

Аналітичний звіт  
за результатами  
**МОНІТОРИНГУ СУДОВИХ РІШЕНЬ  
ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ В УКРАЇНІ ПОЛОЖЕНЬ КОНВЕНЦІЇ  
ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД  
ТА ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**



Координатор проектів ОБСЄ в Україні  
ГО «Інститут прикладних гуманітарних досліджень»  
в межах проекту «Гарантування дотримання прав людини при здійсненні правосуддя»  
за фінансової підтримки Міністерства міжнародних справ Канади



Організація з безпеки та  
співробітництва в Європі  
**Координатор проектів в Україні**



Global Affairs  
Canada

Affaires mondiales  
Canada

**ІНСТИТУТ  
ПРИКЛАДНИХ  
ГУМАНІТАРНИХ  
ДОСЛІДЖЕНЬ**



Аналітичний звіт  
за результатами

**МОНІТОРИНГУ СУДОВИХ РІШЕНЬ  
ЩОДО ЗАСТОСУВАННЯ В УКРАЇНІ ПОЛОЖЕНЬ КОНВЕНЦІЇ  
ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД  
ТА ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**

Координатор проектів ОБСЄ в Україні  
ГО «Інститут прикладних гуманітарних досліджень»  
в межах проекту «Гарантування дотримання прав людини при здійсненні правосуддя»  
за фінансової підтримки Міністерства міжнародних справ Канади



Організація з безпеки та  
співробітництва в Європі  
**Координатор проектів в Україні**



Global Affairs  
Canada

Affaires mondiales  
Canada

ІНСТИТУТ  
ПРИКЛАДНИХ  
ГУМАНІТАРНИХ  
ДОСЛІДЖЕНЬ

Авторський колектив: Буроменський М. В., Сердюк О. В.

Усі права захищені. Зміст цієї публікації можна безкоштовно копіювати та використовувати за умови посилання на джерело інформації.

Погляди, думки, висновки та інша інформація, наведені у цьому документі, не були надані та не обов'язково схвалені Організацією з безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ), якщо ОБСЄ не є чітко вказана як автор цього документа.

© Координатор проектів ОБСЄ в Україні, 2018

© Інститут прикладних гуманітарних досліджень, 2018

## Зміст

|                                                                                                                                                          |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Резюме аналітичного звіту . . . . .</b>                                                                                                               | <b>.6</b> |
| <b>Список скорочень . . . . .</b>                                                                                                                        | <b>.8</b> |
| <b>Вступ . . . . .</b>                                                                                                                                   | <b>.9</b> |
| <b>Методологія . . . . .</b>                                                                                                                             | <b>10</b> |
| Концептуальні засади оцінки судових рішень . . . . .                                                                                                     | 10        |
| Техніки та процедури формування вибірки судових рішень. . . . .                                                                                          | 11        |
| Емпірична база дослідження . . . . .                                                                                                                     | 12        |
| <b>ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ ДОСЛІДЖЕННЯ</b>                                                                                                                    |           |
| <b>Розділ 1</b>                                                                                                                                          |           |
| <b>Частота та формати застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ . . . . .</b>                                                                                   | <b>13</b> |
| 1.1. Динаміка показників застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ . . . . .                                                                                    | 13        |
| 1.2. Експертне оцінювання необхідності застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ: рішення без посилань . . . . .                                                | 15        |
| 1.3. Характер (спосіб) застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ українськими суддями . . . . .                                                                 | 17        |
| 1.4. Складність справи та частота посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ . . . . .                                                                           | 19        |
| 1.5. Цілі застосування посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ. . . . .                                                                                        | 20        |
| <b>Розділ 2</b>                                                                                                                                          |           |
| <b>Обґрунтованість посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ . . . . .</b>                                                                                       | <b>21</b> |
| 2.1. Критерії та показники обґрунтованості . . . . .                                                                                                     | 21        |
| 2.2. Частота та обґрунтованість посилань на конкретні статті ЄКПЛ та рішення ЄСПЛ . . . . .                                                              | 23        |
| <b>Розділ 3</b>                                                                                                                                          |           |
| <b>Використання шаблонів та правильність оформлення посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ . . . . .</b>                                                      | <b>31</b> |
| 3.1. Проблема шаблонів/зразків . . . . .                                                                                                                 | 31        |
| 3.2. Оцінювання правильності оформлення посилань та цитування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ . . . . .                                                            | 34        |
| <b>Розділ 4</b>                                                                                                                                          |           |
| <b>Судді-тренери та розробники навчальних матеріалів із застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ: особливості використання ЄКПЛ та практики ЄСПЛ . . . . .</b> | <b>35</b> |
| <b>Розділ 5</b>                                                                                                                                          |           |
| <b>Типові змістовні недоліки та помилки застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ . . . . .</b>                                                                 | <b>37</b> |
| <b>Розділ 6</b>                                                                                                                                          |           |
| <b>Типові недоліки оформлення посилань та цитування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ . . . . .</b>                                                                  | <b>47</b> |
| <b>Висновки та рекомендації . . . . .</b>                                                                                                                | <b>51</b> |
| Висновки . . . . .                                                                                                                                       | 51        |
| Рекомендації . . . . .                                                                                                                                   | 55        |

## Резюме аналітичного звіту

Аналітичний звіт містить результати дослідження застосування українськими суддями ЄКПЛ та практики ЄСПЛ, проведеного ГО «Інститут прикладних гуманітарних досліджень» у грудні 2015 – листопаді 2017 року. Мета дослідження – визначення впливу тренінгів для суддів з питань застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ, що проводилися Координатором проектів ОБСЄ в Україні, на частоту, обґрунтованість та релевантність застосування цього джерела права. Експертами було досліджено 3 604 судових рішення (680 суддів, що становить 77% учасників тренінгів), з них – 3 592 рішення стали предметом статистичного аналізу.

Основні результати дослідження:

- порівняння частоти посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ учасників тренінгів у 2014-2017 роках до та після тренінгів свідчить про зростання середньої кількості рішень із використанням цього джерела права на 37,5% (найсуттєвіше зростання – у 2016-2017 роках), при чому в зазначений період загальна кількість судових проваджень зменшилася на 15%;
- тренінги ініціювали активність тих суддів, які ніколи раніше не використовували у тексті рішень посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ: 82% з них почали посилалися на це джерело права;
- позитивні статистичні тренди потребують зваженої оцінки за критеріями необхідності та обґрунтованості використання такого джерела права; експертні оцінки засвідчують, що потреба застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ диференціюється за видами проваджень і має оцінюватися виключно у контексті конкретних обставин справи, уникаючи будь-яких тверджень щодо обов'язковості застосування цього джерела;
- вплив тренінгів є неоднозначним: з одного боку, зростає кількість і частка посилань на конкретні рішення ЄСПЛ та/або правові позиції ЄСПЛ; з іншого боку, збільшується і частка посилань загального характеру (ЄКПЛ чи окремі рішення ЄСПЛ згадуються без пояснення їхнього значення для конкретної справи й без оцінки їхньої релевантності предметові судового розгляду);
- процесуальні питання прямо чи опосередковано є основним мотивом чи підставою звернення до ЄКПЛ. Після тренінгів актуальність процесуальних аспектів відчутно зростає. Експертні оцінки підтверджуються також і тим, що 57% рішень містять посилання на статтю 6 ЄКПЛ, а 12% – на статтю 5, де процесуальні питання мають суттєве значення;
- у загальній структурі рішень з посиланнями на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ приблизно 70% становлять рішення, де конвенційні положення розкриваються не лише шляхом посилання на зміст статей ЄКПЛ, а й через практику ЄСПЛ; їхня частка збільшується під впливом тренінгів;
- загалом у масиві досліджених рішень виявлено посилання на 488 рішень ЄСПЛ. З них рішення проти України становлять 49% (у справах кримінальної юрисдикції – 72%). Приблизно 20% рішень становлять «класичні рішення ЄСПЛ» (*leading case* або *landmark case*); після тренінгів кількість використаних рішень суттєво зростає (з 298 до 421);
- переважна більшість посилань стосується типових/масових судових проваджень (67,1%). Але існує інший аспект – саме в типових чи простих справах масово фіксуються випадки необґрунтованого застосування («зайві»; «формальні»; «декларативні»). Порівняння даних «до» і «після» тренінгів засвідчує, що відбувається зростання частки неналежного застосування ЄКПЛ у таких справах;
- частота використання окремих рішень ЄСПЛ суттєво різниться залежно від юрисдикції. Для кожної юрисдикції існує певний масив рішень ЄСПЛ «активного застосування», кількість яких становить від 30 до 60. Цей перелік є динамічним і гнучким та реагує на зміну практики ЄСПЛ, появу нових рішень;
- не було зафіксовано впливу тренінгів на зміну структури посилань та цитування практики ЄСПЛ, де зберігається «ядро» традиційних та усталених правових позицій рішень ЄСПЛ, що використовуються при розробці змісту тренінгових програм. Очевидно, що компонент «нова практика ЄСПЛ» має бути обов'язковим елементом навіть базових програм навчання суддів за проблематикою ЄСПЛ;
- обґрунтованими посилання на практику ЄСПЛ визнаються приблизно у 60% рішень, які також мають певне ранжування:
  - ✓ посилання на практику ЄСПЛ є основою мотивування чи матеріальної частини (відсутня можливість побудови аргументації на основі національного законодавства) – 14,1%;
  - ✓ правові позиції ЄСПЛ є обов'язковим, проте додатковим до національного законодавства способом мотивування – близько 20%;
  - ✓ позиції ЄСПЛ є додатковим, проте необов'язковим способом мотивування судового рішення – приблизно 24,3%;
- найпомітнішим позитивним результатом тренінгів стає зростання майже вдвічі (з 7,2% до 14,1%) частки посилань, що стають основою мотивування рішення;

- суттєвою проблемою є поширеність «декларативних» та «формальних» («зайвих») посилань, частка яких після тренінгів досить суттєво збільшується: до тренінгів – 23,8%, після – 33,3%. Очевидно, тренінги створюють мотивацію до кількісного збільшення випадків використання практики ЄСПЛ, що не підкріплюється наявністю вмінь та навичок релевантного її застосування;
- найбільшою проблемою залишається поширеність «помилкового» та «маніпулятивного» застосування практики ЄСПЛ (загалом 8,2% рішень експертами було віднесено до цієї категорії). Оскільки цей показник не змінюється після тренінгів, очевидно, відповідна проблематика має враховуватися при визначенні навчальних та організаційних складових тренінгів;
- застосування практики ЄСПЛ відбувається в досить обмеженому переліку стандартних ситуацій;
- під впливом тренінгів не відбувається підвищення якості текстуального оформлення посилань. Більше того, дещо зростає частка посилань, що їх експерти визнають такими, які мають окремі технічні помилки чи некоректність оформлення та цитування. Очевидно, пояснити цю тенденцію можна загальним збільшенням кількості посилань та прагненням до використання рішень ЄСПЛ. Досить часто проявляється і зневажливе ставлення судді (та/або помічника судді) до технічних аспектів виготовлення тексту рішення;
- результати дослідження дозволили виявити певні прогалини та недоліки професійної підготовки суддів, на поширеність яких тренінги суттєвого впливу не справляють, особливо зважаючи на їхній рамковий характер і неможливість охоплення всього спектру проблем застосування ЄСПЛ та практики ЄСПЛ упродовж двох днів навчання:
  - ✓ вибірковість застосування практики ЄСПЛ;
  - ✓ посилання на загальні принципи та тлумачення з ігноруванням передбачених ЄСПЛ умов їхнього застосування;
  - ✓ плутанина та нечіткість розуміння правової позиції ЄСПЛ: проблема розрізнення *ratio decidenti* та *obiter dictum* рішення;<sup>1</sup>
  - ✓ порушення юрисдикційного критерію *ratione personae*;<sup>2</sup>
  - ✓ обґрунтування «надмірного формалізму» посиланням на тлумачення ЄСПЛ;
  - ✓ посилання на загальні положення та тлумачення ЄКПЛ як заміна аналізу фактичних обставин справи;
  - ✓ надмірність посилань;
  - ✓ вихід за межі правової позиції ЄСПЛ;
  - ✓ помилкове чи нерелевантне обставинам тлумачення рішення;
  - ✓ застосування рішення ЄСПЛ за аналогією;
  - ✓ нечіткість або відсутність визначення *leading case* – первинного джерела правової позиції ЄСПЛ;
  - ✓ абсолютизація окремих позицій рішення ЄСПЛ та презумпція обов'язковості їхнього застосування;
  - ✓ порушення сфери застосування окремих статей ЄКПЛ;
  - ✓ обґрунтування фіктивних преюдицій на підставі рішень ЄСПЛ: різновид «маніпулятивного» застосування;
  - ✓ посилання на практику ЄСПЛ за наявності чітких та несуперечливих положень національного закону;
  - ✓ відсутність оцінки аргументів сторони судового спору, що містять посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ;
  - ✓ підміна мотивувальної частини судового рішення цитуванням практики ЄСПЛ;
  - ✓ неповнота та вибірковість викладення правової позиції ЄСПЛ;
  - ✓ фрагментарність знань з міжнародного та європейського права;
  - ✓ суперечності між наведеною правовою позицією ЄСПЛ та рішенням суду.

<sup>1</sup> Терміни *ratio decidenti* та *obiter dictum* є ключовими категоріями класичної теорії судового прецеденту. Однак стосовно практики ЄСПЛ вони використовуються виключно з метою розрізнення у тексті рішення ЄСПЛ положень, які містять тлумачення ЄКПЛ, що належать до «стандартів» чи «прецедентів» тлумачення (положення *ratio decidenti*), а також інших елементів тексту рішення (*obiter dictum*).

<sup>2</sup> За аналогією з критеріями прийнятності скарг до ЄСПЛ залежно від суб'єкту подання принцип *ratione personae* у цьому разі обумовлює можливість застосування ЄКПЛ до правовідносин залежно від складу їх учасників.

## Список скорочень

---

|              |                                                                               |
|--------------|-------------------------------------------------------------------------------|
| <b>ВАСУ</b>  | – Вищий адміністративний суд України                                          |
| <b>ВГСУ</b>  | – Вищий господарський суд України                                             |
| <b>ВСУ</b>   | – Верховний Суд України                                                       |
| <b>ВССУ</b>  | – Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ |
| <b>ГК</b>    | – Господарський кодекс України                                                |
| <b>ЄДРСР</b> | – Єдиний державний реєстр судових рішень                                      |
| <b>ЄК</b>    | – Європейська комісія з прав людини                                           |
| <b>ЄКПЛ</b>  | – Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод                    |
| <b>ЄС</b>    | – Європейський Союз                                                           |
| <b>ЄСПЛ</b>  | – Європейський суд з прав людини                                              |
| <b>КАС</b>   | – Кодекс адміністративного судочинства України                                |
| <b>КК</b>    | – Кримінальний кодекс України                                                 |
| <b>КПК</b>   | – Кримінальний процесуальний кодекс                                           |
| <b>КСУ</b>   | – Конституційний Суд України                                                  |
| <b>НШСУ</b>  | – Національна школа суддів України                                            |
| <b>ЦК</b>    | – Цивільний кодекс України                                                    |
| <b>ЦПК</b>   | – Цивільний процесуальний кодекс України                                      |

## Вступ

*Аналітичний звіт містить результати моніторингу судових рішень щодо застосування в Україні положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини, проведеного ГО «Інститут прикладних гуманітарних досліджень» на запит Координатора проектів ОБСЄ в Україні в межах проекту «Гарантування дотримання прав людини при здійсненні правосуддя» (далі – Проект) за фінансової підтримки Уряду Канади. Дослідження здійснювалося упродовж грудня 2015 – листопада 2017 року.*

Мета дослідження:

- зміцнити спроможність громадянського суспільства здійснювати моніторинг судових рішень щодо застосування положень ЄКПЛ та практики ЄСПЛ суддями;
- встановити вихідні дані та оцінити прогрес у застосуванні суддями положень ЄКПЛ та практики ЄСПЛ до та після проведення для них навчальних заходів у рамках Проекту (шляхом перегляду та аналізу судових рішень через Єдиний державний реєстр судових рішень), з метою визначення майбутніх потреб у навчанні.

Результати дослідження мають:

- виявити кількісний та якісний стан застосування українськими суддями ЄКПЛ та практики ЄСПЛ;
- визначити вплив тренінгів (проведених Проектом протягом 2014-2016 років) на показники застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ; емпіричним проявом такого впливу є відмінності показників до і після участі суддів у тренінгах;
- ідентифікувати та описати типові проблеми, складнощі та недоліки судових рішень із відповідними посиланнями;
- визначити системні вади законодавства, що створюють ризики некоректного застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ або перешкоджають йому;
- надати рекомендації щодо змісту та методики подальших навчальних заходів для суддів із цієї тематики;
- порівняти результати моніторингу з вихідними даними та визначити кількісні та якісні показники застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ у фазах «до» і «після» проведення навчальних заходів;
- виявити загальні прогалини/недоліки та поліпшення рівня застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ українськими суддями;
- окреслити структурні проблеми, які потребують втручання на законодавчому, виконавчому або інших рівнях, що є поза компетенцією судової системи.

## Методологія

- концептуальні засади оцінки судових рішень;
- техніки та процедури формування вибірки судових рішень.

### Концептуальні засади оцінки судових рішень

Оцінювання судових рішень передбачає оцінку їхньої якості за певними критеріями, при цьому, однак, не застосовуються ті критерії, що є елементами судового перегляду рішень у касаційному чи апеляційному порядку. Результати аналізуються лише в узагальненому («деперсоніфікованому») вигляді. Тобто таке позапроцесуальне оцінювання проводиться, зважаючи виключно на потребу оптимізації підготовки суддів для обґрунтованого та якісного застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини, а також визначення впливу участі суддів у навчальних тренінгах.

**Метою цього завдання не є виявлення помилок або прогалин у судових рішеннях конкретних суддів. Натомість метою є з'ясувати загальну тенденцію щодо змін у застосуванні суддями ЄКПЛ та практики ЄСПЛ у зв'язку з проходженням навчання. Тому аналіз судових рішень у рамках цього моніторингу не можна розглядати як оцінку діяльності окремих суддів або як спробу поставити під сумнів чи підтвердити правильність відповідних судових рішень.**

*Зважаючи на це, при цитуванні рішень у тексті цього аналітичного звіту відсутня інформація про суддю, суд та реквізити рішення у ЄДРСР.*

Об'єктом оцінювання є всі види рішень, у тому числі процесуальні ухвали, оскільки, як свідчать попередній аналіз та публічні обговорення у професійному середовищі, обмеження дослідження лише остаточними рішеннями (рішеннями по суті) залишає за межами аналізу окремі проблемні ситуації судового провадження, що дістають вияв саме у процесуальних рішеннях, де правові позиції ЄСПЛ можуть стати важливим чинником підвищення якості судових рішень (наприклад, питання обмеження доступу до суду на етапі відкриття провадження; ухвали слідчих суддів тощо).

Методологія застосовується для оцінки:

- а) рішень з посиланням на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ (оцінюється якість та обґрунтованість застосування цього джерела права);
- б) рішень без посилання на ЄКПЛ (оцінюється обґрунтованість відсутності застосування ЄКПЛ).

**Методологічне пояснення.** Законодавче визначення поняття «ЄКПЛ та практика ЄСПЛ як джерела права» є суперечливим з огляду на усталені підходи до розуміння «джерел права», і це може стати суттєвою перешкодою для концептуальних засад інтерпретації отриманих результатів. Випадки очевидної невідповідності національного закону тексту ЄКПЛ зустрічаються нечасто. Ця обставина потребує виокремлення ситуацій посилання суддів виключно на ЄКПЛ та на її тлумачення ЄСПЛ (фактично – на конкретні рішення ЄСПЛ). Однак цей методологічний прийом потребує встановлення змісту понять «практика ЄСПЛ», «прецедент ЄСПЛ», «правові позиції ЄСПЛ» тощо, які використовують як дослідники, так і практичні працівники для пояснення значення практики ЄСПЛ для українських суддів. Проблемою залишаються суттєві відмінності у розумінні змісту цих понять, що, відповідно, може мати наслідком і неоднакове розуміння їхньої правової природи.

У методології використовується термін «правова позиція ЄСПЛ», який змістовно та функціонально є аналогічним терміну «**прецедент тлумачення ЄКПЛ**». Термін «прецедент» не вживається для того, аби уникнути переваженості його теоретичних асоціацій та наблизитися до традиційної термінології національної доктрини судової практики.

Для визначення змісту та особливостей застосування поняття «правові позиції ЄСПЛ» у випадку експертної оцінки якості застосування ЄКПЛ у судовому рішенні використано такі положення:

- значення правових позицій ЄСПЛ у судовому правозастосуванні базується на пріоритеті ЄКПЛ відносно національного законодавства та на презумпції її відповідності нормам Конституції України;
- 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);
- ЄСПЛ є контрольним органом ЄКПЛ, 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, розроблених власне ЄСПЛ (наприклад, автономність понять, європейський консенсус тощо);

- за наявності певних обставин зміст рішення ЄСПЛ виходить за межі вирішення конкретного спору, створюючи стандарт чи загальне правило тлумачення положень ЄКПЛ;
- наявність тлумачень ЄКПЛ визначає *res interpretata* (інтерпретаційне значення) рішень ЄСПЛ, яке за своїм правовим ефектом, однак, не набуває рівня *erga omnes* (імперативних норм/зобов'язань універсального характеру) чи будь-якого іншого подібного статусу;<sup>3</sup>
- правова позиція ЄСПЛ – положення, що за своїм мотивувальним значенням мають однакову силу як для учасників ЄКПЛ (сторін у справі), так і для власне ЄСПЛ, що не позбавляє останнього можливості застосувати інший підхід (застосовуючи еволюційне чи динамічне тлумачення);
- при застосуванні українськими суддями правових позицій ЄСПЛ або інших положень тексту рішення цього Суду вони не можуть мати преюдиційного значення;
- поняття «практика ЄСПЛ» та «правові позиції ЄСПЛ» не співпадають за своїм змістом, що дає підстави для висновку щодо неможливості віднесення всіх без винятку рішень ЄСПЛ чи всіх елементів тексту конкретного рішення до «джерела права» чи «релевантного джерела права»;
- «мотивувальна сила» правової позиції ЄСПЛ не залежить від того, чи була Україна учасницею відповідної справи;
- до сфери розсуду національного судді належить застосування ЄКПЛ в тлумаченні, наданому в конкретному рішенні ЄСПЛ (тобто – конкретної правової позиції), однак відмова від такого тлумачення можлива лише за наявності достатніх та переконливих аргументів. Міжнародно-правовий принцип *pacta sunt servanda* («договори мають виконуватися») має застосовуватися і щодо тлумачення ЄКПЛ у рішеннях ЄСПЛ;
- правові позиції ЄСПЛ належать до усталеної судової практики ЄСПЛ (*settled jurisprudence*), що в окремих випадках не виключає (передусім в «українських справах») можливості посилання на окремі аргументи, що їх власне ЄСПЛ міг і не наділити значенням усталеної судової практики;
- правові позиції пілотних рішень щодо України не можуть в юридичному сенсі мати пріоритетного значення лише на підставі їхньої належності до пілотних;
- правові позиції ЄСПЛ мають оцінюватися та застосовуватися з урахуванням виду рішення, в якому вони визначені (наприклад, рішення по суті чи про прийнятність; рішення комітету, палати чи Великої палати).

З огляду на це експертне оцінювання має дати відповіді на питання щодо якості застосування таких правових позицій (прецедентів тлумачення) за такими групами критеріїв:

а) **точність та повнота ідентифікації** правової позиції ЄСПЛ (в тому числі показники коректності цитування рішення чи відтворення його змісту);

б) **обґрунтованість застосування** (наявність «аналогічних правовідносин»), відповідність фактичним обставинам, правильність застосування аргументів рішення ЄСПЛ та їх значення для мотивування рішення українського судді;

в) **правильність оформлення** посилань та цитування ЄКПЛ і практики ЄСПЛ.

## Техніки та процедури формування вибірки судових рішень

Вибірка судових рішень проводилася у два етапи:

- 1) відбір суддів;
- 2) відбір судових рішень тих суддів, які ввійшли до вибірки.

Відповідно до технічного завдання вибірка повинна була забезпечити представництво не менше 100-150 суддів для кожної з трьох фаз оцінювання (2014, 2015, 2016 роки) та включати не менше 1 200 рішень (для кожного з етапів – «до» і «після» тренінгів).

**Генеральну сукупність** на кожній фазі оцінювання становлять всі судді, які брали участь у тренінгах, що були проведені за відповідний період. Список учасників заходів у 2014-2015 роках нараховує 660 осіб (із них 38 суддів становлять автономну категорію – «розробники навчальних матеріалів та тренери»); у 2016 році кількість учасників становила 278 суддів. Оскільки оптимальна чисельність вибірки для кожної фази має становити 150 суддів, як метод (техніку) відбору було використано випадковий (систематичний) відбір зі списку учасників із **кроком відбору – 2**. Базою вибірки є алфавітний список учасників, що забезпечує відповідність такого відбору принципу випадковості. Однак фактично було відібрано більшу кількість суддів, оскільки виявилось, що певна частина суддів – учасників тренінгів у період дослідження не мала повноважень для здійснення правосуддя, а в інших – кількість судових рішень із застосуванням ЄКПЛ є недостатньою, або ж вони взагалі відсутні.

3 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.

*Відбір судових рішень* проводився безпосередньо експертами на основі списку суддів, рішення яких вони мали оцінювати. Основним завданням був пошук рішень, що підлягатимуть експертному оцінюванню за принципом: *3 рішення, де застосовується ЄКПЛ, та 2 рішення, де відповідні посилання відсутні, – окремо для кожної фази: «до» і «після» тренінгів.*

**Фаза «до тренінгів».** Використовується пошукова система Єдиного державного реєстру судових рішень (ЄДРСР)<sup>4</sup>, де задається режим пошуку: *період – 12 місяців до дати першої участі у тренінгу; статус судді – одноособовий розгляд чи головуючий (суддя-доповідач).* Отриманий результат (база рішень, їхня кількість) фіксується як *базовий показник* масиву рішень, ухвалених суддею (за його участі) у зазначений період. Зі списку рішень експерти обирали два рішення без застосування ЄКПЛ (рішення по суті, з різним предметом) за принципом випадковості. При цьому додатково застосовувався принцип аналогії – бажаним було отримання рішень, що за своїм предметом є схожими з рішеннями, де були посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ.

Наступним кроком був відбір рішень на стадії «до участі у тренінгу», де є посилання на ЄКПЛ чи практику ЄСПЛ, за допомогою пошукової системи ЄДРСР (пошук за ключовими словами/ частинами: *«Конвенц», «Європейськ суд», «Європейськ конвенц»*). Отриманий перелік рішень перевірявся на релевантність (вилучали рішення з посиланням на інші акти (наприклад, «Конвенція про права дитини» тощо). Якщо кількість рішень становила 1-3 рішення, вони всі включалися у вибірку; якщо кількість була більшою – використовувався випадковий (систематичний відбір).

