**ОКРЕМА ДУМКА**

**ЧЛЕНА ВИЩОЇ РАДИ ПРАВОСУДДЯ**

**МАЛОВАЦЬКОГО ОЛЕКСІЯ ВОЛОДИМИРОВИЧА**

**щодо рішення Вищої ради правосуддя від 22 грудня 2020 року № 3598/0/15-20 «Про звільнення Токар Л.В. з посади судді Ленінського районного суду міста Вінниці на підставі пункту 3 частини шостої статті 126 Конституції України»**

Рішенням від 22 грудня 2020 року № 3598/0/15-20 Вища рада правосуддя звільнила Токар Лідію Володимирівну з посади судді Ленінського районного суду міста Вінниці на підставі пункту 3 частини шостої статті 126 Конституції України.

Зокрема, Вища рада правосуддя дійшла висновку, що за результатами здійснення заходу індивідуального характеру та відновлення встановлених Судом (ЄСПЛ) порушень порядку розгляду питання про звільнення Токар Л.В. з посади судді має місце факт порушення нею присяги, а у сукупності допущені суддею Токар Л.В. порушення дають підстави для її звільнення.

Також було зроблено висновок, що звільнення судді з посади у разі порушення нею присяги не було видом дисциплінарного стягнення, що виключає необхідність застосування встановлених частиною одинадцятою статті 109 Закону № 1402-VIII строків, у межах яких може бути застосовано дисциплінарне стягнення до судді.

Не можу погодитись із вказаним рішенням Вищої ради правосуддя, виходячи з такого.

19 січня 2017 року ЄСПЛ ухвалив рішення у справі «Куликов та інші проти України» (набуло статусу остаточного 19 квітня 2017 року), зокрема, і за заявою Токар Л.В. № 54135/12, яким постановив, що Україна порушила стосовно позивача пункт 1 статті 6 Конвенції у зв’язку з недотриманням принципів незалежності та безсторонності, та статтю 8 Конвенції, якою кожному гарантується право на повагу до приватного і сімейного життя.

У вказаному рішенні ЄСПЛ, пославшись на висновки у справі «Олександр Волков проти України», зазначив: «У цій справі Суд встановив, що провадження у ВРЮ і Верховній Раді України характеризувалося великою кількістю системних і загальних недоліків, які поставили під сумнів принципи незалежності та неупередженості, а подальший перегляд справи судом не усунув ці недоліки. Суд вважає, що згадані висновки є однаково застосовними до заяв, що розглядаються» (§ 135).

Щодо прохання вжиття заходів індивідуального характеру у рішенні «Куликов та інші проти України» ЄСПЛ дійшов іншого висновку та зазначив, що «станом на сьогодні в Україні впроваджується повномасштабна судова реформа, яка включає внесення змін до Конституції України та законів України, а також інституційні зміни. У зв’язку з цим Суд не в змозі на даний час оцінити ефективність відновлення національного провадження, якщо заявники цього вимагатимуть. Проте, враховуючи обсяг та обставини заяв, що розглядаються, не можна дійти висновку, що ці істотно нові обставини роблять відповідні національні провадження prima facie даремними і безрезультатними. Таким чином, Суд не дотримується підходу, обраного у справі «Олександр Волков» (п. 208) щодо вказівки про вжиття заходів індивідуального характеру, та відхиляє відповідне прохання» (§ 148).

Вважаю, що відхиляючи вимоги щодо вжиття заходів індивідуального характеру у справі «Куликов та інші проти України» ЄСПЛ, покладав сподівання, що зміни, які на той час вносились до Конституції України та законів України, а також зміни в інституті дисциплінарної відповідальності суддів, забезпечать «повторне відкриття/відновлення національного провадження» під час здійснення заходу індивідуального характеру та відновлення встановлених Судом (ЄСПЛ) порушень порядку розгляду питання про звільнення, зокрема Токар Л.В.

При цьому, оскільки рішенням Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 22 березня 2018 року у справі № 800/548/17 (П/9901/309/18) (постановою Великої Палати Верховного Суду від 23 серпня 2018 року залишено без змін) передано на повторний розгляд Вищої ради правосуддя вирішення питання щодо наявності підстав для притягнення Токар Л.В. до дисциплінарної відповідальності з огляду на обставини, викладені у пропозиції члена Вищої ради юстиції Сафулька С.Ф., правових підстав для відповідного перегляду у «відновленому провадженні» в будь-якому іншому порядку, ніж той, що на цей час визначено для встановлення наявності підстав для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, тобто у порядку дисциплінарного провадження, Вища рада правосуддя не мала.

Крім того, Вища рада правосуддя повинна була врахувати, що Комітет міністрів Ради Європи, здійснюючи контроль за виконанням рішень та ухвал Європейського суду з прав людини щодо поновлення судового провадження, виходить з того, що відновлення судового розгляду – це лише інструмент, який дозволяє судам усунути (не допускаючи повторення) порушення, допущені ними в судочинстві, а також порушень, допущених іншими органами та підтверджених судами. У випадку, якщо національне провадження буде відновлено, очікується, що національні суди діятимуть добросовісно, щиро та скрупульозно виправляючи недоліки, виявлені Європейським судом.

