2016)

428. Council of Europe Decisions and Reports 10 — European Commission of Human Rights (June 1978). — Strasbourg: Council of Europe Publishing, 1978 (reprinted in 1995).

429. Fourth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. Kyoto, Japan, 17–26 August 1970. Report Prepared by the Secretariat. — New York: United Nations, 1971.

430. General Comment No. 21: Replaces general comment 9 concerning humane treatment of persons deprived of liberty (Art. 10): 10.04.1992. CCPR General Comment No. 21. (General Comments) Forty-fourth session, 1992 // [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f4731&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f4731&Lang=en) (останній доступ 26.07.2016)

431. Handbook on Dynamic Security and Prison Intelligence. Criminal justice handbook series (UNODC). — New York: United Nations, 2015.

432. Honorary Doctorates 2009 — Prof Sonja Snacken about the honorary doctorate title of David Garland (starting from 02:55) // [https://www.youtube.com/watch?v=fE\\_Ct-DxHF0](https://www.youtube.com/watch?v=fE_Ct-DxHF0) (watched on 30.11.2016)

433. Incentives and earned privileges for prisoners — an evaluation. Alison Lieblich, Grant Muir, Gerry Rose and Anthony Bottoms. Home Office Research, Development and Statistics Directorate. Research Findings. No. 87. 1999 (non-published).

434. International Congress on the Prevention and Repression of Crime, Penal and Reformatory Treatment: Preliminary Report of the Commissioner. — Washington: Government Printing Office, 1872.

435. Latin American and Caribbean regional preparatory meeting for the eighth UN Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders. San José, Costa Rica, 8–12 May 1989. Report (A/Conf.144/RPM.3 25 August 1989).

436. Notes and comments on the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners: use and application of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice. Twenty-first session, Vienna, 23-27 April 2012 / E/CN.15/2012/CRP.1.

437. Report on the International Penitentiary Congress of London, held July 3–13, 1872. By E. C. Wines, US Commissioner. — Washington: Government Printing Office, 1873.

438. Report “The Relation Between Primary and Secondary Legislation” by A. Bradley / European Commission for Democracy Through Law / CDL-UDT(2010)020. — P. 3 // [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UDT\(2010\)020-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-UDT(2010)020-e) (останній доступ 08.06.2017)”

439. Resolution 1862 (2012) “The Functioning of Democratic Institutions in Ukraine” // <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=18068&lang=en> (останній доступ 13.08.2016)

440. Standing Committee on Justice and Human Rights. Recorded by Electronic Apparatus of the Meeting on Thursday, November 3, 2011 // <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&DocId=5228779> (останній доступ 26.11.2016)

441. Submission on Bill C-10 Safe Streets and Communities Act. — Ottawa: Canadian Bar Association, 2011. — pp. 35–36.

## **Французькою та англійською**

### **Документи Європейського комітету з запобігання катуванням**

442. Доповіді щодо візитів в Україну: <http://www.cpt.coe.int/en/states/ukr.htm>

443. 2nd General Report on the CPT’s activities covering the period 1 January to 31 December 1991 (CPT/Inf (92) 3).



444. 3rd General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 1992 (CPT/Inf (93) 12).

445. 12th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2001 (CPT/Inf. (2002) 15).

446. 21st General Report on the CPT's activities covering the period 1 August 2010 to 31 July 2011 (CPT/Inf (2011) 28).

447. 23rd General Report on the CPT's activities covering the period 1 August 2012 to 31 July 2013 (CPT/Inf. (2013) 29).

448. 25th General Report on the CPT's activities covering the period 1 January to 31 December 2015 (CPT/Inf (2016) 10).

449. Rapport au Gouvernement de la Principauté de Monaco relatif à la visite effectuée à Monaco par le CPT du 27 au 30 novembre 2012 (CPT/Inf (2013) 39).

450. Rapport au Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg relatif à la visite effectuée au Luxembourg par le CPT du 28 janvier au 2 Février 2015 (CPT/Inf (2015) 30).

451. Report to the Albanian Government on the visit to Albania carried out by the CPT from 10 to 21 May 2010 (CPT/Inf (2012) 11).

452. Report to the Armenian Government on the visit to Armenia carried out by the CPT from 20 to 23 May 2014 (CPT/Inf (2015) 10).

453. Report to the Azerbaijani Government on the visit to Azerbaijan carried out by the CPT from 24 November to 6 December 2002 (CPT/Inf (2004) 36).

454. Report to the Czech Government on the visit to the Czech Republic carried out by the CPT from 1 to 10 April 2014 (CPT/Inf (2015) 18).

455. Report to the Danish Government on the visit to Denmark carried out by the CPT from 4 to 13 February 2014 (CPT/Inf (2014) 25).

456. Report to the Finnish Government on the visit to Finland carried out by the CPT from 22 September to 2 October 2014 (CPT/Inf (2015) 25).

457. Report to the Georgian Government on the visit to Georgia carried out by the CPT from 21 March to 2 April 2007 (CPT/Inf (2007) 42).

458. Report to the Georgian Government on the visit to Georgia carried out by the CPT from 19 to 23 November 2012 (CPT/Inf (2013) 18).

459. Report to the Government of Serbia on the visit to Serbia carried out by the CPT from 19 to 29 November 2007 (CPT/Inf (2009) 1).

460. Report to the Government of "the former Yugoslav Republic of Macedonia" on the visit to "the former Yugoslav Republic of Macedonia" carried out by the CPT from 15 to 26 May 2006 (CPT/Inf (2008) 5).

461. Report to the Government of the Netherlands on the visit to the Caribbean part of the Kingdom of the Netherlands carried out by the CPT from 12 to 22 May 2014 (CPT/Inf (2015) 27).

462. Report to the Government of the Principality of Liechtenstein on the visit to Liechtenstein carried out by the CPT from 5 to 9 February 2007 (CPT/Inf (2008) 20).

463. Report to the Government of the Slovak Republic on the visit to the Slovak Republic carried out by the CPT from 24 March to 2 April 2009 (CPT/Inf (2010) 1).

464. Report to the Government of the Slovak Republic on the visit to the Slovak Republic carried out by the CPT from 24 September to 3 October 2013 (CPT/Inf (2014) 29).

465. Report to the Icelandic Government on the visit to Iceland carried out by the CPT from 3 to 10 June 2004 (CPT/Inf (2006) 3).

466. Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the CPT from 13 to 25 May 2012 (CPT/Inf (2013) 32).

467. Report to the Polish Government on the visit to Poland carried out by the CPT from 5 to 17 June 2013 (CPT/Inf (2014) 21).

468. Report to the Russian Government on the visit to the Russian Federation carried out by the CPT from 21 May to 4 June 2012 (CPT/Inf (2013) 41).

469. Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the CPT from 27 January to 5 February 2003 (CPT/Inf (2004) 32).

470. Report to the Swedish Government on the visit to Sweden carried out by the CPT from 18 to 28 May 2015 (CPT/Inf (2016) 1).

471. Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards (CPT/Inf (2015) 44, 15.12.2015).

## **Резолюції та коментарі Ради Європи**

472. Recommendation No. 195. — Resolution (62) 2 Electoral, civil and social rights of prisoners (adopted by the Ministers' Deputies on 1st February 1962).

473. Recommendation Rec(82)17 concerning custody and treatment of dangerous prisoners (adopted by the Ministers' Deputies on 24 September 1982).

