

Павло ПУШКАР,

начальник відділу Департаменту виконання рішень Європейського суду з прав людини
 Генерального директорату з прав людини та верховенства права Ради Європи,
 кандидат юридичних наук

СУДОВА НОРМОТВОРЧІСТЬ У ДІЯЛЬНОСТІ КАСАЦІЙНИХ СУДІВ ЄВРОПИ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ¹

Запропонована до обговорення тема є надзвичайно складною, з цього приводу можна написати не одне дисертаційне дослідження. Спробую зробити синтез наявних у моєму розпорядженні матеріалів та побудувати наративи того, чим є судова нормотворчість у практиці верховних судів Європи, а ще поглянути на цю тему також з точки зору практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд).

Наразі для нас особливо складний період – ми зараз готуємося до Комітету Міністрів Ради Європи, де розглядатиметься низка справ стосовно України. Незважаючи на це, дуже радий узяти участь у цьому заході, що проводиться для суддів Верховного Суду й спрямований на підвищення їхньої кваліфікації та посилення здатності національної судової системи захищати права відповідно до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція).

Цього року ми святкуємо 70-річчя Конвенції з прав людини. Президент Європейського суду з прав людини, професор Роберт Спано, який добре відомий учасникам цієї конференції, оскільки неодноразово брав участь у заходах, організованих і Верховним Судом, і Національною школою суддів України, нещодавно на зустрічі міністрів юстиції висловив думку про те, що Конвенція покладається саме на сильну національну судову владу, сильні національні суди, які є як юридично, так і фактично незалежними. І ці принципи мають бути невід’ємно вмонтовані в національну правову систему, що функціонує на засадах верховенства права. Відповідно верховенство права без належної судової системи – це порожній човен. Без незалежного суду не може функціонувати не тільки Конвенція, а й демократична система будь-якої країни. Власне це те, з чого я й почну.

Найперше хотів би звернути вашу увагу на те, що Конвенція не може діяти у вакуумі, виходячи з попередніх тверджень і, власне, як інструмент субсидіарного характеру, заснований, зокрема, на таких принципах, як оцінка звернень до

¹ Ця публікація є синтезом доповіді, підготовленої для Національної школи суддів України, в рамках програми підготовки суддів Верховного Суду (26 листопада 2020 р.). Інформація, думки й наукові висновки, представлені в ній, є особистою позицією автора і не обов’язково відображають офіційну позицію Ради Європи та Департаменту виконання рішень ЄСПЛ, де він працює.

ЄСПЛ з точки зору вичерпання всіх національних заходів захисту або на такому субсидіарному принципі, як правило четвертої інстанції, можна говорити саме про надзвичайно важливу роль і національної судової системи, і найвищих судів у системах країн Ради Європи. З цієї перспективи не можна оминати увагою сучасну статистику звернень до ЄСПЛ стосовно України – вона знову проблемна (10 650 звернень до Європейського суду з прав людини стосовно України). Ми маємо зараз на розгляді більше десяти тисяч звернень до ЄСПЛ. Це проблеми, які, по суті, стосуються в більшості випадків правових проблем системно-структурного характеру. Фактично якоюсь мірою ми повертаємося до ситуації 2013–2014 років, і це є певним індикатором негараздів функціонування національної правової системи. До речі, таке суттєве збільшення звернень до ЄСПЛ відбулося фактично протягом останніх двох років, адже наприкінці 2017-го ЄСПЛ фактично «почистив» список справ, які перебували в суді, за рахунок зняття з розгляду справи Бурмич та інших, але в принципі ситуація залишається досить складною й не лише з точки зору звернень до Європейського суду з прав людини, а й з точки зору того навантаження, яке лежить зараз «на плечах» Комітету Міністрів Ради Європи (далі – КМ РЄ), де на контролі щодо виконання перебуває близько 600 рішень ЄСПЛ стосовно України. Переважно вони стосуються справ складного та складеного правового характеру. Близько 60 системно-структурних проблем перебувають на так званому «посиленому контролі» Комітету Міністрів Ради Європи.

