



USAID | **УКРАЇНА**
ВІД АМЕРИКАНСЬКОГО НАРОДУ

ЗВІТ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ ГРОМАДСЬКОГО МОНІТОРИНГУ ЗАСТОСУВАННЯ ВЕРХОВНИМ СУДОМ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Контракт No. AID-OAA-I-13-00032, **Завдання No.** AID-121-TO-16-00003

Програма реформування сектору юстиції «Нове правосуддя»

Представник спеціаліста з питань контрактів: Олександр Піскун, Менеджер проектів з розвитку демократії, Відділ сприяння розвитку демократії та врядування

Завдання розвитку 1: Більш інклюзивні, прозорі та підзвітні процеси врядування.

Автор: Громадська організація «Інститут прикладних гуманітарних досліджень»:
Я. Бєлих, О. Сердюк, М. Буроменський, В. Лутковська, О. Смірнова, С. Сиротенко
– Харків, 2019

Надано:
Кімонікс Інтернешнл Інк.

УДК 347.97:347.93

ISBN 978-1-43756-789-8

Звіт за результатами громадського моніторингу застосування Верховним Судом практики Європейського суду з прав людини / Програма USAID реформування сектору юстиції «Нове правосуддя»; Громадська організація «Інститут прикладних гуманітарних досліджень»:

Я. Бєлих, О. Сердюк, М. Буроменський, В. Лутковська, О. Смірнова, С. Сиротенко – Харків, 2019 . Аналітичний звіт містить результати експертного дослідження рішень ВС із використанням практики ЄСПЛ, яке було проведене в рамках грантового проекту “Аналіз судової практики нового Верховного Суду”, що реалізовувався ГО “Інститут прикладних гуманітарних досліджень” за сприяння Програми реформування сектора юстиції “Нове правосуддя” Агентства США з міжнародного розвитку (USAID).

Ця публікація була здійснена за підтримки американського народу, наданої через Агентство США з міжнародного розвитку (USAID) в рамках Програми реформування сектору юстиції «Нове правосуддя». Погляди авторів, викладені у цьому виданні, не обов'язково відображають погляди Агентства США з міжнародного розвитку або уряду Сполучених Штатів Америки.

© USAID, 2019

© Програма USAID «Нове правосуддя», 2019

© ГО «Інститут прикладних гуманітарних досліджень», 2019

ЗМІСТ

Вступ.....	5
Методологія.....	6
Об'єкт експертного оцінювання	6
Методологічні засади	7
Критерії експертного оцінювання практики ВС.....	8
Вибірка судових рішень	9
Розділ 1. Джерело права чи джерело цитування: спроба реконструкції доктринального підходу ВС до практики ЄСПЛ	10
1.1. Доктринальні питання, що мають практичне значення для діяльності суду.....	15
1.2. Обов'язковість застосування практики ЄСПЛ: рекомендація чи імператив?.....	18
1.3. Розрізнення <i>ratio decidendi</i> та <i>obiter dictum</i> рішення	18
1.4. Горизонтальний прецедент: узгодженість підходів касаційних судів	19
1.5. Врахування статусу та правової природи різних типів рішень	19
Розділ 2. Основні формати застосування практики ЄСПЛ	22
Розділ 3. Тематичний огляд: правові позиції ЄСПЛ в рішеннях ВС.....	25
Розділ 4. Обґрунтованість та відповідність застосування практики ЄСПЛ	32
4.1. Аналіз типових ситуацій обґрунтованого застосування практики ЄСПЛ	37
Розділ 5. Новації і традиції: Верховний Суд і попередній досвід українських судів.....	40
5.1. Перехід від цитування рішень ЄСПЛ до створення алгоритмів вирішення спору	41
5.2. Особливості виконання рішень ЄСПЛ, де констатовано системні порушення.....	42
5.3. Оцінка аргументів сторін чи мотивації апеляційного (місцевого) суду, які базуються на правових позиціях ЄСПЛ	43
5.4. Спроби відмови від декларативного посилання на практику ЄСПЛ.....	44
Розділ 6. Аналіз типових ситуацій некоректного застосування.....	44
Розділ 7. Шаблони як тактика аргументації.....	51
Розділ 8. Якість оформлення посилань та цитування.....	53
Висновки та рекомендації.....	56

Список скорочень

ВП ВС – Велика Палата Верховного Суду

ВРУ – Верховна Рада України

ВСУ – Верховний Суд України

ВС – Верховний Суд

ВАСУ – Вищий адміністративний суд України

ВГСУ – Вищий господарський суд України

ВССУ – Вищий спеціалізований суд з розгляду цивільних і кримінальних справ

ЄКПЛ/ Конвенція – Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод

ЄС – Європейський Союз

ЄСПЛ/ Суд – Європейський суд з прав людини

Європейська Комісія – Європейська Комісія з прав людини

КМ РЄ – Комітет Міністрів Ради Європи

КМУ – Кабінет Міністрів України

КАС – Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду

КЦС – Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду

ККС – Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду

КГС – Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду

КРЄС – Консультативна рада європейських суддів

РЄ – Рада Європи

ВСТУП

Аналітичний звіт містить результати експертного дослідження рішень ВС із використанням практики ЄСПЛ, яке було проведене в рамках грантового проекту “Аналіз судової практики нового Верховного Суду”, що реалізовувався ГО “Інститут прикладних гуманітарних досліджень” за сприяння Програми реформування сектора юстиції “Нове правосуддя” Агентства США з міжнародного розвитку (USAID).

Метою цього дослідження було визначення реального впливу правозастосовчих стандартів ЄСПЛ на виконання ВС завдань щодо формування єдності національної судової практики та послідовного здійснення демократичного судочинства.

Реформа судоустрою, черговий етап якої вступає у вирішальну стадію, однією із ключових ланок має створення нового ВС, що має не лише інституційне значення. Суспільні очікування щодо підвищення якості та обґрунтованості рішень нового ВС вимагають подолання існуючих недоліків застосування цього джерела права національними судами, усунення декларативності, маніпулятивності та некоректності, зокрема, ситуацій, коли просте цитування рішень замінює застосування базових принципів, правових позицій та стандартів Конвенції.

Практика ЄСПЛ як джерело права і завдання Верховного Суду: законодавчі засади. Дослідження базується на створеній в Україні законодавчій моделі впливу діяльності ВС на імплементацію конвенційних стандартів захисту прав людини у судову практику. Основними положеннями цієї моделі є наступні положення.

- Відповідно до ст.17 Закону України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”, яка визначає загальні правила застосування Конвенції та практики ЄСПЛ в Україні, ***суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права.***
- Ч.1 ст.9 Конституції України, передбачає, що Конвенція, як міжнародний договір, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства. З урахуванням положень ст.19 Закону України “Про міжнародні договори України”, міжнародний договір як частина національного законодавства, застосовується у порядку, передбаченому для норм національного законодавства і у випадку суперечності з правилами, що передбачені у відповідному акті законодавства України, застосуванню підлягають правила міжнародного договору.
- ***Конкретизацією*** цих загальних положень є норми процесуального законодавства. В зв'язку з набранням чинності Законом України № 2147-VIII “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”, процесуальні кодекси були викладені в новій редакції. Зокрема, до статей процесуальних кодексів, які регулюють питання законодавства, відповідно до якого суд вирішує справи (наприклад, ЦПК — ст.10, ГПК — ст.11), було внесено окремі положення про те, що ***суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та практику Європейського суду з прав людини як джерело права.*** Цей крок був покликаний посилити нормативну підставу для застосування Конвенції та практики ЄСПЛ, адже норми Конвенції є нормами права в національному правопорядку, а практика ЄСПЛ є тлумаченням норм Конвенції.
- Національна модель судоустрою наділяє Верховний Суд особливими повноваженнями у сфері імплементації конвенційних стандартів, оскільки саме він здатен створювати певні “еталони” застосування Конвенції та практики ЄСПЛ судами

України. Відповідно до ст.36 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, *Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.* Ця норма-дефініція розвивається у частині 2 цієї статті, відповідно до якої Верховний Суд забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом (п.6 ч.2 ст.36 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”). Тобто з урахуванням того, що Конвенція є нормою права, а практика суду є її тлумаченням Верховний Суд не тільки має право, а й зобов'язаний забезпечувати єдність практики застосування Конвенції судами України. Відповідно до КАС України (ч.5 ст.242), ЦПК України (ч.4 ст.263), ГПК України (ч.4 ст.236), *при виборі і застосуванні норми права до спірних правовідносин суд враховує висновки щодо застосування норм права, викладені в постановках Верховного Суду.* Аналогічне положення згадується і в ст.13 Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, відповідно до якої *висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права.* Така вимога є нормою процесуального права, недотримання якої може мати наслідком скасування або зміну судового рішення самим ВС (ст.351 КАС України, ст.412 ЦПК України, ст.311 ГПК України).

Особлива роль Верховного Суду в застосуванні Конвенції та практики ЄСПЛ полягає у наданні висновків (формуванні правових позицій) щодо застосування Конвенції та практики ЄСПЛ під час розгляду справи. Такі висновки повинні містити норми Конвенції, які підлягають застосуванню під час розгляду певної категорії справ, посилання на релевантну практику ЄСПЛ з цих питань (відповідні рішення та правові позиції, які слід застосовувати під час розгляду справ), можливо в таких висновках зазначати про нову практику ЄСПЛ з цих питань та незастосовність певних рішень в певній категорії справ тощо. Такі висновки в силу вимог процесуального закону та Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, мають враховуватись судами першої та апеляційної інстанцій, що зменшить випадки декларативного, зайвого, помилкового та маніпулятивного застосування Конвенції та практики ЄСПЛ в умовах національного правопорядку. Важливість таких висновків буде забезпечуватися винятково встановленим законодавчим порядком відступу або відходу від таких висновків щодо застосування норм права в межах самого Верховного Суду (ст.403 ЦПК України, ст.302 ГПК України, ст.346 КАС України).

МЕТОДОЛОГІЯ

Методика дослідження була розроблена з урахуванням досвіду експертної оцінки рішень українських суддів із використанням Конвенції та практики ЄСПЛ, яка була проведена ГО “Інститут прикладних гуманітарних досліджень” у 2015-2017 роках в рамках Проекту ОБСЄ “Гарантування дотримання прав людини при здійсненні правосуддя”.¹ Зокрема, методика забезпечувала можливість як врахування інстанційних та процесуальних особливостей ВС так і часткового порівняння якісних та кількісних показників застосування цього джерела права новим ВС та іншими судами (першої та апеляційної інстанцій).

ОБ'ЄКТ ЕКСПЕРТНОГО ОЦІНЮВАННЯ

Об'єктом оцінювання є всі види судових рішень ВС (Великої Палати та касаційних судів), включно з процесуальними ухвалами. Обмеження дослідження лише остаточними

¹ Методологія та результати викладені у виданні: *Аналітичний звіт за результатами моніторингу судових рішень щодо застосування в Україні положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини.* Київ. Координатор проектів ОБСЄ. 2018.

рішеннями (рішеннями по суті) залишає за межами аналізу окремі проблемні ситуації судового провадження, де правові позиції ЄСПЛ можуть бути важливим чинником підвищення якості судових рішень. Додатковим джерелом є оцінка окремих думок суддів.

МЕТОДОЛОГІЧНІ ЗАСАДИ

Концептуально ключовою проблемою дослідження було визначення впливу Конвенції та практики ЄСПЛ на формування правових позицій і судочинство ВС. Українське законодавство (процесуальні кодекси та Закон України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”) містить чіткі положення щодо необхідності застосування судами Конвенції та практики ЄСПЛ як “джерела права”. Однак реалізація цього положення не може відбуватись автоматично як просто “запозичення” чи “цитування”. Правові позиції ЄСПЛ мають стати для національного судочинства органічними елементами, а не декоративними (“цитатами”). Отже, головне питання полягає не лише в знанні практики ЄСПЛ (що само по собі також є важливим), а у відповідному праворозумінні, що має стати визначальним і врешті позбавить необхідності кожного разу шукати цитату, що буде прийнятною для мотивування рішення судді, але не буде релевантною.

Хоча в Україні відсутні чіткість та несуперечливість розуміння законодавчого визначення “Конвенції та практики ЄСПЛ як джерела права”, що може стати суттєвою перешкодою як для концептуальних засад оцінки рішень так і інтерпретації отриманих результатів, навряд чи можливо знайти невідповідність положень національного закону та тексту Конвенції. Однак, поточна практика ЄСПЛ свідчить про існування проблем дотримання національними судами конвенційних стандартів при судовому розгляді конкретних ситуацій.

У зв’язку з цим для потреб аналізу практики ВС виникає потреба встановлення змісту понять “практика ЄСПЛ”, “прецедент ЄСПЛ”, “правові позиції ЄСПЛ” та інших понять, які використовують як дослідники так і практики для пояснення значення практики ЄСПЛ для українських судів. Існують суттєві відмінності у розумінні змісту цих понять, що може приводити і до різного бачення їх правової природи у контексті здійснення судочинства.

У дослідженні використовується термін “правова позиція ЄСПЛ”, історично характерний для національного судового правозастосування, що змістовно та функціонально є аналогічним не зовсім коректному терміну “**прецедент тлумачення Конвенції**” (якого, власне кажучи, уникає й сам ЄСПЛ). Термін “прецедент” не вживається аби уникнути переваженості його теоретичних асоціацій та наблизити до традиційної термінології вітчизняної доктрини судової практики.

Для визначення змісту та особливостей застосування поняття “правові позиції ЄСПЛ” для оцінки рішень національних судів використано наступні положення:

1. *Значення правових позицій ЄСПЛ у судовому правозастосуванні базується на пріоритеті Конвенції відносно національного законодавства та презумпції її відповідності нормам Конституції України (з урахуванням спростовного характеру такої презумпції на підставі загального положення про Конституцію як акта найвищої юридичної сили);*
2. *ЄСПЛ є контрольним органом Конвенції, який має повноваження щодо її застосування та тлумачення. Таке тлумачення відбувається на засадах Віденської конвенції про право міжнародних договорів (1969 року) з урахуванням доктрин тлумачення, що вироблені самим ЄСПЛ (наприклад, автономність понять, європейський консенсус тощо);*
3. *За наявності певних обставин зміст рішення ЄСПЛ виходить за межі вирішення конкретного спору, створюючи стандарт чи загальне правило тлумачення положень Конвенції;*

4. *Наявність тлумачень Конвенції визначає res interpretata (інтерпретаційне значення) рішень ЄСПЛ, яке за своїм правовим ефектом однак не досягає рівня erga omnes чи будь-якого іншого абсолютного статусу; ²Поняття “практика ЄСПЛ” та “правові позиції ЄСПЛ” не співпадають за своїм змістом, що не дає підстав для висновку про належність всіх без винятку рішень ЄСПЛ до “джерела права” чи релевантного “джерела права” або визнання будь-якого цитування рішень ЄСПЛ застосуванням його правових позицій;*
5. *Текстуально правові позиції належать до мотивувальної частини рішення ЄСПЛ; в більшості випадків формальними ознаками правової позиції ЄСПЛ є специфічна термінологія тексту рішення (“прецедент”; “усталена практика”; “загальний принцип” тощо);*
6. *Правова позиція ЄСПЛ – положення, що за своїм мотиваційним значенням та за наявності відповідності фактичних обставин мають однакову силу і для учасників Конвенції (сторін у справі) і для самого ЄСПЛ, що не позбавляє останнього можливості застосувати інший підхід (еволюційне чи динамічне тлумачення);*
7. *“Мотиваційна сила” правової позиції (на відміну від обов’язковості виконання рішення) не залежить від того, чи була Україна учасником відповідної справи;*
8. *До сфери розсуду національного судді належить застосування Конвенції в тлумаченні, що надане у конкретному рішенні ЄСПЛ (тобто – конкретної правової позиції), однак відмова від такого тлумачення можлива лише за наявності достатніх та переконливих аргументів; принцип pacta sunt servanda опосередковано діє і щодо тлумачення Конвенції в рішеннях ЄСПЛ;*
9. *Правові позиції ЄСПЛ належать до усталеної судової практики ЄСПЛ (settled jurisprudence), що в окремих випадках не виключає (передусім в українських справах) можливість посилання на окремі аргументи, що сам ЄСПЛ не наділяє статусом “прецеденту” чи усталеної судової практики;*
10. *Правові позиції пілотних рішень щодо України не можуть мати пріоритетного значення лише на підставі належності цих рішень до пілотних;*
11. *Правова позиція (аргумент) рішення ЄСПЛ підлягає застосуванню лише при відсутності ознак відмови самого ЄСПЛ від такої аргументації;*
12. *Правові позиції ЄСПЛ мають оцінюватись та застосовуватись з урахуванням виду рішення, де вони визначені (наприклад, рішення по суті чи про прийнятність; рішення комітету, палати чи Великої палати); додатково може оцінюватись характер голосування суддів, наявність окремих думок суддів.*

КРИТЕРІЇ ЕКСПЕРТНОГО ОЦІНЮВАННЯ ПРАКТИКИ ВС

З урахуванням викладених вище методологічних засад експертна оцінка має дати відповіді на питання щодо якості застосування правових позицій ЄСПЛ за наступними групами критеріїв:

а) *правильність ідентифікації (тобто з’ясування змісту та головної тези) правової позиції ЄСПЛ (включно з показниками коректності цитування рішення чи відтворення його змісту);*

б) *обґрунтованість застосування (наявність “аналогічних правовідносин”) та відповідність фактичним обставинам справи;*

в) *правильність застосування аргументів рішення ЄСПЛ та їх значення для мотивації рішення українського суду;*

² CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights, Strasbourg, 11 December 2015, CDDH(2015)R84 Addendum I.

г) значимість для формування правової позиції ВС, як чинника єдності національної судової практики;

д) обґрунтованість застосування "шаблонів мотивації на основі практики ЄСПЛ", що у попередні роки були запроваджені у судову практику (зокрема, правових позицій чи методичних рекомендацій вищих судів);

є) наявність нових підходів щодо застосування практики ЄСПЛ та врахування її динаміки.

ВИБІРКА СУДОВИХ РІШЕНЬ

Для створення вибірки рішень використано базу рішень ЄДРСР.

Алгоритм формування вибірки має забезпечити:

- Відповідність кількості рішень умовам грантової угоди, а саме, орієнтовна кількість: ВП ВС – 50 рішень; КАС – 150; КГС – 100; ККС – 80; КЦС – 150;
- Репрезентативність вибірки (окремо для ВП ВС та касаційних судів) за ознакою «вид рішення (по суті та процесуальні)»;
- Наявність у вибірковій сукупності рішень ВС, що містять посилання на рішення ЄСПЛ, які належать до найбільш часто цитованих;
- Можливість відбору рішень, які стосуються найбільш резонансних, складних справ чи принципово нових способів застосування правових позицій ЄСПЛ.

Фактична вибірка сформована окремо для ВП ВС та усіх касаційних судів у наступній послідовності:

- Визначається загальна кількість рішень. *Загальна кількість рішень* ВС (ВП ВС та касаційних судів) станом на 1 квітня 2019 року складає 293 300; з них ВП – 7300; КАС – 134 600; КГС – 37 400; ККС – 32 400; КЦС – 81 500. Процесуальні рішення складають – 80 %, або 234 370.
- Визначається кількість рішень із посиланням на Конвенцію та практику ЄСПЛ. Для визначення кількості рішень із посиланням на Конвенцію та практику ЄСПЛ застосовується пошукова система ЄДРСР, де використовуються кілька варіантів визначення ключових слів (наприклад, *ЄКПЛ; ЄСПЛ; Європейський суд; Конвенція про захист; Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод; Європейський суд з прав людини*). Необхідність використання набору ключових слів пояснюється значними розбіжностями у текстах рішень щодо визначення цього джерела права;
- Станом на 1 квітня 2019 року кількість рішень із посиланням на Конвенцію та практику ЄСПЛ *орієнтовно* складає 28 500, тобто майже 10% всіх рішень ВС; із них ВП ВС – 2100; КАС – 8800; КГС – 6050; ККС – 950; КЦС – 10700. *Процесуальні рішення* складають: ВП ВС – 770; КАС – 4800; КГС – 2400; ККС – 500; КЦС – 4600.
- Наступним етапом є вилучення проваджень, в яких предметом розгляду є заяви про розгляд *справи у порядку виключних обставин із посиланням на остаточне рішення ЄСПЛ* (зокрема, рішення "Бурмич" та деякі інші багатосуб'єктні рішення); тобто питання виконання додаткових заходів індивідуального характеру; ця *проблема має автономний характер і* потребує інших методологічних та методичних засад дослідження; кількість таких рішень складає приблизно 200-250;
- Отримана сукупність рішень є **базою** для побудови вибірки.
- **Перший крок відбору:** створення *підвибірки рішень із масовими посиланнями (шаблонами)*. При відборі використовується інформація, отримана на основі аналізу статистичних даних про структуру рішень із посиланням на практику ЄСПЛ. Зокрема, важливе значення має встановлення ситуацій *масових посилань (застосування*

шаблонних чи клонових посилань). Такі ситуації мають стати предметом спеціального аналізу. Доцільно звернути увагу ситуації масового посилання на деякі рішення ЄСПЛ (включно із похідними чи суміжними рішеннями, що зазвичай відображається у цитуванні): “Бруалья Гомес де ла Торре проти Іспанії” (“Brualla Gomez de la Torre v. Spain”) — понад 5950 випадків застосування; “Леваж Престасьон Сервіс проти Франції” (Levages Prestations Services v. France) — понад 5100 випадків застосування; “Проніна проти України” — 3300; “Серявін та інші проти України” — 2650; “Пономарьов проти України” — 3300; “Устименко проти України” — 1300; “Креуз проти Польщі” — 3150; “Руїз Торіха проти Іспанії” — 1000; “Zand v. Austria” — 660; “Alimentaria Sanders S.A. v. Spain” — 1050; “Рябих проти Росії” — 1500. Загалом майже 30 рішень ЄСПЛ використовуються у шаблонних посиланнях (більшість із цих посилань належать до усталених і масових в межах окремих юрисдикцій; наприклад, майже 57 000 рішень адміністративних судів містять посилання на рішення ЄСПЛ “Ekbatani v. Sweden”).

- **Другий крок:** відбір із залишку рішень здійснюється як стандартна рандомізована вибірка – систематичний відбір із певним кроком відбору, залежно від заданого розміру вибірки і кількості рішень генеральної сукупності (наприклад, кожне 10-е рішення).
- **Результатом відбіркової процедури** було створення наступної вибірки рішень: ВП ВС – 58 рішень; КАС – 155; КГС – 110; ККС – 77; КЦС – 162 (всього станом на 1 січня 2019 року було відібрано 562 рішення, які було використано для експертного оцінювання і наступного *статистичного аналізу*).
- **В процесі аналізу** експертами було додатково включено до бази експертного аналізу ще 58 рішень ВП ВС та касаційних судів за період з 1 січня по 1 квітня 2019 року; крім того, в рамках дослідження особливостей застосування практики ЄСПЛ в провадженнях, де предметом була “*виключна правова проблема*”, було відібрано 80 ухвал та постанов ВП ВС (*ці матеріали не було використано для статистичної обробки*).

Статистичний аналіз результатів експертного оцінювання було проведено з використанням програми статистичного аналізу даних - «Обробка соціологічних анкет». *Всі кількісні показники, що використовуються у тексті, для простоти сприйняття округлені до цілих значень.*

РОЗДІЛ 1. ДЖЕРЕЛО ПРАВА ЧИ ДЖЕРЕЛО ЦИТУВАННЯ: СПРОБА РЕКОНСТРУКЦІЇ ДОКТРИНАЛЬНОГО ПІДХОДУ ВС ДО ПРАКТИКИ ЄСПЛ

Інформаційно – аналітичний аспект. Якість інформаційного та аналітичного забезпечення судової діяльності (як загалом судів, так і ВС) має безпосередній вплив на якість застосування практики ЄСПЛ.

Передумовою застосування практики ЄСПЛ є спроможність суддів, як мінімум, прочитати такі рішення, провести оцінку їх аргументаційного потенціалу для цілей розгляду конкретних справ, загалом – проводити постійний моніторинг практики ЄСПЛ.

Безсумнівним фактом, хоча і не надто відомим в деталях, є існування певної інформаційної та аналітичної інфраструктури в організаційній структурі ВС, яка забезпечує не лише доступ до актуальної інформації про практику ЄСПЛ (зокрема, переклад рішень, хоча володіння суддею ВС хоча б однією мовою Ради Європи мало б бути формальною умовою доступу до посади), але й можливість її узагальнення у спосіб, який дозволяє адаптувати величезні інформаційні ресурси до потреб поточної діяльності суду. Слід зважати на існування значного навантаження суддів, що об'єктивно обмежує можливості глибокого і систематичного опрацювання рішень ЄСПЛ. Отримання вторинної інформації від допоміжних консультативних служб суду (помічники тощо) лише частково вирішує

проблему, оскільки алгоритм пошуку і опрацювання може задаватись лише суддями і визначається їх досвідом, кваліфікацією, рівнем розуміння природи юриспруденції ЄСПЛ.

