

**Європейська комісія за демократію через право
(Венеціанська Комісія)**

ВИСНОВОК

**до проекту Закону про внесення змін до Конституції, що посилюють
незалежність суддів**

(включаючи пояснювальну записку та порівняльну таблицю)

та на зміни до Конституції, запропоновані Верховною Радою України

**та пронесення змін до Конституції, запропоновані Конституційної
Асамблеї України**

прийнятий Венеціанською Комісією

на її 95 пленарній сесії

(Венеція, 14-15 червня 2013 року)

на основі коментарів

пана Джеймса Гамільтона (виконуючий обов'язки члена Комісії, Ірландія)

пані Ханни Сухочка (член Комісії, Польща)

пана Євгена Танчева (член Комісії, Болгарія)

пана Карла Турі (член Комісії, Фінляндія)

Цей документ не буде розповсюджуватися під час засідання. Будь-ласка візьміть з собою копію.

Зміст

I. Вступ

II. Загальні положення

III. Попередні рішення Віденської Комісії на судову владу в Україні

IV. Проект Закону «Про внесення змін до Конституції України щодо посилення гарантій незалежності суддів»

A. Призначення суддів – статті 85(27) – 106(23)

B. Структура суду – стаття 125

C. перехідний період – стаття 126 та 128

D. Імунітет та звільнення – стаття 126

E. Критерії призначення – стаття 127

F. Орган з призначення – стаття 128

G. Розподіл справ – стаття 129

H. Вища Рада Юстиції – стаття 131

I. Прикінцеві та перехідні положення

V. Зміни до Конституції України, запропоновані Конституційною Асамблеєю

VI. Висновки

I. Вступ.

1. 29 березня 2013 року Венеціанська комісія отримала запит на надання позиції від пана Л. Кравчука, Голови Конституційної асамблеї, стосовно проекту закону «Про внесення змін до Конституції України щодо удосконалення гарантії незалежності суддів» та стосовно «Змін до Конституції України, запропонованих Конституційною асамблеєю».
2. На початку грудня 2012 року делегація Венеціанської комісії у складі пана Гамілтона, пані Сучоки, пана Танчева та пана Туорі, а також пана Маркерта та пані Мичелової із Секретаріату відвідала Київ, щоб зустрітися з різними діячами стосовно конституційної реформи в Україні. У ході цих зустрічей були висловлені різні погляди на сутність та часові рамки конституційної реформи. Делегація Венеціанської комісії взяла участь у пленарному засіданні Конституційної асамблеї, щоб обговорити перший проект конституційних змін до Розділу про Правосуддя, розроблений Адміністрацією Президента. Делегація також провела ряд інформативних та продуктивних зустрічей із паном Кравчуком, експертами із президентської адміністрації, депутатами парламенту, лідерами опозиційних партій та представниками дипломатичних кіл. Однак, опозиція з самого початку відмовилася приєднатися до роботи над конституційними змінами та від участі у засіданнях Конституційної асамблеї.
3. Венеціанська комісія попросила пана Гамілтона, пані Сучоку та пана Танчева виступити у якості доповідачів по цій позиції.
4. Ця позиція була прийнята Венеціанською комісією на її 95 Пленарній Сесії (Венеція, 14-15 червня 2-13 року).

II. Загальні зауваження

5. У цій позиції розглядаються два окремі тексти: проект закону «Про внесення змін до Конституції України щодо удосконалення гарантії незалежності суддів» (далі – «Внесення змін») та запропоновані Зміни, розроблені Конституційною асамблеєю, які ще не були оформлені у вигляді тексту законодавчого акта.
6. Внесення змін є результатом обговорень у Конституційній асамблеї, однак вони ґрунтуються на проекті, розробленому Адміністрацією Президента. Це може викликати сумніви щодо ролі Конституційної асамблеї, яких можна було б уникнути, якби робота Конституційної асамблеї базувалася на проектах, розроблених її власними робочими групами.
7. Зміни до Конституції, запропоновані Конституційною асамблеєю, будуть подані до *Верховної Ради* (далі – «Парламент») як складова ширшої конституційної реформи.
8. При виробленні цієї позиції враховувався англійський переклад Внесення змін та Пропозицій. Переклад може неточно передавати оригінальну версію в усіх аспектах, тому окремі зауваження могли бути спричинені проблемами перекладу. Зокрема, коли у перекладі Пропозиції під пунктом 2, що змінює Статтю 85 Конституції, згадано «Верховний Суд», мається на увазі «Вища рада юстиції», зазначена під пунктом 4, що змінює Статтю 126 Конституції. Виглядає на те, що мається на увазі один і той самий

орган. Ця Позиція, як і попередні позиції та текст Конституції англійською мовою, буде посилатися на Вищу раду юстиції (далі – “ВРЮ”).