Це фактично найбільша кількість на розгляді КМ РЄ стосовно всіх країн – членів Ради Європи. І тут виникає питання і, напевно, воно закономірне: що зумовлює такі показники? На мою думку, в першу чергу саме нестабільність, хаотичність і відсутність стратегічної організації правового регулювання. Звісно, я не беру до уваги показники економічні, соціально-політичні, конфлікт на сході України, а також пандемію тощо. І тут, власне, я підхожу з точки зору якраз права до ключової тематики моєї доповіді – судової нормотворчості.

Якщо поглянути на статистичні дані країн «сталой» правової традиції, можна говорити про так звану «стару Європу», Західну Європу, взявши за приклад, зокрема, Німеччину та Францію. Правові та судові системи цих країн досить органічно розвивалися синхронно з практикою ЄСПЛ, йдучи нога в ногу з розвитком ЄСПЛ та його практикою. Якщо взяти кількість рішень ЄСПЛ стосовно Німеччини та Франції з 50-х років, точніше з 1959 року по цей час (доволі тривалий період), то стосовно Німеччини за весь час існування Конвенції було визнано всього 195 порушень нею Конвенції; стосовно Франції – всього 729 порушень Конвенції.

Якщо говорити про Україну, то, починаючи з 1997 року, ми вже маємо 1600 рішень, постановлених стосовно правової системи України та функціонування судової системи (не рахуючи справи Бурмич та численні порушення в рамках справ, розглянутих за спрощеною процедурою в рамках проблематики Іванова – Бурмич, про яку ми всі добре знаємо). Я, до речі, в цьому аспекті порівняльного аналізу рішуче відмовляюсь порівнювати час та ефективність інституційного реагування держав,

зазначених вище на рішення ЄСПЛ, і це принципова позиція, але ці елементи ефективності та дієвості реагування – очевидні. У цьому аспекті існує досить велика різниця, і більшість із 60 рішень, які стосуються України, і, зокрема, наприклад, ключових правових і системно-структурних проблем, які знаходяться на виконанні в Комітеті Міністрів вже більше 10 років, так і залишаються повністю не вирішеними.

У чому, власне, секрет Німеччини і Франції? У цьому контексті також можна згадати ще одну країну західної правової традиції – Італію. У тому, що, крім сильної та ефективної правової системи, у цих країнах ключову роль у стабілізації функціонування правової системи відіграють саме вищі судові інстанції – через забезпечення захисту прав людини та через формування сталої судової практики, передбачуваної судової практики, а також практики, яка творить та розвиває право, фактично розвиває правовідносини, надає їм додаткового поштовху.

Важливою є роль вищих судів у забезпеченні того, щоб правовідносини розвивались у гармонії з практикою ЄСПЛ і Суду Європейського Союзу в Люксембурзі. Така практика діє на випередження, цементує існуючі правові проблеми, діючи, зокрема, через системне судове тлумачення принципів права, і діє, так би мовити, з поглядом на майбутнє. Роль і поєднання судової практики, паралельність роботи судів загальної юрисдикції та конституційних судів є одними з ознак таких систем. І ми можемо, напевно, подивитися з цієї точки зору на судову правотворчість в українському контексті. Вона певною мірою залишається обмеженою. Сильно звуженим виміром суддівської нормотворчості можна було назвати до судової реформи 2016 року наявність різних роз'яснювальних постанов та рішень судів, листів тощо. Як форму судової правотворчості їх було досить важко охарактеризувати позитивно як справжні джерела права і про ці проблеми точилася жвава наукова дискусія. Також на цю проблему свого часу звернув увагу у своїй практиці ЄСПЛ у справі *«Масюченко проти України»*, визнавши юридичний статус постанов пленуму Верховного Суду України, з точки зору Конвенції, та назвавши їх нормативними приписами необов'язкового характеру, своєрідними судовими рекомендаціями. Тобто характеристика «справжніх» джерел права справді їм не надавалася, а характеризувались вони скоріше в багатьох наукових працях як такий своєрідний різновид піднормативних актів. Дійсно важко оминати увагою історичний екскурс до «серцевини» цієї проблематики. Я думаю, він особливо детальний і не потрібний, але декілька основних аспектів, які все ж таки «заважають жити» судовій нормотворчості, все ж варто зазначити під час нашої дискусії.

