



Президент

**пану Руслану Стефанчуку,**  
Голові Верховної Ради України

Вих. № ► J.Dem. 50 – SGM/sm

м. Париж, 25 січня 2023 р.

Шановний пане Стефанчук!

Насамперед хочу подякувати Вам за конструктивну співпрацю з Венеційською комісією, зокрема щодо налагодження механізму відбору кандидатів до Конституційного Суду України за міжнародною участю.

Як Вам відомо, Венеційська комісія надає великого значення тому, щоб надати Конституційному Суду України міцні гарантії незалежності, оскільки цей Суд відіграватиме вирішальну роль у демократичному розвитку та функціонуванні українських інституцій відповідно до принципу верховенства права та у захисті основних прав і свобод українського народу. Ви самі висловили свою рішучу підтримку досягненню цієї мети. Висока важливість цього питання пояснює, чому Венеційська комісія погодилася не лише надати свій експертний висновок щодо цього механізму, а й взяти виняткову безпосередню участь у складі Дорадчої групи експертів (ДГЕ).

Така безпосередня участь, у свою чергу, пояснює, чому Венеційській комісії необхідно переконатися, що особливості цього механізму можуть дозволити їй досягти своєї мети — забезпечити максимально незалежних і найкращих кандидатів-суддів, водночас дотримуючись інституційного балансу та поважаючи суверенітет України за Конституцією. Тому участь Венеційської комісії в ДГЕ залежить від відповідності складу та функціонування ДГЕ рекомендаціям Венеційської комісії.

Як повідомлялося раніше, доповідачі проаналізували відповідність Закону, ухваленого 13 грудня 2022 року, висновку Комісії, прийнятому 16-17 грудня 2022 року. Хочу ще раз наголосити, що висновок, ухвалений у грудні 2022 року, відрізняється від термінового висновку від 23 листопада 2022 року лише в тому, що він містить певні роз'яснення, про які я повідомила Вам у своєму листі від 6 грудня 2022 року. І справді виявилось, що певні положення термінового висновку були прописані недостатньо чітко. Тож Комісія додала ці роз'яснення до тексту, прийнятого в грудні 2022 року, не змінюючи суті своїх рекомендацій.

У процесі підготовки цього аналізу доповідачі мали можливість отримати письмові коментарі від голови Комітету Верховної Ради України з питань правової політики Дениса Маслова та обмінятися думками з Вами, паном Масловим та пані Ольгою Стефанішиною, віцепрем'єр-міністеркою України з питань європейської та євроатлантичної інтеграції, на онлайн-зустрічі, що відбулася 23 січня 2023 р. Хочу подякувати за можливість ще раз конструктивно обговорити ці питання.

Доповідачі завершили свій аналіз, який додається до цього листа. Вони дійшли висновку, що хоча ключові рекомендації, які містяться у висновку від грудня 2022 року, було здебільшого дотримано, проте дві ключові рекомендації — щодо повноважень ДГЕ та її складу — не враховані в прийнятому законі.

Сьогодні Бюро Венеційської комісії вирішило, що у світлі цього висновку попередні умови для висунення Венеційською комісією кандидатів у члени ДГЕ не виконано. Через це на цьому етапі я не можу надати відповідь на запит, який я отримала 29 грудня 2022 року.

Я переконана, що є можливість узгодити Закон з цими двома невиконаними рекомендаціями, і хочу запевнити Вас, що Венеційська комісія, усвідомлюючи актуальність справи, готова допомогти у підготовці відповідних законодавчих змін, якщо Ви цього бажаєте, у найкоротші строки.

Оскільки це питання викликає велике зацікавлення інших міжнародних партнерів України, яким надано запит надати кандидатів на дві посади в ДГЕ, я найближчим часом опублікую цей лист та аналіз доповідачів.

Дякую Вам за Ваше розуміння та розраховую на подальшу плідну співпрацю.

З повагою,

/підпис/

**Клер Базі Малорі (Claire Bazy Malaurie)**

Додаток: Аналіз відповідності Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення порядку відбору кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України на конкурсних засадах» основним рекомендаціям висновку Венеційської комісії від 16-17 грудня 2022 р. (CDL-AD(2022)054)

## **Аналіз відповідності Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення порядку відбору кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України на конкурсних засадах» основним рекомендаціям висновку Венеційської комісії від 16-17 грудня 2022 р. (CDL-AD(2022)054)**

Доповідачі проаналізували, чи були враховані основні рекомендації Висновку Венеційської комісії щодо проєкту закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення порядку відбору кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України на конкурсних засадах», прийнятого на 133-му пленарному засіданні (Венеція, 16-17 грудня 2022 р.), у Законі, прийнятому 13 грудня 2022 р.