III. Попередні позиції Венеціанської комісії стосовно правосуддя в Україні.

9. Венеціанська комісія надала декілька позицій стосовно українського правосуддя.¹ Вона виклала свої погляди на судову систему у двох загальних звітах: 1) Щодо призначення суддів² та 2) Щодо незалежності судової системи Частина 1: Незалежність суддів.³
10. У попередніх позиціях Венеціанська комісія піднімала питання, що мають важливий вплив на незалежність правосуддя в Україні, а саме: (1) призначення суддів, (2) роль Парламенту в процесі призначення, (3) роль та склад Вищої ради юстиції (далі – “ВРЮ”) та (4) обсяг судейського імунітету.

IV. Проект закону “Про внесення змін до Конституції України щодо удосконалення гарантії незалежності суддів”

A. Призначення суддів – стаття 85 (27) та стаття 106 (23)

11. Внесенням зміни зі Статті 85 виключається положення, яке уповноважує Парламент обирати суддів безстроково. Натомість, повноваження Парламенту полягатимуть у визначенні мережі⁴, утворенні, реорганізації та скасуванні судів загальної юрисдикції на основі подання Президента України.
12. Внесення цієї зміни є логічним наслідком зміни до Статті 106(23), якою передбачено, що (Президент) *“за умови та відповідно до подання Вищої ради юстиції призначає суддів на посади та звільняє їх з посад”*. Венеціанська комісія схвалює надані Президентом церемоніальні повноваження у цій процедурі.⁵
13. Зазначені зміни до Статті 85 та Статті 106 відповідають принципу розподілу повноважень та зміцнюють баланс і співпрацю між законодавчою та виконавчою гілками з метою забезпечення незалежності правосуддя. Повноваження Парламенту та Президента у визначенні структури судів і призначенні суддів главою держави на основі пропозиції ВРЮ спрямовані на обмеження політичного впливу та партійного тиску на правосуддя.

¹ Див. Позицію стосовно проекту закону про правосуддя та проект закону про статус суддів України, CDL-AD(2007)003; Спільну Позицію стосовно проекту закону про судову систему та статус суддів в Україні, CDL-AD(2010)003; Спільну Позицію стосовно Закону про судову систему та статус суддів в Україні, CDL-AD(2010)026; Спільну Позицію стосовно проекту закону про внесення змін до Закону про правосуддя та статус суддів й інших актів законодавства України, CDL-AD(2011)033.

² Див. Звіт щодо призначення суддів, CDL-AD(2007)028.

³ Див. Звіт щодо незалежності судової системи Частина 1: Незалежність суддів, CDL-AD(2010)004.

⁴ В Україні термін «мережа» відноситься до системи судів.

⁵ Див. Спільну позицію щодо Закону про судову систему та статус суддів в Україні, CDL-AD(2010)026, параграф 51.

14. Венеціанська комісія неодноразово критикувала загрозу політичного впливу на призначення суддів в Україні. Відповідно, розглянуті положення заслуговують на схвалення.

В. Система судів – Стаття 125

15. До Статті 125 будуть внесені зміни, спрямовані на те, щоб мережа судів загальної юрисдикції визначалася законом і щоб утворення, реорганізація та скасування судів відбувалося шляхом прийняття закону. Це положення постало через намір запобігти тому, щоб ці зміни відбувалися на основі декрету. Парламент буде наділений (див. Статтю 85) правом визначати структуру системи судів (що у Внесенні змін називається “мережею”), утворювати, реорганізовувати та скасовувати суди за поданням Президента України. Таке рішення видається розумним та передбачає взаємодію між різними органами. Венеціанська Комісія схвалює те, що в майбутньому мережа одержить законодавче визначення.

С. Випробувальні терміни – Статті 126 і 128

16. В статті 126 Конституції України поправкою видаляються слова «суддів, які призначаються на посаду судді вперше». Стаття 128 зі змінами встановлює обрання суддів безстроково. У зв'язку з цим в світлі нових пропозицій категорія суддів призначених на обмежений термін зникає.

17. Один з основних питань, що потребували вирішення було призначення судів на випробувальний строк. Діюча Конституція України визначає дві послідовні категорії суддів: (1) судді, що призначаються на посаду вперше на обмежений строк (5 років), ці ж судді після спливу цього строку повинні (2) бути обрані безстроково. Випробувальний термін піддавався критиці з самого початку як такий, що суперечить загальному принципу незмінності суддів та з огляду на участь Верховної Ради України, як політичного органу, в процесі призначення суддів. Все це ускладнюється ще й тим, що процедура обрання суддів безстроково є не зовсім прозорою. Зазначена критика ґрунтується на тому, що випробувальний термін може обмежити безсторонність та незалежність суддів внаслідок того, що суддя виносити рішення чи вироки з метою забезпечення його/її майбутнього обрання безстроково. Венеціанська Комісія критично ставилася до випробувального періоду. В своєму висновку щодо проекту Закону «Про судоустрій та статус суддів» Венеціанська Комісія зазначила:

