

ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНСЬКИХ СУДАХ: ПРИКЛАДНІ АСПЕКТИ

В Україні все частіше відзначають позитивну динаміку кількісних показників застосування судами практики ЄСПЛ. В цьому національна практика показує узгодженість із загальноєвропейськими тенденціями. Наприклад, з початку 2000 – х років у Франції після тривалого періоду стриманого ставлення до Конвенції (з посиланням на узгодженість національного права з конвенційними стандартами) відбувається хоча і поступове але суттєве збільшення кількості судових рішень з посиланням на практику ЄС: вже в 2008 році майже 13% рішень апеляційних адміністративних судів містили посилання на Конвенцію та практику ЄСПЛ). Аналогічні процеси відбуваються і в інших країнах, хоча і в різних проявах та з різною інтенсивністю [1, с. 129].

В останні роки показники застосування Конвенції та практики ЄСПЛ українськими суддями зростають². Збільшується не лише кількість судових рішень з такими посиланнями але й кількість суддів, що використовують практику ЄСПЛ. Зростає обґрунтованість та релевантність таких посилань – все частішими стають випадки посилання на практику ЄСПЛ а не лише на загальні положення Конвенції. Дослідження зафіксувало кілька випадків, коли в справах із практично ідентичним предметом і аналогічними суб'єктами судді змінювали свою позицію після ознайомлення з правовими позиціями ЄСПЛ (принципового значення не має те, що стало підставою – власна ініціатива чи висловлення позиції/рекомендації вищого суду). Наприклад, рішення одного із місцевих судів у однотипних та масових в певний період справах щодо невиконання стипендії пільговим категоріям студентів зазнали суттєвої зміни після залучення позицій ЄСПЛ у Рішенні у Справі Кечко проти України (*Kechko v. Ukraine*) від 08.11.2005 р.

Але при цьому виникає необхідність оцінки того, чи відбувається перехід кількості в якість, і саме в ту, яку очікують. Актуальність проблем, що

¹ Доктор юридичних наук, професор кафедри міжнародного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

² Емпіричні дані, що наведені далі, базуються на результатах аналізу судових рішень українських судів з використанням Єдиного державного реєстру судових рішень за період з 1 січня 2013 р. по 1 листопада 2016 р. (<http://www.reyestr.court.gov.ua>).

мають бути розглянуті, підтверджується *наростання критичного ставлення вищих судових інстанцій до практики звичайних судів* щодо застосування практики ЄСПЛ [2; 3; 4, с. 12, 13]. Найчастіше така критична позиція проявляється у справах, що стосуються: а) повернення майна (перш за все, земельних ділянок) у державну чи комунальну власність у результаті порушень закону при передачі такого майна у приватну власність; б) конфіскації майна як адміністративного стягнення за порушення, зокрема, митних правил. В таких справах застосування практики ЄСПЛ визнається помилковим і стає основою для скасування вищими судами відповідних судових рішень.

Аналіз масиву судових рішень з посиланням на Конвенцію дозволяє визначити перелік типових недоліків національної практики, які можна визнавати індикаторами актуалізації певних теоретичних аспектів судової імплементації Конвенції.

1) Залишається досить високим рівень декларативних, формальних посилань на Конвенцію, а також посилань, де сумнівною є наявність зв'язку Конвенції та предмету судового розгляду. *Декларативність посилання на Конвенцію та практику ЄСПЛ* має багато проявів та особливостей. Найчастіше вона означає просте «*прагнення судді бути сучасним і підтвердити прихильність до європейського права*» або є проявом формального виконання вказівок вищих судів про необхідність застосування Конвенції. Наприклад, суддя апеляційного загального суду за останні два роки в 40 рішеннях посилається на Конвенцію. Однак посилання є стандартним та текстуально незмінним протягом всього періоду і зводиться до фрази «*...використання передбаченого ст.6 Конвенції права на справедливий суд та права на доступ до суду...*», що вживається в різних текстуальних контекстах. Щодо таких рішень виникає риторичне запитання щодо можливості взагалі розглядати такі рішення як «застосування Конвенції».