Очевидно, на сьогодні ключовим елементом стратегії інформаційного забезпечення є підготовка періодичних (щотижневих) оглядів практики ЄСПЛ, в яких дається опис фабули справи (основних фактів) та висновку ЄСПЛ щодо наявності/відсутності порушення Конвенції. Хоча формально такий спосіб інформування узгоджується із рекомендаціями Висновку КРЄС № 20 (2017) «Про роль судів у формуванні єдності правозастосування»³ про важливість викладу саме фактів з метою визначення їх відповідності обставинам справи на розгляді національного суду, є сумніви щодо ефективності обраного формату *через відсутність хоча б загального викладу “правової позиції ЄСПЛ”* як ключового і найбільш важливого для національного правозастосування елементу рішення. “Подібність відносин” не може бути єдиною підставою для включення практики ЄСПЛ у аргументацію рішення ВС, оскільки створюється ілюзія необхідності її застосування мало не у всіх випадках, де така подібність може бути виявлена (хоча критерії “подібності” потребують дуже зваженої оцінки).⁴ Крім того, *доктрина прецеденту у тому вигляді як вона застосовується ЄСПЛ, робить акцент не на схожості фактичних обставин (як у класичному прецеденті), а на “принципах, підходах, доктринах” тощо.*

Окремо варто розглянути використання можливостей такого формату узагальнення практики ВС, як *тематичні огляди*, що готуються касаційними судами і в яких наводиться не лише систематизований перелік справ та результатів судового розгляду, але й надається перелік *правових позицій*. Тематика застосування практики ЄСПЛ представлена, як правило, надто поверхово. Наприклад, КГС підготовлено «Огляд розгляду КГС у складі ВС справ щодо спорів з права власності». Хоча протягом періоду, що охоплюється оглядом, КГС прийняв сотні рішень з посиланням на практику ЄСПЛ, в огляді є лише загальна інформація про рішення ЄСПЛ у справі «Фонд «Батьківська турбота» проти України» (листопад 2018 року) і відсутні навіть згадки про випадки застосування практики ЄСПЛ у поточній діяльності.

Ще більш важливою передумовою якості застосування практики ЄСПЛ є вирішення низки питань доктринального характеру за межами традиційного наукового дискурсу, тобто не схоластично, а в площині теоретичних проблем реальної судової практики.

Доктринальна рефлексія ВС щодо “практики вищого судового органу”

ВС чітко усвідомлює свої завдання як ключового суб’єкта формування єдності національної судової практики і намагається формувати *власну доктрину “практики вищого судового органу”*, яка поки що не отримала формального і завершеного вигляду і існує як внутрішні (частіше за все – неформальні) правила, доктринальні позиції окремих суддів, тлумачення окремих положень процесуального законодавства у конкретних рішеннях тощо. *Поки що важко визначити, яке місце у цій доктрині може займати практика ЄСПЛ як різновид джерела права і які правила визнає ВС у якості стандартів правозастосування*, оскільки “ритуальні посилання” на “Конвенцію і практику ЄСПЛ як джерело права” не дають уявлення про інструментальні аспекти і реальне місце цього джерела у судовому розгляді. У багатьох положеннях підходу ВС до власної моделі правозастосування відчувається вплив юриспруденції ЄСПЛ, включно із прямим запозиченням окремих процесуальних інститутів та доктрин, хоча відчувається і прагнення до автономності і самодостатності.

³ <https://rm.coe.int/opinion-no-20-2017-on-the-role-of-courts-with-respect-to-the-uniform-a/16807661e3>

⁴ Окремі оцінки формату аналітичного та інформаційного забезпечення застосування практики ЄСПЛ частково знаходимо у статті Р. Бабанли та П. Пушкаря «До питання про (не)релевантне застосування практики ЄСПЛ: практичні поради», де обґрунтовується пріоритетність саме «фактичної релевантності» - https://sud.ua/ru/news/blog/140972-do-pitannya-pro-ne-relevantne-zastosuvannya-praktiki-yevropeyskogo-sudu-z-prav-lyudini-praktichni-poradi?fbclid=IwAR2ak_qjq9R1osD0ZqJX-MmffMzvU6GKnB3l5Wcm2ijjBjYrzk9mabQO40.

Основними *елементами цієї доктрини* є наступні положення:

- Визнання вирішальної ролі ВС у формуванні *єдності судової практики* і визначення базових правових позицій як щодо тлумачення і застосування матеріального права так і процесуальних питань; очевидно, саме ВС здатний надати зразки використання Конвенції та практики ЄСПЛ як у конкретних справах так і загалом, як джерела права.
- Необхідність запровадження *цитування* інших рішень ВС як додаткового засобу ідентифікації його правових позицій. Очевидно, лише практика зможе надати відповіді щодо наслідків такого обґрунтування. Частота цитування навряд чи може бути однозначним та достатнім свідченням існування правової позиції.
- *Уніфікація тексту* рішень і виокремлення тих структурних елементів, що мають відображати мотиваційне ядро рішення (правову позицію ВС).
- Визнання необхідності запровадження інституту *“пілотних рішень ВС”*, тобто рішень, в яких вперше було встановлено певний підхід у конкретній справі, що може отримати статус правової позиції; у даному випадку фактично мова йде про доктрину *“провідного рішення”*, що застосовується у країнах загального права (у США – *landmark case*, а у Великій Британії і країнах, де має вплив англійська правова традиція – *leading case*) і сприйнята ЄСПЛ як спосіб закріплення *“усталеної практики”*. Не зовсім зрозумілим є вибір терміну (*“пілотне рішення”*), оскільки для національного контексту має значення природна асоціація із інститутом пілотного рішення ЄСПЛ, що змістовно має дещо інше призначення і природу ніж пілотне рішення ВС.
- Визначення *умов відступу від власної правової позиції*. Знову ж таки виникає питання щодо того, який буде обрано шлях формування таких умов і чи буде при розгляді конкретних справ використано достатньо надійні і апробовані підходи ЄСПЛ (зокрема, і на основі еволюційного чи/та динамічного тлумачення Конвенції). Ще більш складним є питання необхідності врахування ВС динаміки правових позицій ЄСПЛ у випадках посилання на них.
- Підвищення значимості *окремої думки судді* і орієнтація на її врахування для формування позиції у аналогічних чи схожих справах.

Однак, ще раз варто наголосити, що *ВС формує власну доктрину судової практики поки що без чіткого врахування необхідності визначитись щодо місця практики ЄСПЛ як джерела права при судовому розгляді*. Припущення щодо можливості отримати уявлення про це на основі реальної практики самого ВС спростовується результатами нашого дослідження, яке свідчить про її суперечливість та непослідовність як в змістовних, так і в суто технічних (інструментальних) аспектах. Існуючі розбіжності у стилі і якості застосування практики ЄСПЛ не дозволяють вести мову про існування єдності уявлень про те, як має тлумачитись поняття *«практика ЄСПЛ як джерело права»*. Загальновідомим фактом є орієнтація місцевих та апеляційних судів на *«зразки чи підходи»* ВС при використанні практики ЄСПЛ, що є важливою навіть за відсутності їх формальної обов'язковості. Очевидно, неможливо очікувати покращення національної судової практики в частині обґрунтованості та ефективності застосування правових позицій ЄСПЛ за наявності певних дефектів правозастосування самим ВС.

Цим пояснюється необхідність чіткого визначення ключових доктринальних позицій, які ВС має визначити і максимально дотримуватись як певних *інструментальних технік тлумачення і правозастосування з використанням практики ЄСПЛ*.

Навряд чи варто при цьому орієнтуватись виключно чи переважно на *здобутки національних вчених в дослідженні феномену юриспруденції ЄСПЛ*, які є безперечними і особливо помітними в останні 10-15 років, однак їх прямиий вплив на судову практику є обмеженим, зокрема, через наявність наступного: конкуренція парадигм, шкіл, концепцій тощо (це є нормальною ознакою наукового дискурсу, однак послаблює практичну

значимість); елементи вторинності і відставання від рівня загальноєвропейських досліджень; властива науковому стилю схоластичність та абстрактність; суперечливість особистих амбіцій, інтересів, симпатій та антипатій тощо.

Європейська практика дає різні приклади механізмів впливу вищих судів на інструментальні стандарти використання практики ЄСПЛ. Очевидно, найчастіше це відбувається через формулювання узагальнених положень різної нормативної сили:

узагальнення практики (як результат *аналітичної діяльності* судів; застосовується у більшості європейських держав);

спеціальні акти вищих судів (в рамках традиційних моделей «постанов пленумів вищих судів», чи аналогічних актів⁵; наприклад, Постанова Пленуму Верховного Суду Російської Федерації № 21 від 27 червня 2013 року «Про застосування судами загальної юрисдикції Конвенції про захист прав людини та Протоколів до неї»⁶); *акти конституційних судів* (найбільш показовим прикладом є кілька рішень Конституційного суду Італії у 2014-2017 роках, в яких обґрунтовано доктрину «контрлімітів» при застосуванні міжнародного права і викладено умови, необхідні для визнання правової позиції ЄСПЛ у якості джерела права при судовому розгляді).

В Україні новий ВС, очевидно, орієнтується на відмову від практики «нормування і вказівок» і обирає ситуативне формування єдності національної судової практики на основі оцінки рішень нижчих судів через процедури касаційного перегляду. Тобто, власними рішеннями він має не лише максимально ефективно (доречно, правильно і релевантно) застосовувати практику ЄСПЛ, але й формувати «технологічні» стандарти її використання. Але проблемою, як вже зазначалось, стає те, що нижчі суди не завжди можуть чітко і несуперечливо визначатись стосовно того, якому способу тлумачення (правовій позиції ЄСПЛ) віддає перевагу ВС в умовах конкретних ситуацій, чим він керується при виборі певної позиції.⁷ Існує ризик, що за неузгодженості практики ВС замість єдності підходів виникає «клонування помилок і неточностей» або ж тиражування декларативних «доктринальних роздумів».

В межах європейського правового простору проблема уніфікації формату взаємодії національних судів і ЄСПЛ та **роль при цьому верховних судів** є надзвичайно важливою. Ще в 2001 році Комітет Міністрів Ради Європи надав доручення КРЄС вивчити ці питання. Результати знайшли відображення у Висновку КРЄС № 9 (2006) «Про роль національних суддів у забезпеченні ефективного застосування міжнародного та європейського права», який визначає ключові позиції для формування підходу ВС.⁸ Ще більш розгорнуто проблеми участі ВС у формуванні уніфікованих стандартів застосування практики ЄСПЛ відображено

⁵ Варто зазначити, що в Україні попередні вищі суди (як ВСУ так і вищі спеціалізовані суди) так і не змогли виробити загальної позиції щодо практики ЄСПЛ у такому форматі. Постанова Пленуму ВССУ «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя» № 13 від 19 грудня 2013 року надає надто загальний підхід і не містить конкретних положень щодо практики ЄСПЛ (<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0013740-14>). Частково ці питання розглядалися у численних тематичних постановках ВСУ та вищих спеціалізованих судів.

⁶ <http://xn--b1azaj.xn--p1ai/2013/postanovlenie-plenuma-vs-rf/N21-ot-27.06.2013.html>

⁷ Цей висновок в значній мірі є обґрунтованим припущенням експертів, оскільки аналіз цих проблем потребує оцінки окремих категорій справ судів різних інстанцій, що виходить за межі предмету дослідження. Водночас, ймовірність цього обґрунтовується окремими обставинами, що були виявлені у процесі аналізу. Найчастіше, це стосується досить непереконливого цитування ВС окремих процесуальних стандартів ЄСПЛ. Буває досить важко зрозуміти, чим в контексті конкретних справ керується ВС, коли в одних випадках стверджує, що ст. 6 Конвенції «вимагає відповіді на кожен аргумент сторін» (наприклад, з посиланням на рішення ЄСПЛ у справі), а в інших виходить з того що, це не є обов'язковою вимогою справедливого процесу. Є ознаки того, що аналогічні проблеми є і у контексті матеріально-правових проблем, однак це потребує окремого дослідження як важливого аспекту єдності судової практики.

⁸ <https://rm.coe.int/opinion-n-9-2006-on-the-role-of-national-judges-in-ensuring-an-effecti/16806a1fba>

у Висновку КРЄС № 20 (2017) «Про роль судів у забезпеченні єдності застосування закону»⁹, а також в інших актах Ради Європи¹⁰.

Серед них:

- застосування практики ЄСПЛ є **вимогою сучасності**, що потребує змін не лише законодавства, судової практики, підготовки суддів, але й глибинного - культури судочинства;
- ВС має враховувати **три перешкоди** ефективного та обґрунтованого застосування судами практики ЄСПЛ: *особливості правової системи* (зокрема, ієрархія джерел права і необхідність враховувати принцип верховенства конституції); *доступність і якість інформації*; *“психологічні чинники”* (традиції, культурний контекст тощо);
- має бути визначеність у тому, в якій якості і у який спосіб застосовується практика ЄСПЛ: чи вона “береться до уваги” як **спосіб аргументації**, чи вона є **“прецедентом”** або “прецедентом тлумачення/правовою позицією” (тобто, в якій мірі вона має ознаки нормативності);
- ухвалення судових рішень, в яких за схожих обставин одна і та ж позиція (текстуально – часто це просто контекстуальна «цитата») рішення ЄСПЛ застосовується по-різному, створюють ситуацію правової невизначеності, що підриває довіру до суду; крім того, така **практика ВС стає менш авторитетною** для судів першої та апеляційної інстанції;
- якщо ВС відмовляється від моделі роз'яснень чи вказівок нижчим судам, то **вимоги до якості його власної практики** застосування позицій ЄСПЛ суттєво зростають;
- в рамках Верховного Суду мають існувати **внутрішні механізми уніфікації**, які мають усувати ризики того, щоб сам ВС не став джерелом невизначеності; такі механізми мають бути як формальними (процесуальними) так і неформальними;
- використання ВС інституту **консультативного («преюдиційного») висновку ЄСПЛ** є одним із ефективних інструментів уніфікації застосування судами практики ЄСПЛ;
- застосування ВС іншого у порівнянні із попередньою практикою тлумачення Конвенції (іншої правової позиції ЄСПЛ) потребує обґрунтування як **елемент відходу від усталеної судової практики**; можливо, можуть бути випадки достатності простої констатації помилковості існуючого підходу (очевидність помилки);
- відсутність обґрунтованості застосування практики ЄСПЛ є проявом **свавільного (arbitrary) застосування права**, яке безпосередньо може тлумачитись як ознака порушення права на справедливий суд, а опосередковано (через відповідний процесуальний аспект права) – будь-якого права із конвенційного каталогу прав людини;
- спосіб застосування ВС практики ЄСПЛ **не є обов'язковим** для нижчих судів; хоча при цьому існує обов'язок застосування такої практики безвідносно від зразків ВС; ігнорування чи перекручування нижчими судами правових позицій ЄСПЛ може тлумачитись як свавільне застосування законодавства;
- застосування практики ЄСПЛ можливе лише за умов релевантності, тобто наявності **принципово схожих обставин справи**.

⁹ <https://rm.coe.int/opinion-no-20-2017-on-the-role-of-courts-with-respect-to-the-uniform-a/16807661e3>

¹⁰ Зокрема див.: CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights, Strasbourg, 11 December 2015, CDDH(2015)R84 Addendum I

1.1. ДОКТРИНАЛЬНІ ПИТАННЯ, ЩО МАЮТЬ ПРАКТИЧНЕ ЗНАЧЕННЯ ДЛЯ ДІЯЛЬНОСТІ СУДУ

Автори звіту *не мають наміру* розпочинати чергову фазу доктринальних дискусій щодо правової природи рішень (практики) ЄСПЛ, зокрема, щодо можливості та умов визнання їх прецедентності. Ми виходимо із трьох засадничих умов для аналізу проблем застосування ВС цієї практики:

а) національне законодавство визнає практику ЄСПЛ джерелом права при розгляді справ судами (ст.17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»);

б) у сучасному міжнародному праві визнається *de facto* прецедентна сила рішень міжнародних судів;

в) національна доктрина судової практики і законодавство фактично визнають нормативний характер актів судової влади.¹¹

З урахуванням цього доктринальне питання щодо місця практики ЄСПЛ у судовому правозастосуванні отримує суто прагматичне спрямування: у якій якості ВС застосовує і чи може застосовувати практику ЄСПЛ або безпосередньо до подібних правовідносин, або як загальне джерело тлумачення, або для оцінки норм національного законодавства тощо; що охоплюється терміном «*практика ЄСПЛ*»; які існують обмеження і умови щодо застосування цього джерела права тощо. Тобто існує низка питань доктринального характеру, в яких позиція ВС має бути чіткою і стати орієнтиром для національної судової практики.

Риторичність чи нормативність: рішення ЄСПЛ як джерело аргументації чи джерело права

У практичній площині потребує першочергового з'ясування ***співвідношення нормативності та риторичності аргументів***, які ВС запозичує із практики (рішень) ЄСПЛ і наділяє ознаками власної правової позиції чи елементу мотивації рішення. Щодо прецеденту (у будь-якому його розумінні – чи то фактичного прецеденту чи прецеденту тлумачення) завжди існує проблема розмежування нормативності та риторичності. Риторика – це мистецтво та наука аргументації і риторичність означає спосіб чи якість обґрунтування засобами мови і логіки. Якщо правова позиція – це нормативне положення акту судової влади, то відповідно аргументація (і текст судового акту, у якому реалізовано аргументи) може включати як нормативні так і риторичні аргументи. Не є проблемою «риторичний підхід» ВС до практики ЄСПЛ. Але є питання щодо меж його застосування та релевантності нормативному змісту (правовій позиції ЄСПЛ), адже певні риторичні прийоми (аргументи) ЄСПЛ не існують самі по собі. Вони є частиною процедури доказування, а вихопленими із цього контексту вони втрачають не лише своє інтерпретаційне значення, але й іноді дійсний зміст, призначення та раціональність.

Якщо ВС у своєму рішенні наводить «доктрини, тести, алгоритми», якими користується ЄСПЛ і які є релевантними обставинам справи у ВС, і вони включаються у загальну логіку аргументації національного суду, то ми маємо справу із нормативним аргументом чи

¹¹ В межах національної правової доктрини більшість дослідників погоджуються з тим, що явище нормативності актів судової влади в українській правовій системі відображає термін „правова позиція”, прототипом якої був термін „правоположення”, а вживання терміна „судовий прецедент” є некоректним (враховуючи практичну спрямованість аналітичного звіту автори не вбачають реальної потреби наводити огляд відповідної наукової літератури).

аргументацією на основі нормативного положення рішення ЄСПЛ.¹² Природа та прояви нормативності практики ЄСПЛ можуть бути різними в залежності від типу рішення, відповідності фактичних обставин тощо. Застосування практики ЄСПЛ у якості джерела права передбачає визнання наявності в цих текстах положень нормативного характеру. Разом з тим, існує обмеженість цієї нормативності в силу специфіки місця Конвенції у національній правовій системі та її співвідношення із конституційними актами. Обмеженість нормативності практики ЄСПЛ пов'язується, зокрема, і з тим, що ці прецеденти, на відміну від прецедентів Суду ЄС, не мають статусу *sui generis* (тобто автономних джерел права). Нормативність має безперечне значення *лише* в умовах колізії національного закону, існування прогалін, розбіжностях тлумачення національного законодавства, необхідності застосування загальних принципів за відсутності їх тлумачення національними судами тощо. Якщо питання врегульовано національним законом чи іншими міжнародно-правовими актами (що мають статус спеціальних по відношенню до Конвенції), то нормативність стає мінімальною і таке посилання вже є (чи може бути) виключно риторичним аргументом.

Показовою у цьому відношенні є ситуація щодо підстав для передачі справи на розгляд ВП ВС. Зокрема, відповідно до ч. 6 ст. 346 КАСУ справа передається на розгляд ВП ВС у всіх випадках, коли підстава оскарження стосується предметної юрисдикції. Чіткість та формальність цієї підстави є «самодостатньою» і не потребує додаткових нормативних аргументів. Водночас, певна частина рішень КАС (такий підхід застосовують не всі судді, а деякі з них) містить розгорнуті посилання на практику ЄСПЛ (зокрема, рішення у справах «Сокурєнко і Стригун проти України» та деяких інших). Інколи створюється враження, що нормативна підстава національного процесуального закону в таких ухвалах КАС має явно менше значення ніж загальні (часто - надмірно загальні) положення із рішень ЄСПЛ.¹³

Але можуть бути інші ситуації. Стилїстика і мова рішень ЄСПЛ відрізняється від юридичного «канцеляриту», що традиційно притаманний українським судам, і в силу цього вони можуть бути «риторичним чи аргументаційним ресурсом» для національних судів. Якщо український суддя прагне підкреслити чи зробити більш переконливою якусь позицію чи у інший спосіб формулювати певну тезу, він може цитувати рішення ЄСПЛ, де величезна кількість яскравих образів чи нетривіальних мовних конструктів (навіть вираз «ЗМІ як сторожовий пес демократії» є органічним для його риторики) і які влучно передають тези, які інколи важко сприймаються традиційною мовою права. У такому випадку маємо справу з риторичним аргументом, де нормативна складова поєднується у певному співвідношенні із риторикою та аргументацією. Для посилення аргументації суддя може звертатись до будь-якого джерела. Наприклад, до творів Шекспіра чи рішення Палати лордів (що є реальним прикладом із практики українських судів), однак такі посилання позбавлені нормативності.

Національна практика дає численні приклади того, що в судових рішеннях цитуються положення судових актів, що постановлені судовим органами, чия юрисдикція не

¹² Практика ВС дає численні приклади такого нормативного застосування. Наприклад, показовою є ситуація із використанням класичного для сучасного міжнародного права прав людини «триланкового тесту оцінки втручання чи обмеження права» (законність, легітимність мети, необхідність у демократичному суспільстві). Див. наприклад, постанову КЦС ВС – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81652333>; хоча наведено один приклад - такі тести застосовуються досить часто, і це є важливою ознакою їх органічного застосування, а не просто цитування. Більш складною є ситуація, коли ВС використовує тести, підходи чи алгоритми, джерелом яких є тлумачення ЄСПЛ більш загальних положень Конвенції. Прикладом є створена ЄСПЛ інструментальна доктрина «права на доступ до суду/права на суд», як права, що формально не належить до каталогу конвенційних прав, а є «похідним» від права на справедливий суд (ст.6) і застосовується як засадничий принцип при вирішенні низки процесуальних питань. Проблема оцінки правомірності обмеження цього права неодноразово ставала предметом розгляду ВП ВС (наприклад, див. ухвалу ВП ВС – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74475959>)

¹³ Рішення з посиланням на практику ЄСПЛ – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75227804>; приклад «самодостатнього» рішення (без посилання на практику ЄСПЛ) – <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73081621>.

поширюється на Україну. Наприклад, національними судами «прокотилась хвиля» цитування рішення Суду ЄС як джерела тлумачення Конвенції (що є очевидною помилкою і з приводу чого ВАСУ змушений був надати пояснення); менш резонансною була спроба застосовувати рішення Палати лордів (Велика Британія).¹⁴ Те, що судді звертаються до різних «джерел натхнення», не становить проблему саме по собі, адже у такий спосіб посилюється якість аргументації і легітимності рішення загалом. Однак такі аргументи потребують оцінки за критеріями релевантності і наявності формальних ознак нормативності (прецедентності).

Дослідження практики ВС також надає численні докази високої ймовірності того, що суд може просто шукати найбільш зручне та переконливе формулювання (цитату), яке досить часто може взагалі не відображати головні тези рішення ЄСПЛ і надавати таке тлумачення позиції ЄСПЛ, яке може бути навіть перекоханним його змісту чи просто однобічним поглядом на нього. Тобто *інтерпретаційне значення просто втрачається у такому випадку*.¹⁵ Є чіткі ознаки того, що частиною суддів ВС практика ЄСПЛ «сакралізується» як універсальний риторичний ресурс, використання якого може перетворюватись у *самоціль, або ж відбуватись з виходом за межі конкретних завдань мотивації рішення у конкретній справі*. У якості прикладу можна навести симптоматичну окрему думку судді у Постанові ККС, яка до певної міри розкриває внутрішню процедуру підготовки тексту рішення і формування моделі аргументації рішення з використанням практики ЄСПЛ. В окремій думці зазначається, що існувала дискусія щодо обсягу практики ЄСПЛ, яка має бути включена до тексту постанови як мотивація рішення. Колегія суддів визнала за необхідне обмежитись лише однією позицією, яка була коректною і доречною: «*хоча при прийнятті рішення було взято до уваги й стандарти ЄСПЛ, при підготовці повного тексту постанови було вирішено не переобтяжувати текст дуже довгим аналізом відповідної практики Європейського суду та обмежитись коротким посиланням на одне його рішення, зосередившись на тлумаченні норм національного права*» (фрагмент тексту окремої думки).¹⁶ Окрема думка містить надзвичайно ґрунтовний і всебічний аналіз правової ситуації, однак навряд чи доцільно перетворювати рішення ВС в «дайджест практики ЄСПЛ». Водночас, викласти такий «дайджест» у форматі окремої думки є цілком прийнятним варіантом,

¹⁴ Для визначення змісту принципу правової визначеності цитувалось рішення Суду ЄС *Yvonne van Duyn v. Home Office (Case 41/74 van Duyn v. Home Office)*, однак з формулюванням «відповідно до рішення ЄСПЛ». ВАСУ направив судам Інформаційний лист №1601/11/10/14-14 від 18 листопада 2014 року з роз'ясненням відмінності правової природи рішень цих двох судів. Однак такі цитування продовжувались, зустрічаючись навіть у рішеннях самого ВАСУ.