У першу чергу я хотів би, перейти до першого питання і звернути увагу на порівняльний аспект, історичний спектр функціонування верховних судів країн Європи. Другий аспект, який я збираюся обговорити сьогодні, це аспект судової нормотворчості в діяльності верховних судів. Також погляну на ці питання з точки зору релевантної практики ЄСПЛ і загалом висловлю деякі ідеї і висновки щодо перспектив подальшого розвитку інституту судової правотворчості.

Щодо першого питання, яке я частково вже розкрив, згадаю твердження відомого й одного, напевно, з моїх найулюбленіших авторів-компаративістів, професора

Мір'яна Дамаску, який висловив дві ідеї щодо існування державної влади по відношенню до функціонування судової системи. Ці дві ідеї він називає ідеями ієрархічною та координаційною.

Координаційна ідея передбачає, на його думку, те, що судовий корпус повинен складатися з неспеціалізованих суддів, насправді представників народу без знань у галузі права, які й будуть намагатися встановити справедливість в індивідуальних справах, враховуючи аргументи по суті, які можуть бути взаємопов'язаними, але за відсутності чіткої ієрархії ідей та цінностей норм та використаних джерел. На контрасті з цим підходом ієрархічна ідея побудови судової системи базується на фундаменті суворої ієрархії норм права, деперсоналізації закону та логіці законності, як матеріальної, так і процесуальної. Таким чином, суддівство є, по суті, формальною бюрократією за стилем поведінки, ходом думок та методами прийняття рішень.

Відповідно за час соціальних, історичних змін в Україні відбувся перехід, який можна охарактеризувати, напевно, як історичний, від формалізму в праві, побудованого на другому підході до існування судової системи. Тобто можна говорити, що відбулася конвергенція координаційної моделі та ієрархічної моделі і фактично зміни автоматичного застосування закону через, можна так назвати, системи соціалістичних та пострадянських символів і цінностей, відображених у законах, які могли змінюватися за численними вимогами влади без особливого контакту із суспільними потребами та розвитком суспільства в цілому.

Тому в часи до незалежності України можна було говорити про необхідність суворого дотримання закону з такої, зокрема, точки зору й як принципів соціалістичної законності та відображення цих принципів у законодавстві. У цьому аспекті роль судді фактично змінилася на роль технічного реплікатора законів, такої собі друкарської машинки для опрацювання та переробки текстів. Напевно, зараз, за наявності штучного інтелекту, таку технічну модель було б просто створити. Фактично можна говорити про наявність так званого судового текстуального позитивізму. Суворе дотримання тексту закону, наскільки це можливо, певною мірою й оберігало суддю від негативних політичних наслідків. І з цією проблемою наприкінці 1980 – на початку 1990-х у першу чергу зіткнулися країни Центральної та Східної Європи. Тут можна згадати досвід верховних судів Польщі та Чехії, і те, що ці суди пройшли шлях, який ми частково проходимо зараз. Можна згадати не тільки верховні суди, у цьому контексті судової нормотворчості, а й конституційні суди.

Зміни відбулися шляхом зміни підходів до правозастосування на основі теорії нового конституціоналізму, з запровадженням нових підходів до тлумачення норм закону через, зокрема, загальновизнані норми і принципи права. До речі, судова система Польщі може пишатися своїми першими рішеннями, які надали можливість розширити вплив Конвенції та практики ЄСПЛ, визнання цієї практики обов'язковими джерелами права для судів.