474. Recommendation Rec(84)12 21/06/1984 concerning foreign prisoners (adopted by the Committee of Ministers on 21 June 1984).

475. Recommendation No. R (92) 16 of the Committee of Ministers to member states European rules on community sanctions and measures (adopted by the Committee of Ministers on 19 October 1992).

476. Recommendation Rec(2006)13 of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse (adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2006).

477. Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules (adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006).

478. Recommendation CM/Rec(2008)11 of the Committee of Ministers to member states on the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures (Adopted by the Committee of Ministers on 5 November 2008).

479. Recommendation CM/Rec(2012)12 of the Committee of Ministers to member States concerning foreign prisoners (adopted by the Committee of Ministers on 10 October 2012).

480. Recommendation CM/Rec(2014)3 of the Committee of Ministers to member States concerning dangerous offenders (adopted by the Committee of Ministers on 19 February 2014).

481. Commentary to Recommendation CM/Rec (2014)3 // [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2014\)14&Language=lanEnglish&Ver=add1&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2014)14&Language=lanEnglish&Ver=add1&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383) (останній доступ 10.11.2015)

482. Commentary to Recommendation REC (2006) 2 of the Committee of Ministers to Member States on the European Prison Rules // <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/E%20commentary%20to%20the%20EPR.pdf> (останній доступ 20.06.2016).

483. Commentary to the European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures // [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Commentary\\_Rec\\_2008\\_11E.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/prisons/Commentary_Rec_2008_11E.pdf) (останній доступ 10.11.2015).

## Українською та російською

### Книги та дисертації

484. *Автухов К. А.* Особливості діяльності окремих підрозділів кримінально-виконавчої системи: навч. посіб. / К. А. Автухов, О. В. Ткачова, І. С. Яковець; За ред. А. Х. Степанюка. — Харків : Право, 2012.

485. *Акимов С. К., Лысягин О. Б.* Основные права осужденных, отбывающих наказание в виде лишения свободы: виды, содержание, реализация и защита (восстановление). — М.: PRI, 2007.

486. *Александров Н. Г.* Юридическая норма и правоотношение. (Сокращенная стенограмма доклада, прочитаного на научной сессии института 6 мая 1946 г.) / Под редакцией проф. И. Т. Голякова. — М., 1947.

487. *Алексеев С. С.* Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М.: Юрид. лит., 1989.

488. *Алексеев С. С.* Государство и право. Начальный курс. 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юрид. лит., 1996.

489. *Ащенко О. М., Човган В. О.* Українське пенітенціарне законодавство у світлі стандартів Комітетів проти катувань ООН та Ради Європи. Передм. М. М. Гнатівського; за заг. ред. Є. Ю. Захарова. — Харків: Права людини, 2014.

490. *Беляев А. А.* Правовое положение осужденных к лишению свободы. — Горький: Горьковская высшая школа МВД СССР, 1976.

491. *Бентам И.* Введение в основания нравственности и законодательства. — М.: Российская политическая энциклопедия, 1998.

492. *Братко А. Г.* Запреты в советском праве. — Саратов, 1979.

493. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. — К., Ірпінь: ВТФ «Перун», 2002.

494. *Василенко Д. В.* Обмеження окремих прав громадян під час судового провадження: дис. ... канд. юрид. наук. / Київ. нац. ун-т внутр. справ. — К., 2008.

495. *Гегель Г.* Философия права. — М., 1990.

496. *Генкин Д. М.* Право собственности в СССР. — М., 1961.

497. Гражданское право: учебник: в 2-т. / под. ред. Е. А. Суханова. — М., 1994. — Т. 1.

498. *Грибанов В. П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М.: Издательство Московского университета, 1972.

499. *Данильян О. Г.* Філософія: підручник / О. Г. Данильян, В. М. Тараненко. — Харків: Право, 2010.

500. *Денисов Ю. А.* Общая теория правонарушения и ответственности (социологический и юридический аспекты). — Л.: ЛГУ, 1983.

501. *Динько О. Ф.* Зміст і гарантії забезпечення реалізації свободи пересування людини та громадянина в Україні : Автореф. дис... канд. юрид. наук. / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. — К., 2003.

502. Дотримання прав людини у пенітенціарній системі України / К. А. Автухов, А. П. Гель, М. В. Романов, В. О. Човган, І. С. Яковець; за заг. ред. М. В. Романова; ГО «Харківська правозахисна група». — Харків: Права людини, 2015.
503. *Дуюнов В. К.* Проблемы наказания в новом уголовном праве России. — Белгород: Изд-во Белгор. гос. ун-та, 1998.
504. *Ельчанинова О. В.* Гражданско-правовое положение лиц, осужденных к лишению свободы: Автореф. дисс... канд. юрид. наук. — СПб., 2004.
505. *Ефимов М. А.* Основы советского исправительно-трудового права. — Свердловск, 1963.
506. Изоляция личности в российском праве и законодательстве. Учебник / Бессараб Н. Р., Маковик Р. С. — М.: Экзамен, 2007.
507. *Иоффе О. С.* Гражданско-правовое положение заключенных в исправительно-трудовых учреждениях. — М., 1959.
508. *Иоффе О. С.* Советское гражданское право. — М., 1967.
509. Исправительно-трудовое право. — М., 1971.
510. *Кистяковский Б. А.* В защиту права (Интеллигенция и правосознание) // Вехи: Сборник статей о русской интеллигенции. — М.: Правда, 1991. — С. 122–149.
511. *Колінко Я. А.* Надзвичайний стан як особливий державно-правовий режим: конституційно-правовий аспект: автореферат... канд. юридичних наук. — Харків : Нац. ун-т «Юридична акад. Укр. ім. Я. Мудрого», 2011.
512. Конституционные права и свободы человека и гражданина в Российской Федерации: учебник для вузов / Под. ред. д.ю.н., проф. О. И. Тиунова. — М.: Норма, 2005.
513. *Крахмальник Л. Г.* Труд заключенных и его правовое регулирование в СССР. — Саратов: Изд-во Саратовского университета, 1963.
514. Кримінально-виконавчий кодекс України: Науково-практичний коментар / Степанюк А. Х., Яковець І. С. За заг. ред. Степанюка А. Х. — Харків: ТОВ «Одіссей», 2005
515. *Кудрявцев В. Н.* Право и поведение. — М., 1979.
516. *Майоров В. В.* Ведомственные нормативные акты как источники исправительно-трудового права. — Рязань, 1978.
517. *Майоров В. В.* Соотношение закона и подзаконного акта в исправительно-трудовом праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 1976.
518. *Малинин В. Б., Смирнов Л. Б.* Уголовно-исполнительное право: учеб. — СПб.: ЛГУ им. А.С. Пушкина, 2009.

519. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве (теоретико-информационный аспект) [Электронный ресурс]: Дис. ... д-ра юрид. науки : 12.00.01. — М.: РГБ, 2007.

520. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве: теоретический аспект. — Саратов, 1994.

521. *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ. — 2003.

522. *Мамажанов К. С.* Участие в гражданском обороте лиц, осужденных к лишению свободы в Кыргызской Республике. — СПб., 2011.

523. *Меретуков Г. М., Упоров И. В., Кашоиди В. В.* Конституционные права осужденных к лишению свободы. — Краснодар, 2001.

524. *Наташев А. Е., Стручков Н. А.* Основы теории исправительно-трудового права. — М., 1967.

525. *Назаров В. В.* Конституційні права людини та їх обмеження у кримінальному процесі України: монографія. — Харків: Золота миля, 2009.

526. *Назаров В. В.* Обмеження конституційних прав людини в кримінальному провадженні: автореф. дис... д-ра юрид. наук. / Дніпропетровський держ. ун-т внутрішніх справ. — Д., 2009.

527. *Нестеренко О. В.* Право на доступ до інформації в Україні: конституційно-правовий аспект: дис... канд. юрид. наук: 12.00.02; Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Харків, 2008.

528. *Новий тлумачний словник української мови: у 4 т. / укл.: В. Яременко, О. Сліпушко.* — К., 1998. — Т. 2.

529. *Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В. В. Лазарева.* — 3-е изд., перераб. и доп. — М.: Юристъ, 2001.

530. *Осинська О. В.* Обмеження прав і свобод людини: теоретико-прикладні аспекти: дис. ... канд. юрид. наук / НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2010.

531. *Платек М.* Значение минимальных правил ООН обращения с заключенными и Европейских тюремных правил для процесса нормализации // Неустанно прививать убеждение: Метериалы для сотрудников исправительных учреждений. — Варшава, 2002.

532. *Пономаренко Ю. А.* Виды наказаний по уголовному праву Украины: Монография. — Харьков: Издательство «ФИНН», 2009.

533. *Правове регулювання застосування заходів заохочення та стягнення в процесі виконання покарань, пов'язаних з ізоляцією засуджених: монографія / В. В. Карелін, І. С. Яковець, К. А. Автухов; за заг. ред. А. Х. Степанюка.* — Харків: Право, 2014.

534. Проблемы уголовного права: сборник статей / Под. ред. И. С. Тишкевича. — Минск, Издательство БГУ, 1976.

535. Рабінович П. М., Панкевич І. М. Здійснення прав людини: проблеми обмежування (загальнотеоретичні аспекти). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / Редкол.: П. М. Рабінович — Серія 1. Дослідження, видання реферати. Випуск 3. — Львів: «Астрон», 2001.

536. Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних положень). — Харків: Право, 1997.

537. Рагулин Г. И. Правовое положение заключенных в исправительно-трудовых учреждениях. Учебное пособие. — М., 1958.

538. Степанюк А. Х. Режим відбування позбавлення волі в установах виконання покарань: конспект лекції. — Харків: Укр. юрид. акад., 1994.

539. Речицький В. В. Проект Конституції України — 2012 / Харківська правозахисна група. — Харків: Права людини, 2012.

540. Розгон О. В. Межі та обмеження права власності: Дис... канд. юрид. наук. / Національна юридична академія України ім. Ярослава Мудрого. — Харків, 2005.

541. Романов М. Дисциплінарна відповідальність засуджених до позбавлення волі / Харківська правозахисна група. — Харків: Фоліо, 2004.

542. Русско-украинский словарь терминов по теории государства и права / Под ред. Н. И. Панова. — Харків: Укр. юрид. академия, 1993.

543. Рыбаков В. В. Имущественные права лиц, осужденных к лишению свободы: автореферат дисс... канд.. юрид. наук. — М., 2006.

544. Садова Т. В. Обмеження прав і свобод у кримінальному судочинстві України та держав англо-американської правової системи в контексті міжнародних стандартів : монографія; за ред. доц. С. М. Смокова. — Івано-Франківськ : Надвірнянська друкарня, 2011.

545. Самощенко И. С., Фарушкин М. Х. Ответственность по советскому законодательству. — М., 1971.

546. Селиверстов В. И. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание. — М.: Акад. МВД РФ, 1992.

547. Советское исправительно-трудовое право: учебник. — М.: Госюриздат, 1960.

548. Советское исправительно-трудовое право. Общая часть: Учебник для слушателей вузов МВД СССР / Артамонов В. П., Васильев А. И., Мелентьев М. П., Наташев А. Е., и др.; Под ред.: Мелентьев М. П., Стручков Н. А., Шмаров И. В. — Рязань: Изд-во РВШ МВД СССР, 1987.

549. Советское исправительно-трудовое право. — Л., 1989.
550. *Степанюк А. Ф.* Сущность исполнения наказания / Худож-оформитель Д. Е. Гапчинский. — Харьков: Фолио, 1999.
551. *Сторчак Н. А.* Загальні засади та принципи призначення покарання при застосуванні позбавлення волі на певний строк: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Одеса: Міжнар. гуманіт. ун-т., 2012.
552. *Стрекалов А. Є.* Обмеження основних прав та свобод людини і громадянина як інститут конституційного права України: дис. ... канд. юрид. наук. / Харк. нац. ун-т внутр. справ. — Харків, 2010.
553. *Стручков Н. А.* Курс исправительно-трудового права. Проблемы общей части. — М.: Юрид. лит., 1984.
554. *Стручков Н. А., Кирич В. А.* Комментарий к Основам исправительно-трудового законодательства Союза ССР и союзных республик. — Юрид. лит., 1972.
555. *Сундуrow Ф. Р.* Лишение свободы и социально-психологические предпосылки его эффективности. — Казань: Издательство Казанского университета, 1980.
556. *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. Том I. Изд. Второе, пересмотренное и дополненное. — СПб: Гос. Тип., 1902.
557. Теоретичні основи забезпечення якості кримінального законодавства та правозастосовної діяльності у сфері боротьби зі злочинністю в Україні: монографія / за заг. ред. В. І. Борисова, В. С. Зеленецького. — Харків: Право, 2011.
558. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов и факультетов. / Под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. — М.: Издательская группа «Норма-Инфра», 1998.
559. *Тепляшин П. В.* Истоки и развитие английского тюрьмоведения: Монография. — Красноярск: Сибирский юридический институт МВД России. 2005.
560. *Ткачевский Ю. М.* Советское исправительно трудовое право. — М., 1971.
561. Уголовно-исполнительное право. Учебник / Под ред. проф. И. В. Шмарова. — М.: Издательство БЕК, 1996.
562. Уголовно-исполнительное право: Учеб. для юрид. вузов / Под ред. д.ю.н. В. И. Селиверстова. 3-е изд., испр. и доп. — М.: Юриспруденция, 2002.
563. *Фаткуллин Ф. Н.* Проблемы теории государства и права. — Казань, 1987.



564. *Фойницкий И. Я.* Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. — Санкт-Петербург: Типография министерства путей сообщения, 1889.

565. *Хохряков Г. Ф.* Парадоксы тюрьмы. — М.: Юрид. лит., 1991.

566. *Чекулаев С. Ю.* Режим содержания заключенных в ИТЛ и ИТК: организационные и правовые основы (1929–1956 г.): автореф. дисс... канд. юрид. наук. — Владимир: Влад.юр.инст. ФСИН России, 2010.

567. *Човган В. О.* Реформування кримінально-виконавчого законодавства у світлі міжнародних стандартів (пропозиції та зауваження). — Харків: Права людини, 2014.

568. *Чучаев А. И.* Уголовно-правовые взгляды Н. Д. Сергеевского: монография. — М.: Проспект, 2010.

569. *Шинальський О. І.* Покарання в системі засобів протидії злочинності: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. — К., 2003.

570. *Ширвиндт Е. Г., Утевский Б. С.* Советское исправительно-трудовое право. — М., 1957.

571. *Экштайн К.* Основные права и свободы. По российской Конституции и Европейской Конвенции. Учебное пособие для вузов. — М.: Nota Bene, 2004.

572. *Яковець І. С.* Первинна класифікація засуджених до позбавлення волі та їх розподіл в установи виконання покарань / Моногр. — Харків: Кроссруд, 2006.

573. *Яковець І. С.* Теоретичні та прикладні засади оптимізації процесу виконання кримінальних покарань : монографія. — Харків: Право, 2013.

574. *Яковець І. С.* Умовно-дострокове звільнення та заміна невідбутої частини покарання більш м'яким. — М.: Penal Reform International, 2012.

## Статті та розділи у книгах

575. *Андрієвська О. В.* Формальні підстави обмеження прав і свобод людини і громадянина в Україні // Право і суспільство. — 2016. — № 1. — С. 3–7.

576. *Барабаш Ю. Г.* Соціальні права громадян та можливості їх захисту Конституційним Судом України (частина друга) // Публічне право. — 2012. — № 1 (5). — С. 15–23.

577. *Богачова Л. Л.* Тенденції розвитку національного законодавства і проблема прав людини // Права людини і правова держава (До 50-ї річ-

ниці Загальної декларації прав людини). Тези доп. та наук. повідомлень наук. конф. проф.-викл. складу, 10–11 грудня 1998 / За ред. проф. М. І. Пано́ва. — Харків: Нац. юрид. акад. України, 1998. — С. 88–89.

578. *Братусь С. Н.* О пределах осуществления гражданских прав // Известия Высших учебных заведений. Правоведение. — 1967. — № 3. — С. 79–86.

579. *Виртосу І.* Освіта для довічників: доступ обмежений // Дзеркало тижня. Україна. — 2014. — № 32 (12 вересня 2014) // [http://gazeta.dt.ua/socium/osvita-dlya-dovichnikov-dostup-obmezheniy\\_.html](http://gazeta.dt.ua/socium/osvita-dlya-dovichnikov-dostup-obmezheniy_.html) (останній доступ 20.06.2016).

580. *Головатий С.* Загальні зауваження та пропозиції стосовно перегляду положень Розділу II Конституції України // Конституційна Комісія. Робоча група з прав, свобод та обов'язків людини і громадянина. — Київ, 2015. — С. 10–19.

581. *Голубка І. І.* Конституційно-правове регулювання обмеження права на свободу пересування в Україні та країнах ЄС: порівняльний аналіз // Науковий вісник Ужгородського національного університету. — 2014. — Вип. 29. — Ч. 2. — Т. 2. — С. 11–14.

582. *Денисова А. М.* Правові обмеження: поняття, види, функції // Часопис Київського університету права. — 2011. — № 2. — С. 51–55.

583. *Діденко А., Човган В.* Права в'язнів // Права людини в Україні. — 2014. Доповідь правозахисних організацій / За ред.: О. А. Мартиненка, Є. Ю. Захарова / Українська Гельсінська спілка з прав людини. — Харків: ТОВ «Видавництво права людини», 2015. — С. 319–331.

584. *Иоффе О. С., Грибанов В. П.* Пределы осуществления субъективных гражданских прав // Советское государство и право. — 1964. — № 7. — С. 76–85.

585. *Колінко Я.* Поняття обмеження прав і свобод людини і громадянина в умовах надзвичайного стану // Юридична Україна. — 2010. — № 8. — С. 25–31.

586. *Кравчук В.* Практичний курс «народного люстратора». Які процесуальні інструменти можна використати для персоналізації відповідальності чиновника за правопорушення // [http://zib.com.ua/ua/84531-ucheniy-yurist\\_stvoriv\\_praktichniy\\_kurs\\_narodnogo\\_lyustrator.html](http://zib.com.ua/ua/84531-ucheniy-yurist_stvoriv_praktichniy_kurs_narodnogo_lyustrator.html) (останній доступ 23.02.2015).

587. *Кравчук В.* Люстрація починається з тебе. Персоналізація відповідальності чиновника є єдиним ефективним засобом очищення влади // [http://zib.com.ua/ua/82750-lyustraciya\\_pochinaetsya\\_z\\_tebe.html](http://zib.com.ua/ua/82750-lyustraciya_pochinaetsya_z_tebe.html) (останній доступ 23.02.2015)

588. *Лисенко О.* Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року як джерело права у правовій системі України // Віче. — 2011. — № 2. — С. 26–30.

589. *Матузов Н. И., Семенко Б. М.* О сущности, содержании и структуре юридической обязанности // Вопросы теории государства и права. — Саратов, 1983. — С. 58–72.

590. *Мельник К. Ю.* Обмеження прав особистості як наслідок володіння спеціальним правовим статусом // Право і безпека. — 2005. — № 4, 3. — С. 123–127.

591. *Морозова Л. А.* «Круглый стол» журнала «Государство и право»: принципы, пределы, основания ограничения прав и свобод человека по российскому законодательству и международному праву // Государство и право. — 1998. — № 7. — С. 20–42.

592. *Нагорная М. А.* Принципы ограничений прав человека в публичном праве // Теория и практика ограничения прав человека по российскому законодательству и международному праву: сб. науч. тр. / под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 1998. — Ч. 1.

593. *Наташев А. Е.* Правовое положение осужденных // Исправительно-трудовые учреждения. — 1979. — № 7. — С. 33–34.

594. *Нерсесянц В.* Конституционная модель российской правовой государственности: опыт прошлого, проблемы и перспективы // Правовое государство, личность, законность. — М., 1997.

595. *Осауленко О. І.* Правовий статус громадянина України, який відбуває покарання // Науковий вісник Української академії внутрішніх справ: науково-теоретичний журнал. — 1997. — № 1. — С. 93–97.

596. *Осинська О. В.* Визначення форми обмежень прав людини // Часопис Київського університету права. — 2009. — № 1. — С. 74–79.

597. *Осинська О. В.* Обмеження прав і свобод людини: теоретико-прикладні аспекти: Автореф. дис.... канд.. юрид. наук. — К., 2010.

598. *Осинська О. В.* Характеристика поняття обмеження прав і свобод людини // Законодавство України: проблеми та перспективи розвитку: Зб. наук. праць Міжнарод. наук.-практ. конф. Косів, 27–31 січня 2009 р. / Редкол.: Ю. С. Шемшученко, О. Ф. Андрійко, С. В. Бобровник, Ю. Л. Бошицький, О. І. Мацегорін, З. А. Тростюк, О. В. Чернецька. — К.: Вид-во Європ. університету, 2009. — С. 246–247.

599. *Пономаренко Ю. А.* Визначення, захист і обмеження прав людини у кримінальному законі України // Вісник Харківського університету. Серія: актуальні проблеми сучасної науки в дослідженнях молодих вчених м. Харкова. Частина 1. — Харків, 2001. — № 506. — С. 23–25.

600. *Породько В.* Межі та обмеження суб'єктивних цивільних прав громадян: розмежування понять // *Право України.* — 2009. — № 7. — С. 118–124.

601. Правова позиція громадської організації «Ла Страда — Україна» щодо офіційного тлумачення терміну «позбавлення волі» // [http://www.la-strada.org.ua/ucsp\\_mod\\_news\\_list\\_show\\_598.html](http://www.la-strada.org.ua/ucsp_mod_news_list_show_598.html) (останній доступ 26.11.2016).

602. *Прасов О.* Правове регулювання особистих немайнових прав осіб, засуджених до позбавлення волі // *Вісник прокуратури.* — 2009. — №5.(95). — С. 54–58.

603. *Приходько И. М.* Правовые ограничения в законодательстве: проблемы теории и практики // *Известия высших учебных заведений. Правоведение.* — 1999. — № 1 (224). — С. 241–242.