Варто зазначити, що «шлейф цього казусу» торкнувся і нового ВС. В окремих рішеннях (наприклад, Постанова КАС ВС №162/9371/16-а від 30 жовтня 2018 року (<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77543403>)) це рішення цитується як «рішення Європейського суду». Водночас, у Постанові КАС ВС №253 /2570/17 від 5 вересня 2018 року (<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76306714>) зазначається, що у цьому рішенні (Суду ЄС), на яке посилався скаргник, взагалі «відсутня правова позиція щодо принципу правової визначеності». Посилання на це та інші рішення міфічного «європейського суду» присутні у кількох десятках рішень ВС.

У 2016-2017 роках національні суди масово цитували *Рішення та матеріали розгляду справ Палати лордів (Вища судова інстанція до створення Верховного суду Великої Британії)*, без жодної вказівки на те, який суд постановив цитоване рішення, презюмуючи належність висловлених позицій до «джерел права». Таке цитування зустрічається також і в окремих рішеннях нового ВС (наприклад, постанова КАС ВС №162/9371/16-а від 30 жовтня 2018 року (<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77543403>))

¹⁵ Прикладом може бути Постанова КЦС ВС від 16.08.2018 року по справі № 215/1279/17-ц: - <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76128668>, де ВС ситуативно/фрагментарно використав цитату з рішення «*Stankov v. Bulgaria*» (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-81606%22%5D%7D>). ВС застосовує положення із рішення ЄСПЛ на обґрунтування самого *розміру* моральної суми, як предмету спору. Однак у рішенні ЄСПЛ акценти були іншими - ЄСПЛ висловився щодо моральної шкоди в контексті забезпечення заявнику права на справедливий суд, оскільки розмір судових витрат безпосередньо залежав (визначався) від розміру суми, що стягувалася (див. пункт 62 Рішення «Станков проти Болгарії»). У інших розділах Аналітичного звіту, де наводяться приклади некоректного застосування практики ЄСПЛ, містяться схожі приклади.

¹⁶ <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74630387>

особливо з урахуванням поширеності такого підходу у практиці самого ЄСПЛ. Є численні приклади рішень національних судів (включно із рішеннями ВС), де кількість цитованих рішень стає надмірною, а текстуально матеріали, що пов'язані із практикою ЄСПЛ (цитати чи просто виклади певних положень), становлять до половини змісту мотивувальної частини рішення і можуть включати до себе детальний виклад фактичних обставин справи ЄСПЛ, численні і розгорнуті цитування правових позицій інших рішень тощо.¹⁷ Очевидно, ці приклади можуть бути свідченням необхідності чіткого відокремлення риторичного і нормативного в аргументації.

1.2. **ОБОВ'ЯЗКОВІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄСПЛ: РЕКОМЕНДАЦІЯ ЧИ ІМПЕРАТИВ?**

Визнання практики ЄСПЛ джерелом права при судовому розгляді передбачає визначення ступеню “універсальності цього джерела права”, тобто меж його застосування. Останні роки відзначені різким збільшенням кількісних показників застосування національними судами практики ЄСПЛ, що потребує оцінки і реагування, адже існують об'єктивні межі її застосування, що встановленні правовою природою Конвенції і конкретизуючими юрисдикційними обмеженнями (предметними, суб'єктивними тощо).

У цьому контексті варто звернути увагу на позицію, якої з різною мірою послідовності дотримується значна частина суддів ВС і яка в окремих випадках знаходить вираження навіть безпосередньо у тексті рішень: “43. Отже, у зв'язку з ратифікацією Конвенції, протоколів до неї та прийняттям у здійсненні судочинства зі справ, віднесених до їх підвідомчості, слід застосовувати судові рішення та ухвали Суду з будь-якої справи, що перебувала в його провадженні.» (фрагмент Постанови КГС ВС №924/1389/13 від 19 липня 2018 року).¹⁸ Така позиція, коли вона отримує закріплення у якості елементу професійної культури судді, стає «внутрішнім стимулом» для включення положень із практики ЄСПЛ до будь-якого власного рішення. Це свідчить про необхідність формування в межах національної доктрини застосування практики ЄСПЛ чітких та зрозумілих критеріїв чи процесуальних фільтрів для визначення можливостей і обмежень застосування практики ЄСПЛ. Адже вимога оцінювання правових ситуацій судового розгляду за критеріями дотримання прав людини не може прирівнюватись до обов'язковості відображення цього у тексті рішення.

1.3. **РОЗРІЗНЕННЯ *RATIO DECIDENDI* ТА *OBITER DICTUM* РІШЕННЯ**

Ключове питання стосується того, де в рішеннях ЄСПЛ “локалізуються” положення, які мають статус правових позицій (“прецедентів тлумачення”) і які можуть застосовуватись як основа аргументації ВС. Логічним може бути припущення про пошук таких положень у підрозділах “загальний принцип” та “застосування цього принципу до обставин конкретної справи”. Це пояснюється тим, що класична теорія прецеденту передбачає розрізнення *ratio decidendi* та *obiter dictum* рішення. Разом з тим, таке розрізнення не має абсолютизуватись, оскільки не виключена можливість формулювання таких положень, що формально мають статус *obiter dictum*, однак сам ЄСПЛ посилається на такі положення як аргументи при розгляді інших справ. Наприклад, в українських справах ЄСПЛ неодноразово використовує посилання на оцінки національного законодавства, які мають виключно ситуативний характер і стосуються виключно українського контексту (“усталена практика ЄСПЛ щодо

¹⁷ Прикладом може бути постанова ВП ВС від 15 травня 2018 року № 372/2180/15-ц, де наведено посилання на 15 рішень ЄСПЛ; щодо більшості з них є сумніви щодо релевантності обставинам справи, а кілька посилань зводяться до надто детального викладу обставин справи ЄСПЛ, при цьому сумнівною є необхідність наведення такого обсягу фактів із фабули справи ЄСПЛ - <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75287005>.

¹⁸ <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75528040>

України” - термін, що застосовується самим ЄСПЛ). Це є певний спосіб “оптимізації аргументації”. Однак, поза межами такого контексту (наприклад, український суд посиляється на аналогічні за призначенням оцінки, які даються ЄСПЛ правовим інститутам іншої держави) має застосовуватись фільтр розрізнення *ratio decidendi* та *obiter dictum*, який обмежує можливість застосування будь-якого елементу рішення ЄСПЛ як нормативного положення (прецеденту тлумачення) чи аргументу.

Проблема має і суто *технічний аспект*. ЄСПЛ застосовує досить чітку і усталену структуру тексту рішення, де *ratio decidendi* у переважній більшості випадків і як загальне правило може “локалізуватись” лише у розділі “Право” (підрозділи “Загальні принципи” та “Застосування загальних принципів у справі”). Винятком, зокрема, можуть бути пілотні чи квазі-пілотні рішення, де аналогічні положення додатково можуть бути викладені у розділі “Застосування статті 46 Конвенції”. З урахуванням цього, викликає сумніви можливість посилання на рішення ЄСПЛ без чіткої вказівки на локалізацію правових позицій (цитуювання чи виклад конкретних пунктів рішення замість надто вільного викладу певного положення без вказівки на пункти рішення).

1.4. ГОРИЗОНТАЛЬНИЙ ПРЕЦЕДЕНТ: УЗГОДЖЕНІСТЬ ПІДХОДІВ КАСАЦІЙНИХ СУДІВ

Інституційна структура ВС обумовлює актуальність визначення інструментів узгодження стандартів застосування правових позицій ЄСПЛ касаційними судами. Існують наскрізні (переважно процесуальні) питання, щодо яких касаційні суди можуть неузгоджено застосовувати правові позиції ЄСПЛ, наприклад, при вирішенні питання про відкриття провадження (“доступ до суду”), при оцінці аргументів сторін чи окремих видів доказів, умов представництва тощо. Досить часто такі рішення не можуть переглядатись ВП ВС, що робить неможливим застосування процесуального механізму формування єдності судової практики.

Ще більші ризики створюються у випадках застосування правових позицій ЄСПЛ поза межами судової процедури, де така позиція була сформульована. Наприклад, в адміністративному процесі застосовуються аргументи ЄСПЛ, що стосуються кримінального провадження тощо. Дослідження показує, що у більшості випадків такого “перехресного цитування” відмінності природи проваджень є достатньо суттєвими та існують сумніви щодо його обґрунтованості.

1.5. ВРАХУВАННЯ СТАТУСУ ТА ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ РІЗНИХ ТИПІВ РІШЕНЬ

Практика ЄСПЛ у якості “джерела права” є сукупністю специфічних нормативних положень (“прецедентів тлумачення”), що мають текстуальне оформлення як певні елементи рішення ЄСПЛ. Статус та правова природа рішення є ключовим чинником інтерпретаційного значення відповідних правових позицій. Відповідно до Регламенту ЄСПЛ (у редакції від 1 серпня 2018 року) розрізняються щонайменше наступні види рішень: рішення (ухвали) про прийнятність/неприйнятність, рішення про дружнє врегулювання та рішення по суті; рішення по суті у різному процесуальному форматі (комітет, палата, Велика Палата).¹⁹ Аналіз практики самого ЄСПЛ свідчить про те, що “прецедентність” порізному проявляється щодо таких різновидів рішень. Ще більш важливим це стає у випадку застосування таких рішень на національному рівні. З цього приводу показовим є досвід окремих європейських держав, де вже досить давно усвідомлено необхідність диференційованого врахування природи рішень ЄСПЛ.

¹⁹ Найбільш простий і інструментально зручний перелік таких рішень містять *Нотатки Рекомендації (Note) щодо порядку цитування та посилання на ухвали та рішення ЄСПЛ (старого та нового)*, остання редакція яких датована серпнем 2018 року https://www.echr.coe.int/Documents/Note_citation_ENG.pdf

Аналіз показує, що **ВС в жодному з досліджених рішень не проводить (або ж просто не вказує на це) розрізнення юридичної природи (тобто “інтерпретаційної сили”) основних видів рішень ЄСПЛ** і фактично презюмує їх рівнозначність. Наслідком і зовнішнім проявом такого підходу стає специфічний спосіб відтворення позиції ЄСПЛ (це, зокрема, не лише відтворення правової позиції, але також і певна техніка цитування), коли джерело правової позиції ЄСПЛ ідентифікується як *хаотичний набір* посилань на рішення, кількість яких може бути досить значною. Незрозумілим часто залишається вибір таких рішень - чи то це просто цитата із певного рішення ЄСПЛ (найчастіше у випадку посилання на множинні джерела залишається незрозумілим, звідки взято те чи інше положення), чи створений самим ВС перелік відповідно до визначеної ним але незрозумілої для читача логіки аргументації.

Приклад. У Постанові ККС ВС № 461/4858/17 від 9 вересня 2018 року з посиланням на практику ЄСПЛ формулюється важливе положення про те, що презумпція невинуватості вважається порушеною, якщо судові рішення відображає думку про винуватість особи у вчиненні злочину до того, як її вину буде доведено відповідно до закону. При цьому навіть за відсутності офіційних висновків достатньо деякого припущення, що суд розглядає особу як винувату («Мінеллі проти Швейцарії» (*Minelli v. Switzerland*), п. 37; «Нераттіні проти Греції» (*Nerattini v. Greece*), п. 23; «Діду проти Румунії» (*Didu v. Romania*), п. 41). Попереднє висловлення судом такої думки неминуче порушує презумпцію невинуватості («Нестак проти Словаччини» (*Nestak v. Slovakia*), п. 88; «Гарицькі проти Польщі» (*Garycki v. Poland*), п. 66).²⁰ Такий підхід отримав підтримку професійної спільноти; відповідні «текстуальні запозичення» з'явилися у рішеннях багатьох інших судів.

Однак, варто звернути увагу на те, що перелічені рішення ЄСПЛ не є рівнозначними, оскільки серед них “загубилось” **провідне рішення**, в якому власне і було вперше чітко названо правову позицію – рішення «Мінеллі проти Швейцарії» (1983 року)²¹. У всіх інших, більш нових рішеннях («Нераттіні проти Греції», 2008 року²²; «Нестак проти Словаччини» 2007 року тощо) ця позиція повторюється («суд ще раз вказує») і уточнюється чи конкретизується. Очевидно, в цитуванні рішень ЄСПЛ ВС має утримуватись від надмірності і розрізняти **провідні і похідні рішення** по аналогії з тим, як це робить сам ЄСПЛ. Хоча варто зазначити, що ЄСПЛ не завжди є послідовним у цьому. В цьому, на наш погляд, є одна із ознак існуючих проблем якості судових рішень самого ЄСПЛ, які все частіше обговорюються на рівні експертів та консультативних органів Ради Європи.²³

Можливість посилання на правові позиції **ухвал про прийнятність/неприйнятність** базується на тому, що сам ЄСПЛ досить часто визнає такі ухвали провідними рішеннями. Український сегмент практики ЄСПЛ дає цьому численні приклади (наприклад, рішення у справі «Каруна проти України» чи більш сучасне рішення «Велікода проти України»). Окремо варто вказати на ухвали ЄСПЛ, де вже предметом оцінки стає практика нового ВС. Наприклад, ухвала про неприйнятність у справі «Азюковська проти України»²⁴ (09.10.2018 р.), де предметом було застосування критеріїв малозначності справи (принципу *ratione valoris*).

Очевидно, цінність правових позицій ухвал щодо прийнятності є ситуативною, тобто вона дуже відчутно обмежена контекстом. Висловлені в цих ухвалях правові позиції потребують більш ґрунтовної оцінки щодо релевантності, збереження/наявності тих обставин, щодо яких було висловлено позицію ЄСПЛ. Варто звернути увагу і на таку рису ухвал як відсутність можливості оскарження/перегляду. Тобто про нормативність чи прецедентність можна вести

²⁰ <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76566468>

²¹ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57540%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57540%22]})

²² [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-90358%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-90358%22]})

²³ Зокрема див.: CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights, Strasbourg, 11 December 2015, CDDH(2015)R84 Addendum I

²⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187765>

мову лише за наявності **фактичного визнання** їх інтерпретаційної сили самим ЄСПЛ шляхом посилання на такі рішення, що, разом з тим, не позбавляє національний суд можливості посилання на такі ухвали.

Проблема інтерпретаційної сили різних видів рішень ЄСПЛ вже досить давно обговорюється в європейських країнах, особливо в тих, де існують елементи конфліктності національних судів та ЄСПЛ. Наприклад, Конституційний суд Італії у рішенні № 49 від 26 березня 2015 року звернув увагу на обмеженість застосування правових позицій ухвал про прийнятність у справах, де не розглядаються питання італійського права чи дотичні питання.²⁵ Крім того, варто звернути увагу на використання ЄСПЛ терміну «**усталена практика щодо України**» (особливо часто в ухвалях щодо прийнятності), що потребує врахування при визначенні релевантних джерел правових позицій ЄСПЛ. У багатьох рішеннях ЄСПЛ використовує такий підхід, виокремлюючи специфічний масив власних рішень, які стосуються України (див. *наприклад п.п. 38 та 39 рішення ЄСПЛ від 3 липня 2014 року у справі «Мала проти України»*²⁶). ВС потребує вироблення правил диференційованого підходу до різних типів рішень ЄСПЛ.

При цьому важливо уникати певної «абсолютизації прецедентності». Особливо це може стосуватись ухвал щодо неприйнятності. Під час обговорення ухвали в справі «Азюковська проти України» (у справі ВС № 183/1066/16; провадження № 61-14288ск18) була відзначена важливість того, що ЄСПЛ за критерієм малозначності оцінив справу, яка впливала саме із трудових правовідносин: «Європейський суд підтримав вироблену правову позицію у цій категорії справ. Отже, створено певний прецедент, за яким Верховний Суд вправі визнавати малозначними відповідні справи, що впливають із трудових правовідносин». Також відзначалось, що у цьому випадку спір стосувався саме виплат у трудових правовідносинах, натомість не можна відносити до категорії малозначних, наприклад, справи про поновлення на роботі.²⁷

Дослідження практики національних судів, проведене у 2017 році, засвідчило, а аналіз сучасної практики ВС підтверджує, що усталеною ознакою національної практики є відсутність розрізнення правової природи і, відповідно, інтерпретаційної сили рішень ЄСПЛ різного типу, що використовуються у якості джерела правової позиції ЄСПЛ.

Цю проблему можна розглянути на прикладі Постанови ВП ВС № 523/6472/14-к від 12.09.2018 р. Саме по собі рішення є ґрунтовним і якісним як з точки зору правової позиції, так і способу її викладення у тексті, однак посилання на практику ЄСПЛ потребує коментарів.

У п.44 Постанови зазначено: «*Одним із елементів гарантованого статтею 6 Конвенції права на справедливий судовий розгляд є розгляд справи судом, встановленим законом. Як зазначено ЄСПЛ у рішенні у справі «Андрій Ісаєв проти Росії», положення «встановленим законом» передбачає не лише законну основу існування суду, але і його склад у кожній конкретній справі (пункт 33). Встановлення правил щодо складу суду є прерогативою національного процесуального законодавства. У вищезазначеній справі доводи заявника про порушення його права за статтею 6 Конвенції у зв'язку з незаконністю участі в судовому провадженні народних засідателів ЄСПЛ відхилив, виходячи з того, що склад суду було*

²⁵ *Italian Constitutional Court. Judgment No 49, March 26, 2015 URL:*

²⁶ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-145228%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145228%22]})

https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a23

²⁷

https://protocol.ua/ua/espl_viznav_pravomirnoyu_vidmovu_verhovnogo_sudu_rozglyanuti_spravu_pro_viplati_u_trudovomu_spori_cherez_ii_maloznachnist/

сформовано відповідно до правової процедури, що існувала у країні-відповідачі на час розгляду справи.»²⁸ Щодо цього рішення необхідно зазначити наступне:

- При виборі джерела правової позиції ЄСПЛ (рішення *Ісаєв проти Росії*)²⁹ варто було звернути увагу на наступні обставини: а) у п.33 процитованого рішення зазначається – «Суд повторює ...», тобто рішення містить посилання на інші рішення, які сам Суд визнає «провідними рішеннями», а саме – “Бускаріні проти Сан-Марино” (2000 р.) та “Посохов проти Росії” (2003 р.); Крім того, необхідно враховувати: рішення “Бускаріні проти Сан-Марино” є рішенням Великої Палати ЄСПЛ (рішення Ісаєв проти Росії – палати), яке ЄСПЛ використав як джерело (провідне рішення) при розгляді справи “Посохов проти Росії”, тим самим підтвердивши статус рішення “Бускаріні”³⁰. Залишається незрозумілою мета наведення ВП одночасно двох висновків ЄСПЛ: а) щодо складу суду як одного «з елементів права на справедливий суд» (що є важливим для обставин справи як один із принципів); б) про необхідність застосування процедури, яка діяла на момент розгляду справи (що є не релевантним для справи, а тому – зайвим чи декларативним).

Варто навести ще один приклад, який виходить за межі предмету дослідження (стосується практики ВССУ) але є показовим щодо некоректності “хаотичного цитування чи посилання на різні рішення”.

В ухвалі ВССУ від 13 липня 2016 року по справі № 753/10895/15-ц за позовом М.Т. про визнання батьківства та зобов'язання вчинити дії, суд касаційної інстанції, відхиляючи касаційну скаргу позивача, послався на п'ять рішень ЄСПЛ (формат посилання за текстом ухвали): «Савіні проти України» (заява № 39948/06 від 18 грудня 2008 року), «Хант проти України» (заява № 31111/04), «Гаазе проти Німеччини» (заява № 11057/02 від 08 квітня 2004 року), «Гронмарк проти Фінляндії», «Роман проти Фінляндії» (заява № 13072/05 від 29 січня 2013 року), що є “стандартним набором” правових джерел національних судів (і нового ВС) щодо цієї категорії справ. Разом з тим, Європейський Суд у рішенні від 19 березня 2019 по справі «М.Т. проти України», заява № 950/17, фактично не визнав таке посилання і спосіб аргументації належним, а й вказав, на очевидні порушення, допущені національними судами при розгляді справи заявника: «Ці процесуальні недоліки в національних провадженнях приводять Суд до висновку, що національні апеляційні суди, за фактичних та юридичних обставин даної справи, не забезпечили повагу до приватного життя заявника, на яку він мав право відповідно до Конвенції (п.26)».

РОЗДІЛ 2. ОСНОВНІ ФОРМАТИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄСПЛ

Найбільш загальне уявлення про способи застосування Конвенції та практики ЄСПЛ дає визначення характеру *текстуального оформлення таких посилань*. Для вітчизняної судової системи зберігається актуальність забезпечення якості тексту судового рішення, одним із важливих аспектів якої є вибір найбільш доречної форми текстуального відображення застосування практики ЄСПЛ як джерела права.

Наступна таблиця відображає формати такого застосування ВС; для порівняння наводяться результати дослідження практики місцевих та апеляційних судів у 2017 році.

²⁸ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76442001>

²⁹ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100477>

³⁰ [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-100477%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-100477%22]})

Табл. 1 Характер посилання на Конвенцію та практику ЄСПЛ:

загальна оцінка/ % рішень (можливі кілька варіантів, зважаючи на наявність двох чи більше посилань)

	ВП ВС	КАС ВС	КГС ВС	ККС ВС	КЦС ВС	Заг. суди (2017р.)
<i>Конвенція згадується у рішенні - лише назва або назва та загальне пояснення)</i>	3,0	4,0	8,0	4,0	11,0	9,6
<i>Посилання на конкретну статтю (статті) Конвенції без додаткового пояснення</i>	5,0	18,0	9,0	17,0	12,0	20,2
<i>Посилання на конкретну статтю(статті) Конвенції та пояснення її значення для розгляду справи</i>	3,0	4,0	4,0	13,0	11,0	46,5
<i>Посилання на конкретне рішення (одне чи декілька) без пояснення</i>	28,0	40,0	55,0	31,0	42,0	3,3
<i>Посилання на конкретне рішення (одне чи декілька) з поясненням значення для обґрунтування судового рішення національного суду</i>	59,0	42,0	57,0	43,0	61,0	46,8
<i>Використання правових позицій ЄСПЛ без посилання на конкретні рішення</i>	3,0	6,0	5,0	4,0	5,0	13,4
<i>Згадування посилання сторін на Конвенцію та практику Суду (із поясненням причин прийняття /неприйняття аргументації сторони)</i>	5,0	3,0	6,0	7,0	5,0	3,7
<i>Згадування посилання сторін на Конвенцію та практику Суду (без пояснення причин прийняття /неприйняття аргументації сторони)</i>	2,0	5,0	3,0	4,0	6,0	Дані відсутні
Інший варіант		2,0	0,0	0,0	0,0	1,7

Наведені дані на думку експертів дозволяють зробити деякі узагальнення та висновки:

- Існує проблема оптимального формату посилання на Конвенцію та практику ЄСПЛ. Очевидним є те, що найбільш доречним і важливим є посилання, яке не лише вказує джерело права (конкретне рішення), але й чітко ідентифікує правову позицію і спосіб її застосування у конкретній справі.
- Разом з тим, за свідченнями експертів, у практиці ВС поширеними є дві крайнощі: а) **«спрощення цитованого рішення ЄСПЛ»**, коли наводиться певне тлумачення чи вільний виклад окремих положень тексту рішення ЄСПЛ, при цьому часто втрачається головне – власне ключова правова позиція чи той алгоритм, який застосовує ЄСПЛ і який мав би стати основою мотивації рішення національного суду; прикладом такого підходу може бути Постанова КАС ВС К/9901/3766/18, 825/932/16 від 24 лютого 2018 року, де було коректно визначено провідне рішення ЄСПЛ, однак основну аргументацію цього рішення КАС ВС не сприйняв, обмежившись хаотичним

цитуванням і положеннями щодо правомірності обмеження права на повагу до сімейного життя, які не є ключовими.³¹ б) «надмірність цитування», коли в рішенні наводиться значна кількість джерел (в окремих випадках 20 і більше рішень) а їх цитування перетворюється в хаотичне накопичення положень, зв'язок яких із предметом розгляду зрозуміти буває досить складно. В таких випадках часто надто детально повторюється фабула справи ЄСПЛ (інколи це може бути більшим за обсягом ніж виклад обставин справи українського суду).