Ці зміни системного характеру в плані правозастосування передували інституційним змінам, поступовим змінам складу цих судових органів на склад з участю представників інших юридичних професій, розширенню складу не тільки за рахунок суддів, а й в першу чергу науковців, що суттєво змінило і посилило доктринальну базу правозастосування. Ці зміни, до речі, суттєво вплинули на формування та розвиток практики вищих судів. Ми можемо це бачити за аналогією, за схожістю з тим, що відбулося в процесі судової реформи 2016 року.

Також варто звернути увагу на таке поняття, як «текстуальний формалізм». Про нього свого часу говорив у 2002 році в своїй доповіді президент Чехії Вацлав Гавел. Виникнення цього терміна передувало виникненню цікавої ситуації в судовій системі Чехії, коли при призначенні голови вищого суду потенційного кандидата критикували за пристрасне ставлення до природного права. Вацлав Гавел у своїй доповіді під час призначення голови вищого суду зазначив, що механічне, бездумне застосування закону, яке є предметом певного культу, не дозволяє будь-якого контролю здоровим глуздом, унеможливує визначити зміст закону, значення закону, обставини, що мають важливість для вирішення справи, не дає можливості подивитися на наміри законодавця або навіть на фундамент цінностей, викладених у законі в складній справі. У таких ситуаціях закон, який є продуктом діяльності людини, стає, як висловився Вацлав Гавел, метафізичним об'єктом.

Однак все-таки приклад як Чехії, так і Польщі – надихає. Діяльність польської судової системи та формування судової практики були спрямовані на її європеїзацію. Судді, до речі, розвивали практику дружнього ставлення до норм міжнародного права свого часу також поступово, з моменту початку діалогу Польщі щодо приєднання до Європейського Союзу, почали гармонізувати судову практику із законодавством та правом ЄС. Польща фактично була вже тоді країною-кандидатом і на підставі цього та угод, укладених між Польщею та ЄС, Вищий адміністративний суд, зокрема, свого часу почав застосовувати практику тлумачення норм національних законів із урахуванням позицій права ЄС, наближаючи тлумачення цих норм до норм права Європейського Союзу. Ця ідея, як мені видається, є актуальною і для нас у світлі Угоди про асоціацію з ЄС і нещодавніх євроінтеграційних змін до Конституції України.

Із вищезазначеним пов'язано, як на мою думку, й існування певної судової культури, яку можна сміливо назвати європейською суддівською культурою. Цей термін був використаний професором Белом, він стосується особливостей, які формують спосіб, у який виконується й цінується робота судів у окремих правових системах. У цьому визначенні суддівська культура охоплює м'яке право, фактично певний вид соціальних відносин, які стосуються правозастосування, тобто це своєрідний набір ідей взаємовідносин у юридичній спільноті, взаємовідносин судової системи з інститутами влади та суспільства.

Суддівська культура виражається також у моральних і соціальних цінностях конкретної суддівської спільноти, правових правилах, що стосуються судової

організації й вирішення справ. Практика, що є частиною судової культури, також стосується і підходів до судової системи, і до судочинства від суспільства, це стосується, зокрема, й внутрішнього ставлення судової системи до контексту правового тлумачення, змісту судової діяльності, поведження із судовими процедурами, контексту, в якому приймається судове рішення. Якраз у контексті нормотворчої діяльності дуже важливо розглядати суддівську культуру як стійкий фундамент, який дозволяє забезпечувати нормотворчу діяльність судових органів.

Загалом можна виділити, напевно, три складові суддівської культури. Перша – етичний вимір, що охоплює професійні цінності та стандарти до судової діяльності, друга – правовий вимір, що охоплює сприйняття суддівської ролі щодо тлумачення правил і понять, які існують у праві, законодавстві, і третя – це інституційний вимір, що охоплює побудову довіри між судьями всередині судової системи та довіри до суддів іззовні.