«Випробувальний термін за своїм визначенням ускладнює реалізацію принципу суддівської незалежності, однак у разі його застосування він не повинен бути довшим за строк необхідний для оцінки професійної компетенції судді. 5 років вважається за надто довгим строком. Венеціанська комісія вважає, що встановлення випробувальних термінів піддає незалежність суддів з огляду на те, що вони можуть перебувати під тиском та розглядати справи з урахуванням власних інтересів. Зазначене не повинно трактуватися як виключення будь-яких можливостей призначення тимчасових суддів. В країнах з відносно новою судовою системою перевірка професійної компетенції судді може бути практично необхідним перед його/її безстроковим призначенням. У випадку

коли випробувальні періоди розглядається як необхідні, відмова в подальшому обранні судді має базуватися на об'єктивних критеріях та з забезпеченням аналогічних процедур та гарантій що застосовуються при звільненні судді» (CDL-AD(2005)038, § 30).⁶

18. Ліквідація випробувальних періодів вітається і є згідною з рекомендаціями Венеціанської Комісії. Поправка встановлює тільки одну категорію суддів, що обираються безстроково⁷.

D. Імунітет та звільнення – стаття 126

19. Існуюче положення, відповідно до якого суддя не може бути без згоди Верховної Ради України затриманий чи заарештований буде замінено положенням, відповідно до якого необхідна буде згода Вищої ради юстиції. Це є значним покращенням існуючого положення. Однак, відсутні критерії, за яких надається чи не надається така згода. Венеціанська Комісія неодноразово зазначала, що судді повинні мати лише функціональний імунітет⁸, імунітет щодо дій пов'язаних з їх суддівськими функціями, чи такий імунітет, який забезпечує незалежність правосуддя перед загрозою неправомірного арешту:

«...судді повинні мати лише функціональний імунітет, мається на увазі імунітет від переслідування за правомірні дії відповідно до покладених на них функцій. У цьому зв'язку очевидним є, що пасивна корупція, владний вплив, взяття хабара та подібні порушення не можуть розглядатися як правомірні дії, що відповідають суддівським функціям»⁹.

20. За відсутності ознак неправдивого обвинувачення, висунутого проти судді прокурором, справа судді не повинна бути позбавлена незалежного судового розгляду (див. пункт 51, нижче). Коли є вагомі підстави вважати, що суддя є винним у вчиненні кримінального злочину він / вона не повинна мати право на імунітет і Вища рада юстиції повинні дати згоду на позбавлення імунітету, зокрема, і у випадках корупції. Вища рада юстиції відповідно повинна мати функцію прийняття рішення про скасування дії імунітету судді, але критерії в випадків необхідно це зробити повинні бути чітко визначені.

21. Формулювання статті 126 стосовно звільнення суддів Конституційного Суду, зокрема, щодо підстав для звільнення, є не дуже зрозумілим і викликає деякі сумніви, зокрема, щодо того, чи умови для звільнення суддів, також застосовуються до суддів Конституційного Суду або тільки до суддів судів загальної юрисдикції. Звільнення суддів Конституційного Суду повинно регулюватися тільки Розділом про цей Суд.

⁶ Див. Висновок щодо проекту Закону «Про судоустрій та статус суддів, прийнятий Венеціанською Комісією на її 70-ій Пленарній сесії (Венеція, 16-17 березня 2007), CDL-AD(2007)003, пункт 26. Також зазначається, що для вирішення цієї проблеми необхідно внести зміни в статтю 126 Конституції України.

⁷ Звичайно судді стажери можуть залучатися до підготовки процесуальних документів, однак рішення може прийматися виключно суддею.

⁸ У висновку Венеціанської комісії «судді повинні мати функціональний – лише функціональний - імунітет» Доповідь щодо незалежності судової системи.

⁹ Лист щодо імунітету суддів Конституційного суду Молдови прийнятий Венеціанською Комісією на її 94-ій Пленарній сесії (Венеція, 8-9 березня 2013), CDL-AD(2013)008, пункт 19

22. Крім того, це положення має розрізняти випадки належного звільнення та інших ситуацій, наприклад, досягнення пенсійного віку не є підставою для звільнення, а закінченням його службових повноважень. Венеціанська комісія рекомендує, що слово "звільнений" повинні бути виключені з назви цієї поправки.

23. Ряд змін було внесено в критерії звільнення судді. По-перше, пенсійний вік буде збільшено з 65 до 70. По-друге, визнання недієздатним повинно бути додано в список підстав для звільнення. В даний час суддя також може бути звільнений, якщо його / її суд буде ліквідовано або реорганізовано і він / вона не дає згоди на переведення. Тим не менш, відповідно до положень наступних змін до статей 128 і 131 Вища кваліфікаційна комісія суддів України відповідатиме за надання рекомендацій щодо переведення судді і це, здається, повинно бути достатньою гарантією проти можливих зловживань.