- В сучасній практиці ВС (у порівнянні з результатами дослідження 2017 року практики місцевих та апеляційних судів) **мінімізовано випадки надто загальних посилань**, коли є вказівка на статті Конвенції чи називаються певні рішення ЄСПЛ без чіткого пояснення значення для судового розгляду (в середньому питома вага таких посилань не перевищує 10% і вони, як правило, є лаконічними та додатковими, тобто не стосуються ключових елементів правової позиції ВС); натомість більшість посилань включає пояснення і «прив'язку» до контексту судового розгляду;
- Позитивною тенденцією є збільшення випадків, коли у судовому рішенні дається оцінка аргументів сторін, які базуються на правових позиціях ЄСПЛ; такі аргументи не лише наводяться але й пояснюються аргументи їх врахування чи відхилення; у практиці місцевих та апеляційних судів (дослідження 2017 року) такі випадки були рідкісними.

Наступна таблиця фіксує **особливості відображення у тексті рішення правових позицій** ЄСПЛ, яке може відбуватись у трьох основних формах: а) просто цитування рішення; б) цитування у поєднанні з визначенням змісту правової позиції; в) формулювання правової позиції ЄСПЛ і вказівка на її джерело.

Табл. 2. Формат посилання на практику ЄСПЛ /%

	ВП ВС	КАС ВС	КГС ВС	ККС ВС	КЦС ВС
<i>Просто цитата із рішення ЄСПЛ; без чіткої ідентифікації правової позиції ЄСПЛ;</i>	17,0	6,0	12,0	12,0	32,0
<i>Формулюється правова позиція ЄСПЛ і наводиться текст рішення (цитата);</i>	18,0	38,0	34,0	16,0	28,0
<i>Формулюється правова позиція і вказується джерело (конкретні рішення ЄСПЛ).</i>	55,0	56,0	54,0	74,0	40,0

Помітною є **різниця** практики ВС і нижчих судів за поширеністю простого цитування, що є найбільш слабким способом включення позицій ЄСПЛ в аргументацію рішення національного суду. Зважаючи на ймовірність існування ситуацій, де такий спосіб посилання є виправданим, показники ВП ВС та касаційних судів варто визнати достатньо високими, що може свідчити про ґрунтовність і прагнення уникати суто формального цитування чи згадування рішень ЄСПЛ. Також варто звернути увагу на те, що ВП ВС та ККС проявляють меншу «схильність» до цитування у різних варіантах і віддають перевагу аналітичному осмисленню і переформулюванню положень рішення ЄСПЛ як способу їх адаптації та узгодження із обставинами конкретної справи.

31

[://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72290565](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72290565)

РОЗДІЛ 3. ТЕМАТИЧНИЙ ОГЛЯД: ПРАВОВІ ПОЗИЦІЇ ЄСПЛ В РІШЕННЯХ ВС

Важливим завданням дослідження було з'ясування предметного розподілу посилань на практику ЄСПЛ відповідно до теоретично можливого розрізнення *цілей посилання* в межах загальної тактики судового розгляду: а) аргументація вирішення матеріально-правових питань; б) вирішення процесуальних питань; в) визначення певних загальних принципів, важливих для розгляду справи. Окремим варіантом може бути ситуація, коли неможливо чітко визначити, з якою саме метою наводиться посилання на практику ЄСПЛ.

Наступна таблиця дає уявлення про розподіл рішень з відповідними посиланнями, який було отримано на основі статистичної обробки результатів експертного оцінювання.

Табл. 3. Предметний розподіл посилань на практику ЄСПЛ /%

(можливість кількох варіантів)

<i>Посилання стосується ...</i>	ВП ВС	КАС ВС	КГС ВС	ККС ВС	КЦС ВС	Інші суди (2017р.)
<i>...суті розгляду(матеріально-правовий аспект);</i>	28,0	36,0	31,0	14,0	33,0	53,0
<i>...окремих процесуальних питань;</i>	41,0	26,0	57,0	31,0	47,0	32,0
<i>...загальних принципів;</i>	58,0	51,0	42,0	71,0	35,0	25,0
<i>не має відношення до предмету розгляду</i>	2,0	4,0	3,0	0,0	2,0	11,0

Доволі очікуваним стало те, що процесуальна тематика (як у вигляді «окремих процесуальних питань», так і «загальних принципів») домінує над матеріально-правовим аспектом. Хоча така диспропорція була виявлена і під час дослідження практики нижчих судів (2017 рік), у даному випадку є важливі відмінності практики ВС:

- Суттєво зменшується питома вага «нерелевантних предмету» посилань;
- Значення процедурних аспектів є загалом суттєво вищим;
- Зростає частота звернення до загальних принципів; (подальший аналіз засвідчив, що значна частина таких посилань експертами піддається сумніву з огляду на критерії обґрунтованості та релевантності);

Практика не дає підстав для висновку про предметне різноманіття: більш-менш масово застосовуються орієнтовно не більше 30-40 правових позицій ЄСПЛ (як вже зазначалось, масовість може означати сотні і тисячі однотипних посилань), ще приблизно 30 правових позицій вживаються в окремих рішеннях (не завжди це свідчить про інновативність підходу, скоріше – використання іншого джерела цитування щодо усталеної позиції).

Більшість правових позицій має суттєву диференціацію щодо джерел такої позиції (джерел цитування); одне і теж положення включається до тексту рішення з посиланням на різні рішення ЄСПЛ, вибір яких не завжди можна зрозуміти. Очевидно, часто має значення просто фізична доступність певного тексту або ж наявність національного шаблону цитування, надійність чи авторитетність якого не викликає сумнівів.

Більшість правових позицій належать до *процесуальної сфери*, що пояснюється особливою актуальністю цих питань для нового суду, який лише формує власну практику і зазнає суттєвого впливу фактичних умов власної діяльності (навантаження, невирішеність окремих процесуальних питань, відсутність чіткості щодо існуючих процесуальних інститутів тощо), які потребують створення ефективних фільтрів стосовно справ, які не відповідають

критеріям прийнятності для касаційного розгляду. Мова йде, перш за все, про формулювання пункту 8 частини другої статті 129 Конституції України щодо забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках - на касаційне оскарження судового рішення й запроваджені процесуальними кодексами відповідні «фільтри» обов'язкового відкриття касаційного провадження у справі.

Суд неодноразово прямо вказує на те, що він керується вимогами поточної ситуації, коли надмірне навантаження потребує пошуку легітимних способів забезпечення «ефективності діяльності» шляхом легітимного обмеження касаційного оскарження. Найбільш виправданим при цьому визнається застосування практики ЄСПЛ, тобто в деяких випадках це фактично пошук аргументів на користь відступу від певних загальних процесуальних гарантій (перш за все, «доступу до суду»).

Наприклад, в ухвалі ВП ВС № 917/902/18 від 14 лютого 2019 року зазначено: *«Відповідно до графіка проведення судових засідань Великої Палати Верховного Суду дотримання цього строку є неможливим, тоді як призначення справи до розгляду в порядку спрощеного позовного провадження без повідомлення її учасників дозволить значно зменшити строки розгляду касаційної скарги. З огляду на практику Європейського суду з прав людини як джерело права, немайновий характер вимог, що є предметом позову у цій справі, фактичні обставини справи, її категорію та рівень складності, Велика Палата Верховного Суду не вбачає підстав для призначення справи до розгляду у судовому засіданні у порядку спрощеного позовного провадження з повідомленням її учасників.»*³²

Не коментуючи наведені мотиви та висновки ВП ВС, оскільки національний закон дійсно надає такі можливості і врахування «потреб суду» у цьому контексті є виправданим, варто вказати на необхідність ґрунтовної мотивації такого підходу і існування ризиків фактично маніпулятивного застосування позицій ЄСПЛ без жодних посилань, коли вони подаються у зручному для ВС цитуванні та тлумаченні і підміняють мотивацію рішення цитуванням ЄСПЛ.

Нове процесуальне законодавство містить положення, які об'єктивно звужують можливості формального обмеження доступу до суду. Зокрема, до них належить питання щодо *«проблем, які мають фундаментальне значення»* (наприклад, ст. 328 КАСУ) і деякі інші аналогічні положення у форматі оціночних конструкцій, і за наявності яких можливий (навіть – необхідний) відступ від формальних критеріїв. На жаль, і предмет дослідження і отримана вибірка судових рішень не дають достатнього уявлення про те, чи звертається ВС до підходів ЄСПЛ щодо формулювання критеріїв «фундаментальності» правової проблеми. Хоча практика ЄСПЛ є досить цікавою та інформативною щодо цих питань. Зокрема, значним потенціалом наділена аргументація рішень ВП ЄСПЛ щодо прийняття справ до розгляду, тобто випадки, коли ВП ЄСПЛ робить висновки на основі розгляду клопотання сторін чи палати про існування «суттєвої проблеми тлумачення і застосування Конвенції».

До правових позицій ЄСПЛ, що мають найбільшу частоту застосування хоча і досить різну ступінь коректності і обґрунтованості, належать наступні:

- *“Право на доступ до суду та умови його правомірного обмеження”* має особливе значення для ВС як касаційної інстанції нового для України процесуального формату. Стандартним формулюванням є наступне: *“ЄСПЛ у своїй практиці неодноразово наголошував, що право на доступ до суду, закріплене у ст. 6 Конвенції, не є абсолютним: воно може підлягати дозволеному за змістом обмеженням, зокрема щодо умов прийнятності скарг. Такі обмеження не можуть зашкоджувати самій суті права доступу до суду, мають переслідувати легітимну мету, а також має бути обґрунтована пропорційність між застосованими засобами та поставленою*

метою» (фрагмент ухвали ВП ВС № 9901/787/18 від 26 лютого 2019.)³³ В цій ухвалі, як і у переважній більшості інших рішень, це положення подається у вигляді загального принципу, який декларується але жоден із названих при цьому критеріїв **не реалізується як інструментарій аргументації**. У підсумку у більшості випадків така правова позиція має декларативний характер. В 410 рішеннях ВС цитується п. 33 рішення від 21 грудня 2010 року у справі «Перетяка та Шереметьєв проти України», ще в 2200 рішень – «Голдер проти Великої Британії»; «Креуз проти Польщі» тощо. У всіх випадках зміст правової позиції не має принципових відмінностей від процитованого вище формулювання. Існує проблема вибору найбільш релевантних посилань, оскільки така позиція застосовується у різних контекстах, що ставить питання релевантності посилань. За будь-яких умов має враховуватись принципова позиція методології ЄСПЛ щодо цитування («слідування прецеденту») - провідним рішенням у даному випадку є «Голдер проти Великої Британії». Обираючи інші рішення для формулювання загального принципу необхідно наводити чи мати на увазі підстави для такого вибору. ЄСПЛ надаючи варіанти загального принципу завжди виділяє специфічні обставини і пояснює відмінності застосування загального принципу (ці ситуації частково відображені у п.п. 52-57 рішення «Креуз проти Польщі»³⁴). Ще більш важливим стає не просто декларування певного принципу, а його реалізація в конкретних обставинах.

- *“Повноваження вищих судових органів стосовно перегляду мають реалізовуватися для виправлення судових помилок та недоліків судочинства, але не для здійснення нового судового розгляду, перегляд не повинен фактично підміняти собою апеляцію.»* Найчастіше ця позиція базується на рішеннях «Рябих проти Росії» (928 рішень ВС), «Нелюбін проти Росії» (928 рішень ВС). Експерти вказують на те, що у більшості випадків такі посилання мають декларативний характер, оскільки ВС обмежується виключно цитуванням за відсутності чіткого та зрозумілого включення таких положень в мотивацію рішення.
- *“Більш жорсткі та формальні умови прийнятності касаційної скарги”* – це та текстуально аналогічні положення розглядаються або автономно або у комплексі питань доступу до суду. (Найчастіше така позиція запозичується із рішення у справах: «Levages Prestations Servicesv. France» (Леваж Престасьон Сервіс проти Франції) від 23 жовтня 1996 року; «Brualla Gomez de la Torre v. Spain» (Бруалья Гомес де ла Торре проти Іспанії) від 19 грудня 1997 року, що є найбільш часто цитованими ВС рішеннями ЄСПЛ – відповідно 3 600 і майже 4000 рішень з такими посиланнями). Фактично така аргументація має формат додаткової і дуже відносної стосовно конкретного предмету судового розгляду, оскільки «формальності і обмеження» визначені національним законом і посилання на відповідні позиції ЄСПЛ є лише способом пояснення їх легітимності і відповідності європейським стандартам.
- *“Принцип публічності судового розгляду застосовується касаційними судами з урахуванням специфіки касаційного оскарження, що може бути обґрунтуванням відступу від нього”*. Індикаторами частоти застосування є рішення ЄСПЛ, на які при цьому посилається ВС: рішення “Екбатані” – 150 посилань; “Аксен проти Німеччини” – 240; Варела “Ассаліно проти Португалії” - 278. Найчастіше ці три рішення застосовуються в одному шаблонному тексті.³⁵
- Доктрина *“якості закону”* має універсальний характер і застосовується і в матеріально-правовому контексті (як один із критеріїв правомірності обмеження права) і процесуальному (як спосіб обґрунтування необхідності виправлення недоліків закону судовим тлумаченням). Джерелами такої позиції є різноманітні

33 [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80427799](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80427799)

34 [://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_030](http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_030),

35 Наприклад, див. ухвалу ВП від 19 лютого 2019 року: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80081014>

рішення ЄСПЛ: “Бейєлер проти Італії”, “Джеймс проти Сполученого Королівства”, “Шпачек s.r.o проти Чеської Республіки”, “Шокін проти України”, “Кантоні проти Франції”, “Сі Джі проти Болгарії”, “Олександр Волков проти України” а також деякі інші. Загальна кількість рішень ВС з посиланням на доктрину “якості закону” складає біля 900 постанов і ухвал.

“Вимога надання відповіді на кожен важливий аргумент сторін” (переважно з посиланням на рішення “Краска проти Швейцарії”; разом з похідними чи аналогічними рішеннями кількість таких посилань складає щонайменше 400) та кореспондуюче чи навіть – конкуруюче, положення про “відсутність необхідності надавати відповідь на кожен аргумент” (найчастіше - рішення “Серявін проти України” та “Проніна проти України”; загальна кількість таких посилань є суттєво більшою - більше 3000). Все виглядає зовні переконливо, однак за межами аргументації залишається ключове питання – **підстави (фактичні чи правові) вибору одного із варіантів** (оцінювати всі доречні аргументи чи лише на власний вибір виходячи із обставин справи) і критерії визначення того, які саме аргументи є “доречними”. У даному випадку виникає припущення щодо можливості маніпулятивності у застосуванні цього підходу. Наприклад, у резонансному рішенні ВП ВС у справі судді-викривача Гольник застосовується принцип “всебічності оцінки аргументів” хоча складається враження, що, не ставлячи під сумнів висновки суду, такий підхід в значній мірі пояснюється саме впливом особливої уваги громадськості до цієї справи. Адже у багатьох інших випадках суд “захищається” аргументами рішення “Проніна проти України”, де стверджується прямо протилежне – суд не зобов’язаний реагувати на кожен аргумент.

- “Тлумачення поняття “суд, встановлений законом” – одна із найбільш суперечливих трансформацій правових позицій ЄСПЛ для потреб національних судів. Ці положення найчастіше обґрунтовуються посиланням на рішення ЄСПЛ “Сокурєнко та Стригун проти України” (загалом ВС – майже 800; українські суди – більше 8000) та рішення Європейської Комісії “Занд проти Австрії” (загалом ВС – 372 рішення, українські суди – більше 8000) Спирність тлумачення та застосування цієї позиції стає очевидною при системному аналізі рішення у справі “Сокурєнко та Стригун проти України”, де ЄСПЛ з посиланням на провідні рішення (“Занд проти Австрії” та “Коем проти Бельгії”) чітко вказує на сутність терміну “встановлений законом”: “23.Відповідно до прецедентної практики Суду термін “встановлений законом” у статті 6 Конвенції спрямований на гарантування того, “що судова гілка влади у демократичному суспільстві не залежить від органів виконавчої влади, але керується законом, що приймається парламентом” (див. рішення у справі “Занд проти Австрії” (Zand v. Austria) і далі – «пп. 107-109 рішення у справі “Коем та інші проти Бельгії”, де Суд дійшов висновку, що національний суд не мав юрисдикції судити деяких заявників, керуючись практикою, яка не мала регулювання законом, і, таким чином, не міг вважатися судом, “встановлений законом”». ³⁶
- Зважаючи на це, сумнівною є можливість тлумачити ці положення надто широко, що було і є характерним для національних судів. ВС у більшості випадків некритично застосовує стандартний підхід (шаблон), за винятком того, що рішення «Занд» вже коректно визначається як акт ЄК (а не ЄСПЛ).
- “Принцип юридичної визначеності передбачає повагу до принципу остаточності судового рішення (res judicata)” з посиланням на рішення у справі “Пономарьов проти України”, рідше на аналогічні рішення (наприклад, “Брумареску проти Румунії”) - орієнтовно – загалом понад 1000 рішень ВС, найчастіше у контексті розгляду поновлення строків апеляційного оскарження. Аналогічні позиції вже

досить давно застосовуються національними судами, тобто ВС застосовує стандартні формулювання та визначення (шаблони).

- “Умови відступу від попередніх правових позицій” становлять принципово важливий і, до певної міри, новий для нового ВС предмет; конфігурація джерел релевантної практики ЄСПЛ для цих потреб лише формується. Очевидно, найближчим часом позиція буде більш чіткою. Хоча вже зараз помітним є те, що ВС орієнтується саме на стандарти ЄСПЛ.
- “Обґрунтування виключної правової проблеми” належить до питань, які постали перед ВП ВС у зв’язку із запровадженням нового процесуального інституту. Застосовуються три основні моделі (дві з яких використовують аргументи із практики ЄСПЛ):
 - а) “доктринальна” – використовується низка доктринальних чи логіко-теоретичних аргументів, які базуються на загальних принципах та засадах судового правозастосування; при цьому відсутнє безпосереднє використання правових позицій ЄСПЛ, що змістовно є чи можуть бути релевантними проблемі (наприклад, див. ухвала ВП ВС № 903/563/14 від 30 серпня 2018 року; ухвала ВП ВС № 903/563/14 від 30 серпня 2018 року);
 - б) “розв’язання виключної правової проблеми як інструмент забезпечення принципу правової визначеності та довіри до суду” (наприклад, постанова ВП ВС № 320/8269/15-ц від 16 травня 2018 року містить посилання на рішення ЄСПЛ, в яких розбіжності судової практики визнаються ризиками для довіри до суду - «Шахін та Шахін проти Туреччини»³⁷, «Альбу та інші проти Румунії» деякі інші);³⁸
 - в) «виключна правова проблема і створення прецедентів тлумачення як спосіб підтримувати «якість закону» і позбуватися інтерпретаційних сумнівів» (постанова ВП ВС № 759/16206/14-ц від 3 квітня 2018 року, з посиланнями на «немасові» для українського контексту рішення «Кантоні проти Франції», «С.Г. та інші проти Болгарії», а також окремі українські рішення).³⁹

Правові позиції, *які стосуються матеріально-правових аспектів*, є більш різноманітними і водночас менш масовими. В рамках звіту неможливо дати їх вичерпну характеристику. Важливо звернути увагу на те, що ВС акцентує увагу на окремих найбільш дієвих та впливових доктринах ЄСПЛ. Перш за все, це стосується фундаментальних інструментів оцінювання правомірності втручання держави в реалізацію прав людини на основі стандартного трискладового тесту (законність, легітимна мета, пропорційність). Такий тест застосовується щодо права власності (стаття 1 Протоколу 1), права на повагу до особистого, сімейного життя, житла та кореспонденції (стаття 8), деяких інших прав. При застосуванні такого тесту текст судового рішення у значній мірі звільняється від “декоративного і множинного” цитування великої кількості рішень. В цьому є ознаки більш органічної імплементації конвенційних стандартів. Хоча варто визнати, що така тактика судової аргументації все ще поєднується із традиційним декларативним цитуванням принципів і висновків замість відтворення логіки, послідовності висновків та системності їх формулювання у контексті конкретних справ.

Достатньо послідовними та системними вбачаються мотиви та висновки ВС, викладені у постанові від 16 січня 2019 року по справі № 372/930/17-ц, в якій з посиланням на практику Суду проаналізовано критерії законності, виправданість втручання держави в право власності, принцип пропорційності та справедлива рівновага. ВС використано висновки ЄСПЛ у пов’язаних із земельними правідносинами справах «Рисовський проти України»

³⁷ Такий варіант назви рішення застосовується у рішеннях ВС. Варто зазначити, що це типовий для українських судів технічний недолік у передачі назви цього рішення (текст на англійській мові - «Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey») /«Неждет Шахін та Періхан Шахін проти Туреччини»).

³⁸ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74506060](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74506060)

³⁹ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73188772](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73188772)

(рішення від 20 жовтня 2011 року, заява № 29979/04), «Кривенький проти України» (рішення від 16 лютого 2017 року, заява № 43768/07), якими встановлено порушення статті 1 Першого протоколу до Конвенції й підтверджено право добросовісного власника на відповідну компенсацію чи інший вид належного відшкодування у зв'язку з позбавленням права на землю.

Разом з тим, практика ВС дає непоодинокі випадки *ігнорування або «спрощення»* усталених і достатньо ефективних інструментів – стандартних підходів, алгоритмів, доктрин ЄСПЛ тощо. Замість них в окремих випадках застосовуються несистемні, хаотичні цитування чи вільні виклади, аргументаційне значення яких у підсумку є сумнівним. Пояснення цього в тому, що суд «спрощує» правову позицію ЄСПЛ – наводить певний висновок у якості принципу, що не потребує доведення і автоматично стає ключовим мотивом рішення.

Таку ситуацію можна проілюструвати на прикладі Постанови КАС ВС К/9901/3766/18 825/932/16 від 24 лютого 2018 року, де фактичні обставини свідчать про наявність дискримінаційного по суті рішення державних органів у вигляді заборони надання військовослужбовцю – чоловіку відпустки по догляду за дитиною. Спосіб аргументації, який було застосовано ВС і який нібито базувався на рішенні ЄСПЛ “Константін Маркін проти Росії” (рішення Великої палати ЄСПЛ від 22 березня 2012 року), має ознаки некоректного відтворення позиції ЄСПЛ, оскільки ВС лише цитує тезу про дискримінацію, а власну оцінку обґрунтовує з посиланням на питання “оцінки правомірності обмеження права на сімейне життя.”⁴⁰

Аналогічна ситуація, за оцінками експертів, має місце і у постанові КЦС ВС №523/4380/15-ц від 20 грудня 2018 року, де предметом судового розгляду був позов про захист честі і гідності внаслідок дій особи, яка повідомила правоохоронні органи про скоєння злочину (тобто дії «викривача»). Суд дійшов правильного висновку про відсутність порушення у діях викривача. При цьому наводяться посилання на два рішення ЄСПЛ («Сірук проти України», що є релевантним предмету; та «Серявін проти України», де є явні ознаки декларативного посилання).⁴¹ Водночас, на думку експертів, проігноровано ключове (провідне) рішення ЄСПЛ у справах щодо викривачів (“Тужа проти Молдови”), де вперше визначено критерії, за якими має оцінюватись подібна ситуація.⁴² Важливість цього рішення підкреслює той факт, що цей підхід в значній мірі реалізовано у спеціальній Директиві ЄС щодо захисту викривачів (квітень 2018 року).⁴³

Досить неоднозначно оцінюється ситуація, коли ВС застосовує інструментальні положення ЄСПЛ, які мають нормативне значення лише у складі стандартних “тестів”. Однак у рішеннях ВС наводиться лише окремих елементів тесту. Досить часто така “вибірковість” не ставить під сумнів якість рішення (законність, обґрунтованість тощо), водночас, на думку експертів, страждає якість аргументації. Наприклад, у постанові КЦС ВС № 682/1692/17 від 19 квітня 2019 року, де предметом судового розгляду була ситуація відмови батьків від обов’язкового щеплення, предмет тлумачився у контексті права на фізичну цілісність (недоторканість) особи відповідно до ст. 8 ЄКПЛ. Визнаючи обґрунтованість такого підходу і правильність висновку про те, що “порушення цього права є виправданим наявністю легітимної мети (підтримання здоров’я населення і контроль поширення інфекційних захворювань)” варто звернути увагу на те, що КЦС ВС уникає чіткого виокремлення і застосування наступного критерію оцінки такої ситуації – “необхідність у демократичному суспільстві”. Хоча в інших випадках КЦС ВС наводить більш коректну модель аргументації

⁴⁰ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72290565](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72290565)

⁴¹ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78750334](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78750334)

⁴² [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-85016%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-85016%22]})

⁴³ [://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=620400](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=620400)

наявності “необхідності у демократичному суспільстві” (див. приклад застосування мотивації ЄСПЛ у рішенні “Соломашін проти України” від 15 березня 2012 року).⁴⁴

Заслуговує на увагу те, що, за оцінками експертів, щонайменше 90 % правових позицій ВС на основі “прецедентів ЄСПЛ” є інтелектуальною спадщиною, внесеною у практику нового суду із минулого досвіду суддів та, вірогідно, помічників суддів, які досить часто самостійно готують проекти судових рішень. Звичайно, не варто заперечувати прийнятність таких позицій та їх важливість для аргументації рішень ВС, особливо зважаючи на те, що вони переважно мають відношення до досить загальних питань і формулюють певні універсальні положення на рівні принципів, загальних висновків тощо.