**Фаза «після тренінгів».** Застосовувався аналогічний алгоритм відбору – за період *12 місяців після дати першої участі у тренінгу.*

## Емпірична база дослідження

Відповідно до технічного завдання та методології дослідження була створена **вибірка судових рішень** за такими параметрами.

**1. Кількість суддів,** рішення яких було включено до вибірки:

- перша фаза – 235;
- друга фаза – 268;
- третя фаза – 177.

Загальна кількість суддів склала 680, що становить 77% учасників тренінгів Проекту. Найбільшим представництвом було у суддів, які на час проведення тренінгів працювали у судах загальної юрисдикції, а саме: місцеві суди – 56,2%; апеляційні суди – 15,0%. Судді адміністративних судів становлять 27,4% (судді окружних адміністративних судів – 20,0%; апеляційних адміністративних судів – 6,4%; ВАСУ – 1,0%). Представництво суддів господарських судів та касаційних судів (ВССУ, ВГСУ та ВСУ) є незначним (2,2%), і переважно це – судді, які мають статус «тренер/розробник навчальних матеріалів». Гендерний склад (чоловіки – 53,7%; жінки – 46,3%) та регіональний розподіл (пропорційне представництво усіх регіонів) загалом відповідають показниками суддівського корпусу України.

**2. Кількість судових рішень** відповідно до дизайну вибірки мала визначатися за формулою *«кількість відібраних суддів» X 10 судових рішень (нормативна кількість для кожного відібраного судді).* Однак фактична кількість рішень у кожного з суддів вибіркової сукупності була меншою через різні обставини (відставка, припинення повноважень, відсутність рішень із застосуванням ЄКПЛ тощо) й, відповідно, виникла необхідність збільшення кількості суддів у вибірці.

**Фактична чисельність досліджених судових рішень становить 3 604, із них 3 592 рішення були предметом статистичного аналізу.**

Експертне оцінювання було проведено над усіма обраними рішеннями, однак при статистичному аналізі приблизно 1,5% рішень були виключені через технічні проблеми (помилки введення даних, інші причини).

Обробку даних та їхній статистичний аналіз було проведено з використанням стандартних методів статистичного аналізу за допомогою програми SPSS.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/>.

<sup>5</sup> SPSS – Statistical Package for the Social Sciences (англ. – статистичний пакет для соціальних наук) – комп'ютерна програма обробки статистичних даних. Докладніше див.: [Електронний ресурс] – Режим доступу: <https://www.ibm.com/analytics/data-science/predictive-analytics/spss-statistical-software>.

# ОСНОВНІ РЕЗУЛЬТАТИ ДОСЛІДЖЕННЯ

## Розділ 1 Частота та формати застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ

### 1.1. Динаміка показників застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ

У 2013-2017 роках застосування суддями України ЄКПЛ та практики ЄСПЛ стає все більш масовим та диференційованим за предметом, що пояснюється багатьма зовнішніми та внутрішніми чинниками.

Певне уявлення про цю тенденцію можуть дати матеріали ЄДРСР. Відбувається поступове зменшення загальної кількості розглянутих судами справ та матеріалів – з 4,2 млн у 2014 році до 3,4 млн у 2016 році (статистичні дані за 9 місяців 2017 року дають підстави для припущення, що за підсумками року цей показник може залишитися на тому самому рівні чи збільшитися/зменшитися не більше ніж на 2-3%)<sup>6</sup>. Водночас частота посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ має протилежну тенденцію. Пошук у ЄДРСР за ключовими словами («Конвенція»; «Європейський суд з прав людини» та їхніми варіантами чи комбінаціями) є досить умовним інструментом, що мав би доповнюватися докладнішим аналізом отриманих вибірок, але загалом він засвідчує суттєве зростання кількості рішень, які містять посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ: якщо в 2014 році їхня кількість становила не більше 25-30 тис., то в 2016 році – понад 100 тис.<sup>7</sup>

Ця тенденція фіксується й результатами аналізу практики суддів, які були учасниками тренінгів у межах Проекту. Збільшення середньої кількості рішень із посиланням на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ загалом є незначним (див. Табл. 1), однак воно відбувається на тлі помітного зменшення показника середньої кількості розглянутих справ (прийнятих рішень) і має певні особливості залежно від фази проведення тренінгів та типу суду.

Дані, наведені у Таблиці 1, демонструють **динаміку** середніх показників розгляду справ та кількості рішень з використанням ЄКПЛ в учасників тренінгів, залежно від фази проведення тренінгів (2014, 2015, 2016 роки).<sup>8</sup>

Таблиця 1. Середня кількість рішень з використанням ЄКПЛ та практики ЄСПЛ (загалом та за окремими фазами тренінгів)

| Фаза тренінгу  | Середня кількість судових рішень до проходження навчання | з них кількість судових рішень з посиланням на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ | Середня кількість судових рішень після проходження навчання | з них кількість судових рішень з посиланням на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ |
|----------------|----------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|
| 2014 рік       | 860                                                      | 6                                                                    | 754                                                         | 7                                                                    |
| 2015 рік       | 909                                                      | 6                                                                    | 704                                                         | 8                                                                    |
| 2016 рік       | 893                                                      | 14                                                                   | 815                                                         | 19                                                                   |
| <b>Загалом</b> | <b>887</b>                                               | <b>8</b>                                                             | <b>747</b>                                                  | <b>11</b>                                                            |

Чітко проявляється тенденція до збільшення кількості посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ і особливо стрімко цей показник зростає у 2016 році. Порівняння значень «до тренінгу» та «після тренінгу» засвідчує,

6 Стан здійснення правосуддя за 9 місяців 2017 року [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/F137F88C3D532965C22581D4003A6158](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/F137F88C3D532965C22581D4003A6158).

7 Стан здійснення судочинства в Україні у 2015 році [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/E099D00A118D129AC22580E40048EBA9](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/E099D00A118D129AC22580E40048EBA9); Стан здійснення судочинства в Україні у 2016 році [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/06eaa6c32d8de08ac22580e400490afc/\\$FILE/%D0%A1%D1%82%D0%B0%D1%82%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%87%D0%BD%D0%B8%D0%B9%20%D0%B7%D0%B1%D1%96%D1%80%D0%BD%D0%B8%D0%BA%202016.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/06eaa6c32d8de08ac22580e400490afc/$FILE/%D0%A1%D1%82%D0%B0%D1%82%D0%B8%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%87%D0%BD%D0%B8%D0%B9%20%D0%B7%D0%B1%D1%96%D1%80%D0%BD%D0%B8%D0%BA%202016.pdf); Загальні показники стану здійснення правосуддя у першому та другому кварталах, першому півріччі 2017 року [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/5C21AAEC5B908DF2C225818D002C6FE8](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/5C21AAEC5B908DF2C225818D002C6FE8).

8 На відміну від аналогічних досліджень, що проводилися останніми роками в Україні, в нашому дослідженні аналізувалися не лише рішення по суті, а й рішення процесуальні (зважаючи на важливість застосування конвенційних стандартів і в таких рішеннях). Відповідно, підсумкові абсолютні та відносні показники відрізняються.

що це зростання певною мірою зумовлювалося і проходженням навчання в межах тренінгів Проекту. Крім того, є підстави для припущення, що учасники тренінгів дещо частіше за інших українських суддів загалом використовують ЄКПЛ.

У таблиці наведено середні значення за загальним масивом суддів. Хоча при цьому спостерігаються і досить неоднозначні відхилення від середніх значень. Непоодинокими є випадки, коли посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ містяться у понад 20% всіх рішень судді за період оцінки. Наприклад, суддею місцевого суду за 12 місяців після проходження навчання було постановлено близько 600 рішень (як процесуальних, так і рішень по суті), при цьому у тексті 350 рішень (тобто понад 50%) є посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ. Переважна більшість з таких посилань мають «декларативний» та «ритуальний» характер. Експерти у зв'язку з цим вказують на негативну тенденцію: **частота посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ в судових рішеннях стає самоціллю, а їхня якість та доречність до уваги не береться.**

Наступна таблиця (Табл. 2) показує частоту посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ залежно від типу суду.

Таблиця 2. Середня кількість рішень з використанням ЄКПЛ та практики ЄСПЛ (залежно від типу суду)

|                                  | Середня кількість судових рішень до проходження навчання | з них кількість судових рішень з посиланням на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ | Середня кількість судових рішень після проходження навчання | з них кількість судових рішень з посиланням на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ |
|----------------------------------|----------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|
| Місцевий загальний суд           | 947                                                      | 9                                                                    | 918                                                         | 12                                                                   |
| Апеляційний загальний суд        | 303                                                      | 6                                                                    | 288                                                         | 6                                                                    |
| Окружний адміністративний суд    | 781                                                      | 7                                                                    | 572                                                         | 8                                                                    |
| Апеляційний адміністративний суд | 2014                                                     | 12                                                                   | 870                                                         | 14                                                                   |
| <b>У середньому</b>              | <b>887</b>                                               | <b>8</b>                                                             | <b>747</b>                                                  | <b>11</b>                                                            |

У таблиці наведено абсолютні значення показників застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ. Якщо ці дані аналізувати з урахуванням загальної кількості рішень та їхньої структури (процесуальні та рішення по суті), то є підстави для висновку *про приблизно однакову частоту застосування ЄКПЛ суддями різних інстанцій та юрисдикцій*. Варто зазначити, що судді апеляційної інстанції рідше дають приклади простого «накопичення рішень з ЄКПЛ» (максимальна кількість таких рішень у судді не перевищує 112, що суттєво нижче аналогічних показників у суддів першої інстанції – наприклад, у однієї із суддів місцевого суду 360 таких рішень).

## 1.2. Експертне оцінювання необхідності застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ: рішення без посилань

Поширеним у суддівському середовищі (особливо у відносинах по вертикалі судової влади) є прагнення оцінювати достатність/недостатність посилань на ЄКПЛ. Постійний акцент на необхідності застосування цього джерела права може формувати негативну мотивацію робити це формально чи декларативно.

Визначення **достатності/недостатності посилань** українських суддів на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ передбачає не лише оцінку обґрунтованості застосування цього джерела права в рішеннях, де такі посилання було зроблено, а й **оцінку необхідності** таких посилань у тих рішеннях, де вони відсутні.

Таке оцінювання було проведено над масивом рішень, що були відібрані випадково і включали різні категорії рішень (процесуальні та по суті справи). Принципово важливо, що цю вибірку склали рішення, при відборі яких максимально враховувалася вимога мати вибірку рішень, що були б: 1) аналогічними чи максимально схожими за своїми предметом, фактичними обставинами, складом учасників тощо із рішеннями (справами), де суддя застосовував ЄКПЛ чи практику ЄСПЛ; 2) типовими чи найбільш масовими для конкретних суддів. Особливе значення мав відбір тих категорій судових проваджень, де в одних випадках суддя застосовує ЄКПЛ, а в інших – ні.

Критеріями необхідності застосування було визнано: а) наявність прогалин чи інших недоліків національного закону; б) наявність релевантної предметові судового розгляду практики ЄСПЛ та зразків/рекомендацій щодо її використання в країні; в) відсутність або недостатність національної судової практики щодо предмету розгляду; г) відсутність обмежень щодо застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ.

**Відсутність потреби** застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ у рішеннях, де це джерело не використовується, експерти визнають у 65% рішень, ще у 14% – посилання можливе, але воно може бути виключно «формальним» чи «декларативним».

**Можливість застосування** ЄКПЛ та практики ЄСПЛ, що ґрунтується на відповідній необхідності (рішення буде мотивованим і обґрунтованим), експерти визнають приблизно для 20% рішень. Цей показник корелює, насамперед, зі складністю справи – 82% таких рішень належать до проваджень, де експерти визнають наявність «принципово нового предмету» або «окремих нетипових обставин». Найчастіше це стосується процесуальних аспектів провадження.

Разом з тим складність справи або інші чинники (прогалини чи колізії національного закону тощо) самі по собі є недостатніми обставинами, що можуть викликати необхідність застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ. Існують деякі специфічні чинники та умови:

а) тексту судового рішення можна зробити висновок, що під час судового розгляду сторони посилаються на ЄКПЛ, однак суд ігнорує ці аргументи, й вони не дістають оцінки у судовому рішенні;

б) апеляційні суди не завжди надають оцінку мотивації суду першої інстанції, де було використано правові позиції ЄСПЛ чи положення ЄКПЛ;

в) суддя при розгляді зовні аналогічних справ в одних випадках звертається до практики ЄСПЛ, а в інших – ні, що сприймається як застосування різних правових позицій; особливо чутливими для сумнівів у справедливості таких дій є випадки, коли аналогічний спір вирішується по-різному/на користь різних суб'єктів, а наведені у рішенні фактичні обставини справи не повною мірою пояснюють таке рішення;

г) суддя намагається конструювати власний спосіб мотивації рішення (без використання ЄКПЛ чи практики ЄСПЛ), хоча судова практика вищих судів має алгоритм вирішення аналогічних справ саме на підставі ЄКПЛ; особливо відчутним це стає у випадках спроби судді застосовувати загальні принципи права/загальні засади здійснення судочинства (така мотивація часто має стилістику «підручника з теорії права»);

д) в «українських рішеннях» ЄСПЛ (рішення у справах, де стороною є Україна) аналогічні правові ситуації вже були предметом оцінки, так само як і був сформований певний стандарт, проте суддя його не використовує і не дає оцінки аргументам сторін, що посилаються на цей стандарт;

е) при розгляді справи виявляється, що фактичні обставини, встановлені судом у певній справі, є іншими, ніж у рішеннях вищих судів, де було визначено певні правові позиції, й для вирішення справи необхідною є принципово інша аргументація, джерелом якої може бути практика ЄСПЛ.

Отримані експертні оцінки доцільно розглянути диференційовано – залежно від юрисдикції, інстанції та предмету.

### Кримінальні провадження

Наявність КПК України, що є сучасним та достатньо гармонізованим із стандартами ЄКПЛ, не зменшує актуальності застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ. Складається загальне враження, що проблематика

кримінального процесу є пріоритетною у судах загальної юрисдикції, й саме тут потреба застосування правових позицій ЄСПЛ виникає найчастіше.

Найбільш високий показник необхідності застосування практики ЄСПЛ зафіксовано щодо ухвал слідчих суддів – 29%; найчастіше, це – рішення щодо застосування чи продовження запобіжних заходів (насамперед, тримання під вартою) та заходів забезпечення кримінального провадження. За оцінками експертів, судді місцевих судів, що розташовані в малих містах/селищах, рідше враховують необхідність застосування ЄКПЛ в ухвалях слідчих суддів (особливо у випадках постановлення ухвал щодо тримання під вартою, де використання ЄКПЛ цими суддями є рідкісним явищем). Мотивування таких ухвал є недостатнім, формальним й часто зводиться лише до відтворення положень КПК України.

Щодо вироків показник суттєво нижчий – 9%. Експерти відзначають, що застосування ЄКПЛ є більш притаманним для виправдувальних вироків, де Конвенція часто є основою мотивування відповідного рішення. Водночас у багатьох випадках сторони посилялися на положення ЄКПЛ чи практику ЄСПЛ («сліди» цих аргументів інколи помітні навіть у тексті вироку), однак суд не надавав оцінки таким аргументам і сам не звертався до цього джерела.

### Цивільні провадження

Суб'єктний склад цивільних проваджень (основні учасники – суб'єкти приватного права) обумовлює меншу поширеність ситуацій, що є релевантними ЄКПЛ, та переважне акцентування на процесуальних аспектах.

У процесуальних рішеннях необхідність застосування ЄКПЛ експерти визнають лише в 6% рішень. Особливо часто такі оцінки стосуються вирішення питань щодо відводу/самовідводу суддів, продовження процесуальних строків.

Аналогічний показник (7%) – щодо рішень у стандартних/масових категоріях справ (розлучення, спадкування тощо).

Водночас щодо нетипових справ з принципово новим предметом розгляду показник суттєво зростає – до 29%. В окремих випадках нетиповість справи має ситуативний характер (вона є принципово новою лише для судді чи суду, в якому така справа раніше не розглядалася). Це стосується, зокрема, спорів щодо захисту честі та гідності, спорів за участю журналістів та ЗМІ. У таких випадках є певні шаблони застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ (наприклад, позиції вищих судів, усталена судова практика, методичні публікації, коментарі тощо). Однак суддя уникає використання практики ЄСПЛ, що не є помилкою, проте послаблює якість мотивування рішення.

### Адміністративні провадження

Адміністративні провадження порівняно з провадженнями кримінальними чи цивільними загалом мають більш високі показники фактичного застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ. Однак за показниками необхідності суттєвої різниці з іншими видами проваджень не фіксується. У процесуальних рішеннях необхідність застосування ЄКПЛ експерти визнають в 5% рішень. Аналогічний показник – щодо рішень у стандартних/масових категоріях справ. Особливість адміністративного провадження полягає в існуванні категорій справ, де застосування ЄКПЛ має формальні обмеження (наприклад, спори за участю винятково державних органів). Хоча при розгляді нетипових справ/справ з принципово новим предметом розгляду показник суттєво зростає – до 27%. Експерти відзначають, що проблемою є «вибіркове застосування», тобто поширеними залишаються однопредметні та схожі за обставинами справи, в частині з яких судді звертаються до ЄКПЛ, а в інших – ні.

### 1.3. Характер (спосіб) застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ українськими суддями

Під час аналізу текстів рішень українських суддів важливим завданням було визначення поширеності основних способів «текстуального оформлення» використання ЄКПЛ та практики ЄСПЛ. Для національної правової традиції використання цього джерела права залишається складним не лише по суті, а й з точки зору текстуального оформлення.

Діаграма 1 показує, які способи оформлення посилань застосовують українські судді (оскільки в одному рішенні можуть бути кілька різних за формою посилань, сума оцінок перевищує 100 відсотків).

Діаграма 1. Характер (спосіб) посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ



Наведені дані свідчать про існування двох основних способів/форматів посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ.

- Посилання на конкретне рішення/кілька рішень з поясненням значення для обґрунтування рішення українського судді (такий формат виявлено у 46,8% рішень).

**Приклад:** «Відповідно до правової позиції, викладеної у рішенні Європейського суду з прав людини «Креуз проти Польщі» № 28249/95 від 19 червня 2001 року, передбачені Цивільно-процесуальним законом формальні правила на доступ до апеляційного розгляду не повинні становити надмірний тягар для апелянта. З огляду на те, що апелянт перебуває на лікуванні з приводу важкого психічного захворювання, вимоги апеляційного суду XXXXX області про усунення недоліків становлять надмірний для нього тягар. Тому задля забезпечення права заявниці про доступ до суду, передбаченого п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, слід допустити до розгляду апеляційну скаргу ОСОБА\_1 в тому вигляді, як вона є».

Крім того, ще 13,4% рішень у мотивувальній частині містять виклад правових позицій ЄСПЛ, хоча вказівка на їх джерело (назву рішення) відсутня (наприклад, у такий спосіб часто застосовуються правові позиції ЄСПЛ щодо ст. 8 та ст. 10 ЄКПЛ).

- Посилання на конкретну статтю/статті ЄКПЛ та пояснення значення для конкретної справи (46,5%).

**Приклад:** «Якщо оспорюване провадження характеризується як «кримінальне» в цілях Конвенції, скарга заявника може бути розглянута за статтею 2 Протоколу № 7 до Конвенції. ... колегія суддів вважає, що в силу суворості санкції ця справа стосовно позивача за своєю суттю є кримінальною, а адміністративне покарання фактично мало кримінальний характер з усіма гарантіями статті 6 Конвенції та, відповідно, статті 2 Протоколу № 7 до Конвенції».

Значна частина рішень у форматі посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ мають ймовірні **ризики неналежного застосування ЄКПЛ**, зокрема застосування «**формального**» чи «**декларативного**»:

- майже 10% рішень обмежуються лише загальним згадуванням ЄКПЛ у переліку правових джерел для розгляду справи;

- 20,2% рішень містять лише вказівку на статтю ЄКПЛ без пояснення її значення для розгляду справи. У багатьох випадках такий формат посилання є виправданим, особливо тоді, коли це супроводжується іншими логічно і змістовно пов'язаними аргументами мотивувальної частини. Однак частіше він є «декларативним» і свідчить про бажання судді *«виконати вказівку чи побажання щодо необхідності застосування ЄКПЛ»*. Наприклад, один із суддів місцевого суду в усіх ухвалях про призначення розгляду справи використовує у резолютивній частині таке формулювання: *«Керуючись ст. ст. 237, 240, 244 п. 1 КПК України, ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод ... постановив ... призначити ...»*. Оскільки інших посилань на ЄКПЛ чи пояснення значення ст. 6 ЄКПЛ ухвала не містить, це посилання є «декларативним»;
- у багатьох випадках посилання зводиться до узагальнення *«Відповідно до практики ЄСПЛ»*, яке досить часто *не* конкретизується (не називаються рішення) і не розкривається змістовно. Наприклад, суддя застосовує конструкцію: *«Висновки податкового органу про ... суперечать принципам верховенства права, рішенням Європейського суду з прав людини ...»*, і цією тезою мотивування рішення обмежується;
- поширеними є рішення, де посилання зводяться лише до згадування певного рішення чи кількох рішень ЄСПЛ (таких рішень 3,3%), що визначаються як основа рішення українського суду, але при цьому не супроводжуються поясненням конкретних правових позицій, що були використані. У таких ситуаціях є додаткові ризики: не зовсім зрозуміло, яка стаття ЄКПЛ застосовується (адже більшість рішень ЄСПЛ є «багатопредметними», тобто стосуються двох чи більше статей ЄКПЛ), та чи є взагалі таке рішення ЄСПЛ релевантним предметові.

Залишається актуальною й навіть поглиблюється проблема застосування *«фіктивних чи сумнівних джерел»*, що пояснюється, ймовірно за все, суто недбалістю, неухважністю та певними прогалинами підготовки суддів. Загалом, такі факти зафіксовані у 1,7% рішень. До них належать, наприклад, такі:

а) рішення Суду ЄС подаються як рішення ЄСПЛ (і цю проблему не вирішив навіть інформаційний лист ВАСУ щодо відмінностей між ЄСПЛ та Судом ЄС). Наприклад, навіть в останніх рішеннях ВАСУ (листопад 2016 року) використовується вислів: *«Як свідчить позиція Європейського суду у справі Yvonne van Duyn v. Home Office (Case 41/74 van Duyn v. Home Office) ...»*;

б) рішення Європейської комісії з прав людини («Занд проти Австрії» (*ZAND v. Austria*) від 12 жовтня 1978 року) фігурує у текстах *тисяч рішень* українських суддів як рішення ЄСПЛ;

в) назви рішень ЄСПЛ часто трансформуються та перекирчуються до стану, коли їх взагалі неможливо ідентифікувати (наприклад, рішення ЄСПЛ у справі «Ілхан проти Туреччини» (*Ilhan v. Turkey*) від 27 червня 2000 року).

**Вплив тренінгів на формат посилань** є неоднозначним: з одного боку, зростає кількість і частка посилань на конкретні рішення ЄСПЛ та/або правові позиції ЄСПЛ; з іншого боку, зростає і частка посилань загального характеру (ЄКПЛ чи окремі рішення згадуються без пояснення значення для конкретної справи і без оцінки їхньої релевантності предметові судового розгляду).

**Інстанційні та юрисдикційні відмінності** можуть впливати на особливості застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ. Це пояснюється не лише об'єктивними (особливості процедури, предметна специфіка, рівень навантаження тощо), а й суб'єктивними (рівень загальної підготовки суддів, суддівський досвід, участь у навчальних програмах, «усталені традиції» цитування практики ЄСПЛ в конкретних судах та юрисдикціях тощо) обставинами.

Серед значущих відмінностей, що були виявлені у дослідженні, варто звернути увагу на такі:

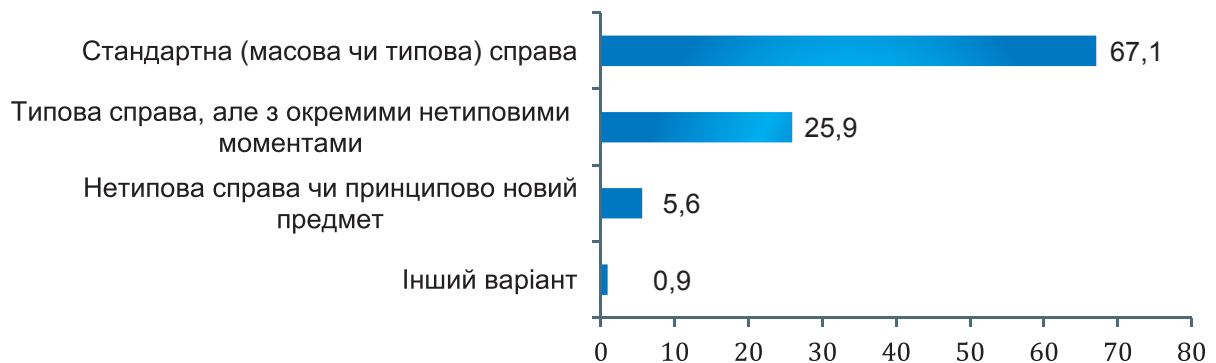
- найчастіше посилання на конкретні рішення ЄСПЛ застосовують судді окружних адміністративних судів (78,2%); однак це пояснюється тим, що переважна більшість таких посилань стосуються стандартних ситуацій та пов'язуються з використанням шаблонів, які або визначені у рішеннях/постановах ВАСУ (рідше ВСУ), або є стандартами, що вироблені в межах округів стихійно чи є продуктом *«методичного керівництва апеляційного суду»*;
- суттєво нижчим є показник посилання на рішення ЄСПЛ (особливо – з поясненням їхнього значення для справи) у судах загальної юрисдикції (місцеві суди – 31%; апеляційні суди – 35%); при цьому в місцевих загальних судах особливо помітно зростає кількість загальних посилань виключно на ЄКПЛ – 43,1%;
- в окружних адміністративних судах високим є показник використання посилань на практику ЄСПЛ, які не містять ідентифікації джерела (без вказівки конкретних рішень);
- у місцевих загальних судах більш високим є рівень посилань, що мають ризики «декларативності» та «формальності», – лише згадування ЄКПЛ (14,4%) та наведення статей ЄКПЛ без пояснення значення для розгляду справи (18, 0%).

### 1.4. Складність справи та частота посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ

Аналіз передбачав з'ясування залежності частоти посилання на ЄКПЛ від характеристик власне справи, оскільки існує цілком обґрунтована позиція, що складність справи може бути причиною використання цього джерела права. Однак результати дослідження свідчать про відсутність прямої залежності. *Посилання на ЄКПЛ є частими і в справах, що їх експерти визнавали типовими/масовими, досить часто – такими, що мають вирішуватися на підставі національного законодавства, положення якого узгоджуються із конвенційними стандартами.*

Наступна діаграма демонструє структуру рішень, де застосовуються ЄКПЛ та практика ЄСПЛ, за рівнем складності (тобто залежно від наявності ознак, що можуть свідчити про нетиповість чи складність справи).