24. Венеціанська комісія неодноразово вказувала на те, що порушення присяги є дуже розпливчатим в якості підстави для звільнення суддів¹⁰. Європейський суд з прав людини у зв'язку з недавньою справою Олександр Волков проти України¹¹ також висловив занепокоєння щодо порушення присяги як підстави для звільнення суддів та щодо можливості надмірно широкого і неточного тлумачення. "Порушення присяги" повинен бути замінений чітко визначеним порушенням на законодавчому рівні.

25. З систематичного точки зору, необхідно розглянути можливість перенесення положень щодо процедури і підстав звільнення з посади суддів Конституційного Суду до глави "Конституційний суд". Крім того, з метою забезпечення функціонування та стабільності конституційного правосуддя, Венеціанська комісія рекомендувала в минулому, щоб судді (Конституційного суду) залишалися на посаді після закінчення терміну їх повноважень до зайняття посади новим суддею.¹²

Е. Критерії призначення – стаття 127

26. Статтею 127 пропонується вимагати від новопризначених суддів 30-річного віку у порівнянні з поточним 25-річним та мати п'ять років професійного досвіду, замість

¹⁰ Висновок щодо законопроекту щодо внесення змін до Конституції України прийнятий Венеціанською Комісією на її 79-ій Пленарній сесії (Венеція, 12-13 червня 2009), CDL-AD(2009)024, пункт 90

Спільний висновок щодо законопроекту про внесення змін до законодавчих актів України стосовно запобігання зловживання правом на апеляцію, підготовлений спільно Венеціанською комісією та Генеральним бюро з прав людини та правових питань Ради Європи, прийнятий Венеціанською Комісією на її 84-ій Пленарній сесії (Венеція, 15-16 жовтня 2010), CDL-AD(2010)029, пункт 43

¹¹ Додаток №21722/11, Рішення (по суті) від 9 січня 2013, пункти 163, 181 та 185

¹² Див. Висновок щодо Можливих конституційних та законодавчих вдосконалень для забезпечення безперервного функціонування Конституційного суду України CDL-AD(2006)016, прийнятий Венеціанською комісією на 67-ій сесії (Венеція, 9-10 червня 2006 року), пункт 13

поточних трьох років. Ці положення представляються розумними. Також в Конституції буде передбачено, що відбір кандидатів у судді здійснюватиметься на конкурсній основі. Це є бажаним положенням. Однак, не ясно, який досвід є необхідним.

27. Відбір кандидатів на посаду судді здійснюється на конкурсній основі, і це слід вітати як таке, що відповідає передовому досвіду міжнародних та європейських правових стандартів правосуддя.

Ф. Орган, що призначає – стаття 128

28. Інше питання стосується органу, що уповноважений призначати суддів. Венеціанська комісія підкреслила, що *«призначення суддів звичайних (неконституційних) судів не є відповідним об'єктом для голосування Парламентом, тому що небезпека, що політичні міркування превалюватимуть над чеснотами кандидата, не може бути виключена. Загально визнано, що для того, щоб уникнути участі Парламенту у процесі призначення суддів, було б необхідно змінити статтю 128 Конституції¹³»*.

29. Ця пропозиція також була прийнята до уваги, і таким чином, в результаті поправок пропонуються нові редакції статті 106 та статті 128, в яких йдеться про те, що *«призначення на посаду судді здійснюється на необмежений термін Президентом України на підставі та відповідно до пропозиції Вищої ради юстиції»*. Право на призначення поділяють Президент (на 5 років) та Парламент (на необмежений період часу) відповідно до чинної Конституції. У світлі нової пропозиції – замість Парламенту – рішення буде прийматися Президентом, який призначатиме суддів на підставі пропозиції Вищої ради юстиції на постійний період часу. З цим положенням, роль Президента носитиме церемоніальний характер, що буде вітатися.

30. Крім того, судді можуть бути переведені на іншу посаду з його / її згоди, якщо не станеться реорганізація (і т.д.) судів (див. статтю 85 вище), рішення про яку приймається Парламентом (тобто не внутрішня реорганізація в суді). Це виключення має бути встановлено в цьому положенні.

Г. Розподіл справ – Стаття 129

31. Стаття 129 додасть до основних принципів судочинства принцип автоматичного розподілу справ. Висновок Венеціанської комісії з цього питання викладений в її доповіді про незалежність судової системи Частина I: незалежність суддів, виглядає наступним чином:

«80. З метою підвищення об'єктивності та незалежності судової влади, рекомендується, щоб порядок, в якому судді розглядатимуть справи визначався на підставі загальних критеріїв. Це може бути зроблено, наприклад, на підставі алфавітного порядку, комп'ютеризованої системи або об'єктивного критерію, такого,

¹³ Див. висновок щодо проекту Закону про судову владу та проекту Закону про статус суддів в Україні, прийнятий Венеціанською комісією на 70-ій Пленарній сесії (м. Венеція, 16-17 березня 2007 року), CDL-AD(2007)003, абзац 29.