Більшість із таких традиційних і масових в своїх практичних проявах правових положень не стали предметом уваги чи критичного переосмислення⁴⁵, вони продовжують застосовуватись без належної оцінки релевантності й обґрунтованості. Така “правозастосовча звичка” не у всіх випадках є виправданою. Дійсно, наявність “мотиваційних пазлів” дуже спрощує підготовку тексту рішення, робить цей процес комбінуванням заготовок, але при цьому завжди є ризик того, що такий пазл може виявитись зовсім з іншої картинки, навіть якщо він ніби вписується в бажаний малюнок.

Розглянемо досить *показовий приклад*. В багатьох рішеннях (орієнтовно біля 160 ухвал та постанов ВП ВС та КЦС, КАС, загалом в Україні таких посилань більше 58 000) застосовується правова позиція ЄСПЛ щодо “*публічності судового розгляду як однієї з ключових гарантій права на справедливий суд*” у формулюваннях, що вперше були визначені ЄСПЛ у провідному рішенні “Екбатані проти Швеції” (1988 р.; рішення Великої Палати).⁴⁶ Слід зазначити, що ЄСПЛ у подальшому багато разів застосовує підходи цього рішення, підтверджуючи статус цього рішення як провідного.

При цьому, акцент у рішеннях ВС робиться на двох положеннях: а) можливість відступу від принципу публічності при розгляді справи на стадії оскарження; б) публічність як загальний принцип судочинства.

Ці положення варто розглянути окремо.

“Можливість відступу від принципу публічності при розгляді справи на стадії касаційного оскарження” є шаблонним аргументом і фактично важливою складовою мотивації ухвал ВП ВС про відкриття провадження і застосування письмового провадження (відхиляючи клопотання сторони про особисту участь): *“Велика Палата Верховного Суду також бере до уваги те, що Європейський суд з прав людини у своєму рішенні від 26 травня 1988 року в справі «Екбатані проти Швеції» зазначив, що якщо розгляд справи у суді першої інстанції був публічним, відсутність «публічності» при розгляді справи у другій та третій інстанціях може бути виправданою особливостями процедури по цій справі. Якщо апеляційна скарга стосується виключно питання права, залишаючи осторонь фактичні обставини справи, то вимоги статті 6 Конвенції можуть бути дотримані і тоді, коли заявнику не було надано можливості бути заслуханим у апеляційному чи касаційному суді особисто.»* (фрагмент ухвали ВП ВС № 810/2770/18 від 11 березня 2019 р.)⁴⁷ Така правова позиція (точніше – її використання ВП ВС) є виключно важливою з урахуванням двох

⁴⁴ [://reyestr.court.gov.ua/Review/81652333](http://reyestr.court.gov.ua/Review/81652333)

⁴⁵ Варто зазначити, що професійна спільнота (зокрема, адвокати) досить часто ініціює обговорення застосування новим ВС правових позицій ВСУ в рішеннях, які базуються на певних тлумаченнях рішень ЄСПЛ. Наприклад, є ознаки того, що концепція рішення “Булвес АД проти Болгарії” (у попередні роки майже 4000 рішень національних судів містили посилання на це рішення) повертається у професійний дискурс у контексті окремих рішень ВС, в яких визнається можливість визнання нереальності (фіктивності) операцій підприємства на підставі вироків щодо посадових осіб його контрагента (зокрема, див. постанови КАС ВС від 27.02.2018 р. у справі №813/1766/17 та у справі №802/1853/16-а).

⁴⁶ [://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57477](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57477)

⁴⁷ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80522401](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80522401)

обставин: а) стороною було подано клопотання щодо особистої участі (відсутня вказівка на спрощене провадження); б) стаття 345 КАСУ надає можливість розгляду у порядку письмового провадження лише за умови «відсутності клопотань про розгляд без особистої участі від усіх учасників».

Для того, щоб подолати вимогу процесуального закону щодо особистої участі треба мати дуже сильний і надійний аргумент. Тобто треба переконатись, що аргумент із рішення «Екбатані» є саме таким.

«Публічність як загальний принцип судочинства» неодноразово згадується в постановах КЦС. Наприклад, у постанові КЦС ВС № 357/9758/15 від 23 березня 2018 р, де з посиланням на рішення “Екбатані”⁴⁸ міститься наступний висновок: *“відповідно до усталеної практики ЄСПЛ невід’ємними частинами «права на суд» слід розглядати, зокрема, наступні вимоги:; право на «публічне слухання», що передбачає право на усне слухання і особисту присутність сторони в цивільному судовому процесі перед судом «Екбатані проти Швеції» (Ekbatalani v. Sweden, 26 травня 1988 року, номер заяви 10563/83, пп. 24-33)*⁴⁹.

Для висновку про обґрунтованість **та релевантність** застосування наведених правових позицій з посиланням на рішення “Екбатані проти Швеції” необхідно враховувати наступне:

- У цьому рішенні предметом оцінки ЄСПЛ був кримінальний процес, жодні питання цивільного чи адміністративного провадження судом не розглядались; відповідно термін “цивільний” у цитованому фрагменті є, щонайменше, некоректне відтворення тексту рішення ЄСПЛ;
- Як у цьому, так і у всіх похідних рішеннях ЄСПЛ визнає порушення права на справедливий суд у випадку обмеження прав на особисту участь (єдиним винятком була справа, де вирішувалось питання застосування майже символічного покарання);
- Аналіз відмінності проваджень, де розглядаються питання права і фактів та лише права) ЄСПЛ проводить абстрактно і як передумову для формулювання власне правових позиції, а також з непрямою (у підтексті) вказівкою на те, що вирішальне значення мають фактичні обставини (включно з вимогами національного закону) і необхідність збалансування права людини на справедливий суд і “права суду оптимізувати/спростити власну діяльність”. (Звернемо увагу на умову “вимоги закону”, зважаючи на чіткість положень статті 345 КАС).

Ці обставини, на думку експертів, дозволяють зробити висновок, що застосована ВС аргументація на основі рішення “Екбатані” має суттєві недоліки.

Ще одним показовим прикладом є практика застосування правової позиції рішення ЄК у справі “Занд проти Австрії”. Позитивним є те, що ВС виправив стандартну помилку місцевих та апеляційних судів, які приписували ЄСПЛ це рішення Європейської комісії (що фактично не змінювало його правової сили, хоча і створювало формальну підставу можливості неприйняття такого аргументу). Однак в тлумаченні змісту та релевантності цього рішення ВС зберіг неточності попередньої практики, яка просто підлаштовувала зміст цього рішення до потреб мотивації у власних рішеннях ВС.

РОЗДІЛ 4. ОБҐРУНТОВАНІСТЬ ТА ВІДПОВІДНІСТЬ ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄСПЛ

Для оцінки якості судового застосування практики ЄСПЛ вирішальне значення має оцінка обґрунтованості та релевантності посилань. Наступна таблиця дає загальне уявлення про результати експертного оцінювання і є основою для аналізу окремих ситуацій, перш за все – випадків необґрунтованого чи нерелевантного застосування цього джерела права.

⁴⁸ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57477>

⁴⁹ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73157380](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73157380)

Табл. 4 Загальна оцінка обґрунтованості посилання на Конвенцію, конкретні рішення чи правові позиції ЄСПЛ / % рішень

(можливість кількох варіантів)

	ВП ВС	КАС ВС	КГС ВС	ККС ВС	КЦС ВС	Заг. суди (2017р.)
<i>Формальне посилання, що не має прямого зв'язку з предметом розгляду справи та не викликалося обставинами («зайве посилання»)</i>	6,0	7,0	5,0	8,0	9,0	8,1
<i>Посилання загального характеру, що не має принципового значення для мотивування та висновку судового рішення («декларативне посилання»)</i>	34,0	41,0	42,0	39,0	40,0	25,2
<i>Посилання, що є додатковим, але не обов'язковим аргументом (мотивом) (наприклад, національне закон-во та суд. практика містить аналогічні позиції)</i>	40,0	52,0	48,0	25,0	54,0	24,3
<i>Посилання, що є додатковим але обов'язковим аргументом (мотивом) (наприклад, національний закон чи судова практика доповнюється новим тлумаченням)</i>	11,0	18,0	12,0	10,0	22,0	19,5
<i>Посилання, що є основним аргументом (без такого посилання рішення не буде мотивованим - наприклад, заповнюється прогалина національного закону або вирішується колізія норм)</i>	12,0	5,0	4,0	7,0	6,0	14,1
<i>Помилкове посилання</i>	6,0	7,0	6,0	5,0	6,0	3,1
<i>«Маніпулятивне посилання» (з метою легітимізувати спірне (зокрема, неправосудне чи неправомірне рішення)</i>	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	4,1

Наведені дані свідчать про те, що *рівень обґрунтованості* застосування практики ЄСПЛ як ВП ВС, так і касаційними судами у порівнянні з аналогічними показниками місцевих та апеляційних судів (дослідження 2017 року) не зазнав суттєвих змін.

Маючи *безсумнівні здобутки в окремих категоріях справ*, де застосовуються важливі та інноваційні підходи, у загальному масиві практики ВС не демонструє ознак якісного прориву щодо обґрунтованості та релевантності застосування практики ЄСПЛ. Дослідження не передбачало визначення чинників такого стану, однак враження експертів дозволяють висловити припущення про те, що головними чинниками були наступні обставини:

- Значне навантаження на суддів, зокрема, наявність “рутинних” справ;
- Невирішеність окремих доктринальних питань щодо умов і меж застосування практики ЄСПЛ;

- Відмінності рівня кваліфікації та професійної культури суддів;
- Наявність значного прошарку суддів, що є носіями “традицій старої школи” із схильністю до надмірного формалізму та певного поверхневого (формального) сприйняття ресурсів практики ЄСПЛ;
- Вплив “юрисдикційних традицій”, тобто усталеної практики (зокрема, шаблонів) застосування правових позицій ЄСПЛ в межах судових юрисдикцій; часто – неузгодженість таких форматів з іншими видами проваджень;

Відповідно до методології дослідження **обґрунтованим** посилання на практику ЄСПЛ може визнаватись в випадках, коли воно є:

додатковим, але не обов’язковим аргументом (мотивом) - наприклад, національне законодавство та судова практика містять аналогічні позиції, а посилання на практику ЄСПЛ лише доповнює чи роз’яснює мотивацію рішення; очевидно ця категорія може дуже **умовно бути визнана обґрунтованою**, однак в рамках дослідження вона віднесена до обґрунтованих, зважаючи на реальну потребу підвищення рівня доступності та зрозумілості тексту судових рішень;

додатковим але обов’язковим аргументом (мотивом) - наприклад, національне законодавство та судова практика доповнюється новим тлумаченням, відбувається посилення аргументації тощо;

основним аргументом (без такого посилання рішення не буде мотивованим) - наприклад, заповнюється прогалина національного законодавства або вирішується колізія норм.

Особливої уваги заслуговує ситуація **виключної правової проблеми**, як принципово нового для українського судочинства виду касаційного провадження. В дослідженні була сформульована гіпотеза про пріоритетність практики ЄСПЛ при розгляді ВП ВС справ, які мають такий статус.⁵⁰ Важливо було визначити в якій мірі і в яких випадках ВП ВС звертається при цьому до практики ЄСПЛ і які наслідки це має.

Наприклад, ухвалою КГС ВС від 03 квітня 2018 по справі № 5023/4388/12 з підстав наявності виключної правової проблеми і необхідності забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовчої практики справа була передана на розгляд ВП ВС. ВС обґрунтував виключність проблеми тим, що у справі за заявою Фонду державного загальнообов’язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття в особі Лозівського міськрайцентру зайнятості до Комунального підприємства «Комбінат комунальних підприємств» Лозівської міської ради Харківської області про банкрутство порушувалося питання легітимних очікувань кредиторів на погашення боргів боржником навіть за очевидної недостатності його майна. У цій справі вирішувалося питання обґрунтованості застосування статті 1 Першого протоколу до як норми прямої дії, яка покладає на засновника комунального підприємства - орган місцевого самоврядування - відповідальність за боргами заснованого ним комунального підприємства, яке, у свою чергу, було позбавлено основної частини свого майна на підставі рішення органу місцевого самоврядування.

ВП ВС, обґрунтовуючи висновки про можливість покладання відповідальності за боргами комунального підприємства на засновника - орган місцевого самоврядування, вказав, серед іншого, що у низці випадків ЄСПЛ визнавав державу відповідальною за борги підприємств незалежно від їх формальної класифікації у внутрішньодержавному праві (рішення від 30 листопада 2004 року у справі «Михайленки та інші проти України», пункт 45, рішення від 04 квітня 2006 року у справі «Лисянський проти України», пункт 19, рішення від 03 квітня 2007

⁵⁰ Для аналізу цієї специфічної ситуації було відібрано (з дотриманням принципу випадковості 80 ухвал та постанов ВП ВС), які аналізувались як самостійні випадки (метод *case study*), що не було використано для статистичного аналізу всього масиву рішень вибірки дослідження.

року у справі «Кооперативу Агрікола Слобозія-Ханесей проти Молдови», пункти 18,19, рішення від 12 квітня 2007 року у справі «Григор'єв та Какаурова проти Російської Федерації», пункт 35, рішення від 15 січня 2008 року у справі «Р. Качапор та інші проти Сербії»).

Отже, внутрішньодержавний правовий статус підприємства як самостійної юридичної особи сам по собі не звільняє державу від відповідальності за борги підприємств у межах Конвенції. У пункті 62 рішення у справі «Єршова проти Російської Федерації» ЄСПЛ зазначив, що, враховуючи публічний характер діяльності підприємства, істотний ступінь контролю за його майном з боку муніципальних органів влади і рішень останніх, які мали наслідком передачу майна і подальшу ліквідацію підприємства, ЄСПЛ дійшов висновку про те, що підприємство не було наділене достатньою організаційною та управлінською незалежністю від муніципальних органів влади. Отже, незалежно від статусу підприємства як самостійної юридичної особи, муніципальна влада і відповідно держава мають бути в межах Конвенції визнані відповідальними за діяльність і бездіяльність підприємства.

Таким чином була задоволена касаційна скарга *Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття* в особі Лозівського міськрайонного центру та залишена в силі ухвала Господарського суду Харківської області, якою з Лозівської міської ради Харківської області на користь КП «Комбінат комунальних підприємств» стягнуто 242169.30 грн., що складає різницю між сумою вимог кредиторів банкрута, яка затверджена господарським судом, і ліквідаційною масою, яка становить 0,00 грн.

Вбачається, що мотивація судових рішень ВС та ВП ВС дійсно відповідає практиці Суду, однак за наведених мотивів та посилання на практику ЄСПЛ участь у справі, перш за все, кредитора, який є юридичною особою публічного права та повністю контролюється публічною владою, мало б бути детально проаналізовано. Оскільки за таких обставин виникає, в усякому разі закономірне питання, чи можливо наводити аналогічні мотиви за вимогами, наприклад, Лозівської ОДПІ Харківської області чи УПФУ в Лозівському районі Харківської області тощо.

В окремих випадках саме наявність рішення ЄСПЛ надає окремим провадженням статусу таких, що передбачають вирішення виключної правової проблеми. Очевидно, найбільш складними для ВП ВС є справи щодо виконання рішення ЄСПЛ щодо “земельного мораторію” (рішення від 22 травня 2018 року у справі «Зеленчук і Цицора проти України» (*Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*), заяви № 846/16 та № 1075/16). В рішенні КЦС ВС від 23 січня 2019 року в обґрунтування необхідності відступу від попередньої практики зроблено наступний висновок: *для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики Велика Палата Верховного Суду могла би сформулювати позицію, відповідно до якої охочі продати землю мали би довести, що їх справа аналогічна фабулі справи, в якій ухвалене рішення ЄСПЛ, й отримати від суду дозвіл на відчуження земельних ділянок, зокрема, для ведення товарного сільськогосподарського виробництва та земельних часток (паїв)⁵¹.*

Експерти відзначають що *значна частина (орієнтовно 70%) рішень по суті (постанов), де предмет наділяється ознаками виключної правової проблеми, не містять посилання на практику ЄСПЛ, що експертами у більшості випадків визнається виправданим специфікою предмету та учасників правовідносин, особливо часто це відзначається у кримінальних провадженнях.*

Наприклад, у постанові ВП ВС № 439/397/17 від 22 січня 2019 року ключовою проблемою для вирішення справи стало визначення понять «потерпілий» та «відшкодування шкоди у випадку смерті» у контексті специфічних обставин цієї справи. Теоретично існує можливість

⁵¹

Цит. за ухвалою ВП ВС: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80081014>

залучення значного інтерпретаційного ресурсу практики ЄСПЛ щодо цих категорій, однак ВС цілком обґрунтовано цього не зробив, зважаючи на необхідність вирішення проблеми в межах національної моделі кримінального права і можливість сприйняття цитування рішень ЄСПЛ як штучних і неорганічних для мотивації рішення.⁵² Аналогічно оцінюється і ситуація, яка була предметом розгляду у постанові ВП ВС № 239/1459/17 від 23 травня 2018 року і стосувалась оскарження ухвали слідчого судді.⁵³ У даному випадку ВП ВС послалась на загальні засади кримінального процесу і їх інструментальні вираження у процесуальному законодавстві, хоча могли б застосовуватись й більш загальні положення/принципи із практики ЄСПЛ, однак обрана ВП ВС модель аргументації є цілком прийнятною, зрозумілою і достатньою. Схожі підходи застосовуються і в постановках ВП ВС у господарських провадженнях (наприклад, див. постанову ВП ВС № 910/23967/16 від 19 червня 2018 року).

Досить показовою є постанова ВП ВС № 752/20801/17 від 13 лютого 2018 року, яка стосується проблеми розмежування цивільної та адміністративної юрисдикції. Традиційно у таких справах суди масово застосовували шаблони аргументації, де ключове значення надавалось не зовсім коректним чи релевантним посиланням на деякі рішення ЄСПЛ (зокрема, “Занд проти Австрії” (рішення ЄК) тощо).

У даному випадку аргументація базувалась на змістовному та системному тлумаченні законодавства а не на декларативних посиланнях, які фактично замінювали аргументацію.⁵⁴

В інших випадках ВП ВС загалом обґрунтовано застосовувала правові позиції ЄСПЛ, хоча стверджувати про «логічну завершеність такої аргументації в окремих випадках досить складно»:

- У справі про визначення прийнятності апеляційної скарги на рішення слідчого судді щодо проведення позапланової перевірки, ВП ВС звертається до загального принципу про можливість обмеження доступу до суду лише при наявності пропорційності між метою такого обмеження та його засобами, і застосовує ці критерії для оцінки обставин справи (постанова ВП ВС № 243/6674/17-к від 23 травня 2018 року; позитивним є виділення окремого підрозділу рішення, де лаконічно і чітко наводиться загальний підхід ЄСПЛ; однак у даному випадку є підстави для сумнівів – а) щодо коректності посилання на джерела такої позиції, оскільки хаотично і фрагментарно наводяться рішення ЄСПЛ, на які посилається сам ЄСПЛ у рішеннях «Креуз» та «Воловік» без їх чіткого розрізнення за статусом та значенням для конкретної ситуації; б) щодо реалізації задекларованого підходу – позиція ЄСПЛ цитується, однак незрозумілим залишається те, як ця схема аргументації працює в умовах конкретної справи; (фактично, посилання не виходить за межі риторичного аргументу); в) щодо релевантності наведених джерел – всі вони стосуються цивільного процесу і досить специфічних питань доступу до суду (зокрема, обмежуючий фактор розміру судового збору), водночас у кримінальному процесі є надто специфічні моменти, що робить аналогію сумнівною;
- У постанові ВП ВС № 907/50/16 від 20 листопада 2018 року головним предметом дослідження було питання застосування строку позовної давності у справі про повернення у державну власність майна, яке було вилучено внаслідок неправомірних дій посадових осіб. Разом з тим, ВП ВС оцінює також і можливість повернення майна шляхом його вилучення у нового власника, застосовуючи при цьому стандартний підхід ЄСПЛ щодо оцінки правомірності втручання держави право власності (ст.1

52 [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79298600](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79298600)

53 [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74475877](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74475877)

54 [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79957363](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79957363)

Протоколу 1). Позитивним є те, що текст рішення не перевантажений цитуванням й надає чіткий алгоритм судової оцінки.⁵⁵

Поки що передчасно робити висновки щодо впливу рішень ВП ВС у випадках розгляду виключної правової проблеми на стандарти застосування практики ЄСПЛ. Не позбавлене підстав припущення, що ВП ВС все ще недостатньо враховує аргументаційні ресурси практики ЄСПЛ. Крім того, навіть за умови достатності «національного правового поля» для формування висновків (національних прецедентів тлумачення) ВП ВС має можливість імплементації прецедентів ЄСПЛ (розроблених ним «тестів, доктрин, алгоритмів», до певної міри – дефініцій).

4.1. АНАЛІЗ ТИПОВИХ СИТУАЦІЙ ОБҐРУНТОВАНОГО ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄСПЛ

Найбільш поширеною ситуацією є випадки, коли посилання на практику ЄСПЛ оцінюються експертами як такі, що належать до *додаткових, але не обов'язкових мотивів (аргументів)*. Як вже зазначалось, незважаючи на певну умовність віднесення таких випадків до обґрунтованих, цей формат застосування практики ЄСПЛ є виправданим з урахуванням потреби використання риторичного потенціалу рішень ЄСПЛ, які дозволяють продемонструвати відповідність національної практики європейським стандартам і роблять рішення більш зрозумілими, доступними та переконливими.

Питома вага таких ситуацій складає від 25,0 до 52,0 %, що є суттєво вищим ніж аналогічний показник місцевих та загальних судів – 24,3 % (дослідження 2017 року). Така відмінність знаходить пояснення – аналіз тексту рішень свідчить про прагнення ВС підвищити якість мотивації, застосовуючи практику ЄСПЛ як додатковий ресурс роз'яснення окремих положень національного законодавства, які самі по собі можуть розглядатись як достатні, хоча вони стають більш переконливими при доповненні положеннями із рішень ЄСПЛ.

Це варто проілюструвати наступним *прикладом*. В ухвалі КЦС № 280/284/18 від 20 грудня 2018 року підставою для відмови у відкритті касаційного провадження є посилання на положення частини 3 статті 389 ЦПК, які передбачають обов'язковість наведення обставин, що належать до умов касаційного оскарження у малозначній справі. Разом з тим зазначається, що *“згідно з прецедентною практикою Європейського суду з прав людини, яка є джерелом права, умови прийнятності касаційної скарги, відповідно до норм законодавства, можуть бути суворішими, ніж для звичайної заяви. Зважаючи на особливий статус суду касаційної інстанції, процесуальні процедури у суді касаційної інстанції можуть бути більш формальними, особливо, якщо провадження здійснюється судом після їх розгляду судом першої інстанції, а потім судом апеляційної інстанції (рішення у справах: «Levages Prestations Servicesv. France» (Леваж Престасьон Сервіс проти Франції) від 23 жовтня 1996 року; «Brualla Gomez de la Torre v. Spain» (Бруалья Гомес де ла Торре проти Іспанії) від 19 грудня 1997 року.*⁵⁶

У даному випадку застосоване шаблонне і масове посилання, що має очевидний додатковий характер.

Це рішення має *важливий контекст*: а) незрозумілою є позиція судді, який послався на досить загальні положення щодо касаційного оскарження і не використав посилання на провідне рішення Великої палати ЄСПЛ *“Зубац проти Хорватії”*, яке з відповідних аспектів доступу до суду поступово набуває ознак одного із ключових рішень ЄСПЛ і яке містить аналіз саме ситуації малозначного рішення (застосування принципу *ratione valoris*); більше

⁵⁵ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78129859](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78129859)

⁵⁶ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78978177](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78978177)

того, не використано ухвалу щодо неприйнятності “Азюковська проти України”, яка стосується практики нового ВС; б) ухвала містить посилання на Резолюцію Комітету Міністрів РЄ, яка взагалі належить до “м’якого міжнародного права” і має виключно рекомендаційний характер у порівнянні з нормами національного законодавства.