Змістом декларативного посилання найчастіше є спроба формулювання певного правового принципу чи загального положення, що може бути виправданим, зважаючи на наявність у національному законі випадків відсилання до загальних принципів права чи певної галузі права. В цій ситуації знаходить прояв більш загальна проблема: звернення до Конвенції відбувається в площині «міжнародно-правового плюралізму», тобто за наявності кількох однопредметних міжнародних договорів вибір Конвенції має бути органічним та раціональним [5; 6].

Слід пам'ятати, що сам ЄСПЛ ніколи не підкреслював своєї винятковості. Так, у Рішенні у справі Банкович та інші проти Бельгії та інших держав від 12 грудня 2001 р. ЄСПЛ зазначив необхідність «приймати до уваги всі

норми міжнародного права. та тлумачити Конвенцію у гармонії з іншими інструментами міжнародного права» [7].

2) Нечіткими є уявлення суддів про *суб'єктний склад судових спорів*, щодо яких може бути застосовано ті чи інші положення Конвенції. Прикладом може бути масова практика в спорах за участю виключно державних органів (чи органів місцевого самоврядування), коли суди посилаються на конвенційні положення при вирішенні питань щодо зменшення розміру судового збору. Загалом, позиція суддів щодо можливості застосування практики ЄСПЛ у випадках спору між виключно державними суб'єктами залишається неоднозначною.

3) Рідкісними є ситуації, коли посилання на практику ЄСПЛ є результатом *самостійного та обумовленого обставинами конкретної справи вибору судді* а не використанням чи то правової позиції вищого суду, чи то рішень своїх колег. Відсутність позиції вищих судів щодо можливості застосування практики ЄСПЛ при постійному «нагадуванні про необхідність посилання на Конвенцію» мотивує суддів на декларативне чи формальне посилання на Конвенцію та практику ЄСПЛ. І все ж таки окремі судді прагнуть застосовувати Конвенцію творчо та продуктивно.

Досить часто «шаблонне чи стандартне» посилання суддів на практику ЄСПЛ відбувається без розуміння контексту, в якому таке посилання українських суддів було зроблено первісно, що стає підставою для абсолютизації чи універсалізації правової позиції ЄСПЛ в конкретному рішенні. Цим фактично знищується імплементаційний ефект «кращих практик національних судів».

Рішення у конкретних справах чи правові позиції вищих судів є найбільш очевидним джерелом шаблонів, які використовують українські судді. Однак, існує проблема «тиражування» не зовсім коректних зразків застосування вищими судами практики ЄСПЛ. Наприклад, в кількох рішеннях судів першої інстанції було використано помилкове тлумачення Вищим Господарським судом України (далі – ВГСУ) позиції ЄСПЛ у Рішенні у справі «Терем ЛТД, Чечеткін та ОліуспротиУкраїни» від 18.10.2005 р. Всупереч змісту цього рішення, де ЄСПЛ вказав на неможливість при виконанні судового рішення посылатись на відсутність бюджетного фінансування, ВГСУ цей підхід було застосовано до ситуації невиконання *договірних зобов'язань* у відносинах суб'єктів господарювання державної форми власності. У цьому рішенні ВГСУ вийшов за межі позиції ЄСПЛ, що не робило помилковим по суті його рішення у справі але позбавляло релевантності посилання на конкретне рішення ЄСПЛ.

Поширеність стандартів та шаблонів не означає необхідності їх усунення. Навпаки, *практика потребує вироблення таких шаблонів аргументації на основі рішень ЄСПЛ для певних стандартних ситуацій*, щодо яких національне законодавство може виявитись або недостатнім або «недостатньо конкретним». Наприклад, відсутність у національному кримінальному процесуальному законодавстві визначення понять «обгрунтована підозра» чи «поза розумним сумнівом» може бути заповнена відповідними тлумаченнями ЄСПЛ [8].