як наприклад, категорії справ. Загальні правила (у тому числі виключення) повинні бути визначені законом або спеціальними нормативними актами на основі закону, наприклад, судові правила, встановлюються Президією або Президентом. Не завжди можливо встановити повністю всеосяжну теоретичну систему, яка б діяла у всіх випадках, не залишаючи місця для рішень стосовно розподілу в окремих випадках. Можуть бути обставини, що вимагатимуть необхідності враховувати навантаження чи спеціалізацію суддів. Особливо складні юридичні питання можуть вимагати участі суддів, які є експертами в цій галузі. Крім того, є розумним розміщення новопризначених суддів в колегії з більш досвідченими членами протягом певного періоду часу. Більш того, є виваженим, коли суд повинен надавати принципову постанову по складній або гучній справі, яку вестиме старший суддя. Критерій щодо прийняття таких рішень Президентом або Президентом суду повинен, однак, бути визначений заздалегідь. В ідеалі, такий розподіл має стати предметом перегляду.

81. Підводячи підсумок, Венеціанська комісія наполегливо рекомендує, щоб розподіл справ окремим суддям базувався на максимально об'єктивному та прозорому критерії, встановленому заздалегідь законом або спеціальними нормативними актами на основі закону, наприклад, в судових правилах. Винятки повинні бути вмотивовані¹⁴.

32. Автоматизований розподіл справ відповідно до статті 129 відповідає рекомендаціям Венеціанської комісії. Це є дуже довгоочікувана зміна.

Н. Вища Рада Юстиції – Стаття 131

33. Існує значна кількість змін до статті 131, що стосуються Вищої ради юстиції. Перша з них передбачає, що призначення на адміністративні посади, здійснюється Вищою радою юстиції за пропозицією відповідної ради суддів, «за винятком Верховного Суду України». Це означає, що призначення на посади суддів Верховного суду, не передбачені цим положенням.

34. У доповіді про незалежність судової системи Частина I: незалежність суддів, Венеціанська комісія заявила: «зважаючи на різноманіття правових культур в Європі, яке є дорогоцінним і має бути захищене, немає жодної єдиної моделі, яка б застосовувалася до всіх країн¹⁵.»

35. Що стосується створення ради юстиції, Венеціанська комісія, поважаючи різноманіття правових систем, рекомендує, що рада повинна мати плюралістичний склад із значною частиною, якщо не більшістю, членів, які є суддями. Рекомендація CM/Rec(2010)12 Комітету Міністрів Ради Європи закликає, принаймні половину членів у судді¹⁶. За винятком членів за посадою, ці судді мають обиратися або призначатися їхніми рівнями.

¹⁴ Див. Доповідь щодо незалежності судової системи Частина I: незалежність суддів, CDL-AD(2010)004, абзаци 80-81.

¹⁵ Там само, абзац 32.

¹⁶ Рекомендація CM/Rec(2010)12 Комітету Міністрів держав-членів щодо суддів: незалежність, ефективність та відповідальність (прийнята Комітетом Міністрів 17 листопада 2010 року на 1098-ій зустрічі заступників Міністрів), абзац 27.

36. Беручи це до уваги, в багатьох висновках Венеціанської комісії було відзначено, що Конституція України має бути змінена з огляду на склад Вищої ради юстиції. Метод формування Вищої ради юстиції піддавався критиці з боку Європейського суду з прав людини у зв'язку з нещодавною справою *Олександр Волков проти України*¹⁷.

37. Стаття 131, тому, пропонує зовсім новий склад Вищої ради юстиції. На даний час тільки три члени з 20 обираються суддями і, крім того, голова Верховного суду є її членом. Нова пропозиція для суддів обирати 12 членів, забезпечуючи представництво з різних рівнів та спеціалізацій судів. Адвокати та вчені-юристи, повинні призначити двох членів кожен. Інші чотири є членами за посадою, голови Конституційного суду і Верховного суду, голова ради суддів та Генеральний прокурор. У порівнянні з нинішнім складом цей кращий. Однак для того, щоб гарантувати незалежність ВРЮ, органи, які обирають або призначають її членів повинні самі бути організовані належним чином. Стосовно компоненту суддів потрібно забезпечити, щоб судді всіх рівнів мали однакову вагу у виборах. Судді вищих судів не повинні мати більш сильну позицію на виборах. Що стосується адвокатури, до Закону про адвокатуру потрібно внести зміни з метою забезпечення демократичних виборів представників адвокатури до ВРЮ.¹⁸ Те ж саме стосується З'їзду представників юридичних наукових кіл.