Діаграма 2. Тип справи (за складністю)



Ці дані свідчать про те, що переважна більшість посилань стосуються типових/масових проваджень (67,1%). У справах, що належать до стандартних, простих чи масових, існують усталені позиції судової практики.

Однак національний закон не завжди достатньою мірою відображає конвенційні стандарти, що має наслідком звернення суддів до ЄКПЛ. Частка «простих» справ, де експерти визнають необхідність застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ, є значною (в межах 30%). Прикладом таких проваджень можуть бути окремі категорії справ, що розглядаються слідчими суддями.

Водночас існує інший аспект – саме в типових чи простих справах масово фіксуються випадки не обґрунтованого застосування («зайві»; «формальні»; «декларативні»). *Порівняння даних «до» і «після» тренінгів показує, що відбувається зростання частки неналежного застосування ЄКПЛ у таких справах.* Очевидно, для багатьох суддів найпростішим способом стає використання шаблонних і «декларативних» посилань у типових справах. Наприклад, *майже 30 судових рішень про надання тимчасового доступу до речей чи документів містять «вільний переказ» тексту ст. 8 ЄКПЛ, але не дають жодного конкретного аргументу мотивувальної частини рішення.*

Ці дані свідчать про те, що для значної кількості суддів залишається актуальним набуття навичок та умінь ідентифікації ситуацій необхідності застосування ЄКПЛ у типових/масових провадженнях.

Порівняння даних за 2014-2016 роки демонструє зростання частки проваджень, щодо яких експерти визнають наявність ознак «нетиповості» та особливої складності. Кількість таких проваджень, де було використано посилання на ЄКПЛ, становить 31,5%. Дослідження не містить вичерпної інформації про всі категорії справ, віднесених до цього типу. Можна лише вказати на окремі, найбільш масові та поширені:

- розгляд окремих питань при відкритті кримінального провадження (наприклад, повернення обвинувального акта);
- розгляд питань про відвід/самовідвід судді;
- рішення слідчих суддів (особливо часто – щодо запобіжних заходів);
- податкові спори;
- провадження, що пов'язані із тимчасово окупованими територіями (через предмет спору, суб'єктів чи інші фактичні обставини);
- майнові спори, що стосуються відчуження державної/комунальної власності;
- провадження щодо корупційних правопорушень;
- спори за участю журналістів та ЗМІ;
- кримінальні провадження з ухваленням виправдувального вироку;
- спори щодо виконання судових рішень (оскарження дій та бездіяльності виконавчої служби).

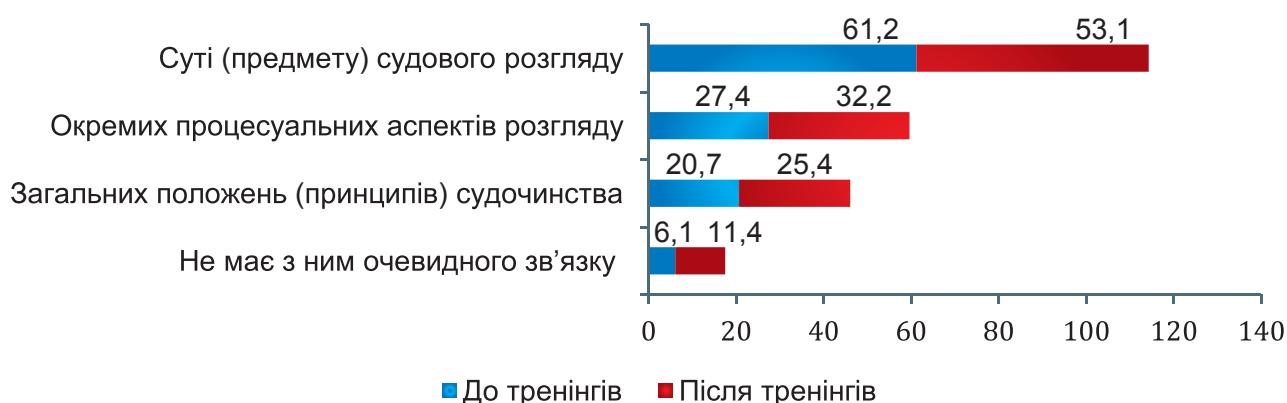
### 1.5. Цілі застосування посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ

Використовуючи це джерело права, суддя може орієнтуватися на різні реальні чи уявні проблемні ситуації судового провадження:

- з'ясування змістовних проблем предмету розгляду;
- визначення можливості та способів застосування загальних принципів права та засад судового розгляду для потреб конкретної справи;
- з'ясування способів вирішення окремих процесуальних питань конкретного провадження (питання тлумачення та застосування процесуальних норм).

Наступна діаграма показує розподіл масиву досліджених рішень за цими ознаками (оскільки в окремих випадках судді орієнтувалися одночасно на кілька завдань, сума значень перевищує 100 відсотків).

Діаграма 3. Зв'язок посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ та змісту судового розгляду. Посилання стосується:



Наведені дані показують, що при застосуванні ЄКПЛ та практики ЄСПЛ судді найчастіше намагаються знаходити відповіді на питання, що мають *безпосередній зв'язок із предметом судового розгляду* і повинні становити основу чи суттєвий компонент мотивувальної частини рішення. Експерти зазначають, що у більшості рішень (61,2% – до тренінгів, 53,1% – після) посилання на ЄКПЛ стосуються матеріально-правових та процесуальних аспектів *предмету* судового розгляду.

Приблизно третина випадків стосуються окремих процесуальних питань, що є суміжними з предметом судового розгляду (наприклад, розгляд клопотань, оцінювання окремих обставин тощо).

Загалом експерти визнають, що саме *процесуальні питання прямо чи опосередковано є основним мотивом чи підставою звернення до ЄКПЛ*. Експертні оцінки підтверджуються також і тим, що майже 40% рішень містять посилання на статтю 6 ЄКПЛ, а 12% – на статтю 5, де процесуальні питання мають суттєве значення.

**Порівняння даних «до» і «після» тренінгів** дає підстави для виокремлення кількох важливих тенденцій:

- співвідношення «матеріально-правових» та «процесуальних» питань зазнає відчутних змін, і зростає значущість питань судової процедури;
- негативною тенденцією є збільшення (з 6,1 до 11,4%) частки посилань, в яких експерти відзначають відсутність «очевидного зв'язку» з конкретним провадженням;
- неоднозначним є збільшення (до 25,4%) частки посилань, орієнтованих на визначення «загальних засад судочинства», що в певних ситуаціях може призводити до їх декларативності. У таких посиланнях часто ставляться питання, що стають основою мотивування рішення. Декларативність посилань знижує якість мотивувальної частини судового рішення.

## Розділ 2

# Обґрунтованість посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ

### 2.1. Критерії та показники обґрунтованості

Оцінювання обґрунтованості посилань є одним з основних завдань дослідження. Обґрунтованість означає, що посилання є:

- належним (предмет конвенційних норм відповідає природі відносин у конкретній ситуації судового розгляду);
- релевантним обставинам справи;
- правильним (тобто без перекручування змісту конвенційних норм);
- виправданим та пропорційним (стан законодавства щодо певної ситуації дозволяє та/або потребує застосування конвенційних положень).

На підставі цих загальних критеріїв було визначено кілька варіантів (моделей) неналежного застосування ЄКПЛ, що можуть бути використані експертами для виокремлення тих ситуацій, які не відповідають критеріям обґрунтованості.

Насамперед мають значення **ситуації «помилкового» та «маніпулятивного»** застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ.

У разі «помилковості» суддя неправильно застосовує норми ЄКПЛ або практику ЄСПЛ. Про **«помилковість» застосування** можуть свідчити такі ознаки:

- вихід за межі правової позиції ЄСПЛ, зокрема її розширене тлумачення;
- помилки, пов'язані зі стандартними критеріями прийнятності заяв, що їх використовує ЄСПЛ; найчастіше це – питання предметної юрисдикції (тобто застосування до відносин, які не регулюються конвенційними нормами), а також помилкове тлумачення прийнятного суб'єктного складу учасників (наприклад, застосування щодо спору державних органів);
- помилкове тлумачення чи відтворення змісту норм ЄКПЛ та правових позицій ЄСПЛ;
- наявність фактично інших обставин справи, ніж у ситуації, на підставі якої ЄСПЛ формулює певні правові позиції.

Суть **«маніпулятивного» застосування** ЄКПЛ необов'язково означає ухвалення незаконного чи сумнівного рішення (наприклад, з корупційним підтекстом). «Маніпулятивною» в цьому звіті називається практика використання позицій та/або тексту рішення ЄСПЛ у спосіб, що відповідає не його змісту і обставинам справи, а **«потреbam судді»** щодо обґрунтування власного рішення або його **«належного декорування»**.

Форми маніпуляцій з рішеннями ЄСПЛ можуть бути різними: від складних ситуацій **«концептуального застосування практики ЄСПЛ»** (рішення у справах «Стретч проти Об'єднаного Королівства» (*Stretch v. The United Kingdom*) від 24 червня 2003 року, «Булвес АД проти Болгарії» (*«BULVES» AD v. Bulgaria*) від 22 січня 2009 року та інші) у рішеннях національних судів щодо резонансних земельних спорів, у податкових чи митних спорах до простого «викидання» тих чи інших пунктів із контексту рішення ЄСПЛ і замовчування (свідомого чи несвідомого) інших положень, що врешті робить сумнівною власне можливість застосування цього рішення у конкретній справі, навіть безвідносно до можливих висновків суду на його підставі. Прикладом останнього може бути рішення слідчого судді одного з місцевих судів у справі щодо запобіжних заходів (взяття під варту). Посилаючись на п. 33 рішення у справі «Москаленко проти України» (*Moskalenko v. Ukraine*) від 28 серпня 2010 року, суддя звертає увагу на існування обставин, які названі у рішенні, що їх він тлумачить як аргументи на користь продовження тримання під вартою. Разом з тим рішення ЄСПЛ стосувалося ситуації «первинного взяття під варту». Більше того, в наступному пункті цього рішення було зазначено, що «з плином часу ці обставини втрачають значення». Фактично, «маніпулятивним» застосуванням практики ЄСПЛ є підміна аналізу обставин конкретної справи абстрактним посиланням на певні загальні висновки/принципи у рішеннях ЄСПЛ.

У «сірій зоні» обґрунтованості знаходяться **«декларативні» та «формальні» («зайві») посилання**, що мають багато спільних ознак.

**Декларативність посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ** дістає багато проявів та особливостей. Найчастіше вона суто демонструє **«прагнення судді бути сучасним і підтвердити прихильність до європейського права»** або є проявом формального виконання вказівок вищих судів про необхідність застосування ЄКПЛ. Наприклад, суддя апеляційного загального суду за останні два роки в 40 рішеннях посилається на ЄКПЛ. Однак посилання є стандартним та текстуально незмінним протягом всього періоду і зводиться

до фрази: «...використання передбаченого ст. 6 ЄКПЛ права на справедливий суд та права на доступ до суду ...», що вживається в різних контекстах. Щодо таких рішень виникає риторичне запитання стосовно можливості взагалі розглядати такі рішення як «застосування ЄКПЛ».

Змістом «декларативного» посилання часто є спроба формулювання певного правового принципу чи загального положення, що може бути виправданим, зважаючи на наявність у національному законі випадків відсилання до загальних принципів права чи певної галузі права. У цій ситуації виявляється більш загальна проблема: звернення до ЄКПЛ відбувається у площині «міжнародно-правового плюралізму», тобто за наявності кількох однопредметних міжнародних договорів вибір на користь ЄКПЛ має бути обґрунтованим. Якщо суддя не пояснює мету такого посилання та його значення для мотивації рішення, є підстави для оцінки посилання як «декларативного» або «формального» («зайвого»).

## 2.2. Частота та обґрунтованість посилань на конкретні статті ЄКПЛ та рішення ЄСПЛ

Використання ЄКПЛ та практики ЄСПЛ необхідно розглядати з урахуванням двох змістовно різних випадків:

- а) **автономне застосування ЄКПЛ**, тобто посилання на ЄКПЛ чи окремі конвенційні положення не супроводжується посиланням на рішення ЄСПЛ чи тлумачення, що містяться в цих рішеннях;
- б) **застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ** – посилання на ЄКПЛ оформлене текстуально як цитата із конкретного рішення чи виклад його окремих положень; іншим варіантом є виклад правових позицій рішення без вказівки на його назву та реквізити.

Першим кроком для з'ясування структурних характеристик застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ є визначення їх предметних зв'язків із цим джерелом права, тобто **визначення того, яких саме прав із конвенційного каталогу прав людини вони стосуються**.

Однак існує значна кількість рішень (приблизно 12%), де посилання має загальний характер, – суто згадується ЄКПЛ як джерело права/одне із джерел права. Лише в деяких із таких посилань наводиться мінімальне пояснення щодо ЄКПЛ як джерела права. Як правило, ЄКПЛ наводиться у переліку інших актів міжнародного права, при цьому досить часто такі джерела можуть бути несумісними за предметом або наводитися з порушенням ієрархії джерел права. Наприклад, перелік створює враження рівнозначності юридичної сили ЄКПЛ як міжнародного договору та різних міжнародних документів, що мають характер рекомендацій, а іноді в судовому рішенні Конвенція навіть має вигляд допоміжного джерела права.

За оцінками експертів, 28% таких загальних посилань мають «зайвий» характер, тобто вони не обумовлені змістом судового розгляду; 56% посилань (згадувань) визнані «декларативними».

В інших випадках у рішеннях **називаються конкретні статті**, або вони можуть бути ідентифіковані відповідно до змісту правових положень (у тому числі практики ЄСПЛ), що їх було використано.

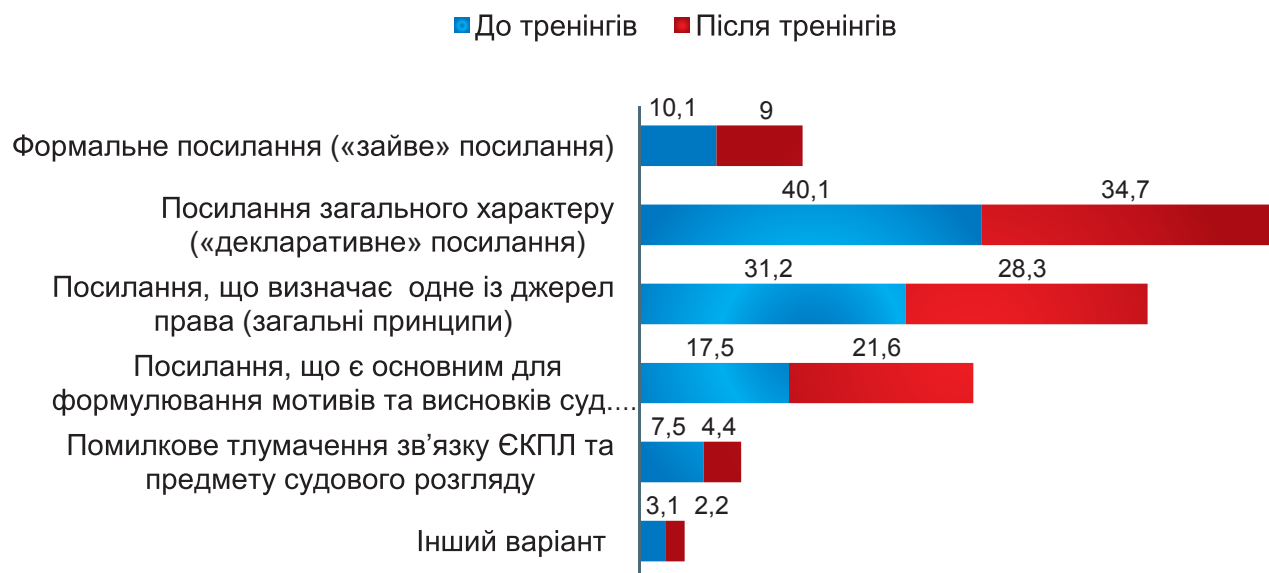
### Частота посилань на окремі статті ЄКПЛ / протоколів до неї у рішеннях судів:

- **стаття 6 ЄКПЛ** «Право на справедливий суд» застосовується у **57,4%** рішень. Існують відмінності за видами провадження: у кримінальних провадженнях частка посилань зростає до 70%, в адміністративних – зменшується до 37%. Посилання оформлюються найчастіше без уточнення частини/пункту цієї статті, на яку посилається суд;
- **стаття 1 Першого Протоколу** «Захист власності» – **15,7%**. Майже всі посилання було зроблено в адміністративних та цивільних провадженнях;
- **стаття 5 ЄКПЛ** «Право на свободу та особисту недоторканність» – **15,2%** рішень. Практично всі посилання було зроблено у кримінальних провадженнях; переважну більшість – у провадженнях слідчих суддів щодо застосування тримання під вартою;
- **стаття 8 ЄКПЛ** «Право на повагу до приватного і сімейного життя» – **5,3%**. Переважна більшість посилань – у цивільних та кримінальних справах; положення цієї статті досить часто застосовуються, зокрема, у рішеннях слідчих суддів;
- **стаття 13 ЄКПЛ** «Право на ефективний засіб юридичного захисту» – **3,9%**. Посилання на цю статтю найчастіше супроводжує посилання на статтю 6 ЄКПЛ, однак часто застосовується і самостійно у досить складних мотиваціях процесуальних рішень з метою обґрунтування оцінок ефективності наявних засобів правового захисту. Експерти визнають особливу складність цієї статті для судового застосування, що дістає вияв і у тому, що в більшості випадків такі посилання зроблено на підставі практики касаційних судів через механічне запозичення певних шаблонів;
- **стаття 2 Протоколу № 4** «Свобода пересування» – **3,1%**. Практично всі посилання було зроблено у контексті розгляду ситуацій обмеження виїзду за межі України; показовим є те, що ця стаття застосовується майже завжди безпосередньо, тобто без використання практики ЄСПЛ;
- **стаття 10 ЄКПЛ** «Свобода вираження поглядів» – **2,8%**. Найчастіше – при розгляді цивільних справ, зокрема за участю журналістів та ЗМІ;
- **стаття 3 ЄКПЛ** «Заборона катування» – **1,8%**. Усі посилання робилися при розгляді кримінальних справ;
- **стаття 14 ЄКПЛ** «Заборона дискримінації» – **1,7%** (крім того, в деяких випадках у судових рішеннях згадується Протокол № 12). Судді рідко з власної ініціативи посилаються на цю статтю. Переважно суд реагує на аргументи сторін, найчастіше визнаючи неможливість застосування ст. 14 Конвенції, або суто уникає оцінки таких аргументів. Частота посилання на цю статтю та Протокол № 12 протягом 2013-2017 років зростала, однак поясненням цього може бути більша активність адвокатів;
- **стаття 9 ЄКПЛ** «Свобода думки, совісті і релігії», **стаття 11 ЄКПЛ** «Свобода зібрань та об'єднання» – у сукупності **не більше 1,0%**.

Посилання на інші статті (а саме на ст. ст. 1, 2, 4 ЄКПЛ; ст. 2 та ст. 3 Першого Протоколу; ст. ст. 7, 11, 17 ЄКПЛ; ст. 2 та ст. 5 Протоколу № 7 тощо) зустрічаються лише в окремих рішеннях. Частина з цих посилань мають декларативний характер; в інших випадках такі посилання не були релевантними предметові. Наприклад, помилковим і таким, що не обумовлюється предметом судового провадження, є посилання на ст. 1 Протоколу № 4 «Заборона ув'язнення за борг» при розгляді договірному спору фізичної особи із банківською установою.

**Експертне оцінювання обґрунтованості.** Отримані під час дослідження оцінки обґрунтованості посилань на ЄКПЛ наведені у наступній діаграмі.

Діаграма 4. Експертне оцінювання обґрунтованості посилання на ЄКПЛ



Наведені дані дозволяють зробити **висновки щодо практики застосування окремих статей ЄКПЛ та динаміки цих показників під впливом тренінгів для суддів:**

- посилання на ЄКПЛ не лише стають більш численними, а й частіше супроводжуються коментарями чи тлумаченнями, посиланнями на релевантну практику ЄСПЛ;
- змінюється спосіб цитування чи посилання: частіше замість простого відтворення тексту статті пропонується її коментар чи тлумачення, що містить пояснення зв'язку статті та предмету судового розгляду;
- збільшується кількість більш конкретизованих посилань: складні, багатокomпонентні статті цитуються із вказівкою на відповідний пункт чи частину;
- збільшується кількість посилань, де існує чіткий логічний зв'язок посилання та предмету судового розгляду, мотивування рішення; це дістає прояв у незначному збільшенні частки рішень, у яких посилання на ЄКПЛ стає основою мотивування;
- зменшується кількість «декларативних» посилань та посилань на загальні принципи, що за певних умов може також сприйматися як «декларативне» посилання;
- проблемою залишається те, що більше половини посилань віднесені до категорій «декларативних» та таких, що визначають загальні принципи;
- «розширення» предмету посилань супроводжується появою чи збільшенням нового різновиду «помилкових» посилань (на статті, що не можуть бути застосовані національними судами, – наприклад ті, що стосуються внутрішніх процедур діяльності ЄСПЛ).

Проявом **недостатньої обізнаності суддів із текстом та принципами застосування ЄКПЛ** є те, що 5% рішень мають посилання на окремі статті розділу 2 ЄКПЛ, що стосуються переважно діяльності Європейського суду з прав людини: ст. 19 «Створення Суду»; ст. 27 «Компетенція суддів, які засідають одноособово», ст. 31 «Повноваження Великої палати», ст. 34 «Індивідуальні заяви», ст. 41 «Справедлива сатисфакція». Аналогічний характер мають посилання на Протокол № 11, основний зміст якого становлять положення щодо реформування конвенційного механізму та процедур ЄСПЛ. Важко пояснити **збільшення кількості таких посилань після тренінгів**.

Переважно такі посилання є частиною надмірного та позбавленого зв'язку з предметом розгляду цитування рішень ЄСПЛ або випадкових коментарів доктринального чи навчального характеру.

**Приклад:** «Статтею 19 Конвенції передбачено, що для забезпечення дотримання Високими Договірними Сторонами, однією з яких є Україна, їхніх зобов'язань за Конвенцією та протоколами до неї створюється Європейський суд з прав людини. Він функціонує на постійній основі» (фрагмент тексту судового рішення).

Разом з тим непоодинокими є випадки свідомого застосування суддями положень розділу 2 ЄКПЛ для мотивування власного рішення, що експертами визнається помилковим способом застосування ЄКПЛ.

**Приклад:** «Приписами ч. 3 ст. 35 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод передбачено, що суд оголошує неприйнятною будь-яку індивідуальну заяву, якщо він вважає, що ця заява є зловживанням правом на подання заяви. Враховуючи викладене, колегія суддів вважає, що наведені ОСОБА\_3 обставини не можуть вважатися нововиявленими, не доводять неправильності, необґрунтованості та незаконності вироку Р. міського суду від 29 травня 2014 року і безпосередньо не впливають на висновок суду, який зроблений з урахуванням усіх досліджених у судовому засіданні доказів» (фрагмент тексту судового рішення).

Інший приклад ілюструє спробу застосування ст. 41 ЄКПЛ «Справедлива сатисфакція»: «Керуючись при визначенні суми компенсації принципом справедливості, як того вимагає ст. 41 Конвенції, суд зменшив суму моральної шкоди». Однак суддя не врахував мету і сферу застосування цієї статті, що розміщена у розділі 2 ЄКПЛ і стосується виключно процедури та рішень ЄСПЛ. Відповідно, теза українського суду про те, що він «керується цією статтею», є помилковою.

Найскладнішими статтями ЄКПЛ для розуміння сфери їх застосування є ті, що не стосуються безпосередньо каталогу прав і мають більш загальний характер або стосуються специфічних умов застосування конвенційних стандартів. Судді все частіше намагаються використовувати такі положення, проте не завжди коректно.

Прикладом може бути помилкове розширення сфери застосування ст. 17 ЄКПЛ «Заборона зловживання правами» та відповідних тлумачень ЄСПЛ у наступному рішенні.

**Предмет і ключові обставини справи.** Справа про захист честі і гідності: позивач вважає недостовірними і просить суд визнати відомості (критичні оцінки його діяльності) в листі на ім'я голови облдержадміністрації такими, що не відповідають дійсності. **Фрагмент тексту судового рішення:** «У ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод передбачено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Отже, відповідачі повинні бути захищені від необґрунтованих претензій позивача, в тому числі за позовом про стягнення з них грошових коштів без будь-якого обґрунтування підстав такого позову. Так само у справі *Preda and Dardari v. Italy* (1999) ЄСПЛ вказав, що сторони не вправі використовувати принципи, на яких ґрунтується Конвенція, щоб здійснювати будь-яку діяльність, спрямовану на скасування прав і свобод, визнаних цією Конвенцією».

Стосовно посилання на ЄКПЛ у цьому конкретному випадку слід звернути увагу на таке:

- положення ч. 1 ст. 6 Конвенції не можуть бути підставою для висновку про те, «що відповідачі повинні бути захищені від необґрунтованих претензій позивача», оскільки ця стаття містить лише право на справедливий суд і жодним чином не стосується матеріально-правового аспекту предмету судового розгляду;
- посилання на позицію ЄСПЛ у рішенні *Preda and Dardari v. Italy* є «публіцистичним прийомом», правове значення якого є спірним. Цей фрагмент у рішенні може тлумачитися як помилкова оцінка на підставі ст. 17 ЄКПЛ судового звернення позивача як зловживання правом на судовий захист (за ст. 6 ЄКПЛ). Така оцінка суперечить практиці ЄСПЛ у застосуванні ст. 17, яка не має такого універсального значення, як це презюмується в рішенні, й може застосовуватися лише разом з іншими статтями і лише тоді, коли існує загроза базовим принципам і засадам конвенційної системи захисту. Крім того, посилання саме на це рішення ЄСПЛ не є виправданим, оскільки воно не належить до базових прецедентів, а в подальшій практиці ЄСПЛ є більш розгорнуті тлумачення.

**Посилання на практику ЄСПЛ** є самостійним об'єктом аналізу, оскільки саме тут виявляються найбільш відчутні проблеми судової імплементації конвенційних стандартів, що передбачає, що ЄКПЛ має застосовуватися на основі практики ЄСПЛ.

Досліджувалися судові рішення учасників тренінгів з посиланням на практику ЄСПЛ або на його правові позиції, якщо це не супроводжувалося конкретизацією джерел (певних рішень ЄСПЛ).

У загальній структурі рішень з посиланням на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ такі рішення становлять приблизно 70%, а їх частка *збільшується під впливом тренінгів*.