Однозначно судова нормотворчість вимагає стійкого фундаменту, і саме суддівська культура або культура ставлення до судочинства є тим фундаментом, який ще треба розбудовувати. Це, власне, такий невеличкий історичний і теоретичний екскурс щодо суті проблеми.

Наступний аспект, про який я хотів би зазначити – це судова нормотворчість. Що таке судова нормотворчість у діяльності касаційного суду? Тут можна виокремити декілька видів техніки нормотворчості в діяльності касаційного суду. Це, по-перше, такий підхід, який стосується можливості надання більш детального пояснення правової позиції суду. Насправді, з точки зору компаративістики таких технік виділяється чотири. І я спробую ці чотири види підходів визначити. Тобто можливість надання більш детального пояснення щодо правового обґрунтування спору. Цією технікою досить часто користується Верховний суд Нідерландів, також вони, як правило, виділяють судове обґрунтування в окремі положення судового рішення для того, аби означити або поставити маркери саме стосовно того, яким чином Верховний суд, касаційний суд дійшов саме такого висновку щодо застосування норм права.

Другий підхід – це підхід, який стосується більш широкого визначення або формулювання юридичного правила, або так зване тлумачення через розширення змісту норми закону, і цей метод дуже часто застосовується в країнах, які нещодавно стали, зокрема в межах ЄС, частиною спільного європейського правового простору. Досить часто на такий метод тлумачення в рамках якраз адміністративно-правових відносин та адміністративного судочинства посилається Верховний суд Естонії. Тобто розширене тлумачення більш ніж необхідне для вирішення спору, використовується саме з метою гармонізації національних норм законодавства з вимогами права ЄС.

Третій підхід – це підхід опису загальних принципів, загальних принципів, які застосовуються до вирішення справи. Такий підхід досить часто застосовується з посиланням на практику ЄСПЛ. Дуже часто на цей метод посилаються верховні суди Польщі, Чехії, Норвегії та Швеції. Верховний суд Естонії в окремих рішеннях

присвячує цілу главу своїх рішень описові правової ситуації та принципів, які мають застосовуватися до розгляду конкретно цієї справи.

Четвертою технікою або методом, що досить часто використовується в практиці європейських судів, – є такі твердження або правові висновки, які підсилюють загальні принципи права, що розглядаються в судових рішеннях. Досить часто це стосується визначення таких принципів права, як, зокрема, пропорційність, законність, застосування принципу верховенства права. Такі приклади можна віднайти в діяльності, зокрема, Верховного суду Нідерландів та Верховного суду Латвії. Тобто це так зване пояснення, додаткове пояснення застосування правового принципу до певної юридичної ситуації.

Яким чином відбувається процес судової нормотворчості?

Можна виділити три форми (види) судових рішень, які досить часто застосовуються верховними судами Європи. Перший вид рішень – попередні рішення верховних судів, які стосуються ідентифікації та роз'яснення щодо застосування норм права. Як правило, такі рішення застосовуються в країнах, у яких існує система звернення за попередніми роз'ясненнями, роз'яснювальними або рекомендаційними рішеннями від апеляційних та судів першої інстанції до найвищих судів. Ця система часто застосовується й вона дозволяє уніфікувати, забезпечити єдність судової практики якраз із точки зору однорідного тлумачення норм права.

Другий підхід щодо видів судових рішень – підхід до касації в інтересах права. Цей процес, як правило, застосовується в справах, які стосуються значного суспільного інтересу. Касація в інтересах права використовується, як правило, генеральними адвокатами, міністерствами юстиції або визначеними в національній правовій системі органами, які можуть звертатися до верховного суду з метою приведення, наприклад, попередніх судових рішень у відповідність із судовою практикою національних судів. Така техніка використовується вже сторіччями у Франції. Вона також досить широко використовується у Нідерландах, Іспанії та Італії. Декілька разів на рік генеральний прокурор або генеральний адвокат звертається до касаційного або верховного суду з метою надання отаких судових висновків на підставі касації в інтересах права.