38. Це, здається, є поліпшенням поточного складу. Однак, пояснювальна записка до поправок, встановлює, що:

«Всеукраїнська конференція членів Генеральної прокуратури відповідно до запропонованих змін до статті 131 Конституції України втрачає статус суб'єкта, який має право призначати своїх представників до Вищої ради юстиції. Тільки Генеральний прокурор України є постійним членом Вищої ради юстиції. Причиною збереження ним статусу члена Вищої ради юстиції полягає у тому, що Вища рада юстиції продовжує здійснювати свої повноваження з прийняття рішень щодо порушення вимог щодо несумісності прокурорами, а також права розглядати скарги на рішення про дисциплінарні санкції проти прокурорів. З урахуванням цих аспектів представляється необхідним забезпечити хоча б мінімальне представництво членів Генеральної прокуратури».

39. Присутність Генерального прокурора у Вищій раді юстиції може бути проблематичною¹⁹, коли вирішуються питання стосовно кар'єри суддів та, зокрема, їх дисципліни. З іншого боку, Вища рада юстиції також є компетентною мати справу з кар'єрою та дисципліною прокурорів. Слід розглянути можливість надання Генеральному прокурору тільки одного голосу щодо питань, що стосуються прокурорів. Крім того, дві окремі кімнати могли б виокремлені у Вищій раді юстиції, перша для суддів, друга для прокурорів з питань, що стосуються кар'єри і дисципліни відповідних професій.

¹⁷ Заява №21722/11, рішення суду від 9 січня 2013 року, абзац 109-117.

¹⁸ Див також CDL-AD(2011)039, Спільний висновок до проекту Закону про адвокатуру та практичного застосування закону Венеціанської Комісії та Директорату юстиції та людської гідності Генерального директорату прав людини та верховенства права Ради Європи, прийнятий Венеціанською Комісією на її 88 пленарній сесії (Венеція, 14-15 жовтня 2011), пункт 103.

¹⁹ Там само, абзац 113.

40. Насамкінець, у частині третій статті 126, поправки стосуються суддівської кваліфікаційної комісії. Венеціанська комісія залишається на тій позиції, що немає необхідності в існуванні двох окремих органів.²⁰ Однак, якщо Вища кваліфікаційна комісія та Вища рада юстиції продовжать існувати, вони повинні бути незалежними та здійснювати свою діяльність прозоро.

I. Прикінцеві та перехідні положення

41. Ці положення були розроблені для забезпечення чіткого виконання змінених статей в рамках діючої Конституції та конституційного законодавства. Вони також передбачають вирішити всі сутички в результаті тимчасового набрання чинності нових положень щодо всіх розглянутих справ, очікуючи свого вирішення або процедур, які повинні бути завершені, умови офісу, дисциплінарні процедури, виконання обов'язків, діючих і новостворених з поправками.

42. Тим не менш, Венеціанська Комісія рекомендує, щоб українська влада переглянула припинення повноважень діючих членів Вищої ради юстиції і дозволити їм завершити свій мандат. У цьому відношенні перехідні заходи, які приведуть діючу Вищу раду юстиції ближче до її майбутнього складу, можуть бути розглянуті.

V. Зміни до Конституції України запропоновані Конституційною Асамблеєю

43. Крім того, Венеціанську Комісію було запитано щодо її думки стосовно ряду пропозицій Конституційної Асамблеї. Вони викладені у листі Голови Асамблеї до Венеціанської Комісії. Однак, видається на те, що не всі пропозиції робочих груп Конституційної Асамблеї були враховані в цьому листі. Доповнюючи текст глави про судову систему, ряд цих пропозицій зробить поправки більш цінними, і прикро, що вони не були включені в текст Поправок.

44. Існує пропозиція включити принципи, що впливають з Європейської Конвенції з прав людини, до Конституції, такі як права людини на справедливий і публічний розгляд його / її справи в розумний строк незалежним і безстороннім судом, встановленим за законом, а також право на апеляцію. Це було б корисне виразне доповнення до статті 55 Конституції.

45. Відповідно до іншої рекомендації в Конституції повинні бути викладені повноваження Верховного суду і, зокрема ті, які забезпечують його функцію, щоб гарантувати однакове застосування закону. У світлі попереднього зниження юрисдикції Верховного суду, яка лише частково була ослаблена, таке становище здавалося б дуже бажаним. Конституційна реформа та проблеми, пов'язані з відносинами між вищими спеціалізованими судами та Верховним судом, також повинні бути нагодою розглянути питання чи дійсно Україні необхідні чотири рівня юрисдикції або ж три рівні може бути достатньо. Очевидно, що це потребуватиме внесення подальших поправок до статті 125 Конституції.

²⁰ Див. висновок щодо проекту Закону про судову владу та проект Закону про статус суддів в Україні, CDL-AD(2007)003, абзац 23.

46. Згідно однієї рекомендації, Верховний суд повинен мати право ініціювати законодавство. Однак це б перетягнуло суд до політичної сфери, тому що доведеться захищати свої пропозиції на політичній арені.