Такий аналіз необхідний для того, щоб Венеційська комісія вирішила, чи подавати кандидатури до першого складу Дорадчої групи експертів (надалі — «ДГЕ») — незалежного органу, який допомагатиме Президенту України, Верховній Раді України та Раді суддів України (надалі — «органи призначення») в оцінці моральних якостей кандидатів на посади суддів Конституційного Суду України (надалі — «КСУ») та рівня їхньої компетентності у сфері права.

### **А. Попередні рекомендації Венеційської комісії**

Насамперед необхідно підкреслити надзвичайний та тимчасовий характер міжнародної складової ДГЕ. У цьому контексті нагадуємо, що у своєму нещодавньому спільному експертному висновку (*Amicus Curiae*) щодо окремих питань, пов'язаних з обранням та дисциплінарною відповідальністю членів Вищої ради правосуддя України, Венеційська комісія надала роз'яснення щодо того, чи становлять загрозу суверенітету України склад Етичної ради у складі трьох національних і трьох міжнародних членів та прийняття нею рішень.

З огляду на особливості складу конституційних судів (див. пункт 19 висновку від грудня 2022 р.), деякі елементи експертного висновку (*Amicus Curiae*) стосуються ДГЕ, зокрема:

- Венеційська комісія, міжнародні та іноземні організації призначають членів ДГЕ не на підставі свого суверенного права, а лише через те, що на це їх уповноважила Україна, реалізуючи суверенний вибір України;
- міжнародні члени ДГЕ обираються та призначаються розпорядженням Кабінету Міністрів України;
- ДГЕ є українським органом, який підпорядкований законодавству України;
- члени ДГЕ діють у своїй особистій якості, а не як представники Венеційської комісії, міжнародних та іноземних організацій, які їх висунули;
- усі справи, пов'язані з оскарженням рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів призначення суддів КСУ під час конкурсного відбору кандидатів та оцінювання кандидатів ДГЕ, можуть бути оскаржені у Верховному Суді України;
- є кілька прикладів залучення іноземних фахівців до судової системи країни. Наприклад, Конституційний суд Ліхтенштейну завжди має суддю з Австрії та суддю зі Швейцарії серед своїх п'яти членів. Конституційний суд Андорри завжди має суддів з Іспанії та Франції серед своїх чотирьох членів. Конституційний суд Боснії та Герцеговини включає міжнародних суддів, і донедавна так було в Косово. У системі загального права навіть часто трапляються ситуації, коли судді з однієї країни

виступають суддями й навіть головами судів в іншій країні. Така участь у винесенні судових рішень йде навіть далі, ніж участь міжнародних членів ДГЕ у виборі членів КСУ.

У своєму висновку від грудня 2022 року Венеційська комісія надала такі ключові рекомендації:

- додати прикінцеве положення стосовно тривалості участі міжнародної складової в процесі відбору суддів Конституційного Суду України;
- передбачити визначений строк повноважень для міжнародних членів ДГЕ та для їхнього призначення офіційним актом органу влади України, ратифікуючи рішення про призначення;
- спростити процедуру відбору членів ДГЕ Верховною Радою, щоб уникнути паралізування інституції;
- передбачити обрання або призначення членів на заміну (принаймні для міжнародних експертів);
- передбачити, що критерії для обрання або призначення суддів Конституційного Суду включають стандарт гендерної рівності, можливо, посилаючись на відповідне чинне законодавство;
- надати можливість ДГЕ надавати відповідному органу призначення імена перевірених кандидатів разом із оцінкою моральних якостей кожного кандидата, у тому числі доброчесності та професійної компетентності (в порядку ранжування від неприйнятних до прийнятних і до найбільш прийнятних). Ці оцінки мають бути доступними для громадськості. Кандидати, яких ДГЕ визнала «неприйнятними», повинні бути виключені з подальшого розгляду та не можуть бути обрані органами призначення;
- методологія ДГЕ для оцінювання моральних якостей та компетентності у сфері права має ґрунтуватися на передовій міжнародній практиці;
- передбачити в законі порядок вирішення в ситуації, якщо ДГЕ не може прийняти рішення. На час, поки ДГЕ працюватиме з міжнародними членами, кількість членів ДГЕ має бути збільшена до семи. Сьомий член має призначатися за міжнародною квотою;
- встановити часові межі для проведення процедури відбору та внесення кандидатів на посаду судді до органу призначення;
- передбачити, що рішення органу призначення про призначення або обрання чи про відмову у призначенні або обранні мають підлягати громадському контролю та, відповідно, бути оприлюдненими;
- залучити громадянське суспільство до процесу відбору кандидатів на посаду судді Конституційного Суду із завданням надавати інформацію та відгуки щодо кандидатів, а також здійснювати моніторинг процесу.