**Структура посилань.** Загалом у масиві досліджених рішень виявлено посилання на 488 рішень ЄСПЛ (без урахування посилань ЄСПЛ на власні рішення, якщо це є елементом цитованого чи відтворюваного тексту рішення). З них «українські рішення» становлять 49% (у справах кримінальної юрисдикції – 72%). Приблизно 20% рішень становлять «класичні рішення ЄСПЛ» (*leading case* або *landmark case*) (тобто в таких випадках судді обирають ті рішення ЄСПЛ, де вперше було сформульовано певну правову позицію). Водночас приблизно 10% використаних рішень експерти визнають такими, що мають ознаки або архаїчності, або сумнівності щодо можливості застосування в українських судах через відсутність перекладу на українську чи російську мови.

Ще 52 посилання неможливо ідентифікувати з наступних причин:

- неточність передачі назви та відсутність реквізитів, що не дозволяє однозначно встановити джерело;
- «деперсоніфікація» рішень ЄСПЛ в ЄДРСР (наприклад, коли при оформленні посилань застосовується формат «*рішення у справі «ОСОБА\_1 проти України»*»).

Слід зазначити, що у таких випадках є підстави вважати, що формально відсутнє посилання на практику ЄСПЛ, а відповідний текст є або викладом правової позиції ЄСПЛ, або тлумаченням ЄКПЛ самим суддею/судом.

**Вплив тренінгів на кількість цитованих рішень є суттєвим.** Якщо у рішеннях до тренінгів судді посилались на 298 рішень ЄСПЛ, то після тренінгів – уже на 421. Хоча при цьому має бути враховано вплив інших чинників (участь у інших програмах, збільшення активності апеляційних та касаційних судів у просуванні конвенційних стандартів тощо). Особливо помітним є зростання кількості «українських рішень». Все частіше у посиланнях фігурують «класичні рішення» (*leading case* або *landmark case*), де ЄСПЛ було сформульовано певну правову позицію чи «прецедент» тлумачення.

Водночас є і деякі негативні тенденції:

- збільшення кількості посилань на рішення ЄСПЛ, які тлумачаться у спосіб, що переколює їх зміст;
- цитати рішень ЄСПЛ стають більш громіздкими та незручними для сприйняття, перевантаженими посиланнями ЄСПЛ на власні рішення;
- з'являється невідомий раніше феномен – цитування в окремих випадках рішень, що є або «фіктивними», або переколюваними у назві чи суттєвих реквізитах.<sup>9</sup>

**Потребують окремої оцінки** посилання в судових рішеннях на рішення ЄСПЛ, не забезпечені українським перекладом.

Рішення ЄСПЛ, що не були перекладені українською мовою та на які посилаються судді, мають різну «частоту використання». Приблизно 56% згадуються лише один раз (в одному з рішень вибірки), і досить часто – як «цитата в цитаті», тобто як одне з рішень, що наводяться ЄСПЛ, КСУ чи вищим спеціалізованим судом у цитованих суддями рішеннях.

Слід враховувати, що частота використання окремих рішень ЄСПЛ суттєво різниться залежно від юрисдикції. Для кожної юрисдикції існує певний **масив рішень ЄСПЛ «активного застосування»**, кількістю від 30 до 60. Цей перелік є динамічним і гнучким та реагує на зміну практики ЄСПЛ, появу нових рішень.

Як правило, застосування таких «типових рішень» (своєрідний аналог *leading case*) відбувається у стандартних випадках (категорії справ, процесуальні ситуації тощо), щодо яких є узгодженість формату та наслідків застосування практики ЄСПЛ. Тобто є ознаки формування усталеності національної судової практики щодо застосування позицій ЄСПЛ у конкретних рішеннях. Така усталеність найчастіше забезпечується формуванням позицій ВСУ та вищих спеціалізованих судів, в окремих випадках – у межах апеляційних округів, хоча є приклади, коли певні шаблони/стандарты формуються стихійно, через «неформальний діалог» суддів.

**Аналіз частоти використання окремих рішень ЄСПЛ є важливим «фоновим знанням» для оцінки обґрунтованості таких посилань.** Крім того, відповідні показники доцільно аналізувати з урахуванням поширеності таких посилань у судах України загалом.

Дослідження свідчить про існування помітної динаміки у частоті та структурі посилань на окремі рішення ЄСПЛ навіть протягом періоду оцінки у нашому дослідженні (2013-2017 роки). В окремих випадках пояснити динаміку можливо, проте в інших зробити це вельми складно.

Усі рішення ЄСПЛ, на які посилаються судді, досить умовно можна поділити на групи.

<sup>9</sup> Приклади, що ілюструють наведені оцінки, див. у розділах 5 та 6.

а) **Рішення, що мають масове застосування і характеризуються наявністю певного національного стандарту застосування**, – наприклад, на підставі постанов Пленуму чи рішень касаційних судів, унаслідок практики масового застосування суддями тощо. Такі рішення використовуються різними юрисдикціями або масово в межах певної юрисдикції, де вони стають стандартним інструментом у типових ситуаціях. Разом з тим не завжди такі рішення містять «прецедент тлумачення» ЄКПЛ, тобто вони не можуть бути віднесені до категорії *leading case*, а їх масовість пояснюється іншими причинами. Варто зазначити, що такий статус мають і окремі рішення у справах за участю України.

**Для формування змісту навчальних програм для суддів аналіз національної практики застосування таких рішень має особливе значення, насамперед у частині визначення типових помилок та недоліків.**

Загальна кількість таких рішень ЄСПЛ у межах вибірки дослідження становить приблизно 70. Нижче наводиться аналіз окремих особливостей застосування лише тих з них, що є найбільш показовими та масовими:

- «Булвес АД проти Болгарії» (*BULVES AD v. Bulgaria*) від 22 січня 2009 року (7% рішень вибірки мають посилання на це рішення). Найбільша частота використання цього рішення забезпечується за рахунок високого представництва у вибірці суддів адміністративних судів, де в 2010-2015 роках було сформовано надзвичайно популярний (а за останніми оцінками ВСУ – небеззаперечний) шаблон його застосування у податкових спорах. Загальна кількість посилань українських суддів – 18 500;
- «Занд проти Австрії» (*ZAND v. Austria*) від 12 жовтня 1978 року (4,7%). Використовується у випадках вирішення юрисдикційних питань (розмежування юрисдикцій), найчастіше – адміністративними судами. Ключовим є поняття «суд, визначений законом». Однак 90% посилань повторюють помилку ВАСУ, який назвав це рішенням ЄСПЛ, а не ЄК. Водночас рішення ЄСПЛ у справі «Сокурєнко та Стригун проти України», яке дає аналогічне тлумачення, містить правильне посилання на рішення ЄК «Занд проти Австрії». Ці факти є ще одним доказом того, що українські судді використовують шаблони посилань без ознайомлення із власне рішенням ЄСПЛ чи ЄК. Загальна кількість посилань українських суддів – майже 5 800;
- «Шчокін проти України» (*Shchokin v. Ukraine*) від 14 січня 2011 року (4,6%). Масовість посилання на нього значною мірою пояснюється тим, що це рішення було використано ВГСУ для обґрунтування майнової природи деяких видів позовів: «Вимога про визнання протиправним рішення суб'єкта владних повноважень, яке впливає на склад майна позивача, у тому числі шляхом безпідставного стягнення податків, зборів, штрафних санкцій тощо, є майновою». Негативним наслідком стало збільшення фінансового навантаження у випадку оскарження рішень фіскальних органів. Загальна кількість посилань українських суддів – 14 000;
- «Кечко проти України» (*Kechko v. Ukraine*) від 18 листопада 2005 року (4,2%). Посилання на це рішення, як правило, використовується для спростування аргументів відповідачів (навчальних державних чи комунальних закладів), що базуються на відсутності бюджетних коштів у справах про бюджетні виплати чи відшкодування. Загальна кількість посилань українських суддів лише за останні 3 роки – майже 120 000. Масовість посилання може пояснюватися і тим, що на це рішення ЄСПЛ посилався КСУ у кількох своїх рішеннях;
- «Горнсбі проти Греції» (*Hornsby v. Greece*) від 19 березня 1997 року (3,7%) – одне із ключових рішень, де формулюється класична позиція ЄСПЛ щодо оцінки виконання судових рішень як невід'ємної частини судового розгляду у контексті втручання у право власності. Використовується у стандартних/шаблонних конструкціях у поєднанні з іншими рішеннями ЄСПЛ. Загальна кількість посилань – майже 4 600;
- «Інтерсплав проти України» (*Intersplav v. Ukraine*) від 9 січня 2007 року (3,6%) – масові посилання у податкових та майнових спорах. Загальна кількість посилань українських суддів – 25 400;
- «Абрамян проти Росії» (*Abramyan v. Russia*) від 9 жовтня 2008 року (3,4%). Рішення є одним із ключових у «обіймі рішень», які масово застосовуються українськими суддями для обґрунтування повернення обвинувального акта, дещо менше – в інших ситуаціях кримінального провадження чи провадження у справах про адміністративні правопорушення. Загальна кількість посилань – 5 100. Це рішення застосовується, як правило, одночасно із посиланнями на рішення «Матточі проти Італії» (*Mattocia v. Italy*) від 25 липня 2000 року (2,4%) – загальну кількість посилань українських суддів визначити складно через відмінності у передачі назви цього рішення українською мовою, але орієнтовно вона становить не менше 4 000), – а також з ще щонайменше 5 рішеннями;
- «Креуз проти Польщі» (*Kreuz v. Poland*) від 19 червня 2001 року (3,1%). Кількість посилань зростала протягом періоду оцінки, оскільки збільшення розміру судового збору актуалізувало проблему оцінки легітимності обмежень доступу до суду. Правові позиції цього рішення були основою мотивування відмови у задоволенні клопотань про звільнення від судових витрат. Загальна кількість посилань українських суддів – 2 840;
- «Пічкур проти України» (*Pichkur v. Ukraine*) від 7 лютого 2014 року (2,7%). Рішення набуло статусу остаточного у кінці 2014 року і одразу почало активно застосовуватися як шаблонна позиція при розгляді

- справ, пов'язаних із соціальними виплатами у ситуаціях, де існувала дискримінаційна залежність від місця проживання; останнім часом – у справах щодо виплат вимушеним переселенцям. Учасники тренінгів не в усіх аналогічних ситуаціях застосовують зазначений підхід. Загальна кількість посилань – 6 600;
- «Камасінські проти Австрії» (*Kamasinski v. Austria*) від 19 грудня 1989 року (2,7%). Рішення є одним із ключових у «обіймі рішень», які масово застосовуються українськими суддями для обґрунтування повернення обвинувального акта. Загальна кількість посилань – 2 300;
  - «Білуха проти України» (*Biluha v. Ukraine*) від 9 листопада 2006 року (2,4%) – масово застосовується українськими суддями при розгляді клопотань про відвід/самовідвід суддів чи прокурора, а також деяких інших процесуальних питань. Застосування пов'язане із суттєвими складнощами, часто має ознаки маніпулятивності. Загальна кількість посилань – майже 3 200;
  - «Стретч проти Об'єднаного Королівства» (*Stretch v. The United Kingdom*) від 24 червня 2003 року (2,5%) – використовується переважно адміністративними судами (досить часто у поєднанні з «українським рішенням» «Федоренко проти України»); практика є суперечливою, в багатьох випадках застосування судами різних інстанцій є «маніпулятивним», що відображено у кількох рішеннях ВСУ та експертних висновках<sup>10</sup>;
  - «Шмалько проти України» (*Shmalko v. Ukraine*) від 20 липня 2004 року (2,5%) – застосовується у всіх видах проваджень як функціональний аналог посилання на рішення «Горнсбі»;
  - «Бурдов проти Росії» (*Burdov v. Russia*) від 7 травня 2002 року (2,3%) – одне із ключових рішень, де формулюється класична позиція ЄСПЛ щодо оцінки виконання судових рішень у контексті втручання у право власності. Загальна кількість посилань – майже 67 000;
  - «Бізнес Супорт центр проти Болгарії» (*Business Support Centre v. Bulgaria*) від 18 березня 2010 року (2,2%) – має додатковий характер щодо рішення «Булвес АД проти Болгарії» («*BULVES*» AD v. Bulgaria) від 22 січня 2009 року і використовується одночасно з цим рішенням. Загальна кількість посилань українських суддів – 2 400;
  - «Великода проти України» (*Velikoda v. Ukraine*) від 3 червня 2014 року (1,7%) – одне з рішень (ухвала про неприйнятність), що стали застосовуватися практично одразу після появи офіційного перекладу; є важливим джерелом права у справах щодо соціальних виплат. Загальна кількість посилань українських суддів – 4 500;
  - «Рисовський проти України» (*Rysovsky v. Ukraine*) від 20 жовтня 2011 року (1,6%) – одне з найбільш складних рішень ЄСПЛ в частині визначення можливості та обґрунтованості застосування національними судами. Загальна кількість посилань – майже 1 700;
  - «Веренцов проти України» (*Vyerentsov v. Ukraine*) від 11 квітня 2013 року (0,8%). Загальна кількість посилань українських суддів – 600;
  - «Тешейра де Кастро проти Португалії» (*Teixeira de Castro v. Portugal*) від 9 червня 1998 року (1,2%). Має поширеність у кримінальних провадженнях як базова позиція ЄСПЛ щодо провокації злочину та окремих аспектів доказування. Досить складно визначити показник поширеності цього посилання у судах України загалом, оскільки назва рішення застосовується у різних варіантах написання прізвища заявника (Teixeira de Castro). Орієнтовно кількість таких посилань становить 600-650;
  - «Золотас проти Греції» (*Zolotas v. Greece*) від 29 січня 2013 року (1,1%) – застосовується у цивільних та адміністративних справах за участю вкладників та банків (або уповноважених Фонду гарантування вкладів фізичних осіб). У багатьох випадках назва рішення наводиться некоректно (без вказівки – №2). Орієнтовно кількість таких посилань становить 500;
  - «Пономарьов проти України» (*Ponomaryov v. Ukraine*) від 3 квітня 2008 року (1,1%) – масово застосовується українськими суддями при розгляді клопотань про поновлення/продовження процесуальних строків та вирішенні деяких інших процесуальних питань. Застосування пов'язане із суттєвими складнощами, часто має ознаки маніпулятивності (приклад «маніпулятивного» застосування наведено у Розділі 5). Загальна кількість посилань – майже 30 000;
  - «Будченко проти України» (*Budchenko v. Ukraine*) від 24 квітня 2014 року (1,4%). Рішення набуло статусу остаточного у кінці 2014 року і одразу почало активно застосовуватися. Найчастіше – адміністративними судами при розгляді справ про виплати та інші розрахунки із працівниками. Загальна кількість посилань – майже 2 100;
  - «Ветштайн проти Швейцарії» (*Wettstein v. Switzerland*) від 21 грудня 2000 року (1,3%) – входить до набору рішень ЄСПЛ, які у вигляді, наближеному до шаблону, масово застосовуються при розгляді процесуальних питань, пов'язаних із незалежністю та безсторонністю (зокрема, клопотань про відвід/самовідвід). У багатьох випадках має місце «маніпулятивне» застосування. Загальна кількість посилань – майже 1 700;
  - «Сокурєнко та Стригун проти України» (*Sokurenko and Strygun v. Ukraine*) від 20 липня 2006 року (1,7%) – посилання на це рішення стосується тлумачення поняття «суд, визначений законом». Рішення ЄСПЛ

<sup>10</sup> Докладніше див: Право власності: європейський досвід та українські реалії: збірник доповідей і матеріалів Міжнародної конференції. – К.: ВАІТЕ, 2015.

використовує підхід, раніше визначений ЄК у справі «Занд проти Австрії» (*ZAND v. Austria*) від 12 жовтня 1978 року. У багатьох випадках ці рішення застосовуються разом (як цитування/ посилання власне ЄСПЛ). Загальна кількість посилань – 9 000.

б) **Рішення в справах за участю України**, що не мають такої масовості, як попередня група, і, як правило, використовують правові позиції ЄСПЛ, що були сформульовані в інших справах як «прецеденти тлумачення». Такі рішення спрощують розуміння змісту прав, закріплених в ЄКПЛ, національними органами правозастосування. Особливістю таких рішень є їх беззаперечна легітимність як джерела права – наявність офіційних перекладів; оприлюднення в установленому законом порядку; доступність для всіх учасників судового розгляду. Не всі «українські рішення» використовуються суддями, орієнтовно – не більше 80 (рішення по суті, в окремих випадках – ухвали про прийнятність). Вибір таких рішень пояснити досить складно. Можна припустити, що найважливішим чинником вибору стає застосування таких рішень ЄСПЛ у практиці вищих судів. Так само важливим є аналіз подібних рішень під час навчальних заходів для суддів. Зважаючи на те, що загальна кількість «українських рішень» (лише по суті) становить понад 800, існує необхідність вивчення можливостей більш активного їх застосування, особливо зважаючи на те, що в окремих випадках вони містять розвиток правових позицій, що вже застосовуються. В окремих випадках нові тлумачення та правові позиції ЄСПЛ в цих рішеннях залишаються взагалі невідомими українським суддям, що підтверджується відсутністю відповідних посилань на них.

в) **Рішення у справах, де Україна не є стороною, однак за своїм предметом вони є релевантними**. Загальна кількість таких рішень у вибірці дослідження є досить значною – не менше 150. Переважно такі рішення мають неофіційні переклади українською чи російською мовами і доступні для ознайомлення на різних веб-сайтах (зокрема, у базі рішень ЄСПЛ – HUDOC)<sup>11</sup>.

г) **Рішення у справах, де Україна не є стороною, і які не мають українських чи російських перекладів, а практика їх застосування в Україні відсутня**. Їх кількість у вибірці дослідження є незначною – не більше 30, їх застосування не є масовим, а причини звернення до них в українських судах визначити не завжди можливо. Вибірковий аналіз показує, що такі рішення досить часто «вводяться в обіг» через рішення судів в регіонах (ймовірно, почасти – з ініціативи адвокатів). Достовірність існування деяких рішень такого типу не завжди підтверджується, зокрема було виявлено посилання на рішення ЄСПЛ, що їх не вдалося знайти навіть у базі рішень ЄСПЛ та ЄК (HUDOC).

Як вже зазначалося раніше, значна частина посилань мають характер «усталених шаблонів», хоча необхідність їх **постійного використання** в не завжди ідентичних ситуаціях раціонально пояснити досить складно. Наприклад, поширеними у кримінальному провадженні залишаються посилання на рішення у справі «Тешейра де Кастро проти Португалії» (*Teixeira de Castro v. Portugal*) від 9 червня 1998 року, яке вже не є достатньо актуальним, зважаючи на нові тлумачення провокації злочину в численних нових рішеннях ЄСПЛ.

Існують досить цікаві регіональні особливості застосування певних рішень ЄСПЛ, що свідчить, очевидно, про поширеність серед місцевих суддів неформальної практики «обміну зразками чи шаблонами судових рішень із використанням рішень ЄСПЛ». Наприклад, майже половина рішень із використанням рішення «Булвес АД проти Болгарії» (*BULVES AD v. Bulgaria*) від 22 січня 2009 року локалізуються в двох регіонах: Київ та Харківська область. Крім того, 57% посилань на рішення «Інтерсплав проти України» зроблено суддями Харківської області. Формат та стилістика таких рішень майже ідентичні.

Структура посилань має динамічний характер і реагує на появу нових релевантних рішень, насамперед щодо України, та на втрату актуальності певними рішеннями (зокрема, у зв'язку зі внесенням змін до законодавства). Однак такі зміни відбуваються досить повільно.

У дослідженні **не було зафіксовано впливу тренінгів на зміну структури посилань та цитування практики ЄСПЛ**, де зберігається «ядро» традиційних та усталених правових позицій рішень ЄСПЛ, що використовуються при розробці змісту тренінгових програм. Очевидно, компонент «нова практика ЄСПЛ» має бути обов'язковим елементом навіть базових програм навчання суддів за проблематикою ЄСПЛ.

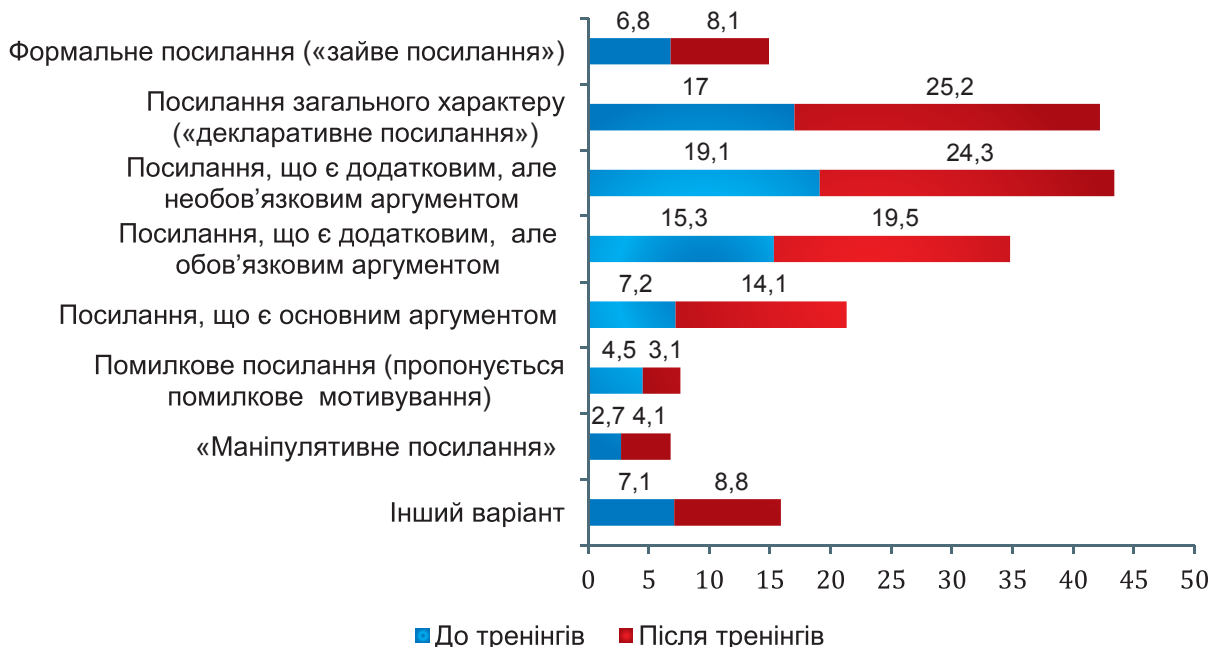
В окремих випадках судді починають застосовувати рішення ЄСПЛ вже через кілька місяців після набуття ним статусу остаточного. Наприклад, правові позиції рішення «Наталія Михайленко проти України» (серпень 2014 року) були використані у рішеннях українських суддів вже у грудні 2014 року. Аналогічна ситуація мала місце щодо застосування рішення «Чанєв проти України» (*Chanyev v. Ukraine*) від 9 січня 2015 року, в якому заповнювалися певні прогалини нового КПК України в частині процедури застосування тримання під вартою як запобіжного заходу.

<sup>11</sup> База даних, що розміщена на веб-порталі ЄСПЛ і включає всі рішення ЄСПЛ (в тому числі переклади неофіційними мовами РЄ), Європейської комісії з прав людини, релевантні резолюції Комітету міністрів Ради Європи та деякі інші матеріали. Докладніше див.: Посібник користувача HUDOC [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://www.echr.coe.int/Documents/HUDOC\\_Manual\\_2012\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/HUDOC_Manual_2012_ENG.pdf).

Після тренінгів фіксується збільшення кількості рішень ЄСПЛ, на які посилаються судді, так само дещо змінюється їхня структура – стає більш диференційованою за предметом. Одночасно зростає кількість «класичних прецедентів ЄСПЛ», що їх судді використовують у мотивувальній частині рішень.

**Експертне оцінювання обґрунтованості.** Отримані під час дослідження оцінки обґрунтованості посилення на практику ЄСПЛ наведені у наступній діаграмі.

Діаграма 5. Обґрунтованість посилення на практику ЄСПЛ



Підсумовуючи наведені дані, можна зробити висновок, що експерти визнають обґрунтованими посилення на практику ЄСПЛ приблизно у **60% рішень**, які також мають певне ранжування:

- *посилення на практику ЄСПЛ є основою мотивування (відсутня можливість побудови аргументації на основі національного законодавства) – 14,1%;*
- *правові позиції ЄСПЛ є обов'язковим, але додатковим до національного законодавства способом мотивування – близько 20%;*
- *правові позиції ЄСПЛ є додатковим, але необов'язковим способом мотивування судового рішення – приблизно 24,3%.*

Найбільш помітним позитивним результатом тренінгів стає **зростання майже вдвічі (з 7,2% до 14,1%) частки посилень, які стають основою мотивування рішення.**

Суттєвою проблемою є поширеність «декларативних» та «формальних» («зайвих») посилень, частка яких після тренінгів досить суттєво збільшується: до тренінгів – 23,8%, після – 33,3%. Очевидно, тренінги **створюють мотивацію до кількісного збільшення використання практики ЄСПЛ, що не супроводжується набуттям умінь та навичок релевантного її застосування.**

**Слід зазначити, що під впливом тренінгів дещо зменшується частка випадків «помилкового» застосування практики ЄСПЛ (з 4,5% до 3,1%).**

**Разом з тим зростає частка «маніпулятивного» застосування практики ЄСПЛ – з 2,7% до 4,1%. Типові приклади такого застосування будуть розглянуті окремо.**

Існують *відмінності обґрунтованості посилення* на практику ЄСПЛ залежно від юрисдикції та інстанції:

- *найнижчий показник «помилкових» та «маніпулятивних» посилень – у кримінальних провадженнях (6,8%; водночас у цивільних – 14,2%, адміністративних – 12%);*
- *у кримінальних провадженнях суттєво нижчою є частка «декларативних» та «формальних» («зайвих») посилень (24,6%);*
- *в апеляційних загальних судах найнижчим є показник «помилкових» та «маніпулятивних» посилень.*

Підсумовуючи наведені дані, слід зазначити, що **найбільшою проблемою** залишається поширеність «помилкового» та «маніпулятивного» застосування практики ЄСПЛ (загалом 8,2% рішень було віднесено експертами до цієї категорії). Оскільки цей показник не змінюється після тренінгів, очевидно, що відповідна проблематика має враховуватися при визначенні навчальних та організаційних складових тренінгів.

## Розділ 3

# Використання шаблонів та правильність оформлення посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ

Аналіз судових рішень передбачав оцінку деяких методологічних та технічних аспектів застосування суддями ЄКПЛ та практики ЄСПЛ:

- використання шаблонів/зразків/запозичень;
- поширеність самостійного добору релевантних позицій ЄСПЛ та вплив складності справи;
- правильність оформлення посилань та цитування матеріалів ЄСПЛ.

### 3.1. Проблема шаблонів/зразків

Часом обставини справи є стандартними або різняться несуттєво (незмінність законодавчої бази, прийомів оцінки доказів, способів мотивування рішення тощо), що призводить до появи певних алгоритмів судового розгляду. Такі стереотипні справи для різних юрисдикцій мають різну поширеність, однак загалом вони становлять більшість (наприклад, на певному етапі – пенсійні справи, певні категорії податкових справ тощо).

