

**І. Бойко,**

кандидат політичних наук, доцент,
доцент кафедри морського права
Національного університету «Одеська морська академія»

**КОНСУЛЬТАТИВНА ЮРИСДИКЦІЯ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**

Як відомо, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, яка підписана в 1950 р. і набула чинності в 1953 р., не містила повноважень консультативного характеру [1]. Держави – учасниці Конвенції прийняли Протокол № 2 до Конвенції, в якому була закріплена консультативна компетенція Суду. Протокол № 2 був відкритий для підписання 6 травня 1963 р. та став невід’ємною частиною Конвенції з набранням чинності 21 вересня 1970 р. до 1 листопада 1998 р. – дати набрання чинності Протоколу № 11, положення якого замінили текст Протоколу № 2. Відповідно до ст. 1 Протоколу № 11, положення розділів II–IV Конвенції (ст. ст. 19–56) та Протоколу № 2 були замінені Розділом II Конвенції (ст. ст. 19–51). При цьому необхідність розширення консультативних повноважень ЄСПЛ була на «порядку денному у зв’язку з можливими процесуальними та інституціональними реформами» [2, с. 659], складовою частиною яких є прийняття та набрання чинності Протоколу № 16 до Конвенції.

Науковці розглядають сутність консультативної юрисдикції ЄСПЛ, досліджують проблему юридичної сили консультативних висновків. У цьому напрямі особливо визначними є праці Н.М. Ахтирської [3], Е. Бейтса [4], Л. Вилдхабера [2; 5], С. Гріра [2], Ф. де Лондраса [6], К. Дзехцяро [7], М. Дикосоли [8], О.О. Зеніна [9], М.Л. Ентіна [5], П. Махоні [5], Н. О’Мери [7], І. Спінью [8], К. Фасоні [8].

Метою статті є аналіз консультативної діяльності ЄСПЛ, яка регулюється ст. ст. 47–49 Конвенції, правилами 82–90 Регламенту Суду та Протоколом № 16 до Конвенції, правилами 91–95 Регламенту Суду.

Велика Палата ЄСПЛ 2 червня 2004 р., у складі якої був суддя від України Володимир Григорович Буткевич, прийняла рішення щодо відмови у наданні консультативного висновку, оскільки була встановлена обмеженість консультативної юрисдикції Суду [10]. Запит щодо надання висновку стосувався співіснування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Співдружності Незалежних Держав та Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Оскільки в травні 2001 р. Парламентська Асамблея Ради Європи прийняла Резолюцію № 1249 (2001), в якій зазначено, що «Конвенція СНД закріплює менший рівень захисту порівняно з Європейською конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод», а також Асамблеєю була створена Рекомендація № 1519 (2001), в якій відзначено слабкість Комісії СНД як правозахисного інституту, саме ці документи стали основою запиту Комітету Міністрів Ради Європи до ЄСПЛ про винесення консультативного висновку щодо тлумачення підпункту «b» пункту 2 ст. 35 ЄКПЛ. Розглядаючи питання, чи має Суд консультативну юрисдикцію щодо цього запиту, Суд установив, «що запит про надання консультативного висновку має від-