У багатьох аналогічних рішеннях є певні спільні недоліки, що стосуються перш за все відповідності посилання: у цивільному провадженні застосовуються оцінки щодо кримінального процесу без врахування існуючої специфіки і оцінки можливості поширення їх на інші процедури, не враховується відмінність різних видів рішень (за інтерпретаційною силою і авторитетом), досить часто застосовуються посилання на “екзотичні рішення”, походження яких взагалі важко пояснити і які в практиці самого ЄСПЛ не застосовуються (відсутнє “внутрішнє цитування”) тощо.

Практика ВС дає численні приклади того, що саме **прецедент ЄСПЛ є основою позиції при вирішенні справи**. В цьому вбачається важлива ознака впливу практики ЄСПЛ на національну судову практику.

Дослідження показує, що питома вага таких ситуацій складає для касаційних судів – від 4 % до 8 %. Суттєво вищим даний показник є для ВП ВС – 12 %. Була виявлена досить важлива особливість – в таких випадках не завжди відбувається залучення принципово нових чи останніх у часі рішень ЄСПЛ. Хоча відчувається прагнення ВС максимально актуалізувати джерела посилання і використовувати найостанніші рішення ЄСПЛ, все ж частіше застосовуються стандартні формати - ВП ВС та касаційні суди будують нову модель аргументації на матеріалах рішень, які вже були предметом цитування національними судами у попередні роки. В дослідженні 2017 року питома вага таких ситуацій була наближена до показників ВС, однак при цьому існувала важлива відмінність – вже існували шаблонні варіанти аргументації, коли місцеві та апеляційні суди застосовували стандарти вирішення певних категорій справ з використанням прецедентів ЄСПЛ на основі зразків, джерелом яких ставали рішення вищих судів, досить рідко – апеляційних судів. Практика нового ВС, очевидно, у більшій мірі має ознаки судових новацій у вирішенні спорів на основі стандартів ЄСПЛ, шаблонні посилання суд намагається формулювати більш точно і коректно. Показовим прикладом є *постанова КЦС ВС № 486/709/16-ц від 15 вересня 2018 року*, де предметом розгляду була масова для національних судів ситуація визначення місця проживання дитини при розлученні подружжя. КЦС погодився з висновком судів про залишення дитини з матір’ю, однак змінив мотивацію – посилаючись на рішення ЄСПЛ у справі “М.С. проти України” (2017 р.) вказав на тлумачення ЄСПЛ принципу “найкращих інтересів дитини” (Конвенція ООН про права дитини) як підстави для вирішення цієї категорії справ і коректного джерела правової позиції для національних судів (на відміну від практики посилання на акт м’якого права – Декларацію прав дитини).⁵⁷

Неможливо дати кількісну оцінку цієї тенденції, можна лише висловлювати припущення про її наявність та зміцнення.

Найбільш резонансними з точки зору впливу на національну судову практику стають (чи можуть стати) рішення ВС, в яких відбувається **імплементація правових позицій ЄСПЛ в українських справах**.

У якості прикладу можна розглянути спосіб застосування ВС правових позицій ЄСПЛ у справі “Кривенький проти України”(2017 рік), який було обґрунтовано у *постанові ВП ВС від 15 травня 2018 року в справі № 14-76цс18* за наслідками усунення правової проблеми та розбіжностей під час вирішення вказаної категорії спорів національними судами, які витребували майно від добросовісного набувача без надання будь-якої компенсації, що не відповідало усталеній практиці ЄСПЛ у подібних справах про порушення Україною статті 1 Першого протоколу до Конвенції у зв’язку з позбавленням заявника права на земельну

⁵⁷://www.reyestr.court.gov.ua/Review/76715539

ділянку без надання будь-якої компенсації або іншого відповідного відшкодування. Такий підхід став внутрішнім прецедентом ВС.⁵⁸ Досить масовими стають посилання на це рішення ВС апеляційними судами.⁵⁹ Водночас, формат цитування рішення є надмірним в частині наведення зайвої деталізації обставин справ, які розглядалися ЄСПЛ. В окремих випадках – такі «фактографічні цитати» явно домінують над правовими оцінками і висновками.

Обґрунтованість посилання на практику ЄСПЛ можлива лише за умови виконання певних умов відповідності джерела правової позиції, яка має застосовуватись як вимога оцінки на стадії вибору такого джерела (переважно мова йде про вибір рішення/рішень ЄСПЛ, на аргументах якого передбачається конструювання мотивації рішення).

Відповідність означає належність застосування правових позицій (перш за все – конкретного рішення) ЄСПЛ і може оцінюватись за наступними вимірами:

- *Фактична відповідність* – існує подібність правовідносин за матеріально-правовими (предметними) та процесуальними ознаками;
- *Процесуальна прийнятність* посилання (наприклад, врахування статусу рішення, чи рішення набуло статусу остаточного, сумісність за критеріями суб'єктного складу тощо);
- Ідентифікація «ієрархії рішень», тобто *визначення належності рішення до усталеної судової практики* (провідних, пілотних та квазі-пілотних рішень) з метою пошуку найбільш авторитетного рішення за рівнем його інтерпретаційного значення (*res interpretata*);
- *Визначення належності рішення до усталеної судової практики щодо України*, що може передбачати не лише оцінку власне українських рішень (саме у такий спосіб ЄСПЛ сформулював поняття «усталена судова практика щодо України»), але й тих рішень, де Україна не є стороною, хоча саме такі рішення ЄСПЛ звичайно застосовує для оцінки української справи (виходячи з аналогії відносин, подібності суспільного контексту тощо).

Проведений аналіз дає підстави для припущення про те, що ці критерії дуже рідко (лише у 3 рішеннях із вибірки дослідження) були предметом оцінки у тексті рішення ВС на обґрунтування використання саме цього рішення. “Ритуальне” посилання на ст. 17 Закону “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”, очевидно, є надто формальним і загальним.

Експерти визнають значну частину посилань на практику ЄСПЛ не відповідними. Найчастіше мова йде про невідповідність за критерієм подібності фактичних обставин.

Втім, відмінність фактичних обставин може мати різні варіанти.

Застосування аналогії є досить поширеним випадком, який характеризується визнанням схожості окремих елементів обставин справи. Як правило, це певні дії/бездіяльність, рідше – однотипність суб'єктів.

Приклад. Постанова ВП ВС № від 5 грудня 2018 року стосується ситуації, де предмет спору обумовлено наявністю прогалини національного закону. Скаржник подавав скаргу у порядку адміністративного провадження і стверджував наявність порушення у діях службових осіб прикордонного загону щодо його затримання та обшуку під час проходження прикордонного контролю (затримання без ухвали суду чи слідчого судді відповідно до статей 208-213 КПК). Апеляційний суд закрити провадження за цією скаргою на підставі висновку про необхідність застосування процедури, передбаченої КПК. Розглядаючи касаційну скаргу, ВП ВС робить висновок про те, що це затримання

⁵⁸ Приклад застосування див.: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75287005>

⁵⁹ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/7409224><http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79157336/>

відбувалось “поза межами кримінального провадження” і порядок оскарження таких дій КПК не визначено. ВП ВС вказала на помилковість позицій першої та апеляційної інстанцій, які не провели аналізу **предмету та суб’єктів спору** і відмовили у розгляді скарги у передбаченому КАСУ порядку.⁶⁰

Далі з метою посилення аргументації ВП ВС посилається на рішення ЄСПЛ у справі “Кузьменко проти України” від 9 березня 2017 року і наводить виклад обставин і висновок ЄСПЛ. Однак таке посилання важко визнати належним, оскільки ця справа стосується принципово іншої ситуації за правовими вимірами, хоча фактично в чомусь і схожої. Оскаржувались дії слідчого щодо обшуку квартири заявника, який не був учасником кримінального провадження. Ця ситуація відбувалася в межах кримінального провадження і регулювалась ст. 234 КПК, а для ЄСПЛ предметом оцінки було питання доступу заявника до цієї процедури чи використання іншої, доступної і ефективної процедури (на підставі КАСУ).⁶¹ За оцінками експертів, таке посилання є не лише нерелевантним, але і зайвим чи декларативним, оскільки мотивація рішення ВП на підставі аналізу предмету та суб’єктності правовідносин з посиланням на національне законодавство загалом є достатньою.

Більш детально випадки порушення принципу належного застосування буде розглянуто далі.

РОЗДІЛ 5. НОВАЦІЇ І ТРАДИЦІЇ: ВЕРХОВНИЙ СУД І ПОПЕРЕДНІЙ ДОСВІД УКРАЇНСЬКИХ СУДІВ

Суспільні очікування щодо нового ВС мають різні складові та пріоритети, одним із яких є більш ефективне використання практики ЄСПЛ як інструменту впливу на ефективність судочинства загалом, забезпечення його відповідності європейським стандартам справедливого суду. При цьому мова йде не про кількісне збільшення “присутності” цієї практики у рішеннях ВС, а про якісні зміни.

У дореформний період вищі суди (ВСУ та вищі спеціалізовані суди) робили певні кроки у цьому напрямку, хоча навряд чи цього було достатньо. Завдання нового ВС полягало у тому, щоб критично переглянути ці здобутки, взяти найкраще, відмовитись від помилкових чи некоректних підходів і запровадити нові. Дослідження мало дати відповіді про те, чи взяв новий ВС курс на виконання цих завдань і чи є успішною діяльність нового ВС у площині досить вузької і специфічної проблеми – формування ефективної практики імплементації положень (прецедентної практики) ЄСПЛ, зокрема, і проведення оцінки усталених підходів національної судової практики.

Наступна таблиця дає досить умовне, але загалом наочне уявлення про те, наскільки ВС був інноваційним у перший рік своєї діяльності. Така оцінка базується лише на одному і далеко не глибинному вимірі – ставленні ВС до джерел посилання на практику ЄСПЛ. Вихідним було припущення про те, що формування нової практики може сприяти більш глибокій, ефективній і послідовній імплементації стандартів ЄСПЛ.

⁶⁰ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78530239>

⁶¹ Варто зазначити, що така позиція була предметом Інформаційного листа ВАСУ від 20 липня 2017 року № 921/10-14/17 і в певній мірі вже застосовувалась адміністративними судами.

Табл. 5 Співвідношення “новацій і традицій” у застосуванні практики ЄСПЛ/%

	ВП ВС	КАС ВС	КГС ВС	ККС ВС	КЦС ВС	Заг. суди (2017р.)
<i>Традиційний підхід (шаблон чи його варіанти)</i>	70,0	93,0	89,0	91,0	95,0	95,5
<i>Новації</i>	29,0	7,0	11,0	9,0	5,0	4,5

Ці дані дозволяють зробити певні висновки загального характеру, які варто враховувати у подальшому поясненні інших матеріалів дослідження:

- Інновативність у найбільшій мірі проявляється у діяльності ВП ВС; в значній мірі це ініціюється ситуаціями потреби відступу від попередніх правових позицій чи необхідністю вирішення виключних правових проблем;
- Елементи консервативності властиві касаційним судам, які використовують усталені в межах певних юрисдикцій підходи чи шаблони застосування практики, що не у всіх випадках є позитивною ознакою; зокрема, такими випадками є масові посилання на досить формальні та декларативні положення, аргументаційна цінність яких є дуже відносною;
- Аналізуючи інноваційні підходи ВС у застосуванні практики ЄСПЛ слід розрізняти його власну ініціативу і необхідність, коли такі новації стають аспектом виконання рішення ЄСПЛ чи то як захід індивідуального характеру, чи то поза межами певної справи – як виконання заходів загального характеру;
- Новації впроваджуються повільно, існують (як це буде показано далі) відмінності в межах касаційних судів і загалом ВС у сприйнятті нових підходів чи нової практики ЄСПЛ.

Дослідження зафіксувало низку *нових чи суттєво актуалізованих рис практики* ВС у застосуванні правових позицій ЄСПЛ, що можуть бути і показовими і перспективними як спосіб впливу на національну судову практику загалом.

5.1. ПЕРЕХІД ВІД ЦИТУВАННЯ РІШЕНЬ ЄСПЛ ДО СТВОРЕННЯ АЛГОРИТМІВ ВИРІШЕННЯ СПОРУ

Є окремі ознаки того, що відбувається поступовий перехід від простого цитування рішень ЄСПЛ до їх системної інтеграції в алгоритми вирішення спору (користуючись термінологією самого ЄСПЛ - “тести”, “принципи”, “критерії” тощо). Очевидно, саме в такий спосіб правові позиції ЄСПЛ найбільш успішно і ефективно стають органічним елементом мотивації рішення національного суду. Але, як вже зазначалось, такі “тести” мають бути реально діючими, а не просто деклараціями.

Прикладом такого підходу є постанова ВП ВС № 752/17977/16-а від 22 березня 2018 року, де зазначається, що “для вирішення спору необхідно з’ясувати: а) чи має позивач право на перерахунок раніше призначеної пенсії; б) чи відбулось звуження обсягу існуючих прав позивача внаслідок зміни законодавства, що регулює порядок перерахунку раніше призначених пенсій; в) чи є бездіяльність держави щодо прийняття нормативного акту, який визначає механізм реалізації права громадян на перерахунок пенсії, втручанням у права людини, передбачені ст. 1 Першого протоколу до”.⁶² В рамках такого досить прагматичного тесту цитування текстів кількох рішень ЄСПЛ вже не сприймається як хаотичний набір цитат, а створює логічну послідовність і цілісність мотивації рішення ВС.

⁶²

[://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72899690](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72899690)

Розроблені ЄСПЛ “тести” належать до найбільш стійкого ядра його “усталеної практики” і тому їх застосування в найменшій мірі створює ризики нерелевантності чи необґрунтованості.

5.2. ОСОБЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ЄСПЛ, ДЕ КОНСТАТОВАНО СИСТЕМНІ ПОРУШЕННЯ

Викликом для ВС стала ситуація із виконанням рішення від 12 жовтня 2017 року ЄСПЛ “Бурмич та інші проти України”, на підставі якого до ВС було подано значну кількість касаційних скарг про перегляд за виключними обставинами (на підставі відповідних положень процесуального законодавства, зокрема ст. 375 ЦПК у редакції до 15 грудня 2017 року). Існує досить значний масив рішень цієї категорії справ. Вони мають значення з огляду на визначення ВС особливостей не лише виконання цього рішення, але й застосування правових позицій пілотних чи квазі-пілотних рішень.

В рішеннях ВС застосовується схожа по суті, але відмінна в деталях аргументація, що зводиться до висновку про відсутність підстав для відновлення провадження і перегляду рішень національних судів. У постанові ВП ВС № 2-4646/11 від 22 січня 2019 року подається ґрунтовний, хоча і надмірно деталізований, в чомусь декларативний і заплутаний аналіз цього рішення і особливостей процедури пілотного рішення. Навряд, чи такий формат у повній мірі є виправданим як пояснення висновку, який робить суд і який зводиться до кількох ключових тез. Зокрема, зазначається наступне: *у рішенні ЄСПЛ у справі «Бурмич та інші проти України» не зазначено про необхідність вжиття додаткових заходів індивідуального характеру та із самого рішення не вбачається висновку про необхідність відновлення попереднього юридичного стану, який мав Стягувач, оскільки висновок ЄСПЛ стосується лише системного дефекту у сфері виконання в Україні постановлених на користь заявників судових рішень. ... [У] даному випадку відсутні підстави для перегляду судових рішень, постановлених судами України у даній справі, оскільки у рішенні ЄСПЛ від 12 жовтня 2017 року у справі «Бурмич та інші проти України» судом встановлені системні дефекти у сфері виконання рішень, ухвалених судами України на користь заявників, тому вказане рішення не встановлює порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом, а відтак, відсутня необхідність у вжитті додаткових заходів індивідуального характеру.*⁶³

В аналогічних рішеннях акцент зміщується в більш формальну площину – підставою відмови у перегляді рішення національних судів визнається статус рішення ЄСПЛ як рішення про «вилучення справи з реєстру». Очевидно, для ВС важливим напрямком уніфікації практики має бути вироблення узгоджених форматів аргументації рішень у справах щодо реалізації додаткових заходів при виконанні рішень ЄСПЛ.

Окремим напрямком аналізу має бути практика ВС в перегляді рішень за виключними обставинами (“встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом”). Загалом кількість таких проваджень (без урахування групи справ “Бурмич проти України”) є незначною. В окремих випадках позиція ВС, за оцінками експертів, викликає сумніви. У якості прикладу варто розглянути *постанову ВП ВС по справі № 9-484/2004 від 30.05.2018 року*.⁶⁴ Предметом розгляду була скарга про перегляд судових рішень на підставі ухвалення ЄСПЛ рішення у справі “Зосимов проти України”⁶⁵.

⁶³ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79382755](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79382755)

⁶⁴ <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74505960>

⁶⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-164467%22%5D%7D>

У цьому рішенні ЄСПЛ встановив порушення статті 8 Конвенції внаслідок відсутності в національному законодавстві гарантій проти свавілля оскаржуваних дій працівників міліції (вилучення майна), зокрема через те, що заявник, незважаючи на його численні спроби, не зміг отримати жодного процесуального статусу в кримінальному провадженні. Суд встановив також порушення статті 13 Конвенції у зв'язку з відсутністю ефективних національних засобів юридичного захисту щодо скарг заявника за статтею 8 Конвенції та статтею 1 Першого протоколу до Конвенції.

Заявник порушив питання про скасування ухвали суду апеляційної інстанції та просив залишити в силі постанову місцевого суду, оскільки повернути власнику вилучені речі можна лише у випадку скасування постанови про порушення кримінальної справи, адже лише тоді вони втратять статус речових доказів. ВП ВС відмовляє у задоволенні заяви з посиланням на те, що рішення ЄСПЛ не містить висновку про те, що встановлені щодо заявника порушення Конвенції були спричинені рішенням судової установи, яке ухвалене в межах кримінальної справи й надалі зумовлює шкідливі наслідки, що не можуть бути усунуті (виправлені) іншим способом, ніж скасуванням ухвали апеляційного суду. Такий підхід ВС має ознаки надмірного формалізму і базується на надто буквальному тлумаченні статті 459 КПК України, яке акцентується на виразі “при вирішенні справи судом” відсікає випадки, коли за змістом цієї норми виключається позитивний обов'язок держави забезпечити судовий захист у випадках порушення на досудовій стадії (тобто не лише наявне порушення статті 6, але й статті 13, на що звертав увагу ЄСПЛ).

5.3. ОЦІНКА АРГУМЕНТІВ СТОРІН ЧИ МОТИВАЦІЇ АПЕЛЯЦІЙНОГО (МІСЦЕВОГО) СУДУ, ЯКІ БАЗУЮТЬСЯ НА ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЯХ ЄСПЛ

Позитивним моментом сучасної практики ВС є прагнення надати оцінку аргументам сторін чи суду, які базуються на правових позиціях ЄСПЛ. Масовість звернення до таких аргументів супроводжується численними маніпулятивними чи просто помилковими інтерпретаціями практики ЄСПЛ. Для судової практики попередніх років знаковими стали маніпулятивні підходи до таких рішень як “Булвес АД проти Болгарії”, “Стретч проти Об'єднаного Королівства” та деякі інші.

Наприклад, загалом майже 6000 рішень національних судів мають посилання на рішення ЄСПЛ у справі “Бартая проти Грузії”, при чому на цій підставі знаходять обґрунтування діаметрально протилежні позиції (щодо можливості відкладення слухання); досить часто за аналогічних чи суттєво схожих обставин. Тому оцінки ВС стають певним “фільтром” і мають бути орієнтиром для адвокатів та суддів.

Приклад 1. У постанові КГС ВС № 916/859/18 від 19 березня 2019 року розглядається досить поширена в останні роки аргументація, яка базується на висновках ЄСПЛ у рішенні “Бартая проти Грузії” і має на меті обґрунтувати наявність порушення права на справедливий суд з посиланням на обмеження участі у розгляді справи, які виникли внаслідок відмови суду відкласти розгляд справи. КГС дає оцінку і відхиляє таку аргументацію з посиланням на те, що “при розгляді справи у суді першої інстанції можливості представництва (відповідно, рівність сторін) не були обмежені” і звертає увагу на особливості предмету та меж апеляційного та касаційного перегляду.⁶⁶ Погоджуючись із загальним висновком, слід звернути увагу на певну фрагментарність “контраргументів” КГС і можливість їх посилення за рахунок більш повного використання підходів ЄСПЛ (зокрема, і в самому рішенні “Бартая проти Грузії”).

Приклад 2. У постанові КАС ВС № 814/2156/16 від 21 грудня 2018 року звертається увага на необхідність оцінки релевантності застосування місцевим судом автономної концепції

⁶⁶

[://reyestr.court.gov.ua/Review/80579974](http://reyestr.court.gov.ua/Review/80579974)

“кримінальної відповідальності” у справі, де особу двічі притягнуто до відповідальності за одне правопорушення. Фактично КАС ВС робить висновок про можливість вирішення спору виключно на підставі положень національного закону (зокрема ст. 61 Конституції) і відсутність необхідності застосування “тесту Енгеля”⁶⁷

Висновки ЄСПЛ сприймаються ВС і стають основою для формування нової практики. Це є безумовно позитивним фактом. Однак є підстави ставити питання також і щодо спроможності ВС працювати “на випередження”, засвоювати як класичні так і нові підходи ЄСПЛ і застосовувати їх в здійсненні судочинства.

5.4. СПРОБИ ВІДМОВИ ВІД ДЕКЛАРАТИВНОГО ПОСИЛАННЯ НА ПРАКТИКУ ЄСПЛ

Декларативність посилання на практику ЄСПЛ стала одним із очевидних недоліків національного судочинства. Існують шаблони цитування, що застосовуються масово і без врахування релевантності таких посилань. Критичне сприйняття такої практики новим ВС може сприяти усунення цих недоліків.

Проведений аналіз показує прагнення окремих суддів ВС відмовлятися від застосування шаблонних посилань без оцінки їх релевантності. Наприклад, одним із таких шаблонів є цитування чи відтворення положень окремих рішень ЄСПЛ та Комісії щодо поняття “суд, встановлений законом” (“Занд проти Австрії” та інші) для мотивації рішень щодо розмежування юрисдикцій (про масовість такої практики свідчать дані ЄДРСР про тисячі судових з такою мотивацією). В постановах та ухвалах ВС все частіше такий декларативний підхід замінюється ґрунтовною змістовною мотивацією (див. постанову *ВП ВС № 752/20801/17 від 13 лютого 2018 року*, де розмежування цивільної та адміністративної юрисдикції обґрунтовується без посилання на рішення ЄСПЛ, але у відповідності із конвенційними стандартами).⁶⁸

РОЗДІЛ 6. АНАЛІЗ ТИПОВИХ СИТУАЦІЙ НЕКОРЕКТНОГО ЗАСТОСУВАННЯ

Термін “некоректність посилання” є досить умовним. Він об’єднує ті випадки чи формати посилання, що є явно помилковими і за певних умов – можуть стати підставою для скасування рішення чи визнання його немотивованим тощо, і ті, в яких проявляються лише певні ознаки “неякісного рішення” (текстуальна надмірність, заплутаність аргументації, незрозумілість тощо). Ці випадки об’єднує те, що вони в тій чи іншій мірі потребують усунення недоліків цитування чи посилання на практику ЄСПЛ.

Відповідно до Методики дослідження експерти оцінювали поширеність таких форматів “некоректного застосування” як “формальне чи зайве посилання”, “декларативне посилання”, “помилкове посилання” та “маніпулятивне посилання”. У процесі дослідження експерти прийняли рішення про виключення опції “маніпулятивне посилання”, оскільки у випадку ВС (на відміну практики нижчих судів) важко розмежувати його із помилковим і доведення цього способу потребує зваженої і коректної аргументації. Хоча у багатьох випадках помилковість посилання може тлумачитись і як маніпулятивність.

Результати експертного оцінювання наведені у наступній таблиці.

⁶⁷ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78771378](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78771378)

⁶⁸ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79957363](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/79957363)

Табл. 6 Поширеність випадків некоректного чи помилкового посилання на практику ЄСПЛ /%

	ВП ВС	КАС ВС	КГС ВС	ККС ВС	КЦС ВС	Заг. суди (2017р.)
<i>Формальне посилання, що не має прямого зв'язку з предметом розгляду справи та не викликалося обставинами («зайве посилання»)</i>	9,0	9,0	6,0	11,1	9,1	8,1
<i>Посилання загального характеру, що не має принципового значення для мотивування та висновку судового рішення («декларативне посилання»)</i>	42,1	32,0	59,0	42,2	41,0	25,2
<i>Помилкове посилання (необґрунтоване чи нерелевантне)</i>	7,8	8,9	7,2	8,4	6,3	3,1
<i>«Маніпулятивне посилання» (з метою легітимізувати спірне (зокрема, неправосудне чи неправомірне рішення)</i>	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	4,1

Ці дані свідчать про те, що очікування стосовно суттєвого покращення практики застосування ВС правових позицій та рішень ЄСПЛ виправдовуються лише частково. “Прориву чи локальної судової революції (тобто, в частині судової імплементації стандартів ЄСПЛ)” зі створенням нового ВС не відбувається. Показники судів нижчих інстанцій (дослідження 2017 року) практично не відрізняються від аналогічних показників ВС. Звичайно, при цьому варто враховувати наявність у експертів більш високих очікувань щодо рішень ВС, що не могло не впливати на параметри оцінок.