Цим створюються формальні підстави й можливості для стандартного застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ на основі певних зразків чи шаблонів. Саме по собі це не утворює проблему, пов'язану із якістю судового рішення. Однак вона (проблема) з'являється у випадках відсутності підстав для застосування шаблону або у разі намагання «прикрасити» рішення за рахунок шаблонів, що ускладнює або навіть унеможливує розуміння позиції суду.

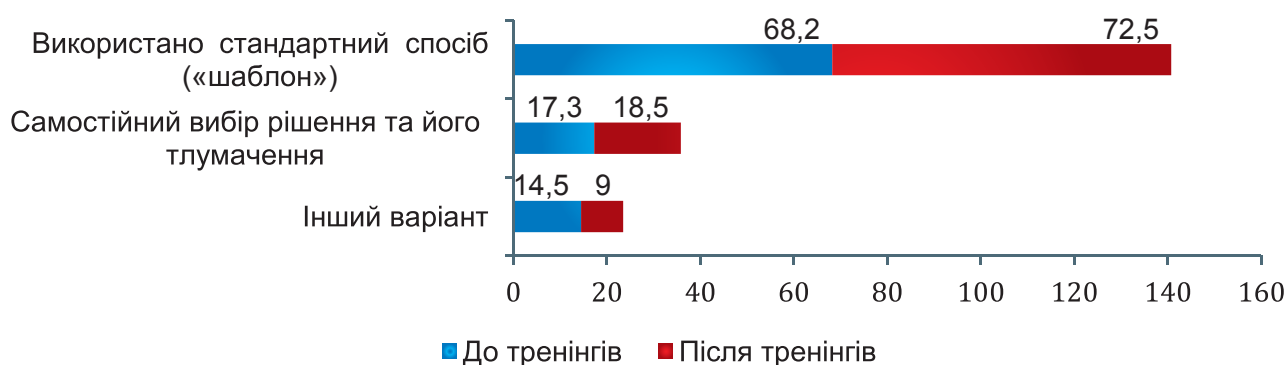
Одним з результатів аналізу великого масиву рішень українських суддів (як з посиланнями на практику ЄСПЛ, так і без них) став висновок про те, що **застосування практики ЄСПЛ відбувається у досить обмеженому переліку стандартних ситуацій**, які мають:

- однотипний предмет;
- схожі основні обставини справи;
- аналогічне коло учасників відповідних правовідносин;
- аналогічні акти законодавства та усталені правові позиції судів, нерелевантні предметові судового розгляду;
- стандартний набір правових позицій ЄСПЛ, що має джерелом одне чи кілька рішень ЄСПЛ і, як правило, «національний зразок» застосування цих правових позицій (досить часто – рішення чи тлумачення вищих судів).

Загалом у межах предмету дослідження може йтися приблизно про 50 стандартних ситуацій для кожної з юрисдикцій, частина з яких мають універсальний характер (застосовуються в усіх видах проваджень – наприклад, при вирішенні питань про відвід/самовідвід судді, розгляді клопотань про порядок сплати судового збору тощо), а інші мають значення лише в межах окремих юрисдикцій. Стандартні ситуації можуть стосуватися судового розгляду загалом (що трапляється рідше) або його окремих аспектів (наприклад, особливостей процедури розгляду; правової оцінки окремих матеріально-правових питань тощо). Так, у межах повноважень слідчих суддів стандартною (на перший погляд) є ситуація розгляду питання про продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Суддя приймає рішення, орієнтуючись на певні зразки чи шаблони мотивувальної частини та оформлення рішення, обираючи певний варіант або механічно (як один із наявних), або творчо (створюючи аргументацію на основі оцінки конкретної ситуації).

Наступна діаграма показує **співвідношення двох основних варіантів підготовки тексту судового рішення на підставі практики ЄСПЛ**: використання шаблонів (зразків) та самостійний добір, тлумачення правових позицій ЄСПЛ і створення текстів на їх основі.

Діаграма 6. Використання шаблонних посилань на практику ЄСПЛ



Наведені дані засвідчують, що **використання шаблонів є основним «стилем використання»** практики ЄСПЛ українськими суддями, що залишається домінантним як до, так і після тренінгів.

Водночас нетиповими є ситуації, коли посилання на практику ЄСПЛ є результатом *самостійного та обумовленого обставинами конкретної справи вибору судді*, а не запозиченням правової позиції вищого суду або рішень своїх колег. Відсутність позиції вищих судів щодо можливості застосування практики ЄСПЛ за постійного «нагадування про необхідність посилання на ЄКПЛ» мотивує суддів на «декларативне» чи «формальне» посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ. І все ж таки окремі судді прагнуть застосовувати ЄКПЛ творчо та продуктивно.

Для суддів все більш притаманним стає використання досвіду та практик своїх колег у межах не лише певного суду, а й регіону (апеляційного округу) чи загалом юрисдикції. Запозичення текстів чи правових позицій судових рішень із ЄДРСР є масовим. Так, з'являються клоновані тексти із використанням ЄКПЛ та практики ЄСПЛ. Нерідко «шаблонне чи стандартне» посилання суддів на практику ЄСПЛ відбувається без розуміння контексту, в якому таке посилання українських суддів було зроблено первісно, що стає підставою для абсолютизації чи універсалізації правової позиції ЄСПЛ в конкретному рішенні. Цим фактично **знищується імплементаційний ефект «кращих практик національних судів»**.

Рішення у конкретних справах чи правові позиції вищих судів є найбільш очевидним джерелом шаблонів, що їх використовують українські судді. Однак існує **проблема «тиражування» не зовсім коректних зразків застосування вищими судами практики ЄСПЛ**. Наприклад, у кількох рішеннях судів першої інстанції було використано помилкове тлумачення Вищим господарським судом України позиції ЄСПЛ у рішенні «Терем ЛТД, Чечеткін та Оліус проти України» (*Terem Ltd, Chechetkin and Olius v. Ukraine*) від 18 жовтня 2005 року. Всупереч змісту цього рішення, де ЄСПЛ вказував на неможливість при виконанні судового рішення посылатись на відсутність бюджетного фінансування, ВГСУ цей підхід було застосовано до ситуації невиконання *договірних зобов'язань* у відносинах суб'єктів господарювання державної форми власності. У цьому рішенні ВГСУ вийшов за межі позиції ЄСПЛ, що не робило помилковим по суті його рішення у справі, проте позбавляло релевантності посилання на конкретне рішення ЄСПЛ.

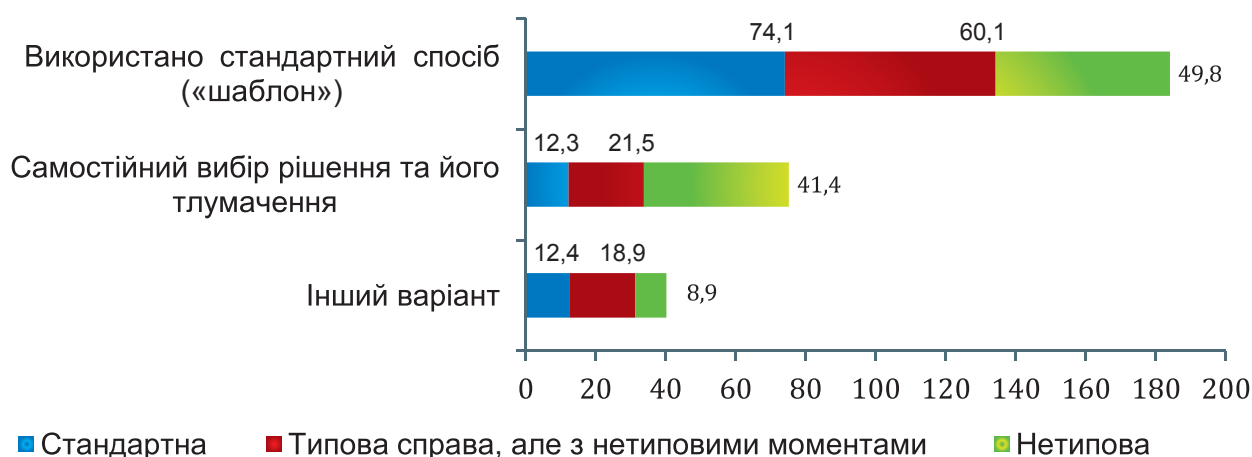
Поширеність стандартів та шаблонів **не означає** необхідності їх усунення. Навпаки, **практика потребує вироблення таких шаблонів аргументації** на підставі рішень ЄСПЛ для певних стандартних ситуацій, щодо яких національне законодавство може виявитися «недостатньо конкретним». Наприклад, прогалина, викликана відсутністю в національному кримінальному процесуальному законодавстві визначень понять «обґрунтована підозра» чи «поза розумним сумнівом», може бути заповнена відповідними тлумаченнями ЄСПЛ.

Ситуації «шаблонних посилань» свідчать про те, що судді переважно не враховують (або просто не знають про існування) «джерела правових позицій ЄСПЛ», тобто його рішення, де відповідна позиція була визначена і на яке ЄСПЛ в подальшому посилається. Як наслідок, у багатьох рішеннях українських суддів посилання зроблено на «вторинні рішення», де лише застосовано загальний підхід, що його було визначено в інших рішеннях (і посилання на них відсутні). Це могло б бути зрозумілим і певною мірою виправданим у випадках, коли посилання зроблено на «українські рішення». Однак судді «знаходять» архаїчні рішення з іншого правового контексту, що навряд чи є зрозумілими для звичайних українських юристів. Існує досить значний масив «українських рішень», в яких ЄСПЛ вироблено певні усталені правові позиції, які, хоча і базуються на попередніх рішеннях ЄСПЛ, однак враховують специфічний український контекст. У багатьох рішеннях українських суддів, що аналізувалися, такі «українські прецеденти» не враховуються, і вони обмежуються «формальними» посиланнями на будь-які рішення (хоча формально – релевантні предметові), без урахування наявності усталених оцінок ЄСПЛ українського закону та практики.

Слід звернути увагу на особливий статус використання тлумачень та правових позицій рішень ЄСПЛ проти України, які фактично є елементом *заходів загального характеру*, що мають імплементуватися національними судами. Зміна судової практики в багатьох випадках є більш оперативним та ефективним засобом усунення проблем у правовій системі (заповнювати прогалини, усувати колізії тощо). Практичні наслідки цього теоретичного висновку полягають у можливості визначення критеріїв «відбору прецедентів» у випадку наявності певної множини однопредметних рішень. Суддя має керуватися саме змістовними критеріями й робити раціональний вибір замість використання шаблонів чи суто наявних доступних матеріалів.

Ця проблема набуває особливої гостроти щодо судових проваджень, у яких існують **обмеження на застосування шаблонів/зразків**. Насамперед, це стосується проваджень, що можуть визнаватися «складними» чи «нетиповими». Наступна діаграма показує зв'язок складності/нетиповості справи й необхідності відмови від застосування шаблонів.

Діаграма 7. Складність справи та використання шаблонних посилань на практику ЄСПЛ



Аналіз отриманих даних дозволяє, зокрема, також пояснити пряму залежність складності справи і наявності «помилкових» посилань. У таких справах суддя прагне застосовувати практику ЄСПЛ за відсутності шаблонів, і це ставить перед ним низку практичних завдань, до вирішення яких він не завжди готовий. Наслідком цього стають численні ситуації, аналіз яких буде проведено окремо, які свідчать про помилкове за змістом та некоректне за формою застосування практики ЄСПЛ. Наприклад, у рішенні наводяться посилання на однотипні рішення, які фактично дублюють певну правову позицію. У таких випадках до 50% тексту мотивувальної частини становлять хаотичні цитати із рішень ЄСПЛ, що наводяться (відбираються) за незрозумілими критеріями і в такому самому нераціональному порядку наводяться у тексті.

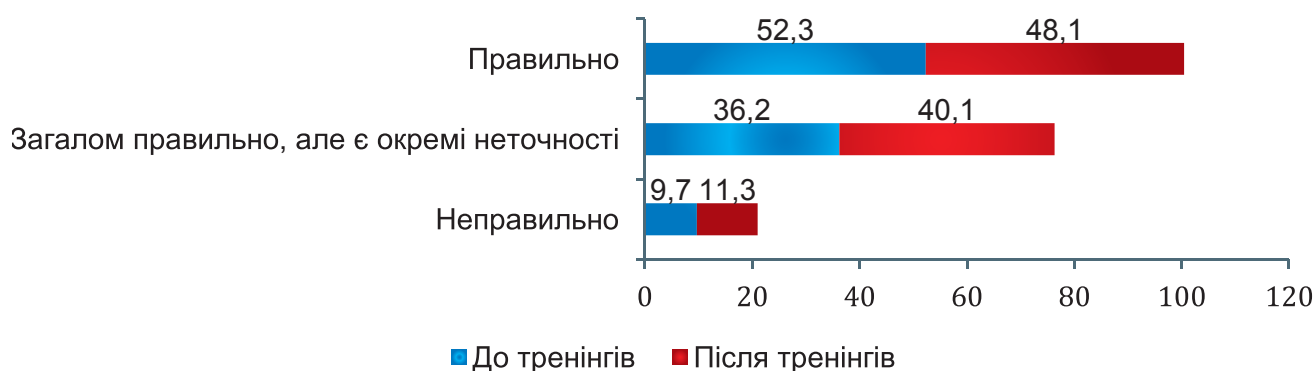
Ця проблема значною мірою обумовлена відсутністю чітких теоретичних моделей критеріїв та алгоритмів *ідентифікації правових позицій ЄСПЛ*, що адаптовані до особливостей українського судочинства як **умови їх застосування**. Такі критерії можна знайти у практиці ЄСПЛ, зважаючи при цьому на необхідність:

- урахування динаміки його тлумачень;
- порівняння базових та наступних рішень;
- визнання можливості використання певного положення не автоматично, а лише за наявності певних умов;
- наявності посилання власне ЄСПЛ на відповідні усталені підходи тощо.

### 3.2. Оцінювання правильності оформлення посилань та цитування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ

Експерти відзначають поширеність випадків неправильного оформлення посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ (докладний аналіз типових чи масових помилок проведено окремо). Важливість цих питань пояснюється тим, що недотримання мінімальних вимог до оформлення посилання на практику ЄСПЛ може бути підставою для визнання відсутності такого посилання взагалі, що означає «помилкове застосування законодавства» і може стати підставою для скасування/зміни відповідного рішення. Наступна діаграма показує масштаб цієї проблеми.

Діаграма 8. Правильність оформлення посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ



Наведені дані засвідчують, що під впливом тренінгів не відбувається підвищення якості оформлення посилань. Більш того, дещо зростає частка посилань, що їх експерти визнають такими, що мають окремі технічні помилки чи некоректність оформлення та цитування. Очевидно, пояснити цю тенденцію можна загальним збільшенням кількості посилань та прагненням до використання рішень ЄСПЛ. Досить часто проявляється і зневажливе ставлення судді (та/або помічника судді) до технічних аспектів виготовлення тексту рішення (*докладний аналіз типових проблем та недоліків буде проведено у Розділі 6*).

## Розділ 4

# Судді-тренери та розробники навчальних матеріалів із застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ: особливості використання ЄКПЛ та практики ЄСПЛ

Технічним завданням дослідження передбачалося порівняння практики застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ двома категоріями суддів:

- а) учасниками тренінгів та
- б) тренерами/розробниками навчальних матеріалів.

**Тренери/розробники навчальних матеріалів** – судді, які представляють різні інстанції та юрисдикції, при цьому частина з них є суддями вищих судів (ВССУ, ВАСУ, ВГСУ та ВСУ). Загальна кількість суддів, рішення яких були предметом аналізу, становить 37; кількість рішень: «із використанням ЄКПЛ» – 144; «без посилань на ЄКПЛ» – 130.

Далі результати аналізу подаються у порівнянні із категорією «учасники тренінгів» без розбивки за фазами моніторингу.

До **найбільш суттєвих результатів порівняльного аналізу** належать такі висновки:

- **Частота використання** посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ у тренерів/розробників є нижчою за середні значення для всього масиву суддів: якщо в учасників тренінгів середня кількість рішень з такими посиланнями становить: «до тренінгів» – 8, «після тренінгів» – 11, то у тренерів/розробників ці показники є нижчими: відповідно, 7 та 9. Однак **це компенсується** суттєво нижчими показниками «декларативних», «формальних» («зайвих») посилань та деякими іншими якісними вимірами.
- Суттєво **нижчим є показник використання ЄКПЛ у простих/типових/масових справах**: учасники тренінгів – 68,9%, тренери/розробники – 46,5%. Більше половини таких рішень стосуються справ із ознаками нетиповості, із них майже 10% – справи із принципово новим предметом розгляду (учасники тренінгів – 5,2%). Ці дані свідчать про більш свідомий характер звернення до цього джерела права, де визначальним є не стільки прагнення досягти певних «показників», скільки потреби власне судового розгляду.
- У тренерів/розробників **зростає (8,8%; в учасників – 4,2%) кількість ситуацій, де суддя реагує на звернення сторін до ЄКПЛ** – коментує, оцінює, аргументує прийняття чи неприйняття такої позиції. Для суддів це – досить складне завдання: не тільки використати «домашню заготовку» чи певний шаблон, а й відреагувати на посилання сторін на правові позиції та аргументи, що базуються на ЄКПЛ чи практиці ЄСПЛ.
- За форматом посилання **суттєво зростає частка змістовних посилань**: лише у 16% рішень є посилання загального характеру (згадується ЄКПЛ чи окрема стаття без жодних пояснень), натомість в учасників тренінгів таких рішень – 31,8%. Більшість посилань мають конкретний характер і охоплюють не лише виклад відповідних положень ЄКПЛ чи правової позиції ЄСПЛ, а й пояснення їх значення для розгляду справи.
- Тренери/розробники мають **суттєво вищий рівень обґрунтованості посилань, а також нижчі показники посилань необґрунтованих**: якщо загалом у 8,2% проаналізованих рішень експерти визнають відсутність зв'язку з предметом розгляду та потреби у використанні ЄКПЛ, то у тренерів/розробників – 1,4%; аналогічні результати зафіксовані і щодо обґрунтованості посилання на практику ЄСПЛ – відповідно, 8% і 1,4%.
- Важливими є відмінності за показником частки рішень, у яких правові позиції ЄСПЛ є основою їх мотивувальної частини: **у 22,3% рішень саме ці аргументи визначають позицію судді**, й без них рішення не дістає належного мотивування (в учасників тренінгів – 10,6%); крім того, певна частина таких рішень (орієнтовно – до третини) характеризуються наявністю ознаки самостійного формулювання правової позиції, натомість в інших випадках має місце коректне і обґрунтоване застосування шаблонів чи стандартів вищих судів.
- **Менш поширеними є випадки неправильного оформлення посилань** на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ: експерти визнають, що у рішеннях тренерів/розробників правильно оформлено 69,1% посилань і 46,2% – в учасників тренінгів.
- Якісні та кількісні відмінності практики застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ двома категоріями суддів («учасники» та «тренери») є доволі суттєвими.
- Дослідження виявляє і проблеми, що є спільними для всіх суддів, і навіть певні ризики.

- Майже однаковою для обох категорій є **ймовірність «маніпулятивного» застосування ЄКПЛ**. Щодо практики ЄСПЛ – більш підготовлені судді застосовують її у такий спосіб навіть дещо частіше (4,3% – тренери; 3,8% – учасники).
- Достатньо **високим є показник декларативного застосування ЄКПЛ** (це є притаманним майже для третини рішень; особливо часто це фіксується у рішеннях суддів окружних та апеляційних адміністративних судів, де **«схильність до надмірного цитування нормативних джерел»** є більш вираженою).
- Не існує суттєвих відмінностей і в частині поширеності **помилки щодо визначення можливості застосування ЄКПЛ** (5%); найчастіше помилки стосуються застосування ЄКПЛ у спорах за участю суб'єктів публічного права; поширення конвенційних стандартів на правовідносини, що за своїм предметом несумісні з ними; деяких інших категорій справ.

Зважаючи на це доречними можуть виявитися дві загальні рекомендації щодо залучення суддів до розробки навчальних програм та як тренерів:

а) відбір таких суддів має відбуватися у кілька стадій і враховувати різні критерії (зокрема, активність поза навчальними програмами і в межах навчальних програм; наявність особистої зацікавленості у викладанні; спеціальне тестування знань і навичок застосування ЄКПЛ);

б) відібрані судді мають проходити спеціальні тренінги, що охоплюють широкий спектр цілей та завдань (і це – не лише оволодіння базовими знаннями із конвенційної проблематики, а й аналіз дискусійних доктринальних питань, типових помилок українських суддів при застосуванні ЄКПЛ тощо).

## Розділ 5

### Типові змістовні недоліки та помилки застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ

Аналіз судових рішень учасників тренінгів дозволив визначити перелік найважливіших недоліків і проблемних питань у застосуванні ЄКПЛ та практики ЄСПЛ. Як правило, вони оцінювалися експертами як випадки необґрунтованого чи помилкового застосування цього джерела права. Значення цієї інформації полягає у тому, що вона дозволяє **виявити певні прогалини та недоліки професійної підготовки суддів**. У більшості випадків не існує значущих відмінностей у поширеності цих проблем на стадіях «до» і «після» тренінгів. Більш того, можна стверджувати, що збільшення частоти використання ЄКПЛ супроводжується актуалізацією проблем, що розглядаються у цьому розділі.

#### Вибірковість застосування практики ЄСПЛ

Очевидно, найбільш суттєвою проблемою є сприйняття частиною суддів практики ЄСПЛ як «цитатника аргументів», що їх можна на власний розсуд комбінувати для обґрунтування власного рішення. Такий підхід є проявом багатьох прогалин професійної підготовки: нерозуміння природи рішень ЄСПЛ; недостатність знань щодо конвенційних стандартів тлумачення базових інститутів як системних утворень, що «не можуть розкладатися на цитати»; недостатність інформації за окремими темами тощо.

«Методика» такого застосування практики ЄСПЛ базується на двох помилкових припущеннях:

- урахування сукупності висловлювань ЄСПЛ з певної теми (пошук та ідентифікація *leading case*) не є обов'язковим;
- положення із тексту рішення ЄСПЛ може застосовуватися незалежно від контексту цього рішення та інших наявних у ньому висновків.

Приклади вибіркового застосування є масовими в усіх юрисдикціях. Саме у такий спосіб відбувається «маніпулятивне» застосування практики ЄСПЛ.

Показовою може бути практика застосування критерію «тяжкість злочину» у рішеннях слідчих суддів щодо застосування чи продовження запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Існує чітка позиція ЄСПЛ, що ця обставина сама по собі не може бути підставою тримання під вартою. Цей підхід постійно пояснюється на тренінгах для суддів. Однак національна практика має приклади його ігнорування із виправданням посиланнями на практику ЄСПЛ.

**Фрагмент тексту ухвали слідчого судді:** «Вирішуючи питання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою щодо підозрюваного, слідчий суддя враховує вимоги п. п. 3 і 4 ст. 5 Конвенції про захист прав людини та практику Європейського суду з прав людини, згідно з якими обмеження права особи на свободу і особисту недоторканність можливе лише у передбачених законом випадках за встановленою процедурою, при цьому ризик переходу обвинуваченого від правосуддя не може оцінюватися виключно на підставі суворості можливого судового рішення, а це слід робити з урахуванням низки відповідних фактів, які можуть підтверджувати існування такого ризику або свідчити про такий його незначний ступінь, який не може слугувати підставою для запобіжного ув'язнення. Європейський суд з прав людини в своєму рішенні у справі «Летельє проти Франції» від 26 червня 1991 року зазначив, що особлива тяжкість деяких злочинів може викликати таку реакцію суспільства і соціальні наслідки, які виправдовують попереднє ув'язнення як виключну міру запобіжного заходу протягом певного часу. Тобто із зазначеного рішення Європейського суду з прав людини вбачається, що у справах, де особа обвинувачується у вчиненні особливо тяжкого злочину, виходячи із власне тяжкості обвинувачення, попереднє ув'язнення може бути застосоване».

#### Посилання на загальні принципи та тлумачення з ігноруванням передбачених ЄСПЛ умов їх застосування

У багатьох випадках ЄСПЛ встановлює умови, лише за наявності яких може застосовуватися певний загальний принцип. Існують різні варіанти таких обмежувальних чи конкретизованих положень у текстах рішень.

**Приклад.** У рішеннях багатьох суддів застосовується позиція, що була вперше сформульована у постанові Верховного Суду України від 18 вересня 2013 року у справі № 6-92цс13, де ВСУ, посилаючись на рішення ЄСПЛ у справі «Трегубенко проти України» від 2 листопада 2004 року, зазначив, що правильне застосування законодавства незаперечно становить «суспільний інтерес».

Однак у рішенні «Трегубенко проти України» (*Tregubenko v. Ukraine*) від 2 листопада 2004 року це положення не має абсолютного характеру і доповнюється формулюванням умови, лише за наявності якої застосування цього положення є можливим та виправданим: мають бути враховані обставини справи. У пункті 54 цього рішення ЄСПЛ зазначив: «Суд робить висновок, що, хоча правильне застосування законодавства незаперечно становить «суспільний інтерес», але, виходячи із обставин справи, цей інтерес мав на меті порушення основних принципів правової певності та доступу до суду. Тому цей аргумент має бути відхилений».

### **Плутанина та нечіткість розуміння правової позиції ЄСПЛ: проблема розрізнення *ratio decidendi* та *obiter dictum* рішення**

Загальновизнаною є необхідність розрізнення у тексті рішення ЄСПЛ положень, що є обов'язковими і становлять сутність його правової позиції, та інших положень допоміжного характеру. Досить умовно може йтися про розрізнення *ratio decidendi* та *obiter dictum* рішення. Ця проблема має різні прояви залежно від того, про які саме «*додаткові обставини/твердження між іншим*» йдеться.

Зокрема, виникають складнощі щодо ситуацій, коли в рішеннях проти України ЄСПЛ звертається до національного законодавства і дає його оцінку. Часто існує ризик некритичного запозичення таких тлумачень всупереч, зокрема, тим цілям, задля яких ЄСПЛ проводить оцінку національного закону, або з ігноруванням формальних обмежень щодо такого застосування.

В окремих рішеннях, що були предметом оцінки, застосовується посилання на рішення «Меньшакова проти України», де ЄСПЛ висловлюється щодо положень національного законодавства про працю (ст. 117 Кодексу законів про працю України) при розгляді спору між фізичною особою та державним підприємством. На підставі цих оцінок суди приймали рішення про відмову у виплаті середнього заробітку за весь час затримки розрахунку при звільненні. **Помилка застосування такого елементу рішення ЄСПЛ полягає у тому, що ця оцінка не становить *ratio decidendi* (правову позицію)**, оскільки у цьому випадку ЄСПЛ сам посилається на оцінки національних судів і виключно на цій підставі робить висновок про необґрунтованість вимог («не містить правових підстав»). Це відповідає загальному принципу субсидіарності конвенційного захисту – національні суди не підміняються ЄСПЛ.