Також можна говорити і про роз'яснювальні рішення. Ці рішення певною мірою є подібними до касації в інтересах права, але в деяких правових і судових системах вони діють окремо. Тут так само за процедурою звернення в національній правовій системі визначаються відповідні органи та посадові особи, такі як міністерство юстиції, національний омбудсман або національна спілка адвокатів, які можуть звертатися до вищих судів з метою надання роз'яснень щодо застосування закону.

Хотів би окремо звернути вашу увагу на діяльність Касаційного суду Франції, до певної міри «законодавця моди» у нормотворчій діяльності вищих судів. Його діяльність відрізняється креативністю тлумачення норм права, як, наприклад, Цивільного кодексу Франції, де йдеться про те, що судові тлумачення положень кодексу може виходити за межі самого закону, але суд при такому тлумаченні має

дотримуватися духу закону. Як відомо, ці ідеї не нові. Вони були закладені ще у творах Монтеस्क'є і в принципі Касаційний суд Франції й відображає у своїй практиці якраз історичний доктринальний підхід у своїй діяльності до того, яким чином твориться право у французькій правовій системі.

Фактично така креативність у творенні норм права в діяльності касаційного суду виходить за межі уточнення норм права, заповнення прогалин або з'ясування протиріч. Тут нормативна правотворчість поширюється на адаптацію норм закону до соціального розвитку суспільства і, знову ж таки, судді не можуть вийти за межі закону або протиставити себе закону, а повинні дотримуватися духу, а не букви закону.

Є дві методології, які застосовуються в діяльності Касаційного суду Франції. Можна говорити насамперед про методологію творення правової норми й методологію артикуляції стандартів, які закладені в норму закону, і власне, за багатьма твердженнями, у національній правовій системі Франції Касаційний суд фактично виконує функцію єдності законодавства і другу функцію – захисту принципу розподілу влад. У деяких доктринальних творах та оцінках цей суд оцінюється скоріше навіть не як судовий орган, а певною мірою як квазізаконодавець, який у правовому регулюванні значно випереджає законодавця. У діяльності Касаційного суду Франції можна виокремити й такий підхід, як формування норми права, нової норми права або артикуляції норми права на підставі самого розгляду судової справи, й це дуже схоже на спосіб формування закону за методикою нормотворчості фактично законодавчого органу.

Що стосується обмеження такої активної позиції судів, тут є чотири аспекти, які стосуються касаційних судів Європи. Можна говорити про ті обмеження, які стосуються принципу розподілу влад. У першу чергу судовий орган дійсно не може виходити за межі своєї судової функції, тобто його функція закінчується там, де починається функція творення законодавства та починається межа відповідальності законодавця. Друге обмеження – обмеження, яке накладається на діяльність судового органу саме існуючою законодавчою системою. Третє – обмеження, які покладаються на судовий орган стосовно методів тлумачення права. Останнє, четверте – неписані правила, які певною мірою стосуються позиції, про яку я вже говорив, характеризуючи діяльність судової системи в рамках суддівської культури або культури судової системи.

Тепер декілька слів щодо встановлених Конвенцією обмежень та обмежень, встановлених практикою ЄСПЛ. Можна зазначити декілька аспектів, які стосуються, в першу чергу, доступу до касації. Перший аспект – можна впевнено стверджувати, що практика Європейського суду з прав людини розглядає суд касації як суд виключно права, що має розглядати певну обмежену кількість справ та мати спроможність реалізувати свої повноваження щодо судової нормотворчості, фактично видавати такі своєрідні нормативні акти через положення судової практики, що стимулюють розвиток суспільних відносин, в якійсь мірі йти попереду суспільного запиту.