Всі ситуації некоректного застосування практики можна поділити на дві групи:

- а) формальні (зайві) та декларативні посилання;*
- б) помилкові посилання.*

Формальні (“зайві”) посилання. Касаційні суди у складі ВС мають шлейф різних традицій написання тексту судового рішення, де є суттєві відмінності стилістики, структурування, повноти викладу тощо. Наприклад, рішення адміністративних судів відзначаються наявністю викладу численних загальних положень, які досить віддалено пов’язані із предметом судового розгляду (наприклад, цитування конституційних положень про державний устрій тощо). Традиція “починати здалеку” пояснюється необхідністю надати громадянам повну картину аргументації рішення, хоча часто така надмірність тексту навпаки ускладнює сприйняття позиції суду.

Аналогічна проблема виникає і щодо включення до тексту рішення положень (цитат чи викладу позицій) із рішення ЄСПЛ, які можуть оцінюватись як зайві чи суто формальні. Під час експертного оцінювання до “зайвих посилань” було віднесено випадки, коли таке посилання не могло отримати жодного раціонального пояснення і було несумісним із предметом судового розгляду із огляду на відсутність потреби у такому посиланні. Таке посилання не створювало жодних наслідків для мотивації.

Поширеність зайвих посилань складає від 7,0 до 9,0 % загальної кількості рішень (для порівняння в дослідженні 2017 року цей показник складав 8,1 %). Хоча при цьому варто враховувати наявність в одному рішенні кількох посилань.

Найпростішими варіантами зайвих посилань є “вторинне цитування рішень ЄСПЛ”, тобто випадки, коли у рішенні цитуються рішення ЄСПЛ, в яких наведено цитати із інших рішень цього суду і які не мають жодного прямого відношення до предмету розгляду. Зайвими є також посилання на рішення, предмет яких є іншим ніж у справі, що розглядається ВС.

Приклад такого посилання можна знайти в ухвалі КГС ВС № 905/2368/15 від 16 березня 2018 року, в якій наводиться мотивація відмови у поновленні строку касаційного оскарження. Одним з ключових є наступне твердження: *«вжиття заходів для прискорення процедури розгляду є обов'язком не тільки для держави, а й в осіб, які беруть участь у справі. Так, ЄСПЛ в рішенні від 07.07.1989 у справі “Юніон Аліментаріа Сандерс С.А. проти Іспанії” зазначив, що заявник зобов'язаний демонструвати готовність брати участь на всіх етапах розгляду, що стосуються безпосередньо його, утримуватись від використання прийомів, які пов'язані із зволіканням у розгляді справи, а також максимально використовувати всі засоби внутрішнього законодавства для прискорення процедури слухання».*⁶⁹ Однак процитоване рішення стосується судової стадії провадження і використовується для оцінки розумності строку розгляду, тобто для обставин заяви про поновлення строку таке посилання є зайвим.

Зайвими і беззмістовними є положення, що “вирвані” із контексту рішення ЄСПЛ. Наприклад, в постанові КГС ВС № 905/2368/15 від 16 березня 2018 року вказується, що *“Європейський суд з прав людини зауважив, що оцінка моральної шкоди по своєму характеру є складним процесом, за винятком випадків коли сума компенсації встановлена законом (Stankov v. Bulgaria, § 62, ЄСПЛ від 12 липня 2007 року).”*⁷⁰ Це положення є шаблонним і застосовується досить часто. Можливо, в якомусь із контекстів воно отримує значення як вагомий аргумент. В обставинах цієї є справи (предмет – визначення розміру моральної шкоди) воно є зайвим, оскільки справа «Станков проти Болгарії» стосувалась принципово інших правовідносин – доступ до суду у справі про компенсацію за незаконне позбавлення волі, оскільки заявник мав сплатити судовий збір у розмірі який визначався від ціни позову про відшкодування моральної шкоди, тобто контекст справи стосувався «права на суд».⁷¹

Більш складними є випадки, коли ВС керується мотивом “посилення власної аргументації за рахунок посилання на рішення ЄСПЛ”. Формальний (зайвий) характер такого посилання експертами визнавався, наприклад, у випадках коли предмет судового розгляду був нескладним (зокрема, якщо він був в достатній мірі формалізованим і аргументація могла зводитись до простих логічних операцій) і національне законодавство було достатньо чітким, повним і несуперечливим.

Декларативні посилання. Про декларативність посилання можна вести мову за умови неможливості раціонального пояснення необхідності включення того чи іншого положення практики ЄСПЛ (цитати із рішення чи викладу правової позиції) у якості елементу аргументації рішення національного суду. Відсутність (чи виключення) такого положення жодним чином не впливає на повноту, обґрунтованість, чіткість, правильність чи достатність мотивації рішення. Такі посилання сприймаються як “декоративний елемент” тексту рішення, що між тим не впливає ні на його помилковість, ні на його обґрунтованість чи вмотивованість.

За оцінками експертів *від 34 до 42 % рішень ВС мають посилання, які визнаються декларативними.* Цей показник є вищим ніж рівень поширеності таких посилань у рішеннях місцевих та апеляційних судів (результати дослідження 2017 року – 24 %). Навряд чи така відмінність може свідчити про зниження якості рішень. Скоріше навпаки, такі посилання мали б пояснювати логіку висновку ЄСПЛ чи розкривати якісь деталі контексту, суміжні

⁶⁹ [://reyestr.court.gov.ua/Review/72763554](http://reyestr.court.gov.ua/Review/72763554)

⁷⁰ [://reyestr.court.gov.ua/Review/76128668](http://reyestr.court.gov.ua/Review/76128668)

⁷¹ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-81606%22%5D%7D>

правові проблеми тощо. Декларативні посилання застосовуються з метою посилення аргументації, хоча не завжди потреба в цьому є очевидною.

Наприклад, у постанові ВП ВС № 320/8269/15-ц від 16 травня 2018 року предметом судового дослідження є виключна правова проблема, що пов'язана із наявними розбіжностями судової практики, що порушують її єдність та створюють ризики правової невизначеності. Хоча постанова містить перелік фактів, що підтверджують існування проблеми у судовому правозастосуванні, додатково наводиться низка посилань на рішення ЄСПЛ («Шахін та Шахін проти Туреччини», «Альбу та інші проти Румунії» деякі інші), де акцент зроблено на «позаправових» наслідках такої ситуації – «порушення єдності судової практики підриває громадську довіру до суду».⁷² Ці посилання не є самостійними, оскільки вони відтворюють окремі фрагменти тексту Висновку КРЕС № 20 (2017) «Про роль судів у формуванні єдності правозастосування» і мають надто загальний характер.⁷³ Очевидно, недоліком такого цитування є те, що у Висновку КРЕС є більш конкретні і інструментальні положення ніж тези про зв'язок єдності судової практики і довіри до суду.

Помилкові посилання. На відміну від декларативних посилань, щодо яких важко стверджувати необхідність їх обов'язкового вилучення, помилкові посилання не лише мають ознаки зайвих але й можуть отримувати правові наслідки як неправильне застосування законодавства.⁷⁴ Експерти визнають, що 6-8 % посилань ВС на практику ЄСПЛ мають ознаки помилкового. Цей показник є співмірним результатам, що були зафіксовані під час дослідження практики місцевих та апеляційних судів, де у випадку об'єднання помилкових та маніпулятивних рішень він складає 7,1 %.

Помилковість може мати різні прояви. Розглянемо окремі з них, що є найбільш типовими.

Нерелевантність рішення ЄСПЛ як джерела правової позиції. В окремих рішеннях ВС наголошує на необхідності застосування правових позицій ЄСПЛ лише за наявності схожих фактичних обставин. Однак, це правило у багатьох випадках порушується, що робить посилання на рішення ЄСПЛ нерелевантними. Важливим інструментом визначення можливості посилання на такі рішення мало б бути встановлення своєрідної модифікації “критеріїв прийнятності”. Теоретичне їх конструювання навряд чи буде успішним, більш корисним може бути напрацювання певних практичних підходів по аналогії із досвідом узагальнення ЄСПЛ практики застосування загальних конвенційних норм щодо прийнятності індивідуальних заяв, яка у підсумку оформлюється як сукупність певних фактичних прецедентів.⁷⁵

Умови або критерії релевантності посилання можуть стосуватись предмету, статусу суб'єктів, типу/природи правовідносин, характеру порушеного права, наслідків тощо. Проведений аналіз дозволяє проілюструвати окремі випадки, що експертами визнаються нерелевантним застосуванням практики ЄСПЛ.

У Постанові ВП ВС № 927/291/17 від 10 квітня 2018 року предметом розгляду став позов Укртелекому про бюджетне відшкодування витрат з надання послуг пільговим категоріям населення. Рішення ВП ґрунтується на позиції ЄСПЛ щодо «неможливості звільнення від відповідальності на підставі відсутності бюджетного фінансування», джерелом якої називаються три рішення ЄСПЛ, одним із яких є рішення у справі «Терем ЛТД, Четчкін та Оліус проти України» від 18 жовтня 2005 року. Таке посилання є шаблонним, оскільки

⁷² [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74506060](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74506060)

⁷³ [://rm.coe.int/opinion-no-20-2017-on-the-role-of-courts-with-respect-to-the-uniform-a/16807661e3](http://rm.coe.int/opinion-no-20-2017-on-the-role-of-courts-with-respect-to-the-uniform-a/16807661e3)

⁷⁴ Як вже зазначалось ВС досить часто в межах касаційної процедури визнає помилковість застосування нижчими судами практики ЄСПЛ.

⁷⁵ Практичний посібник щодо прийнятності заяв. Рада Європи; Європейський суд з прав людини. Страсбург, 2014 https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_UKR.pdf

масово застосовується господарськими судами більше 10 років.⁷⁶ Аналіз цього рішення ЄСПЛ дає підстави для сумнівів щодо релевантності такого посилання, оскільки його предмет стосується **невиконання судового рішення**, а це суттєво інший тип правовідносин. Слід зазначити, що в окремих рішеннях КГС коригується стандартна для господарських судів позиція щодо застосування цього рішення у договірних спорах за участю бюджетних організацій чи підприємств державної форми власності. Так, у Постанові КГС ВС № 910/4014/16 від 19 грудня 2018 року спростовується посилання скажника на це рішення як підставу для вимоги про відшкодування шкоди внаслідок дій правоохоронних органів, оскільки предметом рішення ЄСПЛ є ситуація невиконання судового рішення.⁷⁷

Однак **проблема розширеного тлумачення правових позицій рішення у справі «Терем ЛТД, Четкін та Оліус проти України» зберігається**. Показовою є ухвала КАС ВС № К9901/1956/18 750/6995/17 від 11 січня 2018 року, де на підставі позиції цього рішення ЄСПЛ зроблено висновок про неможливість звільнення ввід сплати судового збору через відсутність бюджетного фінансування.⁷⁸

В постановах та ухвалях касаційних судів і ВП ВС рішення ЄСПЛ у справі «Терем ЛТД, Четкін та Оліус проти України» застосовується переважно в рамках текстуального шаблону разом із рішенням у справі «Бакалов проти України» (2004 р.), де предмет також визначений обмежено – стосовно невиконання судового рішення. Очевидно, неврахування предметних особливостей може бути підставою для визнання такого посилання нерелевантним.

Особливим випадком нерелевантного застосування є ситуації, коли ВС використовує правові позиції, які ЄСПЛ формулює для власних потреб і які не належать до тлумачень конвенційних прав, застосовуються у взаємодії з іншими положеннями і виконують роль процедурних правил самого ЄСПЛ. Національний суд може застосовувати такі посилання, однак вони можуть бути джерелом виключно “риторичних аргументів”, оскільки не мають ознак нормативності для національного правопорядку. Такими, зокрема, є положення розділу 2 ЄКПЛ.

Неповнота чи неточність відтворення позиції/аргументації ЄСПЛ. Поширеними є випадки, коли правова позиція ЄСПЛ подається у рішенні ВС неповно, вибірково чи із недоліками передачі логіки аргументації. Мова йде про таку інтерпретацію змісту правової позиції ЄСПЛ, що означає її **перекручування та фактичну втрату** прецедентного значення.⁷⁹ Важливо зазначити, що при цьому ВС може приходити до висновків по справі, які не викликають заперечень за критеріями законності, обґрунтованості чи справедливості. Без ознайомлення із текстами рішень ЄСПЛ, посиланнями на які ВС обґрунтовує рішення, досить часто неможливо визначити некоректність такого посилання.

Показовим **прикладом** може бути Постанова КАС ВС К/9901/3766/18 825/932/16 від 24 лютого 2018 року, де фактичні обставини були ідентичними обставинам у резонансній справі ЄСПЛ “Константін Маркін проти Росії” (рішення Великої палати ЄСПЛ від 22 березня 2012 року). Позитивним стало звернення ВС до цього рішення і закономірним був висновок про наявність порушення з боку державного органу у вигляді заборони надання військовослужбовцю –чоловіку відпустки по догляду за дитиною. Однак спосіб аргументації, який було застосовано ВС і який нібито базувався на рішенні ЄСПЛ, має ознаки некоректного відтворення позиції ЄСПЛ. **Ключовою проблемою** у рішенні ЄСПЛ є наявність **різного поводження із військовослужбовцями різної статі, тобто стаття 14 Конвенції у поєднанні із статтею 8 (п.54 рішення)**, натомість аргументація рішення ВС розгортається

⁷⁶ <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73438177>

⁷⁷ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78750068](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78750068)

⁷⁸ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71540934](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71540934)

⁷⁹ Мова йде про змістовні проблеми, а не технічні недоліки (неточність назви, помилки цитування тощо).

навколо “*правомірності обмеження права на сімейне життя за ст. 8*” і у підсумку суд робить висновок про відсутність пропорційності обмеження і його мети.⁸⁰ При цьому суд фрагментарно цитує пункт рішення ЄСПЛ щодо дискримінації, однак така цитата є надто ізольованою від основної аргументації і не сприймається як ключовий аргумент рішення.⁸¹ Тобто в даному випадку ВС не використав мотиваційний потенціал рішення ЄСПЛ, в якому був чіткий алгоритм доведення відсутності підстав для різного поводження за ознакою статі.

На думку експертів, неповнота, вибірковість чи некоректність відтворення правової позиції ЄСПЛ може мати і *елементи маніпулятивності*. Очевидно, найбільш показовим прикладом може бути ситуація із досить популярним у практиці ВС процесуальним принципом: “*право не повторювати мотивацію нижчих судів, яке не вимагає детальної відповіді на кожен аргумент, використаний стороною; більше того, воно дозволяє судам вищих інстанцій просто підтримати мотиви, наведені судами нижчих інстанцій, без того, щоб повторювати їх*». Джерелом такого тлумачення називається рішення «Хірвісаарі проти Фінляндії», часто у комбінації із рішенням «Руїз Торія проти Іспанії». Варто зазначити, що ЄСПЛ досить часто застосовує аналогічний підхід і посилається на ці два рішення як джерело правової позиції (див, наприклад, рішення «Татішвілі проти Росії» (2007 р.).⁸²

У такому форматі «подвійного джерела» вказана позиція наводиться у численних рішеннях КЦС ВС.⁸³ Безумовно, вона має свою логіку як спосіб процесуальної оптимізації. Однак, вона *не може абсолютизуватись як загальне правило*, оскільки у цитованих рішеннях ЄСПЛ є інші положення, які нівелюють спосіб аргументації висновку, який робить український суд:

- п.п. 30-33 рішення «Хірвісаарі проти Фінляндії» взагалі не стосуються касаційного суду; крім того, варто враховувати належність справи до категорії справ «кримінального обвинувачення»;
- у цьому рішенні (і низці похідних «фінських» рішень ЄСПЛ) зазначені обставини стали однією із підстав для висновку про порушення ст. 6;
- більше того, в інших рішеннях ЄСПЛ (див, наприклад, п.62 рішення «Татішвілі проти Росії») часто звертає увагу на те, що «відсутність перевірки мотивів при оскарженні є порушенням права на справедливий суд»;

У цих випадках очевидними є щонайменше наступні недоліки підходу ВС до обґрунтування рішення посиланням на практику ЄСПЛ:

- відсутність чіткості у передачі змісту позиції ЄСПЛ (неточності цитування і посилання);
- відсутність перевірки релевантності посилання за критеріями фактів, предмету, суб'єктів;
- ігнорування принципу *mutatis mutandis*, який використовує сам ЄСПЛ і у випадках посилання на такі рішення перевірка релевантності має бути особливо ґрунтовна.

Фіктивні посилання. Несподіваним результатом було виявлення кількох ситуацій некоректного посилання, які можуть бути визначені як “фіктивні”, тобто такі, де ВС “приписує ЄСПЛ” правові позиції, що не зустрічаються в жодному із рішень і є або власними тлумаченнями суду певних проблем правозастосування або ж запозиченнями із

⁸⁰ [://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72290565](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72290565)

⁸¹ Слід зазначити наявність окремих мовно-стилістичних недоліків тексту, які ускладнюють сприйняття. Очевидно, використовувався російський переклад рішення ЄСПЛ, що пояснює використання звороту “*відмінності у зверненні із військовослужбовцями різної статі*” (*отличия в обращении с военнослужащими разного пола*).

⁸² [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-79564%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-79564%22]}) і ще майже 150 рішень з

ідентичними формулюваннями

⁸³

інших джерел. Подібні випадки у попередні роки фіксувались у практиці нижчих судів, коли, наприклад, суди масово посилались на рішення Суду ЄС видаючи його за рішення ЄСПЛ. Важко сказати, наскільки частими є аналогічні ситуації у практиці нового ВС, хоча виявлені приклади свідчать про реальність такого ризику.

Прикладом фіктивного посилання є численні рішення КЦС ВС, в яких текстуальне запозичення із харківського підручника цивільного процесу (за редакцією проф. Комарова В.В.) подається як позиція ЄСПЛ. Вперше така конструкція була запропонована у Постанові КЦС ВС від 15 березня 2018 року: *“Згідно з практикою ЄСПЛ змагальність судочинства засновується на диференціації процесуальних функцій і, відповідно, правомочностей головних суб'єктів процесуальної діяльності цивільного судочинства - суду та сторін (позивача та відповідача). Диференціація процесуальних функцій об'єктивно приводить до того, що принцип змагальності відбиває властивості цивільного судочинства у площині лише прав та обов'язків сторін. Це дає можливість констатувати, що принцип змагальності у такому розумінні урівноважується з принципом диспозитивності та, що необхідно особливо підкреслити, із принципом незалежності суду. Він знівельовує можливість суду втручатися у взаємовідносини сторін завдяки збору доказів самим судом. У процесі, побудованому за принципом змагальності, збір і підготовка усього фактичного матеріалу для вирішення спору між сторонами покладається законом на сторони. Суд тільки оцінює надані сторонам матеріали, але сам жодних фактичних матеріалів і доказів не збирає.”*⁸⁴

Для порівняння: фрагменти тексту Глави 7 підручника “Цивільний процес” (за ред. проф. Комаров В.В.) – *За своєю природою змагальність судочинства, у тому числі цивільного, засновується, як зазначалось, на диференціації процесуальних функцій і відповідно — правомочностей головних суб'єктів процесуальної діяльності цивільного судочинства — суду та сторін (позивача та відповідача). Диференціація процесуальних функцій об'єктивно призводить до того, що принцип змагальності відбиває властивості цивільного судочинства у площині лише прав та обов'язків сторін. Це дає можливість констатувати, що принцип змагальності у такому розумінні урівноважується з принципом диспозитивності та, що слід особливо підкреслити, — із принципом незалежності суду. Він знівельовує можливість суду втручатися у взаємовідносини сторін завдяки збору доказів самим судом та стає перешкодою для можливої суддівської упередженості.*

У процесі, побудованому за принципом змагальності, збір і підготовка усього фактичного матеріалу для вирішення спору між сторонами покладається законом на сторони. Суд зобов'язаний при цьому вирішити спір на підставі та у відповідності з тим фактичним матеріалом, що підготували і надали сторони; суд тільки оцінює надані сторонам матеріали, але сам жодних фактичних матеріалів і доказів не збирає.

З точки зору доктрини цивільного процесу такі формулювання навряд чи викликають заперечення і не можуть визнаватись несумісними із доктриною ЄСПЛ, однак вони не належать до правових позицій цього суду і не можуть у такий спосіб наділятися статусом джерела права (бути нормативним аргументом).

Запропонована ВС сумнівна конструкція набуває поширення. В Реєстрі судових рішень можна знайти щонайменше 300 судових рішень із таким текстуальним запозиченням (серед них кілька десятків рішень ВС), тобто вона вийшла за межі цього суду і почала масово клонуватись нижчими судами як у цивільних так і господарських провадженнях а також провадженнях про адміністративні правопорушення.⁸⁵

⁸⁴ [://reyestr.court.gov.ua/Review/72819441](http://reyestr.court.gov.ua/Review/72819441)

⁸⁵ Наприклад, див: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79746774>; <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80636519>; <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79754012> та інші (більше 300).

Відсутність пояснення вибору конкуруючих правових позицій ЄСПЛ. Ситуації, про які йде мова у даному випадку, можуть сприйматись як маніпулятивне застосування практики ЄСПЛ. Оскільки досить часто складається враження, що ВС (як і інші суди) просто підшукує найбільш “зручні” для себе аргументи із певного переліку позицій, які можуть мати конкуруючий і навіть альтернативний характер. При цьому мотивація такого вибору залишається незрозумілою, адже в аналогічних справах вибір може бути іншим. Власне в цьому і полягає проблема, яка має обмежуватись виключно прагматичним аспектом якості судового рішення і не ставити питання добросовісності суду, де спростування цієї презумпції потребує іншого способу доведення.

Найбільш показовим *прикладом* є практика застосування позицій, які при їх поверхневому та спрощеному сприйнятті, сприймаються як конкуруючі: а) теза про необхідність всебічності дослідження доказів, зокрема, важливість дати можливість “бути вислуханим”, право надати аргументи, які суд має оцінювати виходячи із принципу рівності як умови справедливості (наприклад, рішення у справі “Краска проти Швейцарії”) та б) позиція, відповідно до якої суд наділений правом “вибіркового реагування на аргументи сторін” (наприклад, рішення у справі “Проніна проти України”). У справах, де ВС застосовує ці аргументи із практики ЄСПЛ, фігурують просто цитати, які у більшості випадків не підкріплені жодним фактом чи доказом того, що вибір суду має раціональне обґрунтування і відповідає реальним обставинам а не є просто вибором зручного для судді способу оцінки аргументів сторін. В окремих випадках експерти вказували на те, що мотивація суду із посиланням на ці правові позиції могла сприйматись як маніпулятивна.

РОЗДІЛ 7. ШАБЛони ЯК ТАКТИКА АРГУМЕНТАЦІЇ

Поширеність шаблонів цитування та посилання на практику ЄСПЛ є традиційною ознакою судової практики не лише України, але й інших європейських держав. Можна стверджувати, що сам ЄСПЛ прецедентність власної практики систематизує за допомогою використання шаблонів, тобто певних стандартизованих формулювань правових позицій як загального характеру (загальні принципи) так і більш інструментальних положень вузької предметної спрямованості.

Шаблони є виправданою тактикою “оптимізації” підготовки тексту судового рішення за умови дотримання певних правил та обмежень. Перш за все, схожість фактичних обставин та правової основи для вирішення спору. Судова діяльність в значній мірі пов’язана саме з такими стереотипними (стандартними) ситуаціями. Особливо це характерно для нижчих судів, в меншій мірі – для ВС. Однак і тут є стандартні процесуальні ситуації – наприклад, застосування спрощеного провадження, питання відводу, самовідводу, оцінка доказів тощо.

Наступна таблиця відображає поширеність шаблонів у рішеннях ВС із застосуванням практики ЄСПЛ. Також для порівняння наводяться дані щодо місцевих та апеляційних судів (дослідження 2017 року).

Табл. 8 Застосування шаблонів посилання на практику ЄСПЛ /%

	ВП ВС	КАС ВС	КГС ВС	ККС ВС	КЦС ВС	Заг. суди (2017р.)
<i>Застосовується стандартний текст – шаблон</i>	53,0	74,0	72,0	68,0	79,0	72,5
<i>Застосовується стандартний підхід, з використанням інших формулювань чи/та рішень ЄСПЛ</i>	17,0	19,0	8,0	24,0	16,0	18,6
<i>Новий підхід (таких посилань раніше не було)</i>	29,0	7,0	9,0	8,0	4,5	Дані відсутні

Шаблон у тексті рішення ВС фактично є одним із *інструментів уніфікації застосування практики ЄСПЛ*, за допомогою якого певна позиція ВС отримує поширення у судовій системі. Тобто ВС тим самим виконує одне із завдань щодо забезпечення єдності судової практики. Однак помилковий чи некоректний шаблон ВС нівелює позитивні ефекти застосування практики ЄСПЛ.