Ситуації «шаблонних посилань» показують, що судді у більшості випадків не враховують (або просто не знають) існування «джерела правових позицій ЄСПЛ», тобто його рішення, де відповідна позиція була визначена і на яке ЄСПЛ в подальшому посилається. Як наслідок, в багатьох рішеннях українських суддів посилання зроблено на «вторинні рішення», де лише застосовано загальний підхід, який було визначено в інших рішеннях (і посилання на них відсутні). Це могло б бути зрозумілим і до певної міри виправданим у випадках, коли посилання зроблено на українські рішення. Однак, судді «знаходять» архаїчні рішення з іншого правового контексту, які навряд чи є зрозумілими для звичайних українських юристів. Існує досить значний масив українських рішень, в яких ЄСПЛ вироблено певні усталені правові позиції, які хоча і базуються на попередніх рішеннях ЄСПЛ, однак вони враховують специфічний український контекст. В багатьох рішеннях українських суддів, які аналізувались, такі «українські прецеденти» не враховуються і вони обмежуються формальними посиланнями на будь-які рішення (хоча формально і релевантні предмету), без урахування наявності усталених оцінок українського закону та практики. Слід звернути увагу на особливий статус «українських рішень», які фактично є елементом *заходів загального характеру*, що мають бути імplementовані національними судами [9]. Зміна судової практики в багатьох випадках є більш оперативним та ефективним засобом усунення проблем в правовій системі (заповнювати прогалини, усувати колізії, тощо). Практичні наслідки цього теоретичного висновку полягають у можливості визначення критеріїв «відбору прецедентів» у випадку наявності певної множини однопредметних рішень. Суддя має керуватись саме такими змістовними критеріями і робити раціональний вибір замість використання шаблонів чи наявних доступних матеріалів.

4) Проблемаю є «надмірність посилання», навіть в тих випадках, коли посилання є доречним та сумісним з предметом розгляду. В рішенні наводяться посилання на однотипні рішення, які фактично дублюють певну правову позицію. В таких випадках до половини тексту мотивувальної час-

тини складають хаотичні цитати із рішень ЄСПЛ, що наводяться (відбираються) за незрозумілими критеріями і в такому ж нераціональному порядку наводяться у тексті.

Ця проблема в значній мірі обумовлена відсутністю чітких теоретичних моделей критеріїв та алгоритмів *ідентифікації правових позицій (прецеденту) ЄСПЛ*, що адаптовані до особливостей українського судочинства. Такі критерії можна знайти у практиці ЄСПЛ через врахування вказівок на необхідність: урахування динаміки його тлумачень; порівняння базових та наступних рішень; визнання можливості використання певного положення не автоматично а лише за наявності певних умов; наявності посилання самого Суду на такі усталені підходи тощо.

5) Досить помітною проблемою стає *маніпулятивне застосування* практики ЄСПЛ. Із збільшенням частоти використання суддями рішень ЄСПЛ буде збільшуватись і масштаб цієї проблеми. Її сутність не обов'язково означає винесення незаконного чи сумнівного рішення (наприклад, з корупційним підтекстом). Загалом це практика використання позицій (і тексту) рішення ЄСПЛ у спосіб, що відповідає не його змісту і обставинам справи а *«потребам судді»* щодо обрuntuвання власного рішення або його *«належного декорування»*. Форми маніпуляцій із рішенням ЄСПЛ можуть бути різними. Від складних ситуацій *«концептуального застосування практики ЄСПЛ»* (Рішення у справах *«Стретч проти Об'єднаного Королівства»*, *«Булвес АД проти Болгарії»* та інші – детальніше див. [2; 3; 4, с. 12, 13]) в рішеннях національних судів щодо резонансних земельних спорів, в податкових чи митних спорах до простого виривання тих чи інших пунктів із рішення ЄСПЛ і замовчування інших положень, що робить сумнівною саму можливість застосування цього рішення у конкретній справі, навіть безвідносно до можливих висновків суду на його основі. Прикладом останнього може бути рішення слідчого судді одного з місцевих судів у справі щодо запобіжних заходів (взяття під варту). Посилаючись на п.33 Рішення у справі Москаленко проти України (2010 рік) суддя звертає увагу на існування обставини, які названі у Рішенні і які він тлумачитись як аргументи на користь продовження тримання під вартою. Разом з тим, Рішення ЄСПЛ стосувалось ситуації *«первинного взяття під варту»*. Більше того, в наступному пункті цього рішення було сказано, що *«з плином часу ці обставини втрачають значення»*.