### **Порушення юрисдикційного критерію *ratione personae***

Зазначений критерій має значення не лише для ЄСПЛ. Ним має керуватися і національний суд, оцінюючи можливість застосування ЄКПЛ до певного типу правовідносин у межах судового розгляду, коли суд враховує правову природу їх учасників.

У межах проведеного дослідження було виявлено непоодинокі випадки застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ до спорів між суб'єктами публічного права. Така практика є поширеною у адміністративних провадженнях за участю суб'єктів публічного права (державні органи та органи місцевого самоврядування, державні та комунальні установи, організації, підприємства).

Найчастіше йдеться про застосування стандартів статті 6 ЄКПЛ, які можуть тлумачитися як такі, що стосуються діяльності судів загалом. Слід виходити з того, що ці стандарти, хоча і стосуються діяльності судів загалом, проте їх метою є захист прав фізичних осіб та юридичних осіб приватного права від дій органів публічної влади. Поширення цих стандартів на публічно-правових суб'єктів є винятком і можливе лише за наявності чітких підстав. Застосування за аналогією є неприйнятним. Окремі правові позиції ЄСПЛ взагалі не можуть бути застосовані до спорів за участю таких осіб за своїм предметом.

### **Обґрунтування «надмірного формалізму» посиланням на тлумачення ЄСПЛ**

У багатьох ситуаціях, де було визнано «маніпулятивне» застосування практики ЄСПЛ, національні суди намагалися обґрунтувати відсутність фактичних аргументів для відмови у певній процесуальній дії (на-

приклад, відкриття провадження) посиланням на практику ЄСПЛ. Положення, на які робилися посилання, стосувалися загальних вимог до певної процедури.

Показовою є практика повернення судами обвинувального акта, що останніми роками набула неабиякого поширення й стала предметом активного обговорення у професійному середовищі. Актуальність цього питання обумовлюється тим, що така практика часто має ознаки реанімації додаткового розслідування, при цьому формальне застосування відповідних положень може мати маніпулятивний характер.

Наприклад, один із учасників тренінгів у 40 рішеннях (як до, так і після тренінгів) наводить таку стандартну мотивацію: «Європейський суд з прав людини у справі «Абрамян проти Росії» від 9 жовтня 2008 року зазначив, що у тексті підпункту «а» п. 3 ст. 6 Конвенції вказано на необхідність приділяти особливу увагу роз'ясненню «обвинувачення» особи, стосовно якої порушено кримінальну справу. Крім того, Європейський суд з прав людини нагадує, що положення зазначеного вище підпункту «а» п. 3 ст. 6 Конвенції необхідно аналізувати у світлі більш загальної норми про право на справедливий судовий розгляд, гарантоване п. 1 цієї статті. У кримінальній справі надання повної, докладної інформації щодо пред'явленого особі обвинувачення, а також про правову кваліфікацію, яку суд може дати відповідним фактам, є важливою передумовою забезпечення справедливого судового розгляду (рішення від 20 квітня 2006 року у справі І. Н. та інші проти Австрії, п. 34). В рішенні від 25 липня 2000 року у справі «Маттоція проти Італії» зазначено: «Обвинувачений у вчиненні злочину має бути негайно і докладно проінформований про причину обвинувачення, тобто про ті факти матеріальної дійсності, які нібито мали місце і є підставою для висунення обвинувачення; а також про характер обвинувачення, тобто юридичну кваліфікацію згаданих фактів. Хоча ступінь «докладності» інформування обвинуваченого залежить від обставин конкретної справи, однак у будь-якому випадку відомості, надані обвинуваченому, повинні бути достатніми для повного розуміння останнім суті висунутого проти нього обвинувачення, що є необхідним для підготовки адекватного захисту. У цьому відношенні обсяг та доречність наданої обвинуваченому інформації слід оцінювати крізь призму положення, закріпленого у п. «b» ч. 3 ст. 6 Конвенції. Аналогічно слід оцінювати інформацію про зміни, які мали місце в обвинуваченні, в тому числі зміни причини обвинувачення». Справедливість під час провадження у справі необхідно оцінювати, беручи до уваги розгляд справи в цілому (рішення від 1 березня 2001 року у справі «Даллос проти Угорщини», п. 47). Крім того, право бути поінформованим про характер і причини обвинувачення потрібно розглядати у світлі права обвинуваченого мати можливість підготуватися до захисту, гарантованого підпунктом «b» п. 3 ст. 6 Конвенції (рішення у справі «Пелісьє та Сассі проти Франції», п. 54). Вивчивши обвинувальний акт від 28 липня 2015 року у кримінальному провадженні, внесеному 2 липня 2016 року до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № 12016110040002279 щодо ОСОБА\_4, суд дійшов висновку, що обвинувальний акт не відповідає вимогам закону, оскільки він не містить у собі належним чином сформульованого, зрозумілого обвинувачення».

### **Посилання на загальні положення та тлумачення ЄСПЛ як заміна аналізу фактичних обставин справи**

Прикладом є практика багатьох суддів у різних регіонах, яка базується на єдиному як по суті, так і текстуально способі аргументації рішень про поновлення пропущених процесуальних строків:

«Суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини. Так, у справі *Bellet v. France* Європейський суд з прав людини зазначив, що «стаття 6 параграфу 1 Конвенції містить гарантії справедливого судочинства, одним з аспектів яких є доступ до суду. ... Для того, щоб доступ був ефективним, особа повинна мати чітку практичну можливість оскаржити дії, які становлять втручання у її права». У рішенні у справі «Мірагаль Есколано та інші проти Іспанії» від 13 січня 2000 року та у рішенні у справі «Перес де Рада Каваніллес проти Іспанії» від 28 жовтня 1998 року Європейським судом з прав людини вказано, що надто суворе тлумачення внутрішніми судами процесуальної норми позбавило заявників права доступ до суду і завадило розгляду їхніх позовних вимог. Це визнано порушенням пункту 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. З урахуванням наведеного та з метою забезпечення позивачу доступу до правосуддя для повного захисту своїх прав та інтересів шляхом судового розгляду справи суд дійшов висновку про поновлення останньому строку звернення до суду. Беручи до уваги зазначене, перевіривши матеріали адміністративного позову, вважаю, що даний позов підсудний ОСОБА\_1 окружному адміністративному суду та поданий з дотриманням вимог ст. ст. 104-106 КАС України».

Якщо попередній фрагмент судового рішення демонструє мотивувальну частину рішення про поновлення строку, то у наступному в аналогічний спосіб (підміна аналізу фактів загальними принципами) аргументується повністю протилежна позиція:

«Такий висновок судді-доповідача відповідає практиці Європейського суду з прав людини. Так, у справі «Пономарьов проти України» (рішення від 3 квітня 2008 року, заява № 3236/03) Європейський суд з прав людини нагадав про необхідність розуміння права на справедливий розгляд судом з урахуванням принципу юридичної визначеності, який є одним із аспектів верховенства права. В цьому рішенні ЄСПЛ тлумачив гарантії пункту 1 статті 6 Конвенції в контексті того, що «повноваження вищих судових органів стосовно перегляду мають реалізовуватись для виправлення судових помилок та недоліків судочинства, але не для здійснення нового судового розгляду. Перегляд не повинен фактично підміняти собою апеляцію, а сама можливість існування двох точок зору на один предмет не є підставою для нового розгляду. Винятки із цього принципу можуть мати місце лише за наявності підстав, обумовлених обставинами важливого та вимушеного характеру (див., *mutatis mutandis*, рішення у справі «Рябих проти Росії» (*Ryabikh v. Russia*), заява № 52854/99, п. 52, ECHR 2003-X)». Далі ЄСПЛ наголосив, що «ця справа стосується не екстраординарного перегляду остаточного та обов'язкового рішення суду в порядку нагляду чи за нововиявленими обставинами (див., серед інших справ, рішення у справі «Трегубенко проти України» (*Tregubenko v. Ukraine*), заява № 61333/00, пп. 34-38, рішення від 2 листопада 2004 року; рішення у справі «Праведная проти Росії» (*Pravednaya v. Russia*), заява № 69529/01, пп. 27-34, рішення від 18 листопада 2004 року), а відновлення провадження через значний період часу шляхом поновлення строку на ординарне апеляційне оскарження. Суд зазначає, що правова система багатьох країн-членів передбачає можливість продовження строків, якщо для цього є обґрунтовані підстави. Разом з тим, якщо строк на ординарне апеляційне оскарження поновлений зі впливом значного періоду часу та з підстав, які не видаються переконливими, як у цій справі, де нібито складне економічне становище перешкоджало відповідачу сплатити державне мито (див. пункти 19 та 20 вище), таке рішення може порушити принцип юридичної визначеності, так само як і перегляд в порядку нагляду. Суд визнає, що вирішення питання щодо поновлення строку на оскарження перебуває в межах дискреційних повноважень національних судів, однак такі повноваження не є необмеженими. Від судів вимагається вказувати підстави. Однією із таких підстав може бути, наприклад, неповідомлення сторін органами влади про прийняті рішення у їхній справі. Проте навіть тоді можливість поновлення не буде необмеженою, оскільки сторони в розумні інтервали часу мають вживати заходів, щоб дізнатись про стан відомого їм судового провадження (див., *mutatis mutandis*, рішення у справі «ОСОБА\_2 проти України» (*Aleksandr Shevchenko v. Ukraine*), заява № 8371/02, п. 27, рішення від 26 квітня 2007 року, та «Трух проти України» (*Trukh v. Ukraine*) (ухвала), заява № 50966/99, від 14 жовтня 2003 року) .... Суд зазначає, що сторони у провадженні було поновлено строки, незважаючи на те, що товариство було поінформовано про рішення від 5 жовтня 2001 року якщо не одразу після його винесення, то в найкоротші строки. Товариство подало першу апеляційну скаргу у листопаді 2001 року, але вона не була розглянута з низки причин, і несплата державного мита була лише однією із них (див. пункт 11 вище). Через два роки товариство подало нову апеляцію, стверджуючи, що воно не могло сплатити державне мито, в той час, коли рішення суду першої інстанції могло б бути оскаржене відповідно до законодавства.... У такій ситуації, надаючи дозвіл товариству подати повторну апеляційну скаргу зі впливом значного проміжку часу та після початку виконання рішення суду на підставах, які, на думку Суду, мали на меті не виправлення серйозних судових помилок, а лише перегляд та нове вирішення справи, національні суди порушили принцип юридичної визначеності та «право на суд» заявника, гарантоване пунктом 1 статті 6 Конвенції».

### Надмірність посилань як системна вада рішення

Спосіб застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ, коли рішення українського судді має численні посилання і цитування практики ЄСПЛ, може свідчити про **системний недолік тексту рішення** за наявності таких ознак:

- одна і та сама позиція обґрунтовується одночасним посиланням на значну кількість рішень (наприклад, наведення цитат із рішень ЄСПЛ, ідентичних за змістом);
- наводяться посилання на рішення, що змістовно не мають жодного зв'язку з предметом судового розгляду;

- рішення перевантажене посиланнями на рішення ЄСПЛ, які стосуються загальних засад судочинства;
- численні цитати (правові положення) із одного чи більше рішень ЄСПЛ «вирвані» із контексту/застосовуються вибірково і без урахування інших положень рішення.

**Приклад:** «Тому до завершення судового розгляду обвинувального акту, складеного слідчим і затвердженого прокурором, вплив на них з метою перешкодити виконанню ними службових обов'язків або домогтися прийняття незаконного рішення в будь-якій формі заборонений, оскільки розпочате кримінальне провадження не завершено.

У свою чергу, в рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Звольський та Звольська проти Чеської Республіки» (Zvolsky and Zvolenska v. the Czech Republic, заява № 46129/99, п. 46, ЄСПЛ 2002-IX) Суд зазначив, що тлумачення національного законодавства, зокрема процесуальних правил, що застосовуються у судовому провадженні, належить судам.

При цьому відповідно до рішення Європейського суду з прав людини в справі «Іванов проти України» (Ivanov v. Ukraine), № 15007/02, пп. 74-75, рішення від 7 грудня 2006 року) сумлінність за ініціювання слідчих дій або відмову у кримінально-правовому переслідуванні особи повністю покладається на державу.

Так, відповідно рішення Європейського суду з прав людини у справі «Ашингдейн проти Сполученого Королівства» (Ashingdane v. the United Kingdom) від 28 травня 1985 року, п. 57, Series A, № 93, право на суд не є абсолютним і може підлягати легітимним обмеженням.

У справі Preda and Dardari v. Italy (1999) Суд вказав, що «метою цієї норми є запобігання використанню принципів, на яких ґрунтується Конвенція, щоб здійснювати будь-яку діяльність, спрямовану на скасування прав і свобод, визнаних цією Конвенцією».

Оскільки наведений фрагмент є основним змістом мотивувальної частини рішення, можна стверджувати: наведено чотири логічно не пов'язаних між собою правових позиції, що стосуються загальних принципів права та судової процедури. Суддя не пояснює, у який спосіб ці положення визначають мотивування рішення. Текст такого рішення сприймається як «набір заготовок/цитат для цілей виготовлення остаточного тексту рішення».

### **Вихід за межі правової позиції ЄСПЛ: помилкове чи нерелевантне обставинам тлумачення рішення**

Є багато обставин, що їх суддя має враховувати для висновку про можливість застосування практики ЄСПЛ. Серед них важливе значення має подібність правовідносин – як за складом учасників, так і за предметом. Звичка прочитувати рішення ЄСПЛ вибірково, в пошуках «зручного формулювання», стає причиною того, що ця умова релевантності ігнорується.

Прикладом може бути поширення положення «відсутність бюджетних коштів не виправдовує невиконання судового рішення» на договірні зобов'язання сторін, безвідносно до їх правового статусу.

Такий підхід зустрічається доволі часто в рішеннях українських суддів. Джерелом такої позиції є практика Верховного Суду України та Вищого господарського суду України. У постанові ВСУ від 15 травня 2012 року № 3-28гс12 зазначено, що «касаційний суд обґрунтовано відхилив заперечення МНС щодо неоплати продукції за відсутності бюджетних коштів на реєстраційному рахунку відповідача, оскільки на підставі частини другої статті 617 ЦК України, частини другої статті 218 ГК України та рішення Європейського суду з прав людини у справі «Терем ЛТД, Четекін та Оліус проти України» від 18 жовтня 2005 року відсутність бюджетних коштів, передбачених у видатках Державного бюджету України на 2009 рік, не виправдовує бездіяльність МНС і не є підставою для звільнення від відповідальності за порушення зобов'язання».

Всупереч змісту процитованого рішення, де ЄСПЛ вказував на неможливість при виконанні судового рішення посилаючись на відсутність бюджетного фінансування, ВГСУ та ВСУ цей підхід було застосовано до ситуації невиконання договірних зобов'язань у відносинах суб'єктів господарювання державної форми власності. У цьому рішенні ВГСУ вийшов за межі позиції ЄСПЛ, що не робило помилковим по суті його рішення у справі, проте позбавляло релевантності посилання на конкретне рішення ЄСПЛ.

### **Застосування рішення ЄСПЛ за аналогією**

Схожість певних обставин справи, що розглядається українським судом, і обставин справи, розглянутої ЄСПЛ, не може бути підставою для безумовного застосування положень рішення ЄСПЛ.

Порушення цієї умови демонструє нижченаведений приклад: справа про визнання протиправними дій податкового органу, оскільки, на думку позивача, у податкового органу не було підстав для висновків про нереальність господарських операцій без дослідження первинних документів.

У рішенні суду зазначалося: «Суд послався на норми процесуального законодавства (КАС України) щодо доказування обставин справи й зазначив, що при цьому суд вважає за потрібне наголосити на необхідності дотримуватися позиції, висловленої у рішенні Європейського суду з прав людини «Федоренко та Лозенко проти України», відповідно до якої суд при оцінці доказів керується критерієм доведення «поза розумним сумнівом». Суд вважає, що податковим органом не доведено правомірності своїх дій щодо складання результатів опрацювання податкової інформації, складання висновків про нереальність господарських операцій та, відповідно, включення результатів опрацювання податкової інформації до інформаційних баз даних без дослідження первинних документів відповідно до вимог, встановлених частиною другою статті 19 Конституції України та частиною третьою статті 2 КАС України, а під час розгляду справи відповідач як суб'єкт владних повноважень не надав суду достатніх беззаперечних доказів на обґрунтування правомірності своїх дій».

Суд не лише не послався на конкретну норму ЄКПЛ, а й «вирвав» фразу з контексту, проігнорувавши фактичні обставини, якими керувався ЄСПЛ при вирішенні справи «Федорченко та Лозенко проти України» (*Fedorchenko and Lozenko v. Ukraine*) від 20 грудня 2012 року. По-перше, це рішення ЄСПЛ стосується кримінального переслідування та доказування юридично значущих у цьому аспекті обставин. По-друге, відсутність посилання на статтю ЄКПЛ є принциповим, оскільки національний суд не давав оцінки обставині, що ЄСПЛ наводив відповідні мотиви у контексті зовсім інших правовідносин: «Суд чітко усвідомлює субсидіарний характер свого завдання та визнає, що має бути обережним, перебираючи на себе роль суду першої інстанції щодо вирішення питань фактів, коли це неминуче не вимагається з огляду на обставини справи. Проте у разі подання скарг за статтями 2 та 3 Конвенції Суд повинен провести особливо ретельний аналіз, навіть якщо певні провадження та розслідування на національному рівні вже завершені». За таких умов посилання в справі (податковій за своєю природою) з предметом позову, пов'язаним із наповненням баз податкової інформації, на зазначене рішення та висновки, які складені за повністю інших обставин, є «маніпулятивним» та надуманим.

### **Нечіткість або відсутність визначення *leading case* – первинного джерела правової позиції ЄСПЛ**

Судді переважно не враховують (або просто не знають про існування) «джерела правових позицій ЄСПЛ – *leading case*», тобто рішення, де відповідна позиція була визначена і на яке ЄСПЛ в подальшому посилається. Як наслідок, у багатьох рішеннях українських суддів посилання робиться на «вторинні рішення», де лише застосовано загальний підхід, який було визначено в інших рішеннях (і посилання на них відсутні). Це могло б бути зрозумілим і певною мірою виправданим у випадках, коли посилання зроблено на «українські рішення» (рішення у справах за участю України). Однак судді «знаходять» архаїчні рішення з іншого правового контексту, які навряд чи є зрозумілими для звичайних українських юристів. Існує досить значний масив «українських рішень», у яких ЄСПЛ вироблено певні усталені правові позиції, які, хоча і базуються на попередніх рішеннях ЄСПЛ, однак враховують специфічний український контекст. У багатьох проаналізованих рішеннях українських суддів такі «українські прецеденти» не враховуються і обмежуються «формальними» посиланнями на будь-які рішення (хоча формально і релевантні предметові), без урахування наявності усталених оцінок українського закону та практики. Тобто існує практична методологічна проблема: **визначення критеріїв «відбору прецедентів» у випадку наявності певної множини однопредметних рішень**. Суддя має керуватися саме змістовними критеріями і робити раціональний вибір замість використання шаблонів чи просто виходити з наявних доступних матеріалів.

### **Абсолютизація обов'язковості правової позиції ЄСПЛ**

Обов'язковість тлумачень та правових позицій ЄСПЛ не має універсального чи абсолютного характеру. Однак проведене дослідження засвідчує, що національна практика дає численні приклади того, що окремі правові позиції отримують фактично абсолютний характер як мотивація судового рішення.

Серед прикладів цього феномену особливу поширеність мають так звані «прецедент Булвес», «прецедент Стретч» та «прецедент Рисовського».

Абсолютизація обов'язковості правових позицій ЄСПЛ при розгляді справ українськими суддями має фундаментальну помилку: не враховується неможливість «прецедентності» правових позицій у відриві від

принципу фактичності, тобто від застосування тесту на релевантність. Очевидно, практика ЄСПЛ має різні за змістом тести на релевантність. Найпростішим способом є *вирішення питання про існування «фактів чи аргументів»*, що спростовують можливість застосування висновку (результату розгляду) іншого, ніж у рішенні, що розглядається як прецедент. Саме ця вимога найчастіше порушується українськими суддями, що вже неодноразово констатував ВСУ у резонансних справах останніх років (зокрема, щодо повернення земель у державну власність).

### **Неповнота та вибірковість викладення правової позиції ЄСПЛ**

Однією з досить поширених помилок є уявлення про правові позиції ЄСПЛ як про набір автономних аргументів, що можуть застосовуватися на розсуд судді. Варто звернути особливу увагу на ігнорування окремими суддями принципів оцінки певних ситуацій, закладених у тексті ключових матеріально-правових статей ЄКПЛ, що є основним інструментом ЄСПЛ.

Практика ЄСПЛ передбачає використання певних уніфікованих і зведених до алгоритму прийомів тлумачення і застосування конвенційних положень. Прикладом таких інструментів є так звані «тести Суду», які вироблені ЄСПЛ при розгляді справ щодо низки статей ЄКПЛ (ст. ст. 8-11 Конвенції, ст. 1 Першого Протоколу тощо).

Наступний приклад показує, що український суддя застосовує ЄКПЛ, однак відповідна позиція спрощується до загального висновку, що нівелює мотивувальне значення посилання, що використовується. Суд розглядав позов щодо демонтажу прибудови до приватного будинку (власник мав провести такий демонтаж). Своїм рішенням він визнав вимогу про проведення такого демонтажу порушенням ст. 1 Першого Протоколу до ЄКПЛ:

*«Згідно із частиною першою статті 1 Першого Протоколу до ЄКПЛ кожен має право мирно володіти своїм майном; ніхто не може бути позбавлений свого майна інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права. Державам – учасницям Конвенції заборонено скасовувати встановлені нею права. Оскільки прибудова до жилого будинку в розумінні частини 1 Першого Протоколу до Конвенції є майном, а позивач з метою усунення виявлених під час перевірки порушень вимагав демонтувати його без з'ясування всіх обставин, що мають значення для прийняття такого рішення, то задля захисту конвенційного і законного права відповідача на мирне володіння своїм майном суд доходить висновку про відмову в задоволенні позову».*

Фактично, така аргументація є неточним і декларативним тлумаченням позиції ЄСПЛ, який ніколи не робив висновок про порушення права власності *виключно на підставі того*, що державний орган не провів з'ясування всіх обставин (хоча така обставина завжди оцінювалася). У цьому випадку мало оцінюватися насамперед рішення про демонтаж (це є різновидом втручання) за стандартним триланковим критерієм правомірності втручання. Суд замість цього використав маніпулятивний прийом «відсилання до авторитетного джерела».

### **Порушення сфери застосування окремих статей ЄКПЛ**

Суттєвою прогалиною підготовки суддів є недостатня інформованість про ЄКПЛ як специфічний міжнародний договір, а саме – щодо її структури, системності та взаємодії окремих елементів тексту. Наслідком цього є те, що частина суддів некоректно застосовують окремі статті ЄКПЛ. Найчастіше, це – ті статті, що не містять формулювань прав людини з конвенційного каталогу, проте застосовуються у взаємодії з іншими або виконують роль процедурних норм.

Наступний приклад стосується посилання суду у справі про розлучення, що базується на помилковому тлумаченні змісту та сфери застосування статті 17 ЄКПЛ. Вживання терміна «зловживання правом» у тексті статті 17 не може бути підставою для її застосування до будь-якої ситуації зловживання правом.

**Фрагмент тексту судового рішення:** *«Будучи ініціатором цього судового провадження, позивач в судові засідання не з'являється, провадженням у справі не цікавиться, судові повістки не отримує. Стаття 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікованої Україною Законом № 475/97-ВР від 17 липня 1997 року, гарантує право на справедливий і публічний розгляд справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом. Водночас Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях неодноразово наголошував, що*

право на доступ до суду, закріплене у статті 6 Конвенції, не є абсолютним: воно може бути піддане допустимим обмеженням, оскільки вимагає за своєю природою державного регулювання. Заборона зловживання правом дістала свого закріплення у статті 17 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, згідно з якою жодне з положень Конвенції не може тлумачитись як таке, що надає будь-якій державі, групі чи особі право займатися будь-якою діяльністю або вчиняти будь-яку дію, спрямовану на скасування будь-яких прав і свобод, визнаних цією Конвенцією, або на їх обмеження в більшому обсязі, ніж це передбачено в Конвенції. Заборона зловживання правом міститься також у ЦК України. Враховуючи нормативне регулювання цього питання національним та європейським законодавством, суд вважає, що позивач, звернувшись до суду з позовом, проте не з'являючись у судові засідання, не даючи суду можливості своїми діями у встановлений законом строк розглянути справу, зловживає своїми процесуальними правами, а тому суд дійшов висновку про залишення позову без розгляду».

### **Обґрунтування фіктивних преюдицій на підставі рішень ЄСПЛ: різновид «маніпулятивного» застосування**

Правова позиція ЄСПЛ може використовуватися як преюдиційне твердження, що визначає мотивування рішення українського судді у справі, що не має жодного фактичного зв'язку зі справою ЄСПЛ.

Прикладом такого підходу може бути обґрунтування призначення покарання, що не пов'язане з позбавленням волі, на підставі висновків ЄСПЛ щодо ситуації у пенітенціарній системі України, зроблених у конкретних справах. Вирок місцевого суду містить таке мотивування:

«ЄСПЛ у низці справ проти України, в яких скарги заявників стосувалися незабезпечення адекватного лікування під час тримання під вартою, встановив існування у національній пенітенціарній системі такої проблеми системного характеру (див., напр., рішення у справах «Мельник проти України» (Melnik v. Ukraine), пп. 69-71, «Коктиш проти України» (Koktysh v. Ukraine), п. 86, «Похлебін проти України» (Pokhlebnin v. Ukraine) від 20 травня 2010 року, заява № 35581/06, пп. 41-42, «Логвиненко проти України» (Logvinenko v. Ukraine) від 14 жовтня 2010 року, заява № 13448/07, пп. 57-58). ЄСПЛ неодноразово повторював, що надання необхідної медичної допомоги особам у місцях тримання під вартою є обов'язком держави (рішення від 18 грудня 2008 року у справі «Ухань проти України» (Ukhan v. Ukraine), заява № 30628/02, пп. 72-74). Встановлюючи те, чи виконали державні органи свої обов'язки з надання медичної допомоги особі, яка перебуває під вартою і під їхнім контролем, суд має оцінити якість медичних послуг, наданих такій особі з урахуванням стану її здоров'я та «практичних вимог ув'язнення», і, якщо її було позбавлено адекватної медичної допомоги, з'ясувати, чи становило це нелюдське і таке, що принижує гідність, поводження на порушення ст. 3 Конвенції (див. рішення у справах «Сарбан проти Молдови» (Sarban v. Moldova) від 4 жовтня 2005 року, заява № 3456/05, п. 78, «Алексанян проти Росії» (Aleksanyan v. Russia) від 22 грудня 2008 року, заява № 46468/06, п. 140, «Євген Олексєєнко проти Росії» (Yevgeniy Alekseyenko v. Russia) від 27 січня 2011 року, заява № 41833/04, п. 104). Беручи до уваги всі вказані обставини у їх сукупності, пріоритети, визначені ст. 3 та ст. 28 Конституції України, ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, суд вважає за можливе у цьому випадку, призначивши ОСОБА\_1 покарання у вигляді позбавлення волі, застосувати до нього ст. 75 КК України і звільнити його від відбування покарання з випробуванням, одночасно поклавши на обвинуваченого обов'язки, які сприятимуть його виправленню, не вбачаючи при цьому підстав для застосування правил ч. 4 ст. 74 КК України, оскільки саме таке покарання, на думку суду, є справедливим, а також необхідним і достатнім для його виправлення та запобігання вчинення ним нового злочину».