На ВС в значній мірі покладається відповідальність за якість застосування практики ЄСПЛ національними судами. Під час дослідження експертами проводився вибірковий аналіз “долі” окремих рішень ВП ВС та касаційних судів, тобто простежувався процес включення цих рішень у практику національних судів.

Очевидним є те, що *більшість* випадків застосування практики ЄСПЛ судами базується на використанні шаблонних конструкцій із рішень ВС. Ця тенденція не є новою, оскільки такий процес фіксувався і раніше як основний канал впливу вищих судів на судову практику. Занепокоєння має викликати наступне:

- Некритичне сприйняття окремих шаблонів, в яких є явні технічні чи змістовні неточності чи помилки; “клонування помилок” (наприклад, показовим є наведений раніше приклад із масовим використанням фіктивного посилання на практику ЄСПЛ у рішенні КЦС ВС (*цитування підручника*));
- “Комбінація текстуальних запозичень” із різних судових текстів; при цьому реальним стає перекручування змісту правової позиції;
- Застосування власних підходів, інших способів текстуального оформлення позиції, що за змістом відповідає позиції ВС, однак за формою є іншими; (в окремих випадках експерти відзначали, що деякі рішення апеляційних суддів є більш ґрунтовними за змістом та якісними за викладом тексту ніж рішення ВС з тих же питань; тобто відхід від шаблону ВС дає більш якісний текст);
- Застосування шаблонів без повного і належного оцінювання їх релевантності обставинам справи.

З іншого боку, існує значна кількість шаблонів, які існували раніше і джерело їх походження вже не має зазначення. Частина шаблонів є результатом “обміну досвідом” нижчих судів, і стає шаблоном як прості взаємні запозичення суддів на рівні окремих судів, апеляційних округів, юрисдикцій. В таких шаблонах досить часто є змістовні (концептуальні) та технічні недоліки.

Помилкові шаблони українських судів мають проходити через *фільтр ВС* і відсіюватись, оскільки у рішеннях касаційної інстанції повинні відображатись і оцінки правильності застосування законодавства (включно із міжнародно-правовими джерелами). Однак, результати дослідження свідчать про недостатню спроможність ВС очищати судовий простір від помилкових шаблонів. Безумовно є приклади того, що ВС надає критичну оцінку

окремим усталеним помилковим конструкціям у текстах рішень нижчих судів. Але є й інші приклади. ВС продовжує застосовувати помилкові чи некоректні шаблони посилання на практику ЄСПЛ. Наслідком стає те, що авторитет джерела (рішення ВС) сприяє тиражуванню помилок і неточностей.

Показовим прикладом може бути доля рішення ЄСПЛ “Ілхан проти Туреччини” (İlhan v Turkey) від 27 червня 2000.⁸⁶ Ще в дослідженні 2017 року було виявлено численні посилання національних судів на це рішення з помилками передачі назви і частково змісту рішення. Зокрема, клонується некоректність назви (“Іліан”) Однак ситуація не змінилась. Більше того ці помилки шаблонів повторюються у останніх рішеннях КАС ВС.⁸⁷

РОЗДІЛ 8. ЯКІСТЬ ОФОРМЛЕННЯ ПОСИЛАНЬ ТА ЦИТУВАННЯ

Однією із позитивних тенденцій (у порівнянні із результатами дослідження 2017 року) розвитку практики нового ВС експерти визнають поступове зменшення недоліків та помилок, що мають техніко-юридичний характер. Зберігаються окремі традиційні для українських судів недоліки, однак вони втрачають масовість:

- Помилки та неточності назв та інших реквізитів рішень (найчастіше це має місце у випадках застосування “найбільш архаїчних шаблонів”);
- Недбалість та неухважність при оформленні тексту рішення (пропуски слів тощо);
- Помилки цитування, коли цитата наводиться некоректно або не оформлюється (відокремлюється від тексту) як цитування;
- Множинність посилання на рішення за відсутності потреби наведення переліку релевантних рішень;
- “Деперсоніфікація” у назві рішення (наприклад, “ОСОБА 1 проти Великої Британії), що є наслідком формального ставлення до внесення рішення до ЄДРСР; такі помилки є традиційними для всіх судів України; формально такі помилки можуть означати посилання на неіснуюче джерело.

Наступна таблиця дає узагальнену картину якості оформлення посилання на практику ЄСПЛ як ВС (ВП ВС та касаційні суди), так і, для порівняння, іншими судами.

Табл. 9 Правильність оформлення посилання на практику ЄСПЛ /%

	ВП ВС	КАС ВС	КГС ВС	ККС ВС	КЦС ВС	Заг. суди (2017р.)
<i>Загалом правильно/зауваження відсутні</i>	69,0	71,0	72,0	74,0	75,0	48,1
<i>Є окремі неточності</i>	28,0	27,0	25,0	23,0	22,0	40,1
<i>Неправильно/є суттєві помилки</i>	3,0	2,0	3,0	3,0	3,0	11,3

Основною проблемою є *відсутність уніфікованого формату цитування та посилання*.

Очевидно, *цитування та посилання, як технічні процедури підготовки тексту судового рішення, мають відмінності, що потребують окремого розгляду.*

⁸⁶ <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58734>

⁸⁷ <://revestr.court.gov.ua/Review/72290280>

Цитування, тобто відтворення тексту рішення, є важливим елементом якості судового рішення. Більшість випадків застосування практики ЄСПЛ базується на тому чи іншому способі використанні цитат. Як свідчить проведений аналіз, якість цитування рішень ЄСПЛ як ВП ВС та касаційними судами є вищою ніж у судах України загалом (за результатами дослідження 2017 року). Однак, поширеними є наступні недоліки:

- “приховане цитування” – наводиться фрагмент рішення ЄСПЛ, однак він жодним чином не ідентифікується як цитата (не дотримуються формальні мовні стандарти);
- “механічне цитування” – фрагмент рішення просто переноситься у текст рішення національного суду; із збереженням елементів тексту, що є функціональними чи допоміжними і виправданими лише в рамках тексту рішення ЄСПЛ;
- “цитування без вказівки на місце у тексті рішення ЄСПЛ” – цитата наводиться без вказівки на пункти рішення ЄСПЛ;
- “маніпулятивне цитування” – наводяться фрагменти тексту, які поєднуються у спосіб, який відповідає ситуативним потребам національного суду; існує ризик перекручування позиції ЄСПЛ чи некоректного її відтворення;
- “комбінація цитат” – в одному фрагменті тексту зведено цитати із різних рішень ЄСПЛ, можливості чіткої ідентифікації джерела або ускладнені або взагалі відсутні;

Поширеність таких недоліків (щонайменше, третина рішень мають ті чи інші вади цитування) переконує у необхідності вироблення національного стандарту цитування, оскільки ця проблема безпосередньо стосується **якості аргументації судового рішення**. Існує ризик перетворення цитування у конструювання “фіктивного посилання”, що не відповідає змісту рішення.

Посилання. Ситуація із правильністю оформлення посилання на рішення ЄСПЛ є неоднозначною. Посилання передбачає певний формат ідентифікації джерела цитат чи правових позицій. У даному випадку не розглядаються питання змістовної релевантності посилання (точність відтворення позиції) а лише технічний (формальний аспект). Це питання є досить важливим, оскільки без точної чи просто мінімально допустимої ідентифікації джерела не можна визнати наявність джерела нормативного чи риторичного аргументу.

Реальна практика дає різні формати цитування безпосередньо у тексті:

- «рішення від 11 квітня 2013 року у справі «Веренцов проти України», заява № 20372/11»;
- «рішення ЄСПЛ у справі «Спорронг і Льоннрот проти Швеції» від 23 вересня 1982 року»;
- «рішення від 12 лютого 2008 року у справі «Кафкаріс (Kafkaris) проти Кіпру»;
- «рішення від 16 лютого 2017 року у справі «Кривенький проти України» (заява № 43768/07);
- «рішення Європейського суду з прав людини від 27 листопада 2007 року у справі «Натер проти Бельгії» (заява № 21861/03);
- «справа «Принц Ліхтенштейну Ганс-Адамс II проти Німеччини»;
- «справа «Кечко проти України» (заява № 63134/00)»;
- «рішення у справі «Ахеп v. Герману»;
- новим форматом, що застосовується, очевидно, лише у практиці ККС, є посилання на рішення не безпосередньо у тексті, а у виносі (під текстом), яка оформлюється як у рішеннях ЄСПЛ.⁸⁸

Наведений **перелік є неповним**, що ще раз підтверджує тезу про недостатньо високий рівень уніфікації оформлення. У цьому різноманітті є кілька ключових питань, що вирішуються по-різному і потребують визначення і застосування як стандарт оформлення судового рішення:

88

Наприклад, див.: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/81360690>

- необхідність вказівки на *процесуальний формат чи вид рішення ЄСПЛ*; можливо, доцільно визнати обов'язковою таку вказівку у випадку рішення Великої Палати та ухвали щодо прийнятності; сучасна практика у більшості випадків такі обставини ігнорує, що ставить під сумнів коректність деяких посилань (наприклад, посилання на рішення палати при наявності рішення Великої Палати (варто зазначити, що рішення палати у такому випадку взагалі не набуває статусу остаточного); посилання на ухвалу про прийнятність за наявності висновків з того ж питання у рішенні по суті; тощо);
- необхідність *вказівки пункту (чи параграфа) рішення*; у переважній більшості досліджених рішень така вказівка є лише у випадках дослівного цитування рішення; в інших це положення виконується набагато рідше; досить часто пункти даються з помилками;
- визначення мови чи мов, на якій наводиться назва рішення («*Кафкаріс проти Кіпру*») чи «*Кафкаріс (Kafkaris) проти Кіпру*» чи «*Kafkaris v. Cyprus*» чи «*Кафкаріс проти Кіпру*» («*Kafkaris v. Cyprus*»);
- необхідність вказівки на *статус рішення* (тобто чи набуло статусу остаточного);
- посилання на *номер заяви* (зважаючи на технічну зручність пошуку такого рішення в базі рішень ЄСПЛ);
- *вказівка на дату прийняття* чи набуття статусу остаточного (очевидно, не у всіх випадках доцільно вказувати дату набуття статусу остаточного).

Нормативні підходи. ЄСПЛ підготовлено *Рекомендації/нотатки (Note) щодо порядку цитування та посилання на ухвали та рішення ЄСПЛ (старого та нового)*, остання редакція яких датована серпнем 2018 року.⁸⁹ Пропонуються наступні форма цитування та посилання:

- *Judgment on the merits delivered by a Chamber Campbell v. Ireland, no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II*
- *Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber Campbell v. Ireland [GC], no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II*
- *Decision on admissibility delivered by a Chamber Campbell v. Ireland (dec.), no. 45678/98, ECHR 1999-II Decision on admissibility delivered by the Grand Chamber Campbell v. Ireland (dec.) [GC], no. 45678/98, ECHR 1999-II*
- *Judgment on preliminary objections delivered by a Chamber Campbell v. Ireland (preliminary objections), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II*
- *Judgment on just satisfaction delivered by a Chamber Campbell v. Ireland (just satisfaction), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II*
- *Judgment on revision delivered by a Chamber Campbell v. Ireland (revision), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II*
- *Judgment on interpretation delivered by a Chamber Campbell v. Ireland (interpretation), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II*
- *Judgment striking the case out delivered by a Chamber Campbell v. Ireland (striking out), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II*
- *Judgment on a friendly settlement delivered by a Chamber Campbell v. Ireland (friendly settlement), no. 45678/98, § 15, ECHR 1999-II*

Офіційні переклади “українських рішень” в повній мірі *не використовують рекомендації ЄСПЛ (Note) щодо цитування* а пропонують інший спосіб.⁹⁰

⁸⁹ ://www.echr.coe.int/Documents/Note_citation_ENG.pdf

⁹⁰ В Україні ще в 2015 році було затверджено держстандарт бібліографічного опису джерел для потреб науки і освіти (хоча стандарти загалом скасовано, ці положення було відтворено у Наказі МОН і вони зберігають своє значення). Однак, цей наказ визначає стандарт лише оформлення рішень національних судів

Ухвала про прийнятність:

- ухвала щодо прийнятності у справі «Косіцина проти України» (*Kositsina v. Ukraine*), заява № 35157/02, від 15 січня 2008 року;
- *Для порівняння:* ось такий вигляд рішення про прийнятність мало б у випадку застосування Рекомендації ЄСПЛ Decision on admissibility delivered by a Chamber *Campbell v. Ireland* (dec.), no. 45678/98, ECHR 1999-II

Рішення по суті.

- рішення у справі «Антонов проти України» (*Antonov v. Ukraine*), заява № 28096/04, від 3 листопада 2011 року
- *Для порівняння:* ось такий вигляд рішення по суті мало б у випадку застосування Рекомендації ЄСПЛ: Judgment on the merits delivered by the Grand Chamber *Campbell v. Ireland* [GC], no. 45678/98, § 24, ECHR 1999-II.

Водночас, в інших європейських країнах застосовується конструкція, *більш наближена* до Рекомендацій. Наприклад, переклад на іспанську мову- (*K.U. c. Finlande*, по 2872/02, § 49, CEDH 2008); переклад на польську мову - *Nilsen i Johnsen przeciwko Norwegii* [WI], nr 23118/93, § 43, ETPCz 1999-VIII).

Формат, що є аналогічним до українського, застосовується лише в офіційних перекладах Міністерства юстиції Російської Федерації (ця обставина, очевидно, у свій час мала вирішальне значення для формування українського «підходу»):

«постановление Европейского Суда от 16 сентября 1996 года по делу «Акдивар и другие против Турции» (*Akdivar and Others v. Turkey*), пункт 105, *Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека* 1996-IV, и постановление Европейского Суда от 18 декабря 1996 года по делу «Аксой против Турции» (*Aksoy v. Turkey*), пункт 105, *Сборник постановлений и решений* 1996-VI, стр. 2288).

Слід зазначити, що повне дотримання стандартів Рекомендацій/ Note в українських реаліях, навіть в умовах ВС, є доволі проблематичним. Виникає проблема ідентифікації і пошуку Рішення; однак в Україні мало хто використовує “Збірник постанов та рішень Суду” (тобто без залучення бази HUDOC); багато хто навіть не зможе прочитати найменування сторін виключно на англ. мові, крім того, вся практика і судів і адміністративних органів цей стандарт не використовує і потенційно виникає плутанина. Незважаючи на ці обставини необхідність вирішення цього питання залишається актуальним завданням для ВС, який має можливість дати зразки цитування та посилання, що стануть прийнятними для всіх українських судів.

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ

Дослідження практики Верховного Суду щодо розгляду справ із використанням правових позицій Європейського суду з прав людини проведено з метою визначення особливостей їх імплементації та впливу на реалізацію Верховним Судом функцій із формування єдності національної судової практики та її гармонізації із європейськими стандартами.

Експертами Інституту прикладних гуманітарних досліджень було проведено оцінку 700 ухвал та постанов Великої Палати та касаційних судів, що мають посилання на практику ЄСПЛ. Із загальної кількості судових актів ВС (більше 290 тисяч станом на 1 квітня 2019 року) щонайменше 10 % рішень містять посилання на практику ЄСПЛ (для порівняння: нижчі суди - не більше 5 % у 2017 році). Існують масові /стандартні формати посилань

(наприклад, *Ухвала апеляційного суду Полтавської області від 27 серпня 2014 р, судова справа № 551/818/14-к. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41131992> (дата звернення: 6 17.03.2017))*

(шаблони), коли на певне рішення ЄСПЛ ВС посилається постійно (в окремих випадках це – 3-5 тисяч рішень).

Результати дослідження дозволяють зробити наступні *висновки* щодо досвіду першого року діяльності ВС:

- ВС демонструє прагнення більш органічно та системно інтегрувати практику ЄСПЛ в процедури розгляду справ як інструмент зміцнення демократичного судочинства та, зокрема, якості судових рішень;
- Відбувається поступовий перехід від декларативного цитування рішень до засвоєння базових інструментів ЄСПЛ - принципів, доктрин, «тестів» та алгоритмів правозастосування;
- Позитивні здобутки поєднуються з консервацією традицій декларативного цитування і маніпулятивного застосування практики ЄСПЛ в окремих категоріях справ, предметних сферах та галузях;
- Інновативність у найбільшій мірі проявляється у діяльності ВП ВС; в значній мірі це ініціюється ситуаціями аргументації відступу від попередніх правових позицій, визначення порядку виконання рішень ЄСПЛ (відновлення провадження) чи необхідністю вирішення виключних правових проблем;
- Елементи консервативності властиві касаційним судам, які використовують усталені в межах певних юрисдикцій підходи чи шаблони застосування практики ЄСПЛ, що не у всіх випадках є позитивною ознакою; зокрема, такими випадками є масові посилення на досить формальні та декларативні положення, аргументаційна цінність яких є дуже відносною;
- Новації впроваджуються уповільнено – часто правові позиції ЄСПЛ включаються з втратами і спрощеннями;
- Існують відмінності в межах касаційних судів і загалом ВС у сприйнятті нових підходів чи нової практики ЄСПЛ, єдність судової практики в межах ВС проявляється не завжди;

Дослідження не передбачало визначення *чинників* такого стану, однак враження експертів та отримані результати дозволяють висловити припущення про те, що головними чинниками були наступні обставини:

- Значне навантаження на суддів, зокрема, наявність значного масиву “рутинних”, стандартних чи малозначних справ;
- Невирішеність окремих доктринальних питань щодо умов і меж застосування практики ЄСПЛ; відсутність інструментальних підходів щодо системного і систематичного опрацювання поточної практики ЄСПЛ, зокрема – в українських справах;
- Відмінності рівня кваліфікації та професійної культури суддів як в межах касаційних судів так і відносно різних юрисдикцій;
- Наявність значного прошарку суддів, що є носіями “традицій старої школи судочинства” із схильністю до надмірного формалізму та поверхневого (формального) сприйняття ресурсів практики ЄСПЛ;
- Вплив “юрисдикційних традицій”, тобто усталеної практики (зокрема, шаблонів) застосування правових позицій ЄСПЛ в межах судових юрисдикцій; часто – неузгодженість таких форматів з іншими видами проваджень;

Загальний висновок: покращення національної судової практики в частині обґрунтованості та ефективності застосування правових позицій ЄСПЛ потребує усунення певних дефектів правозастосування самим ВС.

Ключовими сферами та напрямками діяльності, в межах яких доцільно концентрувати зусилля щодо посилення ролі ВС в імплементації практики ЄСПЛ в національний правопорядок та підвищенні якості рішень ВС, варто визнати:

переведення концепції «практики ЄСПЛ як джерела права» із *теоретичної* площини в *інструментальну*, тобто використовувати як сукупність правил судового правозастосування, якими послідовно і несуперечливо керується ВС і на які орієнтуються національні суди;

- створення рекомендаційних актів різного формату щодо умов і загальних правил застосування практики ЄСПЛ, оскільки очікування щодо «стихійного» (через практику самого ВС) формування таких правил не виправдовуються через низку причин, зокрема, і через суперечливість практики самого ВС; ключовим елементом таких правил мають бути прагматичні «тести релевантності посилання на практику ЄСПЛ»: за різними критеріями – предметними, суб'єктивними, фактичними тощо;
- уточнення тези про «універсальність практики ЄСПЛ як джерела права» на основі формулювання чітких критеріїв «прийнятності та релевантності» посилання на це джерело;
- запровадження в *структурі тексту рішення* ВС (як неформального стандарту, що вироблено практикою судочинства) спеціального розділу «правові позиції ЄСПЛ», що, водночас, матиме факультативний характер і не зобов'язуватиме у всіх випадках проводити відповідний аналіз справи з позицій ЄСПЛ; змістом такого розділу має стати не цитування а пояснення інтерпретаційного значення правової позиції, з обов'язковим виділенням можливості і необхідності застосування практики ЄСПЛ; очевидно, без такого пояснення посилання на це джерело не може визнаватись у повній мірі обґрунтованим;
- ознайомлення із узагальненим досвідом європейських судів у застосуванні практики ЄСПЛ; підготовка за участю міжнародних проектів збірників перекладів рішень національних судів, де застосовується практика ЄСПЛ, звернувши особливу увагу на досвід країн, де існують спроби визначити критерії та умови релевантності та обґрунтованості застосування такої практики (наприклад, Італії, Німеччини, Нідерландів тощо);
- внесення змін до Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» в частині уточнення концептуальних і технічних положень щодо застосування судами практики ЄСПЛ;
- застосування формалізованого тесту «допустимості/релевантності та необхідності» посилання на практику ЄСПЛ у практиці ВП ВС і обов'язкове визначення цих позицій у текстах *правових висновків* у виключних правових проблемах;
- аналітичне узагальнення практики застосування найбільш масових лінгво-юридичних конструкцій (*шаблонів цитування і аргументації на основі практики ЄСПЛ*) з метою оцінки: а) коректності відтворення позиції і тексту рішення ЄСПЛ; б) врахування статусу рішення ЄСПЛ (з позицій динамічного чи еволюційного підходу і існування можливості відходу ЄСПЛ від певних позицій); в) предметної та юрисдикційної належності, тобто можливості застосування такого шаблону в межах певних юрисдикцій; г) можливості застосування такого формулювання судами першої та апеляційної інстанції; у підсумку із «судового обігу» має бути вилучено помилкові, сумнівні та нерелевантні шаблони цитування практики ЄСПЛ;
- впровадження у поточну практику ВП ВС та касаційних судів принципу врахування інтерпретаційного значення рішень із різним статусом (провідні, пілотні, квазі-пілотні; рішення Великої палати тощо);
- узагальнення практики застосування ВС і національними судами загалом *провідних рішень ЄСПЛ*; зокрема, необхідно визначитись із можливістю застосування моделі «усталеної практики щодо України» і ідентифікацією «провідних українських рішень»

- з чітким визначенням меж їх застосування, оскільки очевидним є факт нівелювання їх інтерпретаційного значення змінами національного законодавства;
- посилення впливу ВС на подолання недоліків застосування практики ЄСПЛ нижчими судами з використання як формальних (в межах процедур касації) так і неформальних засобів; що може передбачати і використання доступних засобів неформального впливу (узагальнення, аналітичні матеріали тощо);
 - більш активне та послідовне використання процесуальних інструментів впливу на практику апеляційних та місцевих судів – тобто в рамках касаційної процедури надання оцінки аргументам сторін та позиціям нижчих судів, які базуються на використанні правових позицій ЄСПЛ;
 - використання інституту «виключної правової проблеми», оскільки особливе значення можуть мати висновки ВП ВС в справах, де розглядається виключна правова проблема і в яких ВП ВС може формулювати чи просто ідентифікувати правові позиції ЄСПЛ (із посиланням на відповідні рішення), що мають застосовуватись як базова засада вирішення справ певного типу;
 - визначення дискусійних питань практики, які можуть потребувати звернення ВС до ЄСПЛ відповідно до процедури «преюдиційного висновку» (Протокол №16 ЄКПЛ); попередній аналіз дає підстави для припущення про існування таких проблем практично у всіх юрисдикціях;
 - створення внутрішнього стандарту цитування та посилання на практику ЄСПЛ, його послідовне дотримання ВС як спосіб фактичного впливу на застосування в судовій системі загалом; формалізація такого стандарту можлива, зокрема, не лише через усталену судову практику але і шляхом нормативного визначення у законі про виконання рішень і застосування практики ЄСПЛ;
 - розширення кола осіб, які залучаються до консультативно-аналітичного забезпечення діяльності ВС; зокрема, шляхом створення організаційних можливостей використання інституту *amicus curie* у різних позапроцесуальних форматах (зокрема, і поза межами науково-консультативної ради) залучення громадськості, експертного середовища, професійних спільнот до обговорення питань імплементації прецедентної практики ЄСПЛ у поточну діяльність ВС;
 - розширення доступу всіх суддів та професійних спільнот до аналітичних матеріалів щодо практики ЄСПЛ, якими ВС користується у процесі підготовки рішень;
 - уточнення форматів та змістовного наповнення аналітичних матеріалів ВС щодо практики ЄСПЛ (у форматі онлайн-публікацій); доцільно переглянути концепцію та методичку такого огляду; зокрема, враховувати статус рішень аби уникати ризиків посилання на неналежне джерело права; ще більш важливим є формулювання правових позицій в таких матеріалах, а не лише фабули справи;
 - розширення можливостей використання аналітичних матеріалів самого ЄСПЛ (путівники та інші публікації); зважаючи на певну затримку із появою перекладів цих матеріалів, а особливо їх періодичного оновлення, необхідно в координації із Національною школою суддів, профільними міжнародними проектами забезпечувати доступ суддів ВС до цих матеріалів; зокрема і шляхом їх розміщення на веб-сайті суду або публікації у періодичних виданнях ВС;
 - підвищення ефективності використання передбачених законодавством інституційних можливостей взаємодії із офісом Уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини.