

Законний (повноважний) суддя – це суддя:

- 1) правове положення якого визначається законом;
- 2) який набув та здійснює свої владні повноваження відповідно до закону та на підставі закону;
- 3) який здійснює свої повноваження в законному суді (суддя може здійснювати судову владу лише у тій судовій установі, територіальна юрисдикція якої співпадає із юрисдикційними повноваженнями судді);
- 4) який здійснює свої повноваження в законному складі суду (повноважному суді, що визначається законністю складу колегії суддів).

Законна судова влада – це правова форма організації державної влади із здійснення правосуддя, яка втілюється в законних судах та законними (повноважними) суддями відповідно до правил та процедур, що встановлені законом.

УДК 343.139

Консультативний висновок ЄСПЛ як засіб формування єдності судової практики

Н. М. Ахтирська,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри правосуддя
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

Розглядається механізм застосування Протоколу 16 до Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод щодо надання консультативного висновку щодо тлумачення конвенційних норм та протоколів. Аналізуються можливі ризики конфлікту висновків Конституційного Суду України та ЄСПЛ, неов'язковості їх застосування національними судами тощо.

Ключові слова: консультативні висновки, тлумачення конвенційних норм, дискреційні повноваження, принцип субсидіарності, єдність судової практики.

Akhtyrskaya Nataliia. Advisory opinion of the European Court of Human Rights as a means of forming the unity of judicial practice

Consideration is given to a mechanism for the application of Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and the Fundamental Freedoms of

© Ахтирська Наталія Миколаївна – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри правосуддя Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Advisory Opinion on the Interpretation of Convention Norms and Protocols. The possibility of the risk of conflict of the conclusions of the Constitutional Court of Ukraine and the ECtHR, the non-binding nature of their use by national courts, etc. is analyzed.

Key words: *advisory opinion, interpretation of conventional norms, discretionary powers, the principle of subsidiarity, the unity of judicial practice.*

Одним з аспектів судової реформи є формування єдності судової практики. Водночас законодавство містить поняття «внутрішнє переконання», що свідчить про наявність можливості диспозитивного підходу суб'єкта застосування закону на підставі власної оцінки правової ситуації. Відповідно до ч. 1 ст. 94 КПК України слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення. Згідно з ч. 3 ст. 176 КПК України слідчий суддя, суд відмовляє у застосуванні запобіжного заходу, якщо слідчий, прокурор не доведе, що встановлені під час розгляду клопотання про застосування запобіжних заходів обставини, є достатніми для переконання, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів, передбачених частиною першою цієї статті, не може запобігти доведеним під час розгляду ризику або ризикам тощо.

Питання «внутрішнього переконання», тлумачення національного закону, використання висновків експертизи, застосування в якості джерела права практики Європейського суду з прав людини є елементами складного процесу прийняття судового рішення окремо взятим суддею.

Суддя, на думку А. Ф. Кони, повинен напружувати всі свої душевні сили для пошуку істини у справі, під час постановлення вироку він не має перебувати в полоні «раптового уявлення, нав'язаного почуттями або упередженим поглядом», він не має права вирішувати справу за принципом: «Я так хочу». Його девізом має бути: «Я не можу інакше»¹.

З метою мінімізації ризиків впливу суб'єктивного фактора та неоднозначного тлумачення норм закону законодавець передбачив можливість використання механізму прийняття висновків Великою Палатою Верховного Суду. Зокрема, відповідно до ч. 4 ст. 434-1 КПК України суд, який розглядає кримінальне провадження в касаційному порядку в складі колегії або палати, має право передати таке кримінальне провадження на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо дійде висновку, що справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для

¹ Кони А.Ф. Собр. соч. Т. 4. С. 34.

забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики. Згідно ч. 4 ст. 442 КПК України у постанові палати, об'єднаної палати, Великої Палати Верховного Суду має міститися висновок про те, як саме повинна застосовуватися норма права, із застосуванням якої не погодилася колегія суддів або палата, об'єднана палата, що передала справу відповідно на розгляд палати, об'єднаної палати, Великої Палати Верховного Суду.

Верховний Суд є також суб'єктом права на конституційне подання щодо: 1) визнання акта (його окремих положень) неконституційним; 2) офіційного тлумачення Конституції України².

Згідно з Протоколом 15 до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод у кінці преамбули Конвенції додається новий абзац у такій редакції: «Підтверджуючи, що Високі Договірні Сторони, відповідно до принципу субсидіарності, несуть основну відповідальність за забезпечення прав і свобод, визначених у цій Конвенції та протоколах до неї, користуються при цьому *свободою розсуду*, яка є предметом юрисдикції Європейського суду з прав людини, створеного цією Конвенцією, щодо здійснення нагляду»³. На практиці свобода розсуду призвела до збільшення кількості скарг до Європейського суду з прав людини. В ЄСПЛ станом на 31 грудня 2018 р. перебували 7267 скарг з України (12,9% усіх справ, які розглядає ЄСПЛ). В 2017р. Україна була на першому місці за цим показником, тоді на розгляді Суду перебували понад 18 тисяч скарг. Утім таке різке зменшення пов'язане із безпрецедентним рішенням у справі «Бурмич та інші проти України», за яким ЄСПЛ викреслив зі свого реєстру понад 12 тисяч скарг проти України про системне невиконання рішень національних судів, передавши їх розгляд до Комітету міністрів Ради Європи.

На думку В.І. Євінтова, тлумачення міжнародних договорів – це встановлення істинного значення текстів міжнародних договорів і намірів сторін, закріплених у цих текстах, що забезпечує здійснення одного з фундаментальних принципів міжнародного права – пакта сунт серванда (лат. *pacta sunt servanda* – договори повинні виконуватися). Договір має тлумачитися добросовісно, у світлі надання термінам їх звичайного значення, переважного значення контексту, а також проведення тлумачення у світлі об'єкта та цілей договору⁴.

² Про Конституційний Суд України: Закон України від 13.07.2017 р. *Голос України*. 2017. № 141.

³ Протокол 15 «Про внесення змін до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» від 24.06.2013 р. *Офіційний вісник України*. 2017. № 88.

⁴ Євінтов В.І. Тлумачення міжнародних договорів. Юридична енциклопедія: в 6 т. Київ: Українська енциклопедія, 2004. Т. 6. С. 80.

Оскільки практика Європейського суду з прав людини є джерелом права, виникла потреба в тлумаченні конвенційних норм. Задля цього 2 жовтня 2013 р. був прийнятий Протокол 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, який підписаний Україною 20 червня 2014 р.⁵ Протокол ратифікований Верховною Радою України 5 жовтня 2017 р.⁶ та набув чинності для України 1 серпня 2108 р.⁷ Прийняття Протоколу було зумовлено необхідністю усунення дискреційних повноважень держав у тлумаченні конвенційних норм та протоколів до неї.

Звернення за консультативним висновком може бути спрямоване до ЄСПЛ у випадку, коли виникають нові аспекти застосування прав, які гарантуються Конвенцією, або обставини справи не дають можливості прямого застосування прецедентного права ЄСПЛ, або виявлена розбіжність у прецедентній практиці ЄСПЛ.

Протоколом передбачено, що вищі судові установи договірної сторони можуть звертатися до Суду щодо надання *консультативних висновків з принципових питань*, які стосуються тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією або протоколами до неї. Втім підставою для такого звернення є не абстрактна ситуація, а виключно проблема тлумачення у конкретній справі, яка перебуває у провадженні суду. Суд та судова установа, яка звертається із запитом, зазначає причини свого запиту і надає інформацію щодо відповідних юридичних та фактичних обставин справи, яка перебуває у провадженні.

Колегія у складі п'яти суддів Великої Палати вирішує, чи приймати запит щодо надання консультативного висновку. Відмова у прийнятті запиту має бути обов'язково мотивована. Якщо колегія суддів приймає запит, Велика Палата Суду надає консультативний висновок.

До складу колегії суддів та Великої Палати входить *ex officio* суддя, обраний від договірної сторони, до якої належить суд чи судова установа, що звертається із запитом. У разі відсутності такого судді або якщо він не може брати участь у засіданнях, голова суду вибирає зі списку, поданого заздалегідь цією стороною, особу, яка засідає як суддя.

Комісар Ради Європи з прав людини і договірна сторона, до якої належить судова установа, що звертається із запитом, мають право подавати свої письмові зауваження і брати участь у будь-якому слуханні. Голова

⁵ Протокол 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 02.10.2013 р. *Офіційний вісник України*. 2018. № 70.

⁶ Про ратифікацію Протоколів № 15 та № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: Закон України від 05.10.2017 р. *Голос України*. 2017. № 202.

⁷ Щодо набрання чинності міжнародним договором України: лист Міністерства закордонних справ України від 07.08.2018 № 72/14-612/1-2117. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v2117321-18>.

суду, в інтересах належного здійснення правосуддя, може запропонувати будь-якій іншій договірній стороні або особі також подати свої письмові зауваження або взяти участь у будь-якому слуханні.

Відповідно до ст. 4 Протоколу консультативні висновки повинні бути вмотивовані. Якщо консультативний висновок повністю або частково не виражає одностайної думки суддів, кожний суддя має право викласти окрему думку. Консультативні висновки передаються суду, який звертається із запитом, та договірній стороні, до якої належить така судова установа. Суб'єктом звернення до ЄСПЛ за консультативним висновком є виключно Верховний суд.

Незважаючи на те, що основною метою Протоколу є «сприяння посиленню взаємодії між Судом та національними органами влади і таким чином підтримання виконання Конвенції відповідно до принципу субсидіарності», низка країн критично поставилися до його доцільності та дієвості. На даний час Протокол 16 ратифікували 11 держав (Албанія 22.07.2015 р.), Вірменія (31.01.2017 р.), Естонія (31.08. 2017 р.), Фінляндія (07.12. 2015 р.), Франція (12.04.2018 р.), Грузія (06.07.2015 р.), Литва (02.09.2015 р.), Нідерланди (12.02.2019 р.), Сан-Маріно (04.02.2015 р.), Словенія (26.03.2015 р.), Україна (22.03.2018 р.).

Насамперед звертає на себе увагу та обставина, що Протокол підписується *без застережень* щодо ратифікації, прийняття чи схвалення (ч. 1 ст. 7); жодне застереження до положень цього Протоколу на підставі ст. 57 Конвенції не допускається (ст. 9). По-друге, в застосуванні зазначеного механізму існує ризик конкуренції/ конфлікту висновків, які можуть бути надані Європейським судом з прав людини та Конституційним Судом України. По-третє, звужено суб'єктний склад звернення у конкретній справі, яка перебуває в провадженні (виключено зацікавлену особу). По-четверте, відповідно до ст. 5 Протоколу консультативні висновки не мають обов'язкової сили, однак, очевидно, що під час розгляду скарги до ЄСПЛ вони можуть бути використані при прийнятті остаточного рішення. Не вирішене питання щодо можливості участі судді Європейського суду в розгляді справи за скаргою заявника, якщо цей же суддя брав участь у наданні консультативного висновку.

В травні 2001 р. Парламентська асамблея Ради Європи погодила рекомендацію 1519(2001), в якій пропонувала Комітету міністрів Ради Європи звернутися із запитом до ЄСПЛ щодо надання консультативного висновку на підставі існування розбіжностей у вирішенні питань відповідно до положень Конвенції СНД від 25 травня 1995 р. Так, відповідно до ст. 34 Конвенції СНД «контроль за виконанням даної Конвенції здійснюється Комісією з прав людини Співдружності Незалежних Держав, Положення про яку є невід'ємною частиною Конвенції». У зв'язку з цим виникло питання: як співвідносяться положення Конвенції СНД із поло-

женнями ч. 2 ст. 35 Європейської Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, де визначено: «Суд не приймає до розгляду жодні індивідуальні скарги, подані відповідно до положень статті 34, якщо вони є предметом іншої процедури міжнародного розгляду»?

9 січня 2002 р. Комітет міністрів Ради Європи зробив запит до ЄСПЛ у формі листа Великій Палаті на підставі ст. 31 Конвенції. 2 червня 2004 р. Велика Палата одностайно прийняла консультативний висновок, в якому констатувала, що вказане питання не належать до компетенції Суду.

На виконання Протоколу 16 до ЄСПЛ надійшов лише один запит від Касаційного суду Франції від 5 жовтня 2018 р., на який у квітні 2019 р. надано консультативний висновок (справи «Маннессон проти Франції» та «Фулон і Буве проти Франції»).

Відкритим залишається питання строків розгляду запитів та надання консультативного висновку. Згідно з керівними принципами застосування Протоколу 16, які затверджені на Пленарному засіданні ЄСПЛ 18.09.2017р., запит розглядатиметься в пріоритетному порядку відповідно до правила 41 Регламенту Суду. В запиті Суд має обґрунтувати причину та нагальну потребу такого розгляду. Бажано, щоб до запиту надавалися пояснення сторін справи, яка перебуває в провадженні. Втім Європейський суд з прав людини керується власними критеріями. Навіть за відсутності такого клопотання з боку уповноваженого суду на звернення ЄСПЛ може на свій розсуд прийняти рішення щодо пріоритетного розгляду запиту.

Питання щодо зупинення провадження у справі чи її розгляду до надання консультативного висновку ЄСПЛ вирішує суд, який звернувся з таким запитом. При цьому суд зобов'язаний повідомляти про кожне процесуальне рішення у справі та допущення третіх сторін задля належного проведення консультативного розгляду⁸.

Керівні принципи варто розглядати в дусі діалогу та співробітництва між національною владою та Європейським судом з прав людини. Консультативні висновки, очевидно, відіграватимуть роль «конституційності» принципів положень гарантування конвенційних прав, що сприятиме судовій владі на національному рівні приймати виважені рішення відповідно до європейських стандартів. Вказаний механізм сприятиме постановленню правосудних рішень, зменшенню кількості скарг до Європейського суду з прав людини та прискоренню виконання судових рішень, які набрали законної сили.

⁸ Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention (as approved by the Plenary Court on 18 September 2017). URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf.

Akhtyrska Nataliia. Advisory opinion of the European Court of Human Rights as a means of forming the unity of judicial practice

One aspect of judicial reform is the formation of the unity of judicial practice. At the same time, the current legislation contains the notion of «internal conviction», which indicates the possibility of a discretionary approach of the subject of the law on the basis of its own assessment of the legal situation.

In order to minimize the risks of the influence of the subjective factor and non-uniform interpretation of the rules of the law, the legislator envisaged the possibility of using the mechanism for the adoption of conclusions by the Grand Chamber of the Supreme Court, in particular, in accordance with Part 4 of Art. 434-1 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, a court which considers criminal proceedings in cassation as a member of the panel or chamber has the right to transfer such criminal proceedings to the Grand Chamber of the Supreme Court if it concludes that the case contains an exclusive legal problem and such a transfer is necessary for securing the development of law and the formation of a single law enforcement practice. According to Part 4 of Art. 442 of the CPC of Ukraine, in the decree of the Chamber, the Joint Chamber, the Grand Chamber of the Supreme Court should contain a conclusion on how exactly the law of the law, which the panel of judges or the Chamber did not agree with, the united Chamber, which handed the case accordingly Chamber, Joint Chamber, Grand Chamber of the Supreme Court.

In accordance with Protocol No. 15 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, a new paragraph is added at the end of the preamble to the Convention, as follows: “Reaffirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have primary responsibility for ensuring the rights and freedoms defined in this Convention and the protocols thereto, shall enjoy, at the same time, the discretion which is the subject of the jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention for the purpose of supervision. In practice, freedom of discretion has led to an increase in the number of complaints before the European Court of Human Rights. At the European Court of Human Rights as of December 31, 2018, there were 7267 complaints from Ukraine (12.9% of all cases dealt with by the ECtHR). In 2017 Ukraine was in first place on this indicator, then over 18 thousand complaints were filed in the Court. However, such a sharp decrease is due to the unprecedented decision in the case of *Burmich and Others v. Ukraine*, according to which the ECHR has removed from its register more than 12 thousand complaints against Ukraine about systemic non-enforcement of decisions of national courts, passing them to the Committee of Ministers.

Since the practice of the European Court of Human Rights is a source of law, there is a need for an interpretation of the convention. For this October 2, 2013 Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed by Ukraine on June 20, 2014, was adopted. The protocol was ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine on October 5, 2017 and came into force for Ukraine on August 1, 2108. The adoption of the Protocol was conditional on the need to remove the discretionary powers of States in interpreting the convention norms and protocols thereto.

First of all, attention is drawn to the fact that the Protocol is signed without reservations on ratification, acceptance or approval (Article 7, Article 7); no reservation is made to the provisions of this Protocol under Article 57 of the Convention (Article 9). Secondly, in applying this mechanism there is a risk of competition / conflict of the conclusions that can be made by the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Ukraine. Thirdly, the subject matter of the appeal in a particular case that is in the process (exclusion of the person concerned) is narrowed. Fourth, according to Art. 5 of the Protocol, the advisory opinions are not binding, however, it is obvious that during the consideration of a complaint to the ECHR they can be used in making a final decision. The issue of the possibility of a judge sitting in the European Court hearing an applicant's complaint if the same judge participated in the advisory opinion is not resolved.

Key words: advisory opinion, interpretation of conventional norms, discretionary powers, the principle of subsidiarity, the unity of judicial practice.

УДК 342.56

Актуальні питання щодо структури та чисельності апарату суду

П. Ю. Шпенова,
кандидат юридичних наук,
суддя Луганського окружного адміністративного суду

Окреслено актуальні питання щодо структури апарату суду і визначення напрямів її оптимізації. Наведено результати наукового аналізу щодо законодавчого регулювання питань структури і штату апарату суду. Окрему увагу приділено питанням Служби судової охорони. Визначено проблемні аспекти у наявних підходах до врегулювання діяльності цієї установи в системі органів судової влади.

Ключові слова: суд, апарат суду, структура апарату суду, штатна чисельність.

Shpenova Polina. Major aspects of the structure and staff size of the court apparatus

The purpose of this article is to outline the urgent issues regarding the construction of the device of court and determine the directions of its optimization. The results of the scientific analysis concerning the legislative regulation of the construction and the staff

© Шпенова Поліна Юріївна – кандидат юридичних наук, суддя Луганського окружного адміністративного суду