ношення до юридичного питання, яке стосується тлумачення положень Конвенції» [10, para. 24]. Далі Суд зазначив, що «проблема визначення факту, чи є питання індивідуальної скарги предметом іншої процедури міжнародного врегулювання, вже прецедентно вирішена» [10, para. 29] Суд посилається на низку рішень [11], зокрема зазначаючи, що інша процедура, предметом розгляду якої було одне й саме питання, дійсно є «іншою процедурою міжнародного розгляду та врегулювання». Більше того, прецедентна практика ЄСПЛ дає змогу вважати поняття «інша процедура», яке відноситься до «судового та квазісудового розгляду, подібно до того, як передбачено Конвенцією», а поняття «міжнародний розгляд або врегулювання» відноситься до інститутів та процедур, створених державами, та не відноситься до неурядових організацій [10, para. 30]. Суд посилається на рішення Європейської Комісії у справі «Варнава та інші проти Туреччини» від 14 квітня 1998 р. (скарги №№ 16064-66/90, 16068-73/90); рішення Суду у справі «Смирнова проти Росії» від 3 жовтня 2002 р. (скарги №№ 46133/99, 48183/99); рішення Суду у справі «Хартман проти Чеської Республіки» від 17 грудня 2002 р. (скарга № 53341/99). Суд упевнений, що в межах розгляду, ініційованого відповідно до ст. 34 Конвенції, може виникнути необхідність вивчення питання про те, чи було подібне питання предметом іншої процедури міжнародного розгляду або врегулювання, та що «розгляд цього питання включає визначення факту, чи є характер наглядового органу, процедура, якою він керується, та наслідки прийняття їм рішень такими, що юрисдикція ЄСПЛ виключається згідно зі ст. 35 (п. 2b) Конвенції» [10, para. 31]. Отже, Суд вважає, що не можна виключити того, що питання чи процедура, яка є чинною в Комісії СНД, розглядатися як «інша процедура міжнародного розгляду або врегулювання» відповідно до підпункту

«b» пункту 2 ст. 35 Конвенції, а також, можливо, буде потрібно у майбутньому розглядати звернення, поданого згідно зі ст. 34 Конвенції. Також, *inter alia*, потрібно буде проаналізувати незалежність та неупередженість Комісії СНД, характеру, проведеного їм розгляду та наслідків прийнятих рішень [10, para. 32]. Отже, ЄСПЛ зробив висновок, що запит про надання консультативного висновку відноситься до питання, яке в майбутньому, можливо, виникне під час розгляду якого-небудь звернення відповідно до Європейської конвенції, а тому Суд не має компетенції щодо надання консультативного висновку із цього питання [10, para. 35].

Ініціатором другого запиту, який був наданий Комітетом Міністрів до Суду щодо надання консультативного висновку, також була Парламентська Асамблея Ради Європи, оскільки Мальта не змогла виконати правило Асамблеї про включення кандидата-жінки у список кандидатів на посаду судді від Мальти. Суддя від Мальти був обраний у січні 1998 р. із шестирічним мандатом. Влада Мальти двічі надавала список, який складався виключно з кандидатів-чоловіків, однак вибори не проводилися, тому що не відповідали правилам Асамблеї. Причому навіть Комітет із правових питань та прав людини Парламентської Асамблеї пропонував змінити її правила, однак Асамблея зайняла принципово іншу позицію. Зокрема, окрім моральних та професійних вимог щодо кандидатів, які закріплені ст. 21 (п. 1) Конвенції, Асамблея рекомендувала Комітету Міністрів запропонувати урядам держав – членів Ради Європи враховувати ще шість критеріїв щодо кандидатів на посаду судді від певної країни (список кандидатів має бути опублікований у спеціалізованому органі засобів масової інформації; кандидати повинні мати досвід у галузі захисту прав людини; у списку мають бути кандидати як чоловічої, так і жіночої статі; кандидати повинні вільно спілкуватися однією з офіцій-



них мов судочинства ЄСПЛ; прізвища кандидатів мають бути вказані в алфавітному порядку; за можливості до списку не вносяться кандидати, вибори яких можуть призвести до необхідності назначати суддів *ad hoc*) [12, пара. 10]. Причому якщо немає достойних кандидатів серед жінок – громадянок держави, Конвенція дає змогу запропонувати кандидатку-іноземку. Тому Велика Британія та Італія, які протягом століть впливали на правові традиції Мальти, могли би висунути кандидаток, або можна було запропонувати відомим у світі правозахисницям (наприклад, Мері Робінсон, Асма Яхангір, Ширін Ебаді). Отже, Асамблея зазначала, що принцип гендерної рівності має реалізовуватися, тому Комітет міністрів звернувся до ЄСПЛ із запитом щодо надання висновку з двох питань: 1) чи може список кандидатів на посаду судді ЄСПЛ, які відповідають вимогам, закріпленим у ст. 21 Конвенції, бути відхилений, якщо ознаки статевої приналежності не враховуються; 2) чи порушують резолюція № 1366 (2004), резолюція № 1426 (2005) зобов'язання Парламентської Асамблеї Ради Європи відповідно до ст. 22 Конвенції розглядати список кандидатів або ім'я кандидата у такому списку на основі вимог, закріплених у ст. 21 Конвенції [12, пара. 7].

ЄСПЛ провів аналіз положень, які регулюють формування складу Міжнародного суду ООН, Міжнародного трибуналу з морського права, Міжнародного кримінального суду, Міжнародного трибуналу щодо Руанди, Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії, суду Європейських співтовариств, Міжамериканського суду з прав людини та Африканського суду з прав людини та народів, та зазначив, що проведений аналіз показав загальну тенденцію використання географічного та правового критеріїв під час формування суддівського складу, при цьому критерій представництва за гендерною ознакою має місце. Зокрема, Міжнародний кримінальний суд та Афри-

канський суд із прав людини та народів передбачають правила, які мають забезпечувати виконання принципу гендерної рівності під час формування їхнього складу [12, пара. 34].

Отже, у консультативному висновку від 12 лютого 2008 р. Суд установив, що, відповідно до ст. 47 Конвенції, він має консультативну юрисдикцію щодо сутності запиту, тобто він може надавати консультативні висновки з юридичних питань, які стосуються тлумачення положень Конвенції та протоколів до неї. Списки кандидатів у судді від держави – учасниці Конвенції мають складатися з урахуванням перелічених вимог, включаючи реалізацію принципу гендерної рівності [12].

22 січня 2010 р. ЄСПЛ надав другий в історії своєї діяльності консультативний висновок, який за запитом Комітету Міністрів Ради Європи стосувався також проблеми обрання суддів від країни-учасниці. Цей запит стосувався питань, які були наслідком процедури обрання кандидатів на посаду судді ЄСПЛ від України. Зокрема, Парламентська Асамблея просила Комітет Міністрів надати запит до ЄСПЛ щодо встановлення істини відносно спору між Асамблеєю та Україною, яка в 2007 р. провела відбір кандидатів на посаду судді ЄСПЛ, за результатами якого було обрано Ганну Юдківську, Василя Мармазова та Сергія Головатого. Але, відповідно до Указу Президента України від 14 вересня 2007 р., список був відкликаний [13]. Окрім того, у цей самий час Василь Мармазов відкликав свою кандидатуру, посилаючись на особисті обставини [14, пара. 9]. Але нова конкурсна комісія в Україні обрала кандидатами на посаду судді ЄСПЛ Василя Мармазова, Ганну Юдківську та Станіслава Шевчука. Новий список був наданий у ПАРЕ, але вона не визнала цього списку та вимагала доповнити попередній список зі змінами щодо відкликаного за власним бажанням кандидата [14, пара. 14]. Тому 15 червня 2009 р. Комітет Міністрів РЄ звернувся до Суду із запитом щодо роз'яснення



питань: 1 (а) Чи може список із трьох кандидатів, номінованих державою для обрання в як судді ЄСПЛ від цієї держави, який уже був наданий у Парламентську Асамблею, бути відкликаний та замінений на новий список з трьох кандидатів? Якщо так, чи існує певний строк для такої заміни? (б) Чи можуть відкликані кандидати вважатися номінованими державою в сенсі ст. 22 Конвенції? (с) Чи зобов'язана Парламентська Асамблея розглядати новий список кандидатів, наданий державою замість відкликаної списку? 2. (а) Якщо один або більше кандидатів зі списку, наданого в Асамблею державою, відкликає свою кандидатуру перед голосуванням Асамблеєю за список, чи зобов'язана держава представити додаткового кандидата або кандидатів у доповнення списку або держава має право надати новий список? (б) Чи суперечать умови, які сформульовані у пп. 1, 2 Додатків до резолюції 1432 (2005) Парламентської Асамблеї РЄ, обов'язку Асамблеї відповідно до ст. 22 Конвенції розглянути список або кандидата із цього списку? [14, пара. 16–18]

Суд вирішив, що питання 1 (а,б,с), 2 (а) носять правовий характер, отже, Суд має консультативну юрисдикцію щодо них згідно зі ст. 47 Конвенції. Розглядаючи питання щодо юрисдикції, Суд посилався на власний висновок від 12 лютого 2008 р., зокрема на параграфи 36, 37, 40 [14, пара. 29–31]. Однак питання 2 (б) виходить за межі консультативної юрисдикції Суду. ЄСПЛ установив, що держава може відкликати списки кандидатів на посаду судді Суду [14, пара. 32]. Але можливість відкликати кандидатів заважає нормальному ходу та своєчасності проведення процедури виборів, які проводить Парламентська Асамблея [14, пара. 48]. Суд вважає, що держави – учасниці Конвенції можуть відкликати та змінювати список кандидатів на посаду судді ЄСПЛ, але тільки за умови, що вони це зробили до строку, встановленого для подання списку кандидатів

в Асамблею (питання 1(а)). Після цієї дати держави більше не можуть відкликати свої списки [14, пара. 42]. Якщо відклик надходить до строку, то кандидати зі списку, який відкликаний державою, не можуть більше вважатися номінованими кандидатами (питання 1 (б) [14, пара. 50]; кандидати нового списку мають розглядатися Парламентською Асамблеєю (питання 1 (с)) [14, пара. 50]; держава може або замінити будь-якого кандидата, або надати новий список кандидатів (питання 2(а)), однак якщо відклик буде після цієї дати, то держава повинна обмежитися тільки заміною вибулого кандидата (питання 2(а)) [14, пара. 47, 51, 57].

Протоколом № 16 до Конвенції закріплюється новий механізм надання консультативних висновків на запити вищих національних судів держав-учасниць щодо конкретних справ, які розглядаються на національному рівні. Певної мірою такий механізм можна порівняти з преюдиціальними запитами вищих національних судів до Суду справедливості ЄС. У жовтні 2017 р. Україна стала однією з десяти держав-учасниць, які ратифікували Протокол № 16 до Конвенції й таким чином зумовили набрання чинності [15]. Листом Міністерства закордонних справ України від 07.08.2018 № 72/14-612/1-2117 подана інформація щодо набрання чинності міжнародним договором України: «Протокол № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод був підписаний 20.06.2014, ратифікований 05.10.2017, набрав чинності 01.08.2018» [16]. Основним нововведенням, запровадженим Протоколом № 16, стало надання можливості вищим судовим установам держав – учасниць Конвенції звертатися до ЄСПЛ за консультативними висновками щодо принципів питань, які стосуються тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією або протоколами до неї. При цьому «вищий суд» кожна договірна держава повинна визначити самостійно, задекларувавши відповідне



застереження, а також має право змінити його в будь-який момент. Відповідно до ст. 10 Протоколу № 16, Україна заявляє, що найвищим судом, визначеним для цілей пункту 1 статті 1 цього Протоколу, є Верховний Суд України [17]. Зазначений інструмент звернення за консультативним висновком до ЄСПЛ є виключно факультативним, тобто вищий суд таке право реалізує за власною волею та в будь-який момент це право може бути зупинене шляхом направлення заяви про відкликання звернення за консультативним висновком.

Керівні принципи щодо впровадження процедури надання консультативного висновку, встановленої Протоколом № 16, які були затверджені 18 вересня 2017 р., відповідно до Конвенції та правил Регламенту Суду, пояснюють, що призначений суд або судова установа застосовують Конвенцію та прецедентне право Суду до спору, який вони розглядають з урахуванням доказів сторін із цього питання. Можливо, що відповідний суд або судова установа дійдуть висновку, що справа, на їхню думку, порушує нове питання права Конвенції, або факти справи не підпадають під пряме застосування прецедентного права Суду, або що існує непослідовність у прецедентному праві. За таких обставин відповідний суд або судова установа може скористатися можливістю подати запит щодо надання консультативного висновку [18].

Станом на 25 травня 2020 р. ЄСПЛ надав лише один консультативний висновок на запит Касаційного суду Франції. Оскільки у Франції існує принцип недоступності людського тіла, згідно з яким людина не може ставати об'єктом договору або контракту, наприклад коли батьки укладають угоду із сурогатною матір'ю, дитина потрапляє в ситуацію, яка є аналогічною ситуації з торгівлі людьми. Тому у Франції існує заборона на сурогатне материнство, а французи змушені звертатися по допомогу до інших країн, але жінка, що

не народжувала, не визнається матір'ю дитини. Такий статус жінка може отримати лише через процедуру усиновлення. Касаційний суд Франції надав запит № P16-2018-001, в якому було поставлено два блоки запитань: 1) за відмови у внесенні в реєстр народжень, шлюбів і смертей докладної інформації свідцтва про народження дитини, яка народилася за кордоном унаслідок домовленостей про гестаційне сурогатне материнство, оскільки у свідцтві позначається «передбачувана мати» як «законна мати», та за визнання реєстрації, оскільки в сертифікаті позначається «передбачуваний батько», хто є біологічним батьком дитини, чи перевищує держава-учасниця свої межі розсуду відповідно до ст. 8 Конвенції? 2) чи необхідно у зв'язку із цим установлювати відмінність залежно від того, чи була дитина зачата з використанням яйцеклітини «передбачуваної матері»? 3) у разі ствердної відповіді на будь-яке з двох вищезазначених питань чи матиме передбачувана мати можливість усиновити дитину свого чоловіка, біологічного батька, що є засобом установавання правових відносин між матір'ю та дитиною для того, щоб забезпечити дотримання вимог ст. 8 Конвенції? [19, пара. 9]. Проаналізувавши власну практику, зокрема подібні справи проти Франції – «Манесон проти Франції» від 26 червня 2014 р.; «Фулон та Буве проти Франції» від 21 липня 2016 р. [20], Суд зауважив, що право на повагу до приватного життя дитини, народженої за кордоном відповідно до угоди про гестаційне сурогатне материнство, вимагає, щоб національне законодавство передбачало можливість визнання законних відносин «батьки – дитина» між передбачуваною матір'ю, зазначеною як «законна мати» у свідцтві про народження, офіційно виданому за кордоном [19, пара. 27]. Суд вважає, що в такій ситуації, на яку посилається Касаційний суд у його питаннях та як Суд визначив в пункті 36 висновку, право на повагу до приватного життя дитини, народженої за кордоном відпо-



відно до угоди про гестаційне сурогатне материнство, вимагає, щоб національне законодавство передбачало можливість визнання законних відносин «батьки – дитина» між передбачуваною матір'ю, зазначеною як «законна мати» у свідоцтві про народження, офіційно виданому за кордоном [19, пара. 46]. Також Суд вважає, що вибір засобів, за допомогою яких можливо отримати дозвіл на визнання законних відносин між дитиною і передбачуваними батьками, знаходиться у межах розсуду держав [19, пара. 51]. З урахуванням меж розсуду, доступних для держав щодо вибору засобів, альтернатив реєстрації, зокрема усиновлення передбачуваною матір'ю, можуть бути прийнятними, оскільки процедура, встановлена національним законодавством, забезпечує їх швидке й ефективно виконання відповідно до найкращих інтересів дитини [19, пара. 55]. Отже, консультативний висновок було надано 10 квітня 2019 р. з урахуванням вимог найкращих інтересів дитини і звужених меж розсуду Суду, зокрема зазначається, якщо «у ситуації, в якій, як і в контексті, викладеному в питаннях Касаційного суду Франції, дитина народилася за кордоном відповідно до угоди про гестаційне сурогатне материнство і була зачата з використанням статевих клітин передбачуваного батька та стороннього донора і в якій законні відносини «батьки – дитина» між передбачуваним батьком були визнані в національному законодавстві, то: 1) право дитини на повагу до приватного життя у значенні ст. 8 Конвенції передбачає можливість визнання законних відносин «батьки – дитина» між передбачуваною матір'ю, яка зазначається як «законна мати» у свідоцтві про народження, офіційно виданому за кордоном; 2) право дитини на повагу до приватного життя у значенні ст. 8 Конвенції не вимагає, щоб таке визнання прийняло форму внесення в реєстр народжень, шлюбів та смертей відомостей зі свідоцтва про народження, офіційно виданого за кордоном, інший засіб, наприклад усинов-

лення дитини передбачуваною матір'ю, може бути використане за умови, що процедура, передбачена національним законодавством, гарантує, що воно може бути здійснене швидко й ефективно відповідно до найкращих інтересів дитини» [19].

Конституційний суд Вірменії 2 серпня 2019 р. подав до ЄСПЛ запит щодо тлумачення та застосування ст. 300.1 Кримінального кодексу Вірменії, якою передбачено покарання за повалення конституційного ладу. Оскільки Кримінальний кодекс Вірменії набув чинності 24 березня 2009 р., колишній президент Вірменії Роберт Кочарян звинувачується у поваленні конституційного ладу в рамках кримінальної справи про розгін акцій протесту 1 березня 2008 р., його тричі заарештовували протягом 2018–2019 рр., тому запрошується консультативний висновок щодо тлумачення та застосування ст. 7 Конвенції, а саме чи можна визнати винним у вчиненні будь-якого кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення згідно з національним законом або міжнародним правом; чи може бути призначене суворіше покарання, ніж те, що підлягало застосуванню на час учинення кримінального правопорушення [21]. Запит був прийнятий до розгляду 2 жовтня 2019 р. [22].

Таким чином, консультативна юрисдикція ЄСПЛ не перетинається з компетенцією щодо розгляду спорів. Тому перший запит від Комітету Міністрів Ради Європи був відхилений. Суд вирішив, що, оскільки запит стосувався критерію прийнятності звернень, тобто якщо в рамках механізму, встановленого Конвенцією СНД, справа вже прийнята до розгляду, то таке звернення підпадає під обмеження консультативної юрисдикції, передбаченої ст. 47 (2) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Наступні консультативні висновки, надані ЄСПЛ відповідно до ст. 47 Конвенції, стосу-



валися процедури обрання суддів Суду та мають прецедентне значення.

Відповідно до ст. 1 Протоколу № 16 до Конвенції, ЄСПЛ має юрисдикцію надавати консультативні висновки з принципових питань, які стосуються тлумачення або застосування прав і свобод, визначених Конвенцією або протоколами до неї. Метою процедури надання консультативного висновку є подальша взаємодія між Судом та національними судами і судовими установами договірних сторін Конвенції. Просування конструктивного діалогу між Судом та національними судами і судовими установами слугуватиме впровадженню Конвенції на національному рівні відповідно до принципу субсидіарності.

Отже, ЄСПЛ виконує конституційну функцію, у межах якої він установлює стандарти у сфері захисту прав і свобод людини шляхом надання консультативних висновків. Саме ці документи створюються для того, щоб держави-учасниці на національному рівні здійснили якісні зміни судових систем та судочинства, які, своєю чергою, допомагали б захистити права і свободи людини завдяки переходу з *ex post* на *ex ante* у вирішенні низки питань щодо тлумачення положень Конвенції на рівні держави.

У статті проаналізовано консультативну юрисдикцію Європейського суду з прав людини. Науково-професійне тлумачення норм Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ст. ст. 47–49), Протоколу № 16 до неї, правил Регламенту Суду дало змогу класифікувати різновиди консультативної юрисдикції за суб'єктом права звернення до Суду: 1) консультативні висновки, які надаються за запитом Комітету Міністрів Ради Європи; 2) консультативні висновки, які надаються за запитом призначеного державою – учасницею Конвенції вищим судом або судовою установою, визначеного для цілей пункту

1 статті 1 Протоколу № 16 до Конвенції.

Установлено, що консультативна юрисдикція ЄСПЛ не перетинається з компетенцією щодо розгляду спорів, тому перший запит від Комітету Міністрів Ради Європи був відхилений. Суд вирішив, що, оскільки запит стосувався критерію прийнятності звернень, тобто якої в рамках механізму, встановленого Конвенцією СНД, справа вже прийнята до розгляду, то таке звернення підпадає під обмеження консультативної юрисдикції, передбаченої ст. 47 (2) Європейської конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Наступні два консультативні висновки, надані ЄСПЛ відповідно до ст. 47 Конвенції, стосувалися процедури обрання суддів Суду та мають прецедентне значення.

*Обґрунтовано, що ЄСПЛ виконує конституційну функцію, у межах якої він установлює стандарти у сфері захисту прав і свобод людини шляхом надання консультативних висновків. Саме ці документи створюються для того, щоб держави – учасниці Конвенції на національному рівні здійснили якісні зміни судових систем та судочинства, які, своєю чергою, допомагали б захистити права і свободи людини завдяки переходу з *ex post* (перед подією) на *ex ante* (нісля події) у вирішенні низки питань щодо тлумачення та застосування положень Конвенції на рівні певної держави. Просування конструктивного діалогу між Європейським судом з прав людини та національними судами або судовими установами слугуватиме подальшому впровадженню Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод на національному рівні відповідно до принципу субсидіарності.*

Ключові слова: консультативні висновки ЄСПЛ, конституційна функція ЄСПЛ, прецедентне право, принцип субсидіарності.





Boyko I. Advisory jurisdiction of the European Court of Human Rights

The article analyzes the advisory jurisdiction of the European Court of Human Rights. Scientific-professional interpretation of the norms of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Articles 47-49), Protocol № 16 thereto, Chapters IX, X of Rules of the Court allowed to classify the types of advisory jurisdiction according to the subject of the right to request: 1) advisory opinions requested by the Committee of Ministers the Court shall apply, in addition to the provisions of Articles 47, 48 and 49 of the Convention; 2) advisory opinions requested by courts or tribunals designated by Contracting Parties pursuant to Article 10 of Protocol No. 16 to the Convention. In accordance with Article 1 of Protocol No. 16 to the Convention, a court or tribunal of contracting party to that Protocol may request the Court to give an advisory opinion on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention and the Protocols thereto.

It has been established that the advisory jurisdiction of the ECHR does not intersect with the contentious jurisdiction of Court. Therefore, the first request from the Committee of Ministers of the Council of Europe was rejected. The Court held that since the request concerned the criterion of admissibility of applications, ie if, under the mechanism established by the Commonwealth of Independent States Convention, the case had already been accepted, such an application fell within the limitation of advisory jurisdiction under Article 47 (2) of the Convention. The following two advisory opinions issued by the ECHR under Article 47 of the Convention concerned the procedure for the election of judges of the Court and have precedent sense.

It is substantiated that the ECtHR performs a constitutional function, within which it sets standards in the field of protection of human rights and freedoms by providing advisory opinions. It is these documents that are being created in order for the contracting parties to make qualitative changes in the judicial systems at the national level, which, in turn, would help protect human rights and freedoms by moving from “ex post” to “ex ante” in addressing a number of issues concerning the interpretation and application of the provisions of the Convention at the contracting party’s level. The promotion of a constructive dialogue between the European Court of Human Rights and national courts or tribunals will serve for the subsequent implementation of the Convention for the Protection of Fundamental Rights and Fundamental Freedoms at national level, in accordance with the principle of subsidiarity.

Key words: advisory opinions of the European Court of Human Rights, constitutional function of the European Court of Human Rights, case law, principle of subsidiarity.