Інші рекомендації в тексті висновку стосувалися проведення засідань ДГЕ, на яких обговорюється відповідність кандидатів, за зачиненими дверима (п. 55); можливість для кандидата на посаду судді вимагати відводу члена ДГЕ з міркувань упередженості (і альтернативного кворуму, якщо двоє членів заявлять самовідвід) (п. 56); можливість оскаржити рішення про перевірку кандидатів (п. 63); встановлення кваліфікованої більшості для обрання суддів КСУ Верховною Радою (п. 67); ширше розповсюдження інформації про вакансії на посаду судді КСУ (п. 69).

## **В. Аналіз відповідності**

Загалом, аналіз Закону демонструє, що більшість рекомендацій було дотримано, зокрема рекомендації щодо прикінцевого положення про тривалість міжнародної участі в ДГЕ, визначеного строку повноважень для міжнародних членів ДГЕ та щодо їхнього призначення офіційним актом органу влади України, призначення членів на заміну, стандартів гендерної рівності, оприлюднення рішень ДГЕ, залучення громадянського суспільства, проведення засідань ДГЕ, на яких обговорюється відповідність кандидатів, за зачиненими дверима, щодо можливості оскарження рішень про перевірку кандидатів та можливості для кандидата на посаду судді вимагати відводу члена ДГЕ з міркувань упередженості. Це можна вітати. Водночас не виконано рекомендації щодо спрощення процедури відбору членів ДГЕ Верховною Радою, щодо встановлення кваліфікованої більшості для обрання суддів КСУ Верховною Радою та щодо ширшого розповсюдження інформації про вакансії на посаду судді КСУ.

Проте необхідною умовою для досягнення механізмом своєї головної мети — надання майбутньому Конституційному Суду України міцних гарантій незалежності, щоб він міг досягти найвищого рівня суспільної довіри, — слід вважати дві ключові рекомендації:

- надати можливість ДГЕ надавати відповідному органу призначення імена перевірених кандидатів разом із оцінкою моральних якостей кожного кандидата, у тому числі доброчесності та професійної компетентності (в порядку ранжування від неприйнятних до прийнятних і до найбільш прийнятних). Ці оцінки мають бути доступними для громадськості. Кандидати, яких ДГЕ визнала «неприйнятними», повинні бути виключені з подальшого розгляду та не можуть бути обрані органами призначення.
- передбачити в законі порядок вирішення в ситуації, якщо ДГЕ не може прийняти рішення. Венеційська комісія рекомендувала збільшити кількість членів ДГЕ до семи на час, поки ДГЕ працюватиме з міжнародними членами. Сьомий член має призначатися за міжнародною квотою.

## **С. Повноваження ДГЕ**

У прийнятому Законі визначено, що до повноважень ДГЕ належить «ухвалення вмотивованого рішення про оцінку відповідності моральних якостей і рівня компетентності у сфері права кандидатів на посаду судді Конституційного Суду стосовно кожного кандидата, складання списку оцінених кандидатів та подання їх суб'єктам призначення» (п. 7 частини 25 статті 10-2), проте далі за текстом Закон розділяє оцінку кандидатів ДГЕ на два окремі послідовні етапи: перший стосується лише «моральних якостей», до яких належать доброчесність, а другий, що стосується лише тих кандидатів, які успішно пройшли перший етап, стосується рівня компетентності у сфері права. Згідно зі статтею 10-8 Закону, висновок ДГЕ про невідповідність кандидата критерію високих моральних якостей, у тому числі доброчесності, виключає кандидата з подальшого розгляду. Це відповідає рекомендації Венеційської комісії лише частково, тобто лише в частині, що стосується оцінки моральних якостей, у тому числі доброчесності. Натомість згідно із Законом, встановлення ДГЕ невідповідності кандидата критерію визнаного рівня компетентності у сфері права не призводить до його відсторонення від подальшої участі в конкурсному відборі: за результатами оцінки професійної компетентності ДГЕ оцінює кожного кандидата як найбільш прийнятний, прийнятний або неприйнятний («найбільше відповідає», «відповідає», «не відповідає»). Список з усіма кандидатами, класифікованими за трьома категоріями на підставі вмотивованого рішення, потім передається ДГЕ до органів призначення, які можуть обрати майбутнього суддю (суддів) КСУ з будь-якої з трьох категорій, включно з «не

відповідає».