47. Існує рекомендація про введення (внесення на розгляд) обраних мирових суддів. Поки не ясно, що мається на увазі. Введення такої системи є дуже небезпечним. Судді повинні проводити виборчі кампанії або - що ще гірше - політичні партії робили б це для них. Це поставило б під загрозу неупередженість суддів, які в подальшому можуть відчувати себе зобов'язаними бути "вдячними" політичній партії, яка підтримувала їх обрання. Така система не повинна бути введена в Україні, в умовах, коли незалежність судової влади має важливе значення в боротьбі з корупцією.

48. Інша пропозиція полягала у тому, що закони, що передбачають створення, ліквідацію та реорганізацію судів повинні бути представлені Президентом тільки за заявою Вищої ради юстиції та погоджені з Прем'єр-міністром. У той час як Вища рада юстиції безумовно повинна проводити консультації щодо будь-якої пропозиції, це не було б доцільним дати їм те, що фактично має бути вето. Судді можуть бути надмірно обережними, коли мова йде про реформу закону або таких питань, як реорганізація судів.

49. Існує пропозиція, що рішення про затримання або арешт у справі суддів Конституційного Суду повинно бути компетенцією Парламенту. Це, звичайно, не бажано, так як буде представляти собою продовження політизації судового імунітету і ставить під загрозу незалежність судової влади. В усіх випадках судовий імунітет повинен бути приведений тільки до функціонального імунітету.²¹ Імунітет звичайних суддів повинен бути знятий ВРЮ. Імунітет суддів Конституційного Суду повинен бути знятий на пленарному засіданні Суду, без участі відповідного судді. В обох випадках, за винятком якщо існують явні ознаки неправдивого обвинувачення, висунутого проти судді, імунітет повинен бути знятий відповідно Вищою радою юстиції та Конституційним Судом.²² Рішення у кримінальній справі повинно виноситися незалежним судом, зокрема, у справах про корупцію²³.

50. Існує рекомендація про те, що *"суди не можуть винести рішення, які надають повноваження іншим органам чи посадовим особам, за винятком випадків, встановлених законом"*. Поки не ясно, що саме мається на увазі, або чому зроблена така рекомендація. Це може означати, що суди повинні залишатися осторонь від рішень, які є в компетенції виконавчої або законодавчої влади. Однак така пропозиція не буде мати ніякого ефекту. Суди приймають рішення відповідно до закону. У судових рішеннях вони не беруть на себе «компетенцію» інших державних органів, але вони зобов'язані за законом врегульовувати спори між сторонами, в тому числі між органами державної влади.

51. Існує також посилання на позасудове врегулювання суперечок органами арбітражу. Поки не зрозуміло, чому положення, що стосуються цих питань, повинні бути виконані на конституційному рівні.

²¹ Див. Звіт щодо незалежності судової системи Частина I: незалежність суддів, CDL-AD(2010)004, пункт 61.

²² Див. пояснення *Amicus curiae* щодо імунітету суддів Конституційного Суду Молдови, CDL-AD(2013)008, пункт 23

²³ *Ibid.*, див. пункт 21. Комісія звертає увагу на думку, висловлену Адміністрацією Президента, що, з огляду на слабкість судової системи України, зменшення судового імунітету до функціонального є передчасним.

52. Є деякі пропозиції, що стосуються звільнення суддів. Критика, що "порушення присяги" потенційно дуже широке поняття, і було б краще, якщо б це було більш конкретно визначено (див. пункт В, вище). Є формулювання, запропоноване як *"вчинення правопорушень, несумісних з подальшим виконанням обов'язків судді"* - якщо формулювання буде використовуватися, то кожен із злочинів, має бути чітко визначений в законі.

53. Існує пропозиція, що звільнення за відмову дати згоду на передачу до іншого суду повинно застосовуватися тільки там, де передача до іншого суду спеціалізується в тому ж тілі закону на тому ж рівні. Існує деяка заслуга в цій пропозиції, хоча можна припустити, що мають бути законні причини чому таку передачу не може бути зроблено, наприклад, оскільки з плином часу буде необхідно менше комерційних судів. Існує також пропозиція про те, що суддя обвинувачений у вчиненні злочину, повинен припинити свою роботу на посаді. Здається, що було б доцільно його / її відсторонення від сидіння в очікуванні суду, за умови, принаймні порушення першої справи щодо судді. Однак, швидше за все тут існує проблема в перекладі (див. CDL-REF(2013)020).

54. Існує пропозиція, що судові просування повинні бути на конкурсній основі. Це хороша рекомендація.

55. Існує пропозиція змінити повноваження і склад Вищої ради юстиції. Згідно з цією пропозицією, повноваження Вищої ради юстиції може включати в себе функцію відбору кандидатів, на заміну Вищої кваліфікаційної комісії. Венеціанська комісія рекомендує замість введення цієї зміни, приєднати Вищу кваліфікаційну комісію до Вищої ради юстиції (див. вище).