Література

1. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.
2. Greer S., Wildhaber L. Revisiting the Debate about “constitutionalising” the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*. 2012. Vol. 12. № 4. P. 655–687.
3. Ахтирська Н.М. Консультативний висновок ЄСПЛ як засіб формування єдності судової практики. *Судова апеляція*. 2019. № 2(55). С. 77–83.
4. Bates E. *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*. Oxford : OUP, 2010. 610 p.
5. Entin M., Mahoney P., Wildhaber L. *Statement on Case-Overload at the European Court of Human Rights*. European Law Institute. 27 March 2012. 50 p. URL : <http://https://www.europeanlawinstitute.eu/>





fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-1-2012_Statement_on_Case_Overload_at_the_European_Court_of_Human_Rights.pdf.

6. De Londras F. *Dual Functionality and the Persistent Frailty of the European Court of Human Rights*. *European Human Rights Law Review*. 2013. P. 13–16.

7. Kanstantsin Dzehtsiarou, Noreen O'Meara *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?* *Legal Studies*. 2014. Vol. 34. № 3. P. 444–468.

8. Maria Dicosola, Cristina Fasone and Irene Spigno. *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System*. *German Law Journal*. 2015. Vol. 16. № 6. P. 1387–1428.

9. Зенин А.А. *Консультативные заключения Европейского Суда по правам человека и Протокол № 16 к Конвенции (к истории вопроса)*. *Российский ежегодник Европейской конвенции по правам человека*. 2015. № 1. С. 398–415.

10. ECHR. *Decision on the competence of the Court to give an advisory opinion of 2 June 2004*. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-1339293-1397515>.

11. Рішення ЄСПЛ у справі «К.В. проти Фінляндії» від 9 жовтня 1991 р., скарга № 17230/90; рішення ЄК у справі «Кересед Мартін проти Іспанії» від 12 жовтня 1992 р., скарга № 16358/90; рішення ЄК у справі «Калсеррада Форніелес та Кабеза Мато проти Іспанії» від 6 липня 1992 р., скарга № 17512/90; рішення ЄК у справі «Паугер проти Австрії» від 9 січня 1995 р., скарга № 24872/94.

12. ECHR. *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights of 12 February 2008*. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-2268009-2419060>.

13. Питання добору кандидатур для обрання на посаду судді Європейського суду з прав людини від України : Указ Президента України від 14 вересня 2007 р. № 869/2007. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/869/2007>.

14. ECHR. *Advisory opinion on certain legal questions concerning the lists of*

candidates submitted with a view to the election of judges to the European Court of Human Rights (№ 2) of 22 January 2010. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-3004688-3312583>.

15. Протокол № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод набрав чинності 01.01.2018.

16. Щодо набрання чинності міжнародним договором України : Лист МЗС України від 07.08.2018 № 72/14-612/1-2117. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v2117321-18>.

17. Про ратифікацію Протоколів № 15 та № 16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод : Закон України від 05.10.2017. Відомості Верховної Ради (ВВР). 2017. № 45. Ст. 401. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2156-19>.

18. *Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No. 16 to the Convention (as approved by the Plenary Court on 18 September 2017)*. URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf.

19. ECHR. *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Request № P16-2018-001 of 10.04.2019. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=003-6380464-8364383>.

20. ECHR. *Court (Fifth Section). Case of Mennesson v. France (№ 65192/11). Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 26.06.2014*. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-150984>; ECHR. *Court (Fifth Section). Affaire Foulon et Bouvet c. France (№№ 9063/14, 10410/14). Judgment (Merits and Just Satisfaction) of 21.07.2016*. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-164968>.

21. ECHR. *Request for an advisory opinion from the Constitutional Court of Armenia*. URL : echr.coe.int/Documents/P16_Request_Advisory_opinion_Constitutional_Court_Armenia_ENG.pdf.

22. ECHR. *A request by the Constitutional Court of Armenia for an advisory opinion under Protocol No. 16 has been accepted*. Press release issued by the Registrar of the Court of 11.10.2019. URL : <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6534292-8633878>.