### **Посилання на практику ЄСПЛ за наявності чітких та несуперечливих положень національного закону**

Аналіз вибірки судових рішень засвідчує, що існує багато ситуацій, коли застосування ЄСПЛ та практики ЄСПЛ відбувається за наявності приписів національного закону, який є достатньо чітким та несуперечливим, та за відсутності ознак його неповноти чи колізійності. Суддя є автономною процесуальною фігурою, а право розсуду дозволяє за таких умов використовувати посилання на ЄСПЛ як додатковий

аргумент. Однак такий вибір має бути раціональним і позбавленим мотивації «отримати високий показник цитування ЄКПЛ».

Показовою є, зокрема, така ситуація. Суддя розглядає питання про самовідвід на підставі п. 3 ст. 27 КАС України (позивач є близькою особою судді). Очевидно, в цьому разі немає жодних сумнівів щодо того, що національний закон формально передбачає автоматичний самовідвід. Однак суддя у мотивувальній частині рішення наводить розгорнуті посилання/цитування 8 рішень ЄСПЛ. У підсумку може скластися враження, що не формально визначені положення КАС України, а загальні принципи рішень ЄСПЛ стали підставою для самовідводу.

Аналогічний приклад стосується ухвали слідчого судді за клопотанням про дозвіл на обшук. Відповідно до ч. 2 ст. 235 КПК України ухвала про дозвіл на обшук повинна містити відомості про речі, документи або осіб, для виявлення яких проводиться обшук. Однак суддя наводить цитати з 5 рішень ЄСПЛ («Смирнов проти Росії» (*Smirnov v. Russia*) від 7 червня 2007 року, «Ернст та інші проти Бельгії» (*Ernst and Others v Belgium*) від 15 липня 2003 року тощо), а в підсумку приймає рішення про відмову у задоволенні клопотання на підставі відсутності даних, що прямо передбачені КПК України.

### **Відсутність оцінки аргументів сторони судового спору, які містять посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ**

Судові рішення, як правило, дуже обмежено відображають аргументи сторін із використанням посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ. Однак навіть у тих випадках, коли ці положення наводяться у рішенні, вони досить часто залишаються без належної оцінки суду.

Наприклад, при розгляді справи про звільнення державного службовця суд залишив без оцінки твердження позивача про порушення ст. 14 ЄКПЛ, що полягає у помилковому тлумаченні її змісту, оскільки ця стаття не має автономного значення і застосовується лише щодо прав із каталогу прав людини у ЄКПЛ.

**Фрагмент тексту судового рішення:** «При звільненні позивача, на його думку, відповідачем було порушено конституційні права позивача на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується; на захист від незаконного звільнення; на своєчасне одержання винагороди за працю (ст. 43 Конституції України), право на рівну оплату за рівну працю без будь-якої дискримінації (ст. 23 Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 року, ст. 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року) та безпосередньо низку норм Кодексу законів про працю України».

### **Підміна мотивувальної частини судового рішення цитуванням практики ЄСПЛ**

На основі правових позицій ЄСПЛ будується мотивування рішення, однак при цьому суддя взагалі не оцінює фактичні обставини, а мотивувальна частина рішення повністю складається лише з цитат із рішень ЄСПЛ.

Показовою у такому випадку є практика розгляду питань відводу/самовідводу суддів. У разі відсутності оцінки обставин реальної справи або навіть простого їх наведення та констатації їх подібності обставинам справи ЄСПЛ є підстави для висновку про «помилкове»/«маніпулятивне» застосування рішення ЄСПЛ. Недоліком такого рішення є реалізована суддею презумпція «будь-який сумнів у безсторонності є безумовною підставою для відводу судді», яка обґрунтовується посиланням на ЄСПЛ.

Прикладом такої мотивації є **фрагмент тексту судового рішення** місцевого загального суду: «У судовому засіданні 14 березня 2014 року відповідач звернувся до суду з клопотанням про відвід головуєчої у справі. Заяву мотивує тим, що у нього є сумніви у об'єктивності та неупередженості судді при розгляді справи. Згідно зі ст. 20 ЦПК України суддя не може брати участь у розгляді справи і підлягає відводу (самовідводу), якщо є інші обставини, які викликають сумнів в об'єктивності та неупередженості судді. Пунктом 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), яка підлягає застосуванню відповідно до ст. 9 Конституції України та ст. 2, ч. 1 ст. 8 ЦПК України та ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини», закріплено принцип, за яким кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи безстороннім судом. Наявність безсторонності визначається, в тому числі, й тим, чи забезпечує

*суд умови, за яких були б неможливі сумніви у його безсторонності (рішення Європейського суду з прав людини у справі «Білуха проти України» від 9 листопада 2006 року). Ураховуючи наведене, суд доходить висновку, що для забезпечення умов, за яких у сторін не виникало б будь-яких сумнівів щодо розгляду справи безстороннім та неупередженим судом, подану за-яву слід задовольнити».*

---

### **Фрагментарність знань з міжнародного та європейського права**

---

Застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ передбачає наявність у суддів системного уявлення про це джерело права з позицій взаємодії національного та міжнародного права. Результати аналізу практики засвідчують, що у цій сфері існують суттєві прогалини. Серед найважливіших проблем слід звернути увагу на такі:

- ЄКПЛ у системі міжнародних договорів із захисту прав людини;
- значення норм «м'якого» міжнародного права і можливості їх застосування судами;
- можливості та обмеження застосування рішень міжнародних судів;
- відмінності статусу та компетенції ЄСПЛ та Суду ЄС;
- статус рішень Європейської комісії з прав людини;
- знання базових етапів історії контрольного механізму ЄКПЛ;
- місце ЄКПЛ та практики ЄСПЛ у національній правовій системі;
- поняття «практика ЄСПЛ як джерело права» при розгляді справи судом;
- проблема прецеденту та обов'язковості тлумачень;
- процедури діяльності ЄСПЛ;
- типи рішень ЄСПЛ, можливості та особливості їх національної імплементації;
- основні елементи структури тексту рішень ЄСПЛ.

Цей перелік є рамковим, оскільки дослідження зафіксувало існування недоліків та прогалин, які є лише проявом відсутності системного уявлення про окремі міжнародно-правові аспекти застосування ЄКПЛ у значної частини суддів. Це – проблема не лише додаткової професійної підготовки суддів, але більшою мірою – базової вищої юридичної освіти.

---

### **Суперечності між наведеною правовою позицією ЄСПЛ та рішенням суду**

---

Непоодинокими є випадки, коли наведені у тексті судового рішення правові позиції ЄСПЛ спростовують висновок резолютивної частини рішення національного суду.

## Розділ 6

### Типові недоліки оформлення посилань та цитування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ

Неправильність оформлення посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ є одним із суттєвих недоліків, що виходить за межі простих технічних помилок, оскільки у багатьох випадках ця проблема може навіть набувати формальних ознак «*неправильного застосування законодавства*».

Наведений далі аналіз базується лише на найбільш поширених та очевидних ситуаціях помилкового цитування, посилання та оформлення відповідних текстів у судовому рішенні.

#### Відсутність єдності в оформленні посилань на рішення ЄСПЛ

Суди не використовують єдиного підходу при оформленні посилань на практику ЄСПЛ. Найчастіше судді суто відтворюють той формат, який використовується у тексті, з якого відбувається запозичення посилання. При цьому в постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 грудня 2014 року №13 «Про застосування судами міжнародних договорів України при здійсненні правосуддя» наводяться вимоги щодо цитування рішень міжнародних судів, хоча у цьому документі рекомендації мають надто загальний характер і не враховують, зокрема, позицію власне ЄСПЛ та інститутів РЄ щодо формату цитувань<sup>12</sup>. Очевидно, це створює складнощі для суддів у цитуванні практики ЄСПЛ.

Нижче наведено кілька типових прикладів того, як виглядають посилання в рішеннях українських судів.

**Приклад 1** (окружний адміністративний суд): «ЄСПЛ розрізняє, чи існують в конкретній справі яке-небудь переконання або особиста зацікавленість даного судді, та чи дотримані вимоги щодо того, чи забезпечує суддя достатню гарантію, щоб виключити підозру в цьому (рішення у справах *Piersac vs Belgium, Grieves vs UK*)».

**Приклад 2** (місцевий загальний суд): «Наявність безсторонності визначається, в тому числі, й тим, чи забезпечує суд умови, за яких були б неможливими сумніви у його безсторонності (рішення Європейського суду з прав людини у справі «*Білуха проти України*» від 9 листопада 2006 року)».

**Приклад 3** (окружний адміністративний суд): «У справі «*Джеймс та інші проти Сполученого Королівства*» (1986 року) Європейський суд з прав людини зазначив, що має бути обґрунтована пропорційність ...».

**Приклад 4** (місцевий загальний суд): «Так само у справі *Preda and Dardari v. Italy* (1999) ЄСПЛ вказав, що сторони не вправі використовувати принципи, на яких ґрунтується Конвенція».

**Приклад 5** (окружний адміністративний суд): «У рішенні від 22 січня 2009 року (справа «*БУ-ЛВЕС АД*» проти Болгарії) Європейський суд з прав людини зазначив ...».

#### Відсутність посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ у резолютивній частині рішення

Щонайменше у 70% рішень, в яких мотивувальна частина містить посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ, резолютивна частина не має посилання на це джерело права.

В інших випадках таке посилання дається або надто узагальнено, або з помилками чи недоліками.

<sup>12</sup> Note explaining the mode of citation and how to refer to the judgment and decision of the Court (January 2016) [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://www.echr.coe.int/Documents/Note\\_citation\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Note_citation_ENG.pdf).

**Приклад некоректного посилання:** «Керуючись ст. ст. 75, 81 КПК України, на підставі п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, рішень Європейського суду з прав людини від 9 листопада 2006 року, від 28 жовтня 1998 року слідчий суддя ...».

### Використання шаблонів та повторення помилок у назві та реквізитах рішень

Судді при оформленні посилань на рішення ЄСПЛ найчастіше використовують певні зразки («шаблони»), якими у свою чергу виступають рішення суддів інших судів, інформаційні та інші матеріали вищих судів, наукові публікації тощо. Авторитет джерела часто є настільки вагомим, що судді не перевіряють ті матеріали, на які посилаються.

За таких умов поширеним явищем стає повторення технічних та змістовних помилок першоджерел. Таких випадків у дослідженні було зафіксовано чимало. Показовим прикладом може бути доля *рішення «Ілхан проти Туреччини» (Ilhan v. Turkey) від 27 червня 2000 року* в рішеннях українських суддів.

Рішення застосовується досить часто, зважаючи на наявність у ньому важливих положень щодо неможливості надмірного формалізму в застосуванні процесуальних обмежень доступу до суду.

Однак практично в усіх випадках повторюється помилка – замість «Ілхан» пишеться «Іліан». Така помилка має місце не лише в судових рішеннях, а й у публікаціях суддів, методичних матеріалах тощо. Хоча існує досить коректний переклад цього рішення українською мовою (доступний в HUDOC та в українських джерелах). Формально українські судді посилаються на неіснуюче рішення (особливо з урахуванням того, що практично завжди відсутня вказівка на інші реквізити цього рішення).

**Фрагмент тексту судового рішення:** «У рішенні у справі «Іліан проти Туреччини» ЄСПЛ зазначив, що правило встановлення обмежень доступу до суду у зв'язку з пропуском строку звернення ...».

**Фрагмент наукової публікації судді:** «Висновок, який випливає з рішення Європейського суду з прав людини у справі «Іліан проти Туреччини» (далі – Рішення Суду), з якого слідує, що правило встановлення обмежень до суду у зв'язку з пропуском строку звернення до ...».

### Помилки та неточності посилання на статті ЄКПЛ

Поширеним явищем є неточності посилання чи цитування тексту статей ЄКПЛ, особливо у випадках, коли стаття містить окремі пункти та підпункти. У текстах рішень такі елементи статей плутаються, їхній зміст передається некоректно тощо.

Показовим є **фрагмент тексту ухвали слідчого судді:** «Вирішуючи питання про застосування запобіжного заходу у вигляді особистого зобов'язання, слідчим суддею враховуються вимоги п. п. 3, 4 ст. 5 Конвенції про захист прав людини та практика Європейського суду з прав людини, згідно з якими обмеження права особи на свободу і особисту недоторканність можливе лише в передбачених законом випадках за встановленою процедурою». Натомість положення, що наводиться у тексті ухвали («лише в передбачених законом випадках за встановленою процедурою»), міститься у частині 1 статті 5 ЄКПЛ, а не у ч. 3 та ч. 4.

### «Деперсоніфікація» у назві рішення ЄСПЛ

За змістом це – заміна особистих імен та прізвищ на безособове визначення. Ця проблема має значну поширеність і пояснюється формальним/механічним дотриманням вимог до тексту судового рішення при його внесенні до ЄДРСР.

Наявність деперсоніфікації рішення фактично означає втрату змісту та обґрунтованості посилання на практику ЄСПЛ

**Приклад 1:** «Відповідно до правової позиції рішення Європейського суду з прав людини «ОСО-БА\_6 проти Польщі» від 19 червня 2001 року передбачені Цивільно-процесуальним законом формальні правила на доступ до апеляційного розгляду не повинні становити надмірний тягар для апелянта».

**Приклад 2:** «Також у справі «Гаусшильдт проти ОСОБА\_6» (CASE OF HAUSCHILDT v. DENMARK) Європейський суд з прав людини зазначив, що згідно з об'єктивним критерієм ...».

**Приклад 3:** «Суди повинні враховувати положення Декларації про свободу політичних дебатів у засобах масової інформації, схваленої 12 лютого 2004 року на 872-му засіданні Комітету ОСОБА\_7 Європи (далі – Декларація), а також рекомендації, що містяться у Резолюції 1165 (1998 року) Парламентської ОСОБА\_8 Європи про право на недоторканність приватного життя».

**Приклад 4:** «Навіть оціночне судження без будь-якої фактичної основи може бути надмірним («ОСОБА\_9 і Гійсел проти Бельгії» (1997), п. 47; «Обершлік проти Австрії» (1997), п. 33)».

**Приклад 5:** «Так, у рішенні ЄСПЛ від 22 березня 2012 року у справі «ОСОБА\_6 проти Російської Федерації» зазначено, що, по-перше, право на відпустку по догляду за дитиною належить всім громадянам без будь-яких відмінностей за ознаками статі або професії. Збройні сили, поліція та державні службовці не виключаються з числа володільців цього фундаментального права».

### Недбалість та неухважність при оформленні тексту рішення

Тексти рішень часто мають вади, що є наслідком неналежного ставлення судді до виготовлення тексту. Такі недоліки мають переважно технічний характер, свідчать про недостатній рівень кваліфікації. Однак формально їх наявність може тлумачитися і як неналежне застосування законодавства з відповідними процесуальними наслідками.

Такі недоліки зафіксовані майже у 10% рішень, що були предметом дослідження. Далі наведено лише два приклади, що є типовими.

**Приклад:** «Відповідно до вимог ст. 6 міжнародної Конвенції про захист прав людини та основних свобод кожен при вирішенні спору щодо його цивільних прав та обов'язків має право на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. Відповідно до матеріалів справи «Бурдов проти Росії» (Розгляд по суті і справедлива сатисфакція), Страсбург, 7 травня 2002 року, Європейський суд дійшов висновку, що внаслідок виявлених порушень, які не можна вважати виправленими лише завдяки визнанню судом наявності порушення, заявник зазнав певної моральної шкоди. Однак зазначена у вимозі конкретна сума є надмірною. Керуючись при визначенні суми компенсації принципом справедливості, як того вимагає ст. 41 Конвенції, суд зменшив суму моральної шкоди» (фрагмент тексту рішення місцевого суду).

Ще більш показовим є фрагмент тексту ухвали слідчого судді:

«Згідно зі ст. 17 Конвенції прав людини і основаних (так у тексті ухвали – прим. авт.) свобод: 1. Кожна людина має право володіти майном як одноособово, так і разом з іншими. 2. Ніхто не може бути безпідставно позбавлений свого майна. Враховуючи викладене, а також те, що ухвалою слідчого судді на тимчасово вилучене майно арешт не накладався, слідчий суддя вважає за необхідне задовольнити скаргу. На підставі викладеного, керуючись ст. 17 Міжнародної конвенції прав людини і основаних свобод, ст. 41 Конституції України, ст. ст. 303, 167-169, 171 ч. 5, ст. 309 КПК України, слідчий суддя ...».

### Посилання на інформаційні/рекомендаційні акти вищих судів замість прямого посилання на рішення ЄСПЛ

У багатьох випадках судді не посилаються на текст рішення ЄСПЛ, використовуючи натомість фрагменти методичних та інформаційних листів вищих судів.

Типовим прикладом такого цитування є наступний фрагмент тексту рішення місцевого суду: «На засіданні Пленуму, яке відбулось 17 жовтня 2014 року, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ узагальнив судову практику щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надан-

ня дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, та у п. 4 розділу III «Необґрунтованість клопотання як підстава для відмови в його задоволенні» зазначив: ... (далі наводиться виклад фрагментів кількох рішень ЄСПЛ – прим. авт.).».

### Множинність посилання

Сама по собі практика цитування кількох рішень ЄСПЛ не становить ані змістовної, ані технічної проблеми за умови наявності раціонального обґрунтування необхідності використання цих джерел та правильності оформлення таких посилань.

Приклад, наведений далі, є показовим щодо значної кількості досліджених рішень, у яких множинність посилання застосовується у неналежний спосіб.

**Фрагмент тексту судового рішення:** «Рішеннями Європейського суду з прав людини у справах «Маруценко проти України», «Шаповалова проти України», «Волчкова проти України», «Соболев проти України», «Омеляненко проти України», «Скороход проти України», «Щуров проти України», «Жужа проти України», «Пономаренко проти України», «Махонько проти України», «Сверчков та Сверчкова проти України», «Ларіонов проти України», «Черниш проти України», «Паламарчук проти України» та «Крижанівський проти України» встановлено порушення пункту 1 статті 6 «Право на справедливий суд» Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у зв'язку з незабезпеченням національними судами розгляду справи в розумний строк. Аналогічно у справі «Маруценко проти України» Європейський суд з прав людини констатував порушення статті 13 «Право на ефективний засіб юридичного захисту» Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у зв'язку з відсутністю у заявника ефективного засобу юридичного захисту від порушення його права на розгляд справи протягом розумного строку».

### Помилки цитування рішень інших міжнародних та іноземних судів

У цьому разі йдеться про практику застосування рішень судових органів, що внаслідок неналежного їх оформлення асоціюються чи можуть асоціюватися із рішеннями ЄСПЛ.

«Хвиля цитування» рішення Суду ЄС (*Yvonne van Duyn v. Home Office (Case 41/74 van Duyn v. Home Office)*) з формулюванням «відповідно до рішення ЄСПЛ» прокотилася українськими судами у 2013-2016 роках. У масиві досліджених рішень учасників тренінгів непоодинокими були такі посилання.

**Фрагмент тексту постанови окружного адміністративного суду:** «Судом враховано, що у справах *Burdov v. Russia*, № 59498/00, §§ 37-38, *ECHR* 2002), *Yvonne van Duyn v. Home Office (Case 41/74 van Duyn v. Home Office)* Європейський суд з прав людини вказує, що принцип юридичної визначеності означає, що зацікавлені особи повинні мати змогу покладатися на зобов'язання, взяті державою в особі відповідних суб'єктів владних повноважень, навіть якщо такі зобов'язання містяться у законодавчому акті, який загалом не має автоматичної прямої дії».

Така практика цитування вводить в оману шляхом асоціювання з рішеннями ЄСПЛ, що у разі мотивування рішення на основі цих положень може тлумачитися і як «неправильне застосування законодавства».

Масштабність проблеми некритичного використання суддями адміністративних судів цього шаблонного посилання зумовила видання ВАСУ інформаційного листа від 18 листопада 2014 року № 1601/11/10/14-14 з роз'ясненням відмінностей правової природи рішень ЄСПЛ та Суду ЄС. Таким шляхом ВАСУ намагався врегулювати це питання, проте воно залишилося, оскільки навіть у документах власне ВАСУ продовжується цитування рішень міфічного «Європейського суду». Але найважливішим є те, що залишилася практична проблема визначення можливої ролі правових позицій Суду ЄС та інших міжнародних та іноземних судів в аргументації рішень українських суддів. Доказом цього є поява у 2016-2017 роках масового феномену «цитування Рішення палати лордів» (вища судова інстанція до створення Верховного суду Великої Британії), без жодної вказівки на те, який саме суд постановив цитоване рішення.

## ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ

Проведення тренінгів для суддів є важливим інструментом впливу на судову практику. Тренінги Координатора проектів ОБСЄ в Україні, проведені в межах проекту «Гарантування дотримання прав людини при здійсненні правосуддя», слід відносити до реальних чинників того, що в Україні все частіше відзначається позитивна динаміка кількісних показників застосування суддями практики ЄСПЛ. В цьому національна практика показує узгодженість із загальноєвропейськими тенденціями. Наприклад, з початку 2000-х років у Франції після тривалого періоду стриманого ставлення до ЄКПЛ (у контексті узгодженості національного права з конвенційними стандартами) відбувається, хоча і поступове, проте суттєве збільшення кількості судових рішень з посиланням на практику ЄСПЛ: вже в 2008 році майже 13% рішень апеляційних адміністративних судів містили посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ. Аналогічні процеси відбуваються і в інших країнах, хоча і в різних проявах та з різною інтенсивністю. Але при цьому виникає необхідність оцінки того, чи відбувається перехід кількості в якість, і саме в ту, якої очікують.

Актуальність проблем, що мають бути розглянуті, підтверджується наростанням критичного ставлення вищих судових інстанцій до рішень звичайних судів із застосуванням практики ЄСПЛ. Найчастіше на критику наражаються рішення у справах, що стосуються: а) повернення майна (насамперед земельних ділянок) у державну чи комунальну власність внаслідок порушень закону при передачі такого майна у приватну власність; б) конфіскації майна як адміністративного стягнення за порушення, зокрема, митних правил. У таких справах застосування практики ЄСПЛ визнається помилковим і стає основою для скасування вищими судами відповідних судових рішень.

*Аналітичний звіт містить результати дослідження практики застосування українськими суддями ЄКПЛ та практики ЄСПЛ, проведеного ГО «Інститут прикладних гуманітарних досліджень» у грудні 2015 – листопаді 2017 року, яке мало на меті визначення впливу тренінгів для суддів з питань застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ на частоту, обґрунтованість та релевантність застосування цього джерела права. Експертами було досліджено 3 604 судових рішення (680 суддів, що становить 77% учасників тренінгів), з них – 3 592 рішення були предметом статистичного аналізу.*

### Висновки

1. **Участь у тренінгах** загалом мала переважно **позитивний вплив** на показники застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ суддями, які були їх учасниками. Порівняння частоти посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ учасників тренінгів у 2014-2017 роках до та після тренінгів свідчить про зростання середньої кількості рішень із використанням цього джерела права на 37,5% (найбільш суттєве зростання – у 2016-2017 роках), що відбулося за зменшення загальної кількості судових проваджень на 15%. Тренінги ініціювали активність тих суддів, які ніколи раніше не використовували у тексті рішень ЄКПЛ та практику ЄСПЛ: 82% з них почали посилатися на це джерело права. *Дослідження зафіксувало кілька випадків, коли у справах із практично ідентичним предметом і аналогічними суб'єктами судді після тренінгів змінювали свою позицію і характер аргументації, посилаючись на практику ЄСПЛ.* Наприклад, рішення одного з місцевих судів у однотипних та масових у певний період справах щодо невиклати стипендії пільговим категоріям студентів зазнали суттєвих змін після врахування позицій, висловлених ЄСПЛ у рішенні у справі «Кечко проти України» (*Kechko v. Ukraine*) від 8 листопада 2005 року.

2. Позитивні статистичні тренди потребують зваженої оцінки за критеріями необхідності та обґрунтованості використання такого джерела права. Експертні оцінки засвідчують, що потреба застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ диференціюється за видами проваджень і має оцінюватися виключно у контексті конкретних обставин справи, уникаючи будь-яких тверджень щодо обов'язковості застосування цього джерела.

3. Вплив тренінгів на формат посилань є неоднозначним: з одного боку, зростає кількість і частка посилань на конкретні рішення ЄСПЛ та/або правові позиції ЄСПЛ; з іншого боку, зростає і частка посилань загального характеру (ЄКПЛ чи окремі рішення згадуються без пояснення значення для конкретної справи і без оцінки їх релевантності предметові судового розгляду).

4. Застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ має суттєву предметну специфіку: процесуальні питання прямо чи опосередковано є основним мотивом чи підставою звернення до ЄКПЛ. Після тренінгів актуальність процесуальних аспектів відчутно зростає. Експертні оцінки підтверджуються також і тим, що 57% рішень містять посилання на статтю 6 ЄКПЛ, а 12% – на статтю 5, де процесуальні питання мають суттєве значення.

5. У загальній структурі рішень з посиланням на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ приблизно 70% становлять рішення, де конвенційні положення розкриваються не лише шляхом посилання на зміст статей ЄКПЛ, а й через практику ЄСПЛ; їх частка збільшується під впливом тренінгів. Загалом у масиві досліджених рішень виявлено посилання на 488 рішень ЄСПЛ. З них «українські рішення» (рішення у справах за участю України)

становлять 49% (у справах кримінальної юрисдикції – 72%). Приблизно 20% рішень становлять «класичні рішення ЄСПЛ» (*leading case* або *landmark case*).

6. Частота використання окремих рішень ЄСПЛ суттєво різняться залежно від юрисдикції. **Для кожної юрисдикції існує певний масив рішень ЄСПЛ «активного застосування», кількість яких становить від 30 до 60 рішень.** Цей перелік є динамічним і гнучким та реагує на зміни практики ЄСПЛ, появу нових рішень. Разом з тим не було зафіксовано впливу тренінгів на зміну структури посилань та цитування практики ЄСПЛ, де зберігається «ядро» традиційних та усталених правових позицій рішень ЄСПЛ, що використовуються при розробці змісту тренінгових програм. Очевидно, компонент «нова практика ЄСПЛ» має бути обов'язковим елементом навіть базових програм навчання суддів за проблематикою ЄСПЛ.