604. *Ременсон А. Л.* Некоторые вопросы правового положения осужденных, отбывающих уголовное наказание в виде лишения свободы // *Вопросы повышения эффективности борьбы с преступностью.* — Томск, 1979. — С. 30–34.

605. *Савченко О.* Правове обмеження прав людини як основа і критерій співвідношення публічних і приватних інтересів // *Право України.* — 2006. — № 3. — С. 26–28.

606. *Самотуга А. В.* Правомірне обмеження конституційних прав і свобод людини й громадянина: сучасний стан досліджень проблеми // *Право і суспільство.* — 2010. — № 6. — С. 72–76.

607. *Селівон М.* Критерії обмеження прав людини у практиці конституційного правосуддя // *Вісник Конституційного Суду України.* — 2005. — № 3. — С. 35–52.

608. *Скрипнюк О.* Конституційно-правове регулювання обмеження прав і свобод людини і громадянина в Україні // *Публічне право.* — 2011. — № 3. — С. 5–11.

609. *Степанюк А. Х.* Позитивна кримінальна відповідальність як предмет регулювання Кримінально-виконавчого кодексу України // *Питання боротьби зі злочинністю: зб. наук. пр. ІВПЗ АПРН України.* — Вип. 9. — Харків: Кроссруд, 2004. — С. 60–93.

610. *Стрельбицька Л.* Обмеження конституційних прав засудженого // *Підприємництво, господарство і право.* — 2009. — № 7. — С. 121–122.

611. *Стручков Н. А., И. С. Ной.* Теоретические вопросы лишения свободы. — Изд. Саратовского ун-та, 1965, 166 с. :[Рецензия] // *Правоведение.* — 1967. — № 3. — С. 144–147.

612. *Султыгов Н. Н.* Место и роль правовых запретов в системе правовых ограничений // История государства и права. — 2004. — № 4. — С. 13–16.

613. *Тархов В. А.* Осуществление гражданских прав // Развитие прав граждан СССР и усиление их охраны на современном этапе коммунистического строительства; отв. ред. М. И. Байтин. — Саратов: Саратов. юрид. ин-т им. Д. И. Курского: 1962.

614. *Третяков Д.* Ієрархія законів і принцип «*pacta sunt servanda*»: до питання про статус та місце міжнародних договорів у правовій системі України // Віче. — 2008. — № 14. — С. 53–57.

615. *Туру О. О.* Критеріальні ознаки обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина // Держава і право: *de lege praeterita, instante, future*: Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції. Миколаїв, 27–28 листопада 2009 року. — Миколаїв: Іліон, 2009. — С. 124–125.

616. *Фігель Ю. О.* Теоретичні аспекти обмеження прав людини // Вісник Національного університету «Львівська політехніка»: Юридичні науки / Нац. ун-т «Львів. політехніка». — Львів: Вид-во Львів. політехніки, 2016. — № 837. — С. 357–361.

617. *Човган В. О.* Вимоги до правообмежень осіб, які позбавлені волі, за Європейськими тюремними правилами і їх втілення у національному законодавстві // Право та управління. — 2012. — № 2. — С. 977–988.

618. *Човган В. О.* Заборона як форма правообмежень засуджених // Верховенство права як основа сучасного конституціоналізму. VI Тодиківські читання. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції молодих учених, аспірантів і студентів (27–28 вересня 2013 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». — Харків: Права людини, 2013. — С. 242–243.

619. *Човган В.* Ключові напрями пенітенціарної реформи як складові національного Плану дій у сфері прав людини // [http://www.khpg.org/index.php?id=1453461065#\\_ftn1](http://www.khpg.org/index.php?id=1453461065#_ftn1) (останній доступ 29.11.2016).

620. *Човган В.* Ключевые направления пенитенциарной реформы как составляющие национального Плана действий в области прав человека // <http://www.prison.org/content/mezhdunarodnyu-opyt-klyuchevye-napravleniya-penitenciarnoy-reformy-v-ukraine> (останній доступ 29.11.2016).

621. *Човган В.* Конституція як неякісний бар'єр для необґрунтованих обмежень прав засуджених // Цінності сучасного конституціоналізму. V Тодиківські читання. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції молодих учених, аспірантів і студен-

тів (28–29 вересня 2012 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». — Харків: Права людини, 2012. — С. 284–285.

622. Човган В. Обґрунтованість правових обмежень як складова змісту принципу поваги до прав і свобод людини у кримінально-виконавчому праві України // Від громадянського суспільства до правової держави. Збірник тез Internet-конференції 27 квітня 2012 року. — Харків: ХНУ імені В. Н. Каразіна, 2012. — С. 546–551.

623. Човган В. Правообмеження засуджених, що обумовлені ізоляцією (частина 1) // Наше право. — 2014. — № 1. — С. 120–126.

624. Човган В. Правообмеження засуджених, що обумовлені ізоляцією (частина 2) // Європейські перспективи. — 2014. — № 1. — С. 93–99.

625. Човган В. О. Правообмеження засуджених, що обумовлені ізоляцією: доцільність виокремлення // Право і суспільство. — 2014. — № 3. — С. 272–279.

626. Човган В. О. Презумпція винуватості від Міністерства юстиції України або крок у минуле в діяльності слідчих ізоляторів // <http://ukrprison.org.ua/expert/1365497506> (останній доступ 14.07.2016).

627. Човган В. О. Современные тенденции развития минимальных стандартных правил обращения с заключенными // <http://www.khpg.org.ua/pda/index.php?id=1333969919> (останній доступ 26.06.2016).

628. Човган В. О. Співвідношення цілей обмежень прав засуджених // Проблеми законності. — 2014. — Вип. 126. — С. 155–162.

629. Човган В. О. Специфічні права засуджених та їх обов'язки як форми правообмежень // Проблеми законності. — 2014. — Вип. 125. — С. 231–239.

630. Човган В. О. Стандарти обмежень прав засуджених у практиці Європейського суду з прав людини // Проблеми законності. — 2013. — Вип. 122. — С. 251–258.

631. Човган В. О. Усіх засуджених під одну гребінку або Проблеми індивідуалізації обмежень прав в'язнів у пенітенціарних установах України // Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина. — Харків: Права людини, 2015. — С. 489–494.

632. Човган В. О., Яковець І. С. Превентивні та компенсаційні заходи як захист від катувань і жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження чи покарання // Вісник кримінологічної асоціації. Збірник наукових праць. — 2016. — № 2. — С. 184–198.

633. Шумило М. Є. Стандарти обмеження прав особи в праві постмодерної держави // Незалежний суд — гарантія захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина: Мат. Всеукр. наук.-практ.

конференції, 30 травня 2009 року. — Чернівці: Чернівецький нац. ун-т, 2009. — С. 44–59.

634. *Юркевич О. М.* Відношення обсягу і змісту в логіці практичного мислення (на прикладі коментаря до ст. 22 Конституції України) // Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина. Зб. наук. ст. та тез наук. повід. за матеріалами Міжнар. наук.-практ. конф. 23 листопада 2012 р.: у 2 ч., Ч. 1 / редкол.: А. П. Гетьман, Ю. Г. Барабаш, О. П. Бушан та ін. — Харків: «Точка», 2012. — С. 151–154.

635. *Яковець І. С.* Сімейні права засуджених // Права і законні інтереси засуджених до позбавлення волі в умовах реформування Державної кримінально-виконавчої служби України: моногр. / К. А. Автухов, А. П. Гель, О. Г. Колб, І. С. Яковець ; за заг. ред. А. Х. Степанюка. — Харків : Право, 2015. — С. 147–168.

### **Рішення національних судів та інші документи**

636. Висновок на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінально-виконавчого кодексу України щодо адаптації правового статусу засудженого до європейських стандартів» (від 27.03.2014) // [http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=50363](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=50363) (останній доступ 20.06.2016).

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

638. Проміжний альтернативний звіт Української Гельсінської спілки з прав людини щодо виконання рекомендацій, наданих Комітетом ООН проти катувань за результатами розгляду шостої періодичної доповіді України (CAT/C/UKR/6) / А. Б. Блага, О. А. Мартиненко, І. О. Теличкін, В. О. Човган; за заг. ред. А. П. Бущенко: Науково-практичне видання / Українська Гельсінська спілка з прав людини. — Київ: КИТ, 2015.

639. Стенограма засідання робочої підкомісії Конституційної Комісії України 13 грудня 1995 року // Конституція незалежної України: книга третя. Частина третя. Документи. Стенограми. — Київ: Право, 1999.

640. Сумський окружний адміністративний суд у своїй постанові, відмовляючи засудженому у визнанні його права на користування мобільним телефоном з урахуванням останніх змін щодо мобільного зв'язку у КВК України (Постанова від 17.09.2014 у справі № 818/2336/14 // <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40619485> (останній доступ 19.06.2016).

641. Рішення Конституційного Суду України № 1-10/2012 від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012 (справа про рівність сторін судового процесу).

642. Рішення Конституційного Суду України від 20 березня 2002 року № 5-рп/2002 (справа щодо пільг, компенсацій і гарантій).

643. Рішення Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 року № 20-рп/2004 (справа про зупинення дії або обмеження пільг, компенсацій і гарантій).

644. Рішення Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 (справа про постійне користування земельними ділянками).

645. Рішення Конституційного Суду України від 11 жовтня 2005 року № 8-рп/2005 (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання).

646. Рішення Конституційного Суду України від 18 червня 2007 року № 4-рп/2007 (справа про гарантії незалежності суддів).

647. Рішення Конституційного Суду України від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007 (справа про соціальні гарантії громадян).

648. Рішення Конституційного Суду України від 22 травня 2008 року № 10-рп/2008 (справа щодо предмета та змісту закону про Державний бюджет України).

649. Робочі документи для зустрічей експертних груп щодо розробки нових МСП Мандели у Буенос-Айресі UNODC/CCPCJ/EG.6/2012/2 та у Відні UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/CRP.1 // <https://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/ieg-standards.html> (останній доступ 26.06.2016).



---

# РІШЕННЯ МІЖНАРОДНИХ СУДОВИХ ОРГАНІВ ТА СУДІВ ОКРЕМИХ КРАЇН

## Європейський суд з прав людини

- A. B. v. the Netherlands* (no. 37328/97, 29.01.2002).  
*Anchugov and Gladkov v. Russia* (04.07.2013, Nos. 11157/04, 15162/05).  
*Artyomov v. Russia* (no. 14146/02, 27.05.2010).  
*Bayatyan v. Armenia* (no. 23459/03, 07.07.2011).  
*Belyaev and Digtyar v. Ukraine* (nos. 16984/04 and 9947/05, 16.02.2012).  
*Boyle and Rice v. the United Kingdom* (no. 9659/82, 27.04.1988).  
*Biržietis v. Lithuania* (no. 49304/09, 14.06.2016).  
*Buglov v. Ukraine* (no. 28825/02, 10.07.2014).  
*Calogero Diana v. Italy* (no. 15211/89, 15.11.1996).  
*Campbell and Fell v. United Kingdom* (no. 7819/77, 28.06.1984).  
*Campbell v. the United Kingdom* (no. 13590/88, 25/03/1992).  
*Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy* [GC] (no. 38433/09, 07/06/2012).  
*Ciapas v. Lithuania* (no. 4902/02, 16.11.2006).  
*Ciorap v. Moldova* (no. 12066/02, 19.06.2007).  
*Cocaign c. France* (no. 32010/07, 03.11.2011).  
*Dickson v. the United Kingdom* (no. 44362/04, 18.04.2006).  
*Dickson v. United Kingdom* (GC) (no. 44362/04, 02.12.2007).  
*Dikme v. Turkey* (no. 20869/92, 11.07.2000).  
*Doerga v. the Netherlands* (no. 50210/99, 27.04.2004).  
*Domenichini v. Italy* (no. 15943/90, 15.11.1996).  
*Donaldson v. the United Kingdom* § 32 (no. 56975/09, 25.01.2011, decision).  
*Enea v. Italy* (no. 74912/01, 17.09.2009).  
*Epnerns-Gefners v. Latvia* (no. 37862/02, 29.05.2012).

- Erdem c. Allemagne* (no. 38321/97, 05.07.2001).  
*Estrikh v. Latvia* (no. 73819/01, 18.01.2007).  
*Floroiu v. Romania* (no. 15303/10, 12.03.2013).  
*Frérot c. France* (no. 70204/01, 12.06.2007).  
*Frodl v. Austria* (no. 20201/04, 08.04.2010).  
*Gagiu v. Romania* (no. 63258/00, 24/02/2009).  
*Giszczak v. Poland* (no. 40195/08, 29.11.2011).  
*Golder v. United Kingdom* (no. 4451/70, 21.02.1975).  
*Gulmez v. Turkey* (no. 16330/02, 20.05.2008).  
*Hagyó v. Hungary* (no. 52624/10, 23.07.2013).  
*Hamer v. the United Kingdom* (no. 7114/75, 13.12.1979).  
*Handyside v the United Kingdom* (no. 5493/72, 07.12.1976).  
*Harakchiev and Tolumov v. Bulgaria* (nos. 15018/11 and 61199/12).  
*Hirst v. the United Kingdom* (No. 2) (GC) (no. 74025/01, 06.10.2005).  
*Horych v. Poland* (no. 13621/08, 17.07.2012).  
*Huvig c. France* (no. 11105/84, 24.04.1990).  
*Iambor v. Romania* (no. 1) (no. 64536/01, 24.06.2008).  
*Istvan Gabor Kovacs v. Hungary* (no. 15707/10, 17.01.2012).  
*Iwańczuk v. Poland* (no. 25196/94, 15.11. 2001).  
*Jankauskas v. Lithuania* (no. 59304/00, 24.02.2005).  
*Julin v. Estonia* (no. 16563/08, 29.05.2012).  
*Kalashnikov v. Russia* (no. 47095/99, 15.10.2002).  
*Kalda v. Estonia* (no. 17429/10, 19.01.2016).  
*Karpenko v. Russia* (no. 5605/04, 13.03.2012).  
*K.H.C. v. The United Kingdom* (dec. no. 2749/66, 11.07.1967).  
*Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia* (nos. 11082/06, 13772/05, 25.07.2013).  
*Khoroshenko v. Russia* (GC) (no. 41418/04, 30.06.2015).  
*Khuzhin and others v. Russia* (no. 13470/02, 23.10.2008).  
*Koch c. la République fédérale d'Allemagne* (déc. no. 1270/61, 08.03.1962).  
*Kovalev v. Russia* (no. 78145/01, 10.05.2007).  
*Kruslin c. France* (no. 11801/85, 24.04.1990).  
*Kubiak v. Poland* (no. 2900/11, 21.04.2015).  
*Kudla v. Poland* (GC) (no. 30210/96, 26.10.2000).  
*Lavents v. Latvia* (no. 58442/00, 28.11.2002).  
*Labita v. Italy* (GC) (no. 26772/95, 06.04.2000).  
*Lorsé and Others v. the Netherlands* (no. 52750/99, 04.02.2003).