Фактично маніпулятивним використанням практики ЄСПЛ є підміна аналізу обставин конкретної справи посиланням на певні загальні висновки / принципи у рішеннях ЄСПЛ. Наприклад, в багатьох рішеннях українських

суддів щодо відводу чи самовідводу судді відсутня аргументація, яка базується на фактах і правових оцінках, а наводиться (із загальним посиланням на «практику ЄСПЛ») лише загальний принцип неупередженості судді.

Позиції ЄСПЛ часто стають основою для досить «казуїстичних формул» виправдання помилкових чи недостатньо обґрунтованих правових позицій рішення українського суду. Наприклад, в рішенні апеляційного суду використовується наступне формулювання – *«позиція місцевого суду узгоджується з висновками ЄСПЛ в рішеннях (далі наводиться перелік із 5 рішень – О. С.), який в аналогічних ситуаціях не визнає порушення статті Конвенції»*. Однак при цьому: а) відсутнє обґрунтування того, що випадок є подібним; б) не розкривається зміст позиції ЄСПЛ в названих рішеннях; в) рішення, на які дається посилання, мають суттєво різний предмет і загальний контекст. Очевидно, таке застосування Конвенції створює підстави для сумнівів у обґрунтованості рішення загалом. В багатьох випадках судді застосовують наступну формулу обґрунтування висновків чи позицій суду – *«відповідно до усталеної практики ЄСПЛ»* – далі йде певне змістовне твердження щодо обставин конкретної справи. Однак, така формула є надто відповідальною і зобов'язує суддю навести докази цього – щонайменше шляхом посилання на конкретні рішення або хоча б чітким формулюванням позицій ЄСПЛ.

7) Проблемою є відсутність чіткого розрізнення «правових позицій ЄСПЛ («прецеденту»)» та «мотивації/аргументів ЄСПЛ у конкретній справі» Наприклад, оперуючи аргументом *«в Рішенні X проти певної країни ЄСПЛ робить висновок, що судовий збір не є обмеженням доступу до суду»* суддя повинен чітко розуміти, що цей висновок зроблено у контексті певної справи і він не може автоматично переноситись у будь – яку ситуацію, що є предметом розгляду національним судом.

Показовим є те, що в теоретичних публікаціях суддів Верховного Суду України проблема застосування практики ЄСПЛ розглядається без її локалізації у площині традиційної для міжнародного права дискусії про правову природу рішень ЄСПЛ і без використання відповідної термінології (прецедент; правова позиція; ratio decidendi; тощо). Наприклад, Я. Романюк пропонує «прагматичну теоретичну модель»: *«рішення ЄСПЛ у своїй основі – це висновок, що міститься у мотивувальній частині рішення, набір обов'язкових та необов'язкових тверджень»* [4, с. 8]. Така конструкція є досить зручною для практики. Слід враховувати її умовність. Рішення ЄСПЛ завжди є індивідуальним і всі правові аргументи (правові позиції),

що в певному контексті є обов'язковими в інших умовах можуть бути лише додатковим способом тлумачення. Тобто, є обмеження прецедентності Рішення і закладені вони у самому предметі судового розгляду. Дослідники неодноразово звертали увагу на особливість розгляду справ за статтею 8 Конвенції, де визначалось місце проживання дитини. Рішення у таких справах залежить від специфічних обставин справи і через це мають значення лише для сторін. Суд не зобов'язаний приймати до уваги такі Рішення при розгляді наступних справ [8]. Фактично ЄСПЛ презюмує унікальність Рішення і для спростування цієї суто технічної (внутрішньої) презумпції звертається до всієї практики певної предметності. Лише у такий спосіб стає можливим формулювання тверджень, що можуть виконувати функції прецеденту них при застосуванні Конвенції як ЄСПЛ так і національними судами.