7. **Обґрунтованими посилання на практику ЄСПЛ визнаються приблизно у 60% рішень,** що також мають певне ранжування:

- посилання на практику ЄСПЛ є основою мотивування (відсутня можливість побудови аргументації на основі національного законодавства) – 14,1%;
- правові позиції ЄСПЛ є обов'язковим, але додатковим до національного законодавства способом мотивування – близько 20%;
- позиції ЄСПЛ є додатковим, але необов'язковим способом мотивування судового рішення – приблизно 24,3%.

8. Найбільш помітним позитивним результатом тренінгів стає зростання майже вдвічі (з 7,2% до 14,1%) частки **посилань, які стають основою мотивувальної частини рішення.**

9. Досить **високим є рівень «декларативних», «формальних» посилань на ЄКПЛ** (частка яких після тренінгів досить суттєво збільшується: до тренінгів – 23,8%, після – 33,3%), а також посилань, де сумнівною є наявність зв'язку ЄКПЛ та предмету судового розгляду. *Декларативність посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ* має багато проявів та особливостей. Найчастіше вона означає просте «*прагнення судді бути сучасним і підтвердити прихильність до європейського права*» або є проявом формального виконання вказівок вищих судів про необхідність застосування ЄКПЛ. Наприклад, суддя апеляційного загального суду за останні два роки в 40 рішеннях посилається на ЄКПЛ. Однак посилання є стандартним та текстуально незмінним протягом всього періоду і зводиться до фрази: «...*використання передбаченого ст. 6 Конвенції права на справедливий суд та права на доступ до суду ...*», що вживається в різних текстуальних контекстах. Щодо таких рішень виникає риторичне запитання стосовно можливості взагалі розглядати такі рішення як «застосування ЄКПЛ».

10. Рідкісними (не більше 3% проаналізованих рішень) є ситуації, коли, за оцінками експертів, посилання на практику ЄСПЛ є результатом **самостійного мотивованого обставинами конкретної справи вибору судді,** а не запозиченням правової позиції вищого суду чи рішень своїх колег. Відсутність позиції вищих судів щодо можливості застосування практики ЄСПЛ за постійного «нагадування про необхідність посилання на ЄКПЛ» мотивує суддів на «декларативне» чи «формальне» посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ. І все ж таки окремі судді прагнуть застосовувати ЄКПЛ творчо та продуктивно, а їх рішення заслуговують на те, щоб бути предметом розгляду на тренінгах для суддів та адвокатів.

11. Рішення у конкретних справах чи правові позиції вищих судів є найбільш очевидним джерелом шаблонів, що їх використовують українські судді. Однак існує **проблема «клонування» не зовсім коректних зразків застосування вищими судами практики ЄСПЛ.** Наприклад, у кількох рішеннях судів першої інстанції було використано помилкове тлумачення ВГСУ позиції ЄСПЛ у рішенні у справі «Терем ЛТД, Чететкін та Оліус проти України» від 18 жовтня 2005 року. Всупереч змісту цього рішення, де ЄСПЛ вказував на неможливість при виконанні судового рішення посилаючись на відсутність бюджетного фінансування, ВГСУ цей підхід було застосовано до ситуації невиконання *договірних зобов'язань* у відносинах суб'єктів господарювання державної форми власності. У цьому рішенні ВГСУ вийшов за межі позиції ЄСПЛ, що не робило помилковим по суті його рішення у справі, але позбавляло релевантності посилання на конкретне рішення ЄСПЛ.

12. Нечіткими є уявлення суддів про **суб'єктний стан спорів,** щодо яких можуть бути застосовані ті чи інші положення ЄКПЛ. Наприклад, підставою для такого висновку може бути масова практика останнього часу в спорах за участю виключно державних органів (органів місцевого самоврядування), коли суди посилаються на конвенційні положення при вирішенні питань щодо зменшення розміру судового збору. Загалом, позиція суддів щодо меж чи можливості застосування практики ЄСПЛ у випадках спору між виключно державними суб'єктами є неоднозначною.

13. Поширеним є **уявлення про універсальну «прецедентність рішень ЄСПЛ»** як таких, що дозволяє їх застосовувати у змістовно різних ситуаціях. Однак це уявлення є помилковим і як загальний принцип, і щодо окремих категорій справ (рішень). Слід враховувати позицію власне ЄСПЛ, який дуже стримано оцінює можливість узагальнень на основі певних конкретних рішень і звертає увагу на існування таких ситуацій, де має діяти «обмежений» та «індивідуальний» підхід. Досить складно дати повний перелік таких ситуацій, однак окремі висновки ЄСПЛ варто враховувати. Наприклад, при застосуванні ст. 8 ЄКПЛ у справах щодо контактів дітей з батьками ЄСПЛ робить висновок про існування «обов'язку держави-учасника на **індивідуальний**

**основі** розглядати питання, чи буде відповідати «найкращим інтересам дитини» підтримання її контактів з особою, незалежно від того, належить вона до біологічних батьків чи ні» (рішення у справі «Назаренко проти Російської Федерації» (*Nazarenko v. RF*) від 16 липня 2015 року).

14. Некоректність (як змістовна, так і технічна/формальна) застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ стає особливо помітною **у випадках низької якості судового рішення загалом**, коли суттєві недоліки має мотивувальна частина (обґрунтування відсутнє, або воно фактично замінюється декларативним і таким, що не надто пов'язане з основним текстом, цитуванням рішень ЄСПЛ), а текст рішення нелогічний та фрагментарний у викладі як обставин справи, так і позиції суду.

15. Поширеність стандартів та шаблонів не означає необхідності їх усунення. Навпаки, **практика потребує вироблення таких шаблонів аргументації** на основі рішень ЄСПЛ для певних стандартних ситуацій, щодо яких національне законодавство може виявитися «недостатньо конкретним». Наприклад, численні рішення українських суддів стосуються ситуацій невиконання судових рішень, в яких доречним є звернення до практики ЄСПЛ. Однак проаналізовані рішення дають різні варіанти застосування цієї практики (зокрема, щодо посилань на різні рішення ЄСПЛ), що створює ілюзію існування різної аргументації: очевидно, найдоцільнішим було б застосування аргументації, що її використовує ЄСПЛ в «українських справах».

16. Одним із важливих джерел, що використовуються суддями як **основа для посилання на ЄКПЛ чи практику ЄСПЛ**, є узагальнення чи аналіз національної практики із застосуванням практики ЄСПЛ (особливо в тих випадках, коли певні способи посилання оцінюються як зразок позитивної практики). Тим самим створюється **шаблон чи стандарт** посилання в українському контексті, що «підхоплюється» та активно «тиражується» українськими суддями. Однак досить часто таке «шаблонне» чи «стандартне» посилання відбувається **без розуміння контексту**, в якому таке посилання було зроблено **первісно**. Найчастіше це має місце у справах адміністративної юрисдикції (податкові справи, справи про виконання рішень судів), у справах кримінальної юрисдикції (особливо застосування запобіжних заходів та інші рішення слідчих суддів), а також у суто процесуальних питаннях справ різної юрисдикції. Скоріше за все, це пояснюється сталістю правових позицій у відповідних питаннях саме судів найвищих інстанцій, що викладаються у конкретних рішеннях, у яких можна з'ясувати конкретні обставини конкретної справи.

17. За межами («в тіні») рішення залишаються **наявність аргументації сторін, що базується на практиці ЄСПЛ, та її оцінка судом**. У тих рідкісних випадках, коли в судовому рішенні згадуються посилання сторін на ЄКПЛ чи практику ЄСПЛ, відсутній аналіз таких аргументів, або він зводиться до їх простого заперечення. Інколи виникає відчуття правильності підходу сторони, а не суду (хоча провести коректний аналіз таких ситуацій без матеріалів справи неможливо).

18. Судді переважно **не враховують (або просто не знають про існування) «джерела правових позицій ЄСПЛ»**, тобто його рішення, де відповідна позиція була визначена і на яке ЄСПЛ в подальшому посилається. Як наслідок, у багатьох рішеннях українських суддів посилання зроблено на «вторинні рішення», де лише застосовано загальний підхід, який було визначено в інших рішеннях (посилання на них відсутні). Це могло б бути зрозумілим і певною мірою виправданим у випадках, коли посилання зроблено на українські рішення. Однак судді «знаходять» архаїчні рішення з іншого правового контексту, які навряд чи є зрозумілими для звичайних українських юристів.

19. Існує досить значний масив «українських рішень» (рішень у справах за участю України), в яких ЄСПЛ вироблено певні усталені правові позиції, які, хоча і базуються на попередніх рішеннях ЄСПЛ, однак враховують специфічний український контекст. У багатьох рішеннях, які аналізувалися, **такі «українські прецеденти» суддями не враховуються**, і вони обмежуються «формальними» посиланнями на будь-які рішення (хоча формально і релевантні предметові), без урахування наявності усталених оцінок українського закону та практики.

20. **Проблемою є «надмірність посилання»** – досить часто навіть у тих випадках, коли посилання є доречним та сумісним з предметом розгляду. У рішенні наводяться посилання на однотипні рішення, які фактично дублюють певну правову позицію. У таких випадках до 50% тексту мотивувальної частини становлять хаотичні цитати з рішень ЄСПЛ, що наводяться (відбираються) за незрозумілими критеріями і в такому самому нераціональному порядку наводяться у тексті.

21. Проблемою залишається **поширеність «помилкового» та «маніпулятивного» застосування практики ЄСПЛ** (загалом 8,2% рішень було віднесено експертами до цієї категорії). Оскільки цей показник не змінюється після тренінгів, очевидно, що відповідна проблематика має враховуватися при визначенні змістовного наповнення тренінгів. Зі збільшенням частоти використання суддями рішень ЄСПЛ збільшуватиметься і масштаб цієї проблеми. Її сутність не обов'язково означатиме ухвалення незаконного чи сумнівного рішення (наприклад, з корупційним підтекстом). Загалом це – практика використання позицій (і тексту) рішення ЄСПЛ у спосіб, що відповідає не його змісту і обставинам справи, а **«потребам судді»** щодо обґрунтування власного рішення або його «декорування». Форми маніпуляцій із рішеннями ЄСПЛ можуть бути різними: від складних ситуацій маніпулювання аргументами з рішень ЄСПЛ (наприклад, у рішеннях національних судів щодо резонансних земельних спорів, що було визнано ВСУ у рішенні від 16 грудня 2015 року) до простого виривання тих чи ін-

ших пунктів із рішення ЄСПЛ і замовчування інших його положень. Прикладом останнього може бути рішення слідчого судді одного з місцевих судів у справі щодо запобіжних заходів (взяття під варту). Посилаючись на п. 33 рішення ЄСПЛ у справі «Москаленко проти України» (*Moskalenko v. Ukraine*) від 20 травня 2010 року, суддя звертає увагу на існування обставин, які є аргументами на користь продовження тримання під вартою. Разом з тим рішення ЄСПЛ стосувалося ситуації «первинного взяття під варту». Більш того, в наступному пункті цього рішення було сказано, що «з плином часу ці обставини втрачають значення».

22. Фактично, **«маніпулятивним» застосуванням практики ЄСПЛ** є підміна аналізу обставин конкретної справи посиланням на певні загальні висновки/положення/принципи у рішеннях ЄСПЛ. Наприклад, у багатьох рішеннях українських суддів щодо відводу чи самовідводу судді відсутня аргументація, що базується на фактах і правовому оцінюванні, натомість наводиться (із загальним посиланням на «практику ЄСПЛ») лише загальний принцип щодо неупередженості судді. У таких рішеннях виникає відчуття, що суддя керувався правилом «задоволенню підлягає будь-яке клопотання сторін про відвід судді». Можливо, в таких рішеннях проблему створює неналежна якість тексту судового рішення, в якому пропущено важливі обставини справи.

23. В окремих випадках **апеляційні суди оцінюють обґрунтованість застосування** (якщо це робить суд першої інстанції) або **посилання** (якщо це роблять сторони) на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ. Критерії такої оцінки поки що досить важко визначити. Залишаються не зовсім чіткими аргументи судів. Наприклад, в одному з рішень апеляційний суд спростовує позицію адвоката у кримінальній справі, яка була побудована на аргументах із практики ЄСПЛ, зазначаючи, що **«формальне посилання на рішення ЄСПЛ не може вважатись використанням практики ЄСПЛ»**. Аналогічні проблеми часто виникають на рівні касаційної інстанції, коли справа направляється на повторний розгляд із вказівкою стосовно «необхідності врахування позицій ЄСПЛ щодо певного питання».

24. Серед стандартних моделей оцінки обставин справи на основі застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ є досить **«казуїстичні формули»**, що за певних умов стають виправданням помилкових чи недостатньо обґрунтованих правових позицій. Наприклад, у багатьох рішеннях зустрічається таке формулювання: **«Позиція (у даному випадку апеляційний суд оцінює позицію суду першої інстанції – прим. авт.) узгоджується з висновками ЄСПЛ, який у рішеннях (дається перелік із 5 рішень – прим. авт.) в аналогічних ситуаціях не визнає порушення статті ЄКПЛ»**. Але при цьому: а) відсутнє обґрунтування того, що випадок є подібним; б) позиція ЄСПЛ у названих рішеннях не розкривається; в) зміст «висновків» не наводиться. Очевидно, таке застосування ЄКПЛ створює підстави для сумнівів у обґрунтованості рішення загалом.

25. У багатьох випадках судді застосовують формулу обґрунтування висновків чи позицій суду **«Відповідно до усталеної практики ЄСПЛ...»** (далі наводиться певне змістовне твердження щодо обставин конкретної справи – прим. авт.). Однак така формула є надто відповідальною і такою, що зобов'язує суддю навести докази цього – щонайменше шляхом посилання на конкретні рішення або хоча б із чітким формулюванням позицій ЄСПЛ.

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

27. **Більшість суддів не повною мірою дотримуються правил застосування міжнародних договорів**, що були визначені у постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 19 грудня 2014 року № 13 «Про застосування міжнародних договорів судами України».<sup>13</sup> Окремі з цих положень/вимог, очевидно, потребують перегляду та уточнення, зокрема, з урахуванням специфіки ЄКПЛ. Однак загалом вони є доречними й мають сприяти підвищенню обґрунтованості та релевантності застосування ЄКПЛ. Серед вимог, які заслуговують на увагу (пункт 8 постанови): правила оформлення посилання на міжнародні договори; рекомендації щодо особливостей використання міжнародного договору у випадках, коли відповідні правовідносини достатньо врегульовані національним законом; обов'язковість наведення у мотивувальній частині рішення міжнародного договору як джерела права тощо.

28. Потребує додаткового з'ясування **доцільність використання практики ЄСПЛ у випадках, коли національний закон має чітку та однозначну позицію**. Наприклад, пункт 1 частини 4 статті 155 КАС України дозволяє судді залишати заяву без розгляду у випадку повторної неявки позивача. У рішеннях суддів масово наводиться додаткова аргументація (зокрема, з посиланням на «іспанські справи» кінця 80-х років). Аналогічні ситуації часто виникають у кримінальному процесі.

29. **Масовий характер мають помилки оформлення посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ**: неправильна назва; відсутність формальних реквізитів ЄКПЛ та рішень ЄСПЛ; використання деперсоніфікації у назвах (**«Рішення у справі ОСОБА\_1 проти Франції»**) тощо.

13 [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://sc.gov.ua/postanovi\\_zh\\_2014\\_rik.html](http://sc.gov.ua/postanovi_zh_2014_rik.html).

## Рекомендації

### Законодавство

- потребують перегляду концепція та зміст глави 4 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (2006 р.), що мають узгоджуватися з положеннями нового процесуального законодавства та сучасними уявленнями теоретиків та практиків про правову природу рішень ЄСПЛ. Зокрема, у Законі має міститися низка технічних положень щодо порядку оприлюднення рішень ЄСПЛ, використання сучасних інформаційних технологій тощо;
- до процесуального законодавства (усіх процесуальних кодексів) необхідно внести положення щодо додаткових гарантій рівності сторін у випадку застосування сторонами чи судом аргументації, що базується на використанні практики ЄСПЛ;
- підлягають перегляду постанови пленумів вищих судів щодо застосування міжнародних договорів, де в окремих розділах необхідно давати тлумачення значення такого джерела права як рішення міжнародних судів, з чіткими вказівками щодо статусу тих із них, юрисдикція яких поширюється на Україну.

### Верховний Суд

- одним із першочергових завдань Верховного Суду має бути підготовка постанови Пленуму про застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ, що має базуватися на ґрунтовному аналізі недоліків та особливостей практики національних судів;
- має бути розпочато методологічну та організаційну підготовку до впровадження у практику нового інституту – консультативних запитів до Європейського суду з прав людини, що «запрацює» з серпня 2018 року;
- Верховний Суд у будь-який реальний спосіб повинен визначитися щодо своїх позицій та позицій вищих спеціалізованих судів у питаннях застосування практики ЄСПЛ у найбільш масових стандартних випадках судового провадження. Критичний перегляд створених цими судами прикладів застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ має відбуватися максимально відкрито, зокрема у форматі широких професійних обговорень із залученням експертів;
- застосування правових позицій ЄСПЛ, запозичених із рішень Верховного Суду, очевидно, буде одним із масових та типових механізмів імплементації практики ЄСПЛ у національне судочинство. У зв'язку з цим касаційним судам доцільно проводити «*follow up* – контроль» судової практики з метою виявлення/оцінки релевантності та доречності використання судами таких «вторинних позицій»;
- Верховним Судом має бути вироблено національний стандарт оформлення посилання на рішення ЄСПЛ, що його має бути зафіксовано у передбаченій законом про судоустрій нормативній формі й закріплено поточною практикою власне Верховного Суду.<sup>14</sup>

### Національна школа суддів та Вища кваліфікаційна комісія суддів

- оцінка якості роботи судді у рамках кваліфікаційного та регулярного оцінювання має передбачати окремі показники, що стосуються практики використання ЄКПЛ. Основний акцент має бути зроблений на якісні, а не на кількісні показники;
- потребують перегляду тестові матеріали, що застосовуються у процедурах відбору кандидатів та при оцінюванні суддів і стосуються теоретичних та практичних питань застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ;
- необхідно передбачити спеціальні тренінги для помічників суддів за тематикою ЄКПЛ та практики ЄСПЛ, а також спільну участь суддів та помічників у аналогічних заходах;
- навчальні програми/тренінги (не лише ті, що сфокусовані на ЄКПЛ, а і з іншої тематики) доцільно доповнити навчанням щодо навичок реагування на застосування сторонами аргументації, що базується на ЄКПЛ та практиці ЄСПЛ. Має бути сформовано установку на те, що таке посилання сторони не може залишатися без реагування суду, а також вироблено навички та уміння побудови такої оцінки, що буде включати різні аспекти: суто інформаційні (перевірка джерел, на які посилаються сторони тощо); вміння ідентифікувати потребу застосування ЄКПЛ та оцінювати доречність і обґрунтованість посилання; вміння текстуально оформлювати оцінку таких аргументів, особливо у випадках їх неприйняття;

<sup>14</sup> Варто визначитися щодо можливості відмови від формату цитування, що використовується ВСУ та іншими судами рішень ЄСПЛ з поступовим запровадженням стандарту цитування відповідно до рекомендацій ЄСПЛ. Докладніше див.: Note explaining the mode of citation and how to refer to the judgment and decision of the Court (January 2016) [Електронний ресурс] – Режим доступу: [http://www.echr.coe.int/Documents/Note\\_citation\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Note_citation_ENG.pdf).

- програми підготовки суддів чи кандидатів на посаду судді (у різних варіантах проведення такої діяльності) мають передбачати спеціальні модулі, що стосуються застосування судами міжнародних договорів. Мета – проблематика ЄКПЛ та практики ЄСПЛ має розглядатися не автономно, а як складова загальної проблеми застосування міжнародного права у національному правопорядку.

### Зміст та методика проведення тренінгів для суддів

- традиційна модель проведення тренінгів («постатейний» аналіз ЄКПЛ у поєднанні теоретичного (доктринального) блоку з практичною складовою (аналіз практики ЄСПЛ з використанням навчальних (імітаційних) справ та тестів) залишається **базовою формою для ознайомлення суддів з роботою ЄСПЛ**; необхідність таких тренінгів особливо посилюється у зв'язку з оновленням суддівського корпусу; однак при цьому варто зменшити «інтенсивність» такого початкового навчання; одноденний чи дводенний тренінг доцільно проводити за більш вузькою тематикою (лише найбільш актуальні статті, не намагаючись охопити все), а також збільшити час на кожну статтю ЄКПЛ;
- необхідно розробити та поступово запроваджувати тренінги, мета яких буде мати «методологічний характер»: судді мають отримати уявлення про **алгоритм застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ**. Іншими словами, мають бути сформовані вміння та навички:
  - ✓ аналізу предмету судового розгляду з точки зору визначення можливості та необхідності застосування ЄКПЛ;
  - ✓ визначення релевантної (з розумінням критеріїв такої релевантності) практики ЄСПЛ (зокрема, технічні навички роботи з базами судових рішень ЄСПЛ, як мінімум – з «українськими рішеннями» на сайті Міністерства юстиції України, а також з перекладами українською (російською) мовою рішень на сайті ЄСПЛ – HUDOC);
  - ✓ порівняння практики ЄСПЛ з релевантним українським законодавством та встановлення найбільш доцільного місця цієї практики ЄСПЛ у мотивуванні та обґрунтуванні власного рішення (основа правової позиції, заповнення прогалини національного закону, спосіб тлумачення принципу права або певного положення національного закону, додатковий аргумент тощо) або для висновку про недоцільність включення відповідних положень до тексту рішення;
  - ✓ правильного оформлення посилань на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ та їх цитування;
- основні зусилля слід сфокусувати на **спеціалізованих/тематичних тренінгах**, які обмежуватимуться однією чи кількома суміжними предметними сферами; вони будуть стосуватися **найбільш масових чи найбільш складних ситуацій застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ** – ця тематика вже може бути визначена за результатами моніторингу судових рішень. **Прикладом** такої вузької тематики може бути аналіз ситуацій у практиці слідчих суддів, що пов'язані із застосуванням запобіжних заходів (первинні рішення про взяття під варту, рішення про продовження такого заходу тощо), з урахуванням стандартів ст. 5 ЄКПЛ та відповідної практики ЄСПЛ;
- окремим напрямом можуть бути «вузькотематичні» **семінари для суддів апеляційних судів**, яким все частіше доводиться надавати оцінку **обґрунтованості застосування** судами першої інстанції ЄКПЛ та практики ЄСПЛ (насамперед у межах процедури оскарження; однак важливим є і проведення узагальнень судової практики, і надання «методологічної допомоги» судам). Критерії такого оцінювання поки що досить важко визначити, залишаються не зовсім чіткими аргументи суддів. Семінари мають дати знання, вміння та навички щодо доктринальних та методологічних аспектів проведення такого оцінювання;
- тематика тренінгів та інших навчальних заходів має враховувати існування прогалин та недоліків професійної підготовки суддів, на поширеність яких вказують результати дослідження:
  - ✓ вибірковість застосування практики ЄСПЛ;
  - ✓ посилання на загальні принципи та тлумачення з ігноруванням передбачених ЄСПЛ умов їх застосування;
  - ✓ плутанина та нечіткість розуміння правової позиції ЄСПЛ: проблема розрізнення *ratio decidendi* та *obiter dictum* рішення;
  - ✓ порушення юрисдикційного критерію *ratione personae*;
  - ✓ обґрунтування «надмірного формалізму» посиланням на тлумачення ЄСПЛ;
  - ✓ посилання на загальні положення та тлумачення ЄСПЛ як заміна аналізу фактичних обставин справи;
  - ✓ надмірність посилань як системна вада рішення;
  - ✓ вихід за межі правової позиції ЄСПЛ: помилкове чи нерелевантне обставинам тлумачення рішення;
  - ✓ застосування рішення ЄСПЛ за аналогією;
  - ✓ нечіткість або відсутність визначення *leading case* – первинного джерела правової позиції ЄСПЛ;
  - ✓ абсолютизація окремих позицій рішення ЄСПЛ та презумпція обов'язковості їх застосування;

- ✓ порушення сфери застосування окремих статей ЄКПЛ;
- ✓ обґрунтування фіктивних преюдицій на підставі рішень ЄСПЛ: різновид «маніпулятивного» застосування;
- ✓ посилання на практику ЄСПЛ за наявності чітких та несуперечливих положень національного закону;
- ✓ відсутність оцінки аргументів сторони судового спору, які містять посилання на ЄКПЛ та практику ЄСПЛ;
- ✓ підміна мотивувальної частини судового рішення цитуванням практики ЄСПЛ;
- ✓ неповнота та вибірковість викладення правової позиції ЄСПЛ;
- ✓ фрагментарність знань з міжнародного та європейського права;
- ✓ суперечності між наведеною правовою позицією ЄСПЛ та рішенням суду.

#### Інформаційне забезпечення суддів

- необхідно підготувати **посібник для суддів**, зміст якого дозволить отримати уявлення про **алгоритм застосування ЄКПЛ та практики ЄСПЛ** (докладніше про зміст та завдання див. рекомендації щодо семінарів). Концепція такого посібника має базуватися на відмові від традиційного підходу («йти від практики ЄСПЛ до предмету судового розгляду») і прийняти іншу модель («йти від предмету та обставин судового розгляду до практики ЄСПЛ»), встановивши:
  - ✓ обставини/умови, за яких звернення до практики ЄСПЛ стає можливим і виправданим;
  - ✓ посилання сторони на ЄКПЛ і необхідність їх оцінки судом;

На основі такого аналізу слід визначити способи посилання на конвенційну практику (що є переважно технологічним чи інструментальним завданням);

- доцільно підготувати та розповсюдити (у паперовому вигляді та шляхом розміщення на відповідних сайтах судової влади) короткий **довідник щодо правил роботи з інформаційними базами** рішень ЄСПЛ та **правил оформлення посилань** на такі рішення;
- необхідно створити (інституційно – на базі Верховного Суду, НШСУ чи іншої установи) **базу правових позицій ЄСПЛ з різними режимами пошуку** (за статтею ЄКПЛ, сферою застосування національними судами (тобто за категоріями справ, де ці позиції можуть бути релевантними), а також з прикладами їх застосування Верховним Судом та/або іншими судами (умовно кажучи – «кращі національні практики»); фактично це стане «набором підказок для суддів».







Координатор проектів ОБСЄ в Україні  
вул. Стрілецька, 16  
01030 Київ  
Україна

Телефон: +380 44 492 0382  
Факс: +380 44 492 0383  
[office-pcu@osce.org](mailto:office-pcu@osce.org)



Організація з безпеки та  
співробітництва в Європі  
**Координатор проектів в Україні**