- Maiorano and Others v. Italy* (no. 28634/06, 15.12.2009).
- Malenko v. Ukraine* (no. 18660/03, 19.02.2009).
- Malone v. the United Kingdom* (no. 8691/79, 02.08.1984).
- Marin Kostov v. Bulgaria* (no. 13801/07, 24.10.2012).
- Mastromatteo v. Italy* (GC) (no. 37703/97, ECHR 2002-VIII).
- McFeeley et al. v. the United Kingdom* 60–61 (no. 8317/78, 15.05.1980).
- McHugh and others v. the United Kingdom* (no. 51987/08, 10.02.2015).
- Mehmet Nuri Özen et autres c. Turquie* (no. 15672/08, 11/01/2011).
- Messina v. Italy* (no. 2) (no. 25498/94, 28.09.2000).
- Mesut Yurtsever et Autres c. Turquie* (no. 14946/08, 20.01.2015).
- Moiseyev v. Russia* (no. 62936/00, 09.10.2008).
- Mouisel v. France* (no. 67263/01, 14.11.2002).
- Naydyon v. Ukraine* (no. 1647/03, 14.10.2010).
- Nazarenko v. Latvia* (no. 76843/01, 01.11.2007).
- Niedbała v. Poland* (no. 27915/95, 04.07.2000).
- Novinskiy v. Russia* (no. 11982/02, 10/02/2009).
- Nusret Kaya and Others v. Turkey* (nos. 43750/06, 43752/06, 32054/08, 37753/08 and 60915/08, 22.04.2014).
- Onoufriou v. Cyprus* (no. 24407/04, 07.01.2010).
- Payet c. France* (no. 19606/08, 20.01.2011).
- Perinçek v. Switzerland* (no. 27510/08, 15.10.2015).
- Petra v. Romania* (no. 27273/95, 23.09.1998).
- Piechowicz v. Poland* (no. 20071/07, 17.04.2012).
- Płoski v. Poland* (no. 26761/95, 12.11.2002).
- Polat v. Turkey* (no. 23500/94, 08.07.1999).
- Puzinas v. Lithuania* (no. 2) (no. 63767/00, 09.01.2007).
- Raninen v. Finland* (no. 20972/92, 16.12.1997).
- Rinzivillo c. Italie* (no. 31543/96, 21.12.2000).
- Roman Karasev v. Russia* (no. 30251/03, 25.11.2010).
- Scoppola v. Italy* (no. 3) [GC] (no. 126/05, 22.05.2012).
- Shvydka v. Ukraine* (no. 17888/12, 30/10/2014).
- Rotaru c. Roumanie* [GC] (no. 28341/95, 04.05.2000).
- Sałapa v. Poland* (no. 35489/97, 19.10.2002).
- Schönenberger and Durmaz v. Switzerland* (no. 11368/85, 20.06.1988).
- Sergey Volosyuk v. Ukraine* (no. 1291/03, 12.04.2009).

- Shahanov and Palfreeman v. Bulgaria* (nos. 35365/12 and 69125/12, 21.07.2016).  
*Shilbergs v. Russia* (no. 20075/03, 17.10.2009).  
*Schemkamper v. France* (no. 75833/01, 18.10.2005).  
*Schönenberger and Durmaz v. Switzerland* (no. 11368/85, 20.06.1988).  
*Silver and Others v. the United Kingdom* (no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983).  
*Stitic v. Croatia* (no. 29660/03, 08.11.2007).  
*Stummer v. Austria* [GC] (no. 37452/02, 07.07.2011).  
*Soering v. the United Kingdom* (no. 14038/88, 07.07.1989).  
*Sunday Times v the United Kingdom* (no. 6538/74, 26.04.1979).  
*Szuluk v. the United Kingdom* (no. 36936/05, 02.06.2009).  
*Trosin v. Ukraine* (no. 39758/05, 23.02.2012).  
*Truten v. Ukraine* (no. 18041/08, 23.06.2016).  
*Tyrer v. the United Kingdom* (no. 5856/72, 25.03.1978).  
*V. v. the United Kingdom* [GC] (no. 24888/94, 16.12.1999).  
*Van der Ven v. the Netherlands* (no. 50901/99, 04.02.2003).  
*Van Droogenbroeck v. Belgium* (no. 7906/77, 24.06.1982).  
*Valašinas v. Lithuania* (no. 44558/98, 24.07.2001).  
*Vasiliy Ivashchenko v. Ukraine* (no. 760/03, 26.10.2012).  
*Vogt v. Germany* (no. 17851/91, 26.09.1996).  
*Vorobyev v. Ukraine* (no. 28242/10, 16.01.2015).  
*Wenner v. Germany* (no. 62303/13, 01.09.2016).  
*Vinter v. the United Kingdom* (nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10, 09.07.2013).  
*Vintman v. Ukraine* (no. 28403/05, 23.10.2014).  
*Yankov v. Bulgaria* (no. 39084/97, 11.12.2003).  
*Yefimenko v. Russia* (no. 152/04, 12.02.2013).

## Комітет з прав людини ООН

- Miguel Angel Estrella v. Uruguay*, Communication No. 74/1980, CCPR/C/OP/2 (1990).  
*Pustovoit v. Ukraine*, Communication No. 1405/2005, CCPR/C/110/D/1405/2005/.  
*Yevdokimov and Rezanov v. Russia*, Communication No. 1410/2005, CCPR/C/101/D/1410/2005 (adoption of views).

## Франція

CAA de Bordeaux, 20/11/2013, 13BX01140.

CAA de Lyon No. 14LY00113 4ème chambre — formation à 5 Inédit au recueil Lebon.

CAA de Nantes, 3ème Chambre, 20/06/2013, 12NT01050 Inédit au recueil Lebon.

CAA de Paris, 1ère chambre, 31/07/2014, 13PA04134, Inédit au recueil Lebon.

Conseil Constitutionnel, Décision No. 2009-593 DC du 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire, cons. 4 et 6.

Conseil Constitutionnel, Décision nos. 80–127 des 19 et 20 janvier 1981 relative à la loi renforçant la sécurité et la liberté des personnes.

Conseil Constitutionnel, Décision No. 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013.

CE, 12 mars 1980, Centre hospitalier spécialisé de Sarreguemines, No. 12572.

CE, 3 novembre 1989, M. Jean-Jacques M., No. 85424.

CE, 15 janvier 1992, C., No. 97149.

CE, 18 mars 1998, D., No. 191630.

CE, Avis 2 / 6 SSR, du 29 décembre 1999, 210147, publié au recueil Lebon.

CE, 12 mars 2003, Garde des Sceaux c/ Frérot, No. 237437.

CE, 14 décembre 2007, M. Miloud A., No. 290730.

CE, 14 décembre 2007, M. Franck A., No. 290420.

CE, 14 décembre 2007, M. Pascal A., No. 306432.

CE, 29 Février 2008, M. A. et autres, nos. 308145, 308147.

CE, 31 octobre 2008, Section française de l'OIP, No. 293785.

CE, 14 novembre 2008, M. E. S., No. 315622.