Саме такий розгляд становить *restitution in integrum*, що випливає з принципу відновлення порушеного права та складає основу відшкодування у відповідності до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, визнаного Європейським судом з прав людини (Справа Papamichalopoulos v Greece (Series A, No 260-B; Application No 14556/89) European Court of Human Rights (1993) 16 EHRR 440 24 JUNE 1993) та Комітетом міністрів Ради Європи (Справа Pataki and Dunshirn v. Austria, CM decision of 16/09/1963). Крім того, він ґрунтується на загальновизнаному в міжнародному праві принципі: «кожен хто допустив міжнародний неправомірний акт, несе відповідальність», який породжує обов’язок у держави-порушника відновити становище, яке існувало до порушення міжнародного зобов’язання. Зокрема наведений принцип закріплено у рішенні Постійної палати міжнародного правосуддя «Фабрика Черзов» (Chorzów Factory case) від 26 липня 1927 року (<https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_09/28_Usine_de_Chorzow_Competence_Arret.pdf>) та статті 28 Статей про відповідальність держав за міжнародні неправомірні акти 2001 року (<https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf>).

Таким чином, на моє переконання, у випадку щодо судді Токар Л.В. забезпечення «відновлення провадження» гарантується виключно через визначену Законом України «Про Вищу раду правосуддя» процедуру розгляду справи у пленарному складі у порядку, визначеному статтею 49 цього Закону на підставі частини третьої статті 52 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» у дисциплінарній процедурі, з застосуванням чинного законодавства, оскільки наслідком такого розгляду стало притягнення судді до дисциплінарної відповідальності – звільнення Токар Л.В. з посади судді.

За правилом, визначеним статтею 109 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року №1402-VIII, дисциплінарне стягнення до судді застосується не пізніше трьох років з дня вчинення дисциплінарного проступку.

Аналогічних висновків притримується Велика Палати Верховного Суду, зокрема, від 28 березня 2018 року у справі № П/800/310/17, від 5 квітня 2018 року у справі № 800/523/17, від 21 червня 2018 року у справі № 11-272сап18, від 21 червня 2018 року у справі № 11-78сап18, відповідно до якого Вища рада правосуддя і її дисциплінарні органи з урахуванням положень статті 58 Конституції України повинні застосовувати трирічний строк давності притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, оскільки застосування цього строку є заходом, який покращує становище судді порівняно із застосуванням припису, який діяв на час допущення суддею дій, які раніше кваліфікувалися як порушення суддею присяги та застосування заходів впливу за які не було обмежено у часі.

Комітет міністрів Ради Європи дотримується позиції, що новий повторний розгляд є першочерговою вимогою для рішення Куликова для всіх заявників. Перегляд справи повинен відповідати вимогам незалежності та неупередженості. Перегляд справи повинен базуватися на законі, що відповідає вимогам Конвенції, а також враховувати тривалість строку давності у три роки. При цьому принцип правової визначеності був забезпечений введенням трирічного строку позовної давності щодо дисциплінарних санкцій у законі та послідовним його застосуванням на практиці, таким чином захищаючи потенційних відповідачів від застарілих позовів, заснованих на недостовірних або неповних доказах, зокрема через сплив часу (In response to §§ 135 – 140 of the judgment in Volkov).

Отже, вважаю, що ухвалене Вищою радою правосуддя рішення від 22 грудня 2020 року № 3598/0/15-20 щодо судді Токар Л.В. без врахування трирічного строку притягнення до дисциплінарної відповідальності, з посиланням на відсутність дисциплінарної справи, як підстави, що виключає застування імперативного припису частини одинадцять статті 109 Закону №1402-VIII не відповідає принципам міжнародно-правової відповідальності, вимогам про відновлення порушеного права судді Токар Л.В. на справедливий суд та принципу правової визначеності, оскільки строк притягнення до відповідальності залежить не від процедури, у якій здійснюється провадження, а від строку, який минув після вчинення дисциплінарного проступку.

Водночас, Рада не була позбавлена можливості не застосовувати трирічний строк притягнення судді до дисциплінарно відповідальності у тому випадку, коли було б визнаного, що суддя Токар Л.В. допустила настільки кричущі порушення, які загрожують підвалинам правопорядку, або, щонайменше, втратою змісту дисциплінарною процедурою щодо суддів, які вчинили грубі дисциплінарні проступки.

Однак, навіть в такому випадку відповідно до принципу міжнародно-правової відповідальності судді Токар Л.В. повинно бути забезпечено відновлення права у індивідуальний спосіб, до тієї міри, яка існувала до його порушення, а якщо таке неможливо – запропоновано інше альтернативне відшкодування, що належить до повноважень органів виконавчої та законодавчої влади.

**Член Вищої ради правосуддя О.В. Маловацький**