8) Потребує додаткового з'ясування доцільність використання практики ЄСПЛ у випадках, коли національний закон дає чітку та однозначну позицію. Наприклад, пункт 1 частини 4 статті 155 КАС дозволяє судді залишати заяву без розгляду у випадку повторної неявки позивача. В рішеннях українських судів масово наводиться додаткова аргументація (зокрема, з посиланням на іспанські справи кінця 80 – х років). Аналогічні ситуації часто виникають у кримінальному судочинстві.

Аналіз практики українських судів засвідчує необхідність розгляду проблем використання Конвенції та практики ЄСПЛ з позицій загальної теорії судової імплементації міжнародного права, що має створити теоретичне підґрунтя для вирішення численних проблем практичного судового правозастосування. Ключовим стає питання самовиконуваності /безпосереднього застосування правових позицій (прецедентів) ЄСПЛ, що має, перш за все, надати відповідь на питання про умови доцільності та необхідності для цього. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду з розгляду кримінальних та цивільних справ № 13 від 19 грудня 2014 р. «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя» робить акцент переважно на колізійній стороні застосування міжнародних договорів [10]. Щодо Конвенції необхідність її застосування національними судами обумовлюється потребами посилення національних механізмів захисту прав людини [11]. Важливим практичним кроком для подолання виявлених недоліків має стати підготовка спеціальної Постанови Верховного суду щодо застосування практики ЄСПЛ національними судами.

Література:

1. A Europe of Rights: The Impact of ECHR on National Legal Systems / ed. by H. Keller and A. Stone Sweet. – Oxford: OUP, 2008–650 p.
2. Постанова Верховного Суду України від 5 жовтня 2016 р. №3–604rc16 [Електронний ресурс] // Верховний Суд України : оф. веб – портал. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/1DD577F3125FE4F0C2257F2B003](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1DD577F3125FE4F0C2257F2B003).
3. Постанова Верховного Суду України від 16 грудня 2015 р. №6–2510цс15 [Електронний ресурс] // Верховний Суд України : оф. веб – портал. – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/1DD577F3125FE4F0C2257F2B003E3C46](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1DD577F3125FE4F0C2257F2B003E3C46).
4. Право власності: європейський досвід та українські реалії: Збірник доповідей і матеріалів Міжнародної конференції (м. Київ 22–23 жовтня 2015 р.). – К.: ВАІТЕ, 2015. – 324 с.
5. Deference in the International Courts and Tribunals. Standarts of Review and Margin of Appreciation / Ed . by L. Gruzschincki and W. Werner. – Oxford.: Oxford University Press, 2014. – 460 p
6. Bosphorus Hava Yollari Turizm v. Ireland, ECHRA pp. No. 45036/98 (June 30 2005). Режим доступу <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=3666597&skin=hudoc-en&action=request>.
7. Grabenwarter C. European Convention on Human Rights. Commentary – L.: Hart Publishing, 2014. – 600 p.
8. Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in determining the scope of Human Rights / Ed . by E. Brems and J. Gerards. – L.: Cambridge University Press, 2013. – 370 p.
9. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. №3477 – IV [Електронний ресурс] // Верховна Рада України : оф. веб – портал. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>
10. Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду з розгляду кримінальних та цивільних справ №13 від 19 грудня 2014 р. «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя» [Електронний ресурс] // Верховна Рада України : оф. веб – портал. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/34>
11. Reforming the European Convention on Human Rights. Interlaken, Izmir, Brighton and beyond. A compilation of instruments and texts relating to ongoing reform of ECHR. – Strasbourg: 2014. – 523 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://coe.int/Documents/Compilation_ENG.pdf