CE, 17 décembre 2008, SFOIP, No. 293786.

CE, 17 décembre 2008, Section française de l'OIP, No. 305594.

CE, 30 novembre 2009, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Ali A., No. 318589.

CE, 26 novembre 2010, Ministre d'Etat, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ M. Hervé A., No. 329564.

CE, 28 mars 2011, Garde des Sceaux c/ M. A. B., No. 316977.

CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 28/12/2012, 357494.

CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 20/02/2013, 364081.

CE, Juge des référés, 06/06/2013, 368875.

CE, 6ème et 1ère sous-sections réunies, 17/07/2013, 357405, Inédit au recueil Lebon.

CE, 21 mai 2014, Garde des sceaux, ministre de la justice c/ Mme A., No. 359672.

## Сполучені Штати Америки

*Ashelman v. Wawraszek*, 111 F.3d 674, 678 (9th Cir.).

*Beard v. Banks* 399 F.3d 134 (2005).

*Beard v. Banks* 548 U.S. 521 (2006).

*Beard, Secretary, Pennsylvania Department of Corrections v. Banks*, 548 U.S. 521.

*Belville v. Ednie* 74 F.3d 210, 214 (10th Cir. 1996).

*Bryan v. Werner* 516 F.2d 233 (3d Cir. 1975).

*Campos v. Coughlin* 854 F. Supp. 194 (S.D.N.Y. 1994).

*Coffin v. Reichard* (143 F.2d 443 (6th Cir. 1944).

*Cooper v. Tard* 855 F.2d 125 (3d Cir. 1988).

*Dawson v. Scurr* 986 F.2d 257, 261-262 (8th Cir. 1993).

*Dehart v. Horn* 390 F.3d 262 (3d Cir. 2004).

*Doe v. Sparks* 733 F. Supp. 227 (W.D. Pa. 1990).

*Frost v. Symington* 197 F.3d 348, 357 (9th Cir. 1999).

*Green v. Polunsky* 229 F.3d 486, 491 (5th Cir. 2000).

*Harris v. Chapman* 97 F.3d 499, 504 (11th Cir. 1996).

*Holt v. Hobbs* 574 U.S. (2015).

*Jones v. North Carolina Prisoners' Labor Union, Inc.* 433 U.S. 119 (1977).

*Johnson v. California* 543 U.S. 499 (2005).

*Logan v. United States*. Opinion of the court delivered by Mr. Justice Gray, 144 U.S. 263 (12 S.Ct. 617, 36 L.Ed. 429).

*Loggins v. Delo* 999 F.2d 364, 367 (8th Cir. 1993).

*Love v. Reed*, 216 F.3d 682, 690-691 (8th Cir. 2000).

*Makin v. Colorado Dept. Of Corrections*, 183 F.3d 1205, 1213-1214 (10th Cir.1999).

*Mayweathers v. Newland*, 258 F.3d 930 (9th Cir. 2001).

*McNamara v. Moody* 606 F.2d 621, 624 (5th Cir. 1979).

*Monroe v. Pape* 365 US 167 (1961).

*O'Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987).

*Overton v. Bazzetta* (02-94) 539 U.S. 126 (2003).  
*Pell v. Proconier* — 417 U.S. 817, 818 (1974).  
*Price v. Johnston* 334 U.S. 266, 285 (1948).  
*Proconier v. Martinez* 416 U.S. 396 (1974).  
*Ruffin v. Commonwealth* (62, Va. 790, 1871).  
*Sandin v. Conner* 515 U.S. 472 (1995).  
*Shaw v. Murphy*, 532 U.S.223 (2001).  
*Thornburgh v. Abbott* 490 U.S. 401 (1989).  
*Turner v. Safley* 482 U.S. 78 (1987).  
*Williams v. Morton*, 343 F.3d 212 (3d Cir. 2003).  
*Wolff v. McDonnell* 418 U.S. 539, 555, 556 (1974).  
*United States v. Seeger* 380 U.S. 163, 185 (1965).

## Канада

*Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143.  
*Divito v. Canada* (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013, SCC 47.  
*Dumas v. Leclerc Institute*, [1986] 2 S.C.R. 459.  
*Kindler v. Canada* (Minister of Justice) [1991] 2 S.C.R. 779.  
*May v. Ferndale Institution*, [2005] 3 S.C.R. 809, 2005 SCC 82.  
*Mission Institution v. Khela*, [2014] SCC 24, 1 S.C.R. 502.  
Reference re Ng Extradition (Can.), [1991] 2 S.C.R. 858.  
*RJR-MacDonald Inc. v. Canada* (Attorney General), [1995] 3 S.C.R. 199.  
*Sauvé v. Canada* (Attorney General), [1993] 2 S.C.R. 438.  
*Sauvé v. Canada* (Chief Electoral Officer), [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68.  
*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.  
*R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613.  
*R. v. Nur*, [2015] SCC 15.  
*R. v. Oakes*, [1986] 1 SCR. 103.  
*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045.  
*R. v. Solosky*, [1980] 50 C.C.C. (2d) 495 (S.C.C.).  
*United States v. Burns*, [2001] 1 S.C.R. 283, 2001 SCC 7.  
*United States of America v. Cotroni*, *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469.

## Сполучене Королівство

*R (Daly) v. Home Secretary* [2001] 2 AC 532.

*Raymond v. Honey* [1982] AC 1.

*Raymond v. Honey* [1982] AC 1, [1981] UKHL 8.

*R v. Secretary of State for the Home Department ex parte Leech* (No. 2).

*R (Allen) v Secretary of State for Justice* (2008).

*R (Graham) v Secretary of State for Justice* (2007).

*R (Mellor) v Secretary of State for the Home Department* [2001] 3 WLR 533.

*Regina v. Secretary of State for the Home Department Ex Parte Simms* (A.P.) (1999).

*Secretary of State For The Home Department, Ex Parte Daly, R v. [2001] UKHL 26.*

*The Queen on the Application of Mellor v. Secretary of State for the Home Department*, 3 WLR 533 (2001).



*Наукове видання*

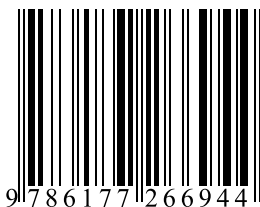
**ЧОВГАН**

**Вадим Олександрович**

**ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ В'ЯЗНІВ:  
ПРАВОВА ПРИРОДА ТА ОБҐРУНТУВАННЯ**

*Монографія*

ISBN 617-7266-94-4



Відповідальний за випуск

*Є. Ю. Захаров*

Коректор

*Н. Д. Залімська*

Комп'ютерна верстка

*О. А. Мірошниченко*

Підписано до друку 11.04.2017

Формат 70×100 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>. Папір офсетний. Гарнітура PT Serif

Умов. друк. арк. 49,02. Облік.-вид. арк. 44,68

Наклад 500 прим. Зам. № ПЛ-01/17

ГО «ХАРКІВСЬКА ПРАВОЗАХИСНА ГРУПА»

61002, Харків, а/с 10430

<http://khp.org>

<http://library.khp.org>

ТОВ «ВИДАВНИЦТВО ПРАВА ЛЮДИНИ»

61002, Харків, вул. Дарвіна, 7, кв. 35

Свідоцтво Державного комітету телебачення і радіомовлення України

серія ДК № 4783 від 23.10.2014 р.

ел. пошта: [distribution.hr.publisher@gmail.com](mailto:distribution.hr.publisher@gmail.com)