56. Що стосується пропозиції про те, що Конституція повинна передбачати, що члени Вищої ради юстиції повинні працювати повний робочий день, як цього вимагає рішення Волкова: не зрозуміло, чому це повинно регулюватися на конституційному рівні. У світлі рішення Волкова, існує явна потреба в штатних членах. Однак таку рекомендацію можна регулювати на рівні існуючого законодавства.

57. Також було деталізовано пропозиції що стосувалися складу Вищої Ради Юстиції. Встановлено межі обговорення, яка кількість та точний склад повинні бути. Є випадок на наявність членів за посадою, які звичайно не можуть бути штатними членами ВРЮ. Видається на те, що справа Волкова не виключає членів за посадою. Вони могли б бути членами ВРЮ без права голосу.²⁴

VI. Висновки

58. В цілому, проект поправок відповідає багатьом рекомендаціям наданих у попередніх висновках Венеціанської Комісії, які були надані на прохання української влади за останні кілька років.

²⁴ Стосовно попередньої пропозиції виключити членів за посадою з ВРЮ, див. CDL-AD(2008)015, Висновок щодо проекту Конституції України (підготований робочою групою під головуванням пана В.М. Шаповала), прийнятий Венеціанською Комісією на її 75 пленарній сесії (Венеція, 13-14 червня 2008 р.), пункт 76.

59. В кількох своїх позиціях про судову систему України, Венеціанська Комісія заявила, що конституційні положення про судову владу повинні бути змінені для того, щоб привести їх у відповідність з європейськими стандартами. Запропонована поправка відповідає основній критиці Венеціанської Комісії і тому вітається. Це особливо стосується:

- заснування та створення судів а також визначення структури судів через закон;
- делегування повноважень призначення та звільнення суддів до президента, який зобов'язаний за клопотанням Вищої Ради Юстиції (за винятком Конституційного Суду до якого застосовуються особливі правила які мають пріоритетне значення).
- скасування випробувального строку для суддів, які призначаються вперше,
- впровадження процедури відкритого конкурсу з підбору кандидатів;
- автоматичний розподіл справ між судьями в якості нового принципу при винесенні рішення;
- новий склад Вищої Ради Юстиції, яка повинна складатися з більшості членів судової системи і включати в себе навіть адвокатів і представників юридичної освіти.

60. Є, однак, кілька невирішених питань, а саме:

В Поправках:

Стаття 126

1. Якщо Вища кваліфікаційна комісія та ВРЮ продовжуватимуть існувати, вони повинні бути незалежними та здійснювати свою діяльність прозоро;
2. стосовно арешту або затримання судді – є необхідність в критерії на основі яких згода Вищої Ради юстиції буде задоволена або відхилена.
3. судді повинні мати лише функціональний імунітет.
4. звільнення за порушення присяги повинно бути замінене на звільнення за конкретні злочини;

Стаття 128

1. Слід уточнити, що суддя тільки може бути передана проти його\її волі якщо відбувається перебудова і т.д. (див. статтю 85) судів створених парламентом – не просто внутрішня реорганізація суду.

2. Генеральний прокурор не повинен мати права голосу з питань що стосуються кар'єри чи дисципліни суддів. Крім того, Вища рада юстиції повинна мати дві камери, одну для суддів і одну для прокурорів.

Прикінцеві та перехідні положення

61. Венеціанська комісія рекомендує припинення повноважень чинної ВРЮ шляхом перегляду таким чином, щоб її члени могли завершити свій мандат. Перехідні заходи можуть призвести до того що чинна ВРЮ наблизиться до свого майбутнього складу.

У змінах до Конституції запропонованої Конституційно. Асамблеєю:

62. Це прикро, що такі зміни не були включені до поправок, так як вони б збагатили текст:

- Принципи що впливають з Європейської конвенції з прав людини в Конституції, такі як права людини на справедливий і публічний розгляд його/її справи в розумний строк незалежним і безстороннім судом склалось через право так як право на оскарження в апеляційному порядку.
- Повноваження Верховного суду і зокрема ті які забезпечують його функцію забезпечення однакового застосування закону;
- Зміни до формулювання по відношенню до «порушення присяги» до «вчинення правопорушення, несумісні з подальшим виконанням обов'язків судді» - якщо це вітальне формулювання, котре буде використовуватись, тоді кожне з правопорушень у питанні повинно було б бути чітко визначеним у законі;
- Судові просування повинні бути на конкурсній основі.

63. Конституційна реформа також може бути випадком, щоб розглянути питання чи Україні потребує чотири рівні юрисдикції (стаття 125 Конституції), чи три рівня може бути достатньо.

64. Венеціанська Комісія також хотіла б ще раз підкреслити необхідність процесу розробки на широкій основі а також обговорення головної конституційної реформи, а також затвердження таких реформ, у відповідність з чинними положення Конституції.

65. Венеціанська Комісія готова до подальшого надання допомоги українській владі, якщо вони звертатимуться з проханням про таку допомогу.