Нещодавно в контексті України Комітет Міністрів Ради Європи звернув свою увагу (стосовно справ Меріт та Науменко, які стосуються питань надмірної тривалості судових проваджень) на положення процесуальних кодексів щодо процесуальних фільтрів на доступ до Верховного Суду та якраз у цьому контексті запросив уряд України надати інформацію про вплив процесуальних фільтрів на навантаження цього суду, яке, як видається, наразі залишається досить значним.

У контексті суддівської правотворчості варто звернути увагу на два терміни, які стосуються таких понять, як «судовий активізм» і «судова стриманість». Ці два поняття досить часто зустрічаються і в практиці ЄСПЛ. Я так порахував, приблизно 15–20 рішень Суду, де висловлюється думка стосовно цих понять з точки зору виходу ЄСПЛ за межі наданих йому повноважень. І мова, в першу чергу, не про самі рішення Європейського суду з прав людини, а йдеться про окремі думки суддів, які докладаються до рішень Суду. Я не прихильник окремих думок у діяльності ЄСПЛ – окремі думки в значній мірі ставлять під сумнів легітимність рішень Суду. Але вони все-таки відображають досить цікавий підхід, досить часто є корисними і з точки зору, зокрема, виконання рішень ЄСПЛ, оскільки вказують на окремі проблеми, які можуть виникнути під час виконання рішення Європейського суду з прав людини.

Наведу декілька прикладів визначного суддівського активізму. В першу чергу звертаю вашу увагу на рішення у справі *«Катан та інші проти Російської Федерації та Молдови»*, де йдеться про розширене поняття юрисдикції, юрисдикції, яка стосується юрисдикції держави і яка поширюється на території, що виходять за межі фізичної території країни. У цій справі представлена також окрема думка професора Ковлера, шанованого фахівця в галузі Конвенції, вона є дуже цікавою цікавою стосовно того, що з його точки зору Суд якраз вийшов за межі визначеного в міжнародному праві поняття «своєї юрисдикції» через так зване еволютивне тлумачення норм Конвенції й еволютивне тлумачення норм щодо відповідальності держави через її позитивні зобов'язання.

У цьому контексті можна згадати й декілька інших справ, таких як *«Центр правових ресурсів та Валентин Камп'яну проти Румунії»*, *«Мокану та інші проти Румунії»*, де якраз йдеться про те, що «суддівський активізм» – це одна із загроз формуванню сталої та передбачуваної практики ЄСПЛ. Суддівський активізм може поставити під сумнів і легітимність судового рішення, і саму діяльність судової установи, якраз враховуючи те, що рішення в якомусь певному випадку може бути недостатньо обґрунтованим. Це та загроза, яка дійсно існує з точки зору розвитку судової нормотворчості як правового інституту, оскільки саме обґрунтування рішення повинно бути ідеальним для того, аби уникнути цієї критики й розставити всі крапки над «і» з точки зору змісту судового рішення.

Я не стану заглиблюватися в інші 15–20 рішень, які стосуються визначення поняття «суддівського активізму», принагідно поділюся ними окремо.

А зараз хотів би згадати рішення, які стосуються відмови в доступі до суду касації. З моєї точки зору, тут дуже важливим є рішення у справі *«Зубач проти Хорватії»* – одне з ключових рішень ЄСПЛ з цього питання. Свого часу ці формулювання фактично досить цікаво використав Конституційний Суд України у тлумаченні того, чим є касація. Суд фактично використав частину рішення ЄСПЛ, вказавши, що касація як така не гарантується статтею 6 Конвенції. І сама практика Європейського суду говорить те ж саме – що так, касація як така не гарантується Конвенцією, але якщо касація як судова інституція існує в національній правовій системі, то до касаційного розгляду справи мають застосовуватися всі гарантії статті 6 Конвенції, включаючи гарантії щодо доступу до правосуддя, які є надзвичайно важливими.

Наостанок можна згадати й декілька справ стосовно України. Мова йде про рішення ЄСПЛ у справах Пелевіна, а також Березовського та Мушти. Не вдаватимуся в деталі цих рішень, оскільки вони всім відомі.

Також хотів би звернути увагу на ще одну позицію, яка обмежує, так би мовити, позитивний судовий активізм, судову нормотворчість і стосується практики ЄСПЛ, – це позиція, яка стосується юрисдикції суду, меж юрисдикції суду касації та фактично достатності перегляду судових рішень. Ця практика ЄСПЛ згадується в рішеннях у справах *«Денісов проти України»* та *«Олександр Волков проти України»*. Такий стандарт, як «достатність повноважень щодо перегляду» і «питання наявності повної юрисдикції» – це якраз ті питання, які завжди є проблемними з точки зору практики Європейського суду. Хотів би також ще раз звернути вашу увагу на рішення ЄСПЛ у справах *«Ніжет Сахін та Періхан Сахін проти Туреччини»* та *«Люпенік Грік та Кетолік Періш та інші проти Румунії»*, які стосуються питань «єдності судової практики».

Окремо хочу звернути увагу на питання прогалин у законодавстві і протилежний підхід до цього питання Комітету Міністрів Ради Європи, який якраз стосується врегулювання законодавчих прогалин, зокрема, відсутності ефективного засобу захисту через розвиток судової практики. У справі *«Брагадіряну проти Румунії»* виокремлено дуже цікавий аспект, який досить схвально оцінив КМРЄ у відповідь на негативне рішення КМРЄ щодо відсутності ефективних засобів захисту. Верховні суди Румунії, а конкретніше касаційний суд, створили практику, яка врегулювала питання відповідальності держави за неналежні умови тримання під вартою в тому числі, таким чином створивши судовий засіб захисту.

І як висновок, підсумую сказане. Я сьогодні спробував оглянути з історичного і наукового, можливо, науково-теоретичного погляду проблеми, які лежать у площині діяльності верховних судів Європи. Це – досить складна й широка тема. Я вже говорив про те, що можна написати не одне докторське дослідження з цієї теми й можна продовжувати ці дослідження, напевно, безкінечно. І саме тому, що матеріал досить об'ємний, я спробував дати тільки його певний синтез. Також, я спробував у своєму виступі охарактеризувати судову нормотворчість діяльності верховних

судів, зокрема, звернув увагу на судову нормотворчість діяльності Верховного суду Франції, а також на ті обмеження і проблеми, які виникають із точки зору судової нормотворчості в практиці Європейського суду з прав людини.

На завершення я хотів би сказати, що роль верховного суду в судовій нормотворчості є надзвичайно важливою з точки зору забезпечення саме юридичної визначеності. Якраз легітимність верховного суду як касаційного суду є досить крихкою. Її можна порівняти, напевно, з об'єктом, який легко знищити, оскільки в суті судової правотворчості і судовій нормотворчості лежить принцип детального обґрунтування й логічного виведення норми закону, нової норми чи роз'яснення старої норми з метою забезпечення єдності судової практики. І фактично, знову ж таки, ми повертаємося до елемента довіри до суду, до судової практики через таку діяльність.

Тут дуже серйозним аспектом є саме дотримання духу закону. Як сказав свого часу голова Верховного суду Естонії і колишній суддя ЄСПЛ Райт Марусте, який багато працював із справами стосовно України, дуже легко прочитати закон, натомість набагато складніше застосувати закон та дотримуватись духу закону та його основних принципів. Тому ми знову і знову повертаємося до питань «духу законів» Монтеस्क'є й необхідності підготовки фахівців високого рівня, й, зокрема, суддів верховного суду, якраз із точки зору дотримання духу законів та основних принципів права.

Ми знаходимося на роздоріжжі. Суть цього гуцульського прислів'я в тому, що від одного берега відбився, а до другого ще не приплив. Тож маємо нарешті пересікти цей рубікон і дістатися іншого берега – європейської суддівської культури, яка на пряму підтримує ідеї судового нормотворення.

Дякую за увагу!