У своєму висновку від грудня 2022 року Венеційська комісія нагадала про необхідність збереження дискреційних повноважень органів призначення — в ній зазначено, що до повноважень ДГЕ не входить «обрання кандидатів». Натомість роль ДГЕ полягає в тому, щоб переконатися, що лише відповідні кандидати, які відповідають як критерію високих моральних якостей, так і професійної компетентності, можуть стати суддями КСУ, виключаючи з процедури призначення тих кандидатів, які не відповідають критеріям таких якостей та компетентності. Так, у висновку чітко зазначено, що органи призначення можуть реалізувати свої дискреційні повноваження лише «після необхідної перевірки доброчесності та відповідності конституційним та правовим вимогам для того, щоб стати суддею Конституційного Суду» (пункт 36). Тому видається цілком логічним (і справді, у терміновому висновку це не було чітко зазначено, але згодом було уточнено в ухваленому висновку), що «неприйнятні» кандидати — не лише ті, які за оцінкою ДГЕ не відповідають критерію високих моральних якостей, тобто не є доброчесними, але й кандидати, які були визнані «неприйнятними» за результатами оцінки професійної компетентності, повинні бути, як наслідок, автоматично й остаточно виключені з процедури відбору.

Надання органам призначення можливості обирати «неприйнятних» кандидатів на посади суддів Конституційного Суду потенційно може позбавити діяльність ДГЕ сенсу. Призначення кандидатів, визнаних неприйнятними («не відповідає»), також може непоправно підірвати авторитет Конституційного Суду, що суперечить самій меті створення ДГЕ.

Слід нагадати, що виключення «неприйнятних» кандидатів не буде непропорційно обмежувати свободу розсуду органів призначення, які мають право вибрати будь-якого іншого кандидата серед тих, хто отримав оцінки «найбільше відповідає» і «відповідає». Щоб не обмежувати право вибору органів призначення, також важливо заохочувати широку кількість кандидатів через забезпечення відповідного розповсюдження повідомлень про вакансії та встановлювати належні строки для подання заяв.

Відповідно, була проігнорована рекомендація Венеційської комісії про те, що саме Закон повинен гарантувати, що кандидати, яких ДГЕ вважає такими, що не відповідають як критерію доброчесності, так професійної компетентності, повинні бути виключені з подальшого розгляду та не можуть бути відібрані органами призначення.

#### **D. Склад ДГЕ та порядок прийняття рішень**

У своєму висновку Венеційська комісія, зазначивши, що ДГЕ має парну кількість членів і голоси повинні прийматися кваліфікованою більшістю у дві третини, рекомендувала включити в Закон правило для ситуації, якщо ДГЕ не може прийняти рішення; таке правило, очевидно, має дати можливість ДГЕ прийняти рішення. З цього приводу Комісія дала двохсловну рекомендацію для перехідного періоду: ДГЕ 1. має мати сьомого члена, який 2. повинен призначатися за міжнародною квотою. Прийнятий Закон зберігає склад із 6 членів і вимагає, щоб рішення приймалися ДГЕ чотирма голосами. Згідно зі статтею 10-8 Закону, у разі рівної кількості голосів (тобто три голоси «за» і три — «проти») при оцінці як моральних якостей кандидата, так і його професійної компетентності проводиться повторна співбесіда. У разі чергової рівної кількості голосів відповідний кандидат або припиняє участь у конкурсі через неможливість прийняти рішення щодо його/її моральних якостей, або отримує оцінку «не відповідає» через неможливість прийняти рішення щодо його/її професійної компетентності. За словами української влади, навіть якщо ДГЕ не зможе дійти згоди щодо

кандидата, цей варіант передбачає антиблокувальний механізм.

Хоча рішення, передбачене Законом, технічно дає змогу завершити процедуру, її результати не є задовільними, оскільки замість того, щоб дозволити ДГЕ прийняти рішення, воно інституціоналізує та навіть може заохочувати неприйняття рішень. Так, це дозволяє кожній групі з трьох членів блокувати рішення іншої, що потенційно може призвести до виключення всіх кандидатів, у тому числі належних. Крім того, така ситуація може призвести до того, що жодного кандидата не буде обрано, а посада судді Конституційного Суду залишиться вакантною на невизначений термін.

Рекомендація Венеційської комісії щодо призначення сьомого члена за міжнародною квотою має дві мети: 1. вона є антиблокувальним механізмом, оскільки непарна кількість членів забезпечує більшу ймовірність ухвалення рішень; 2. вона дає міжнародним членам кількісну перевагу в ДГЕ. Така перевага необхідна для того, щоб уникнути ризику втручання органів призначення у роботу ДГЕ, яка має бути незалежним органом.

Українська влада стверджує, що Венеційська комісія визнала, що існують численні та різноманітні види антиблокувальних механізмів, і що кожна держава має вибрати свій власний. Це правда, але механізм має бути відповідним: оскільки протягом перехідного періоду ДГЕ має міжнародну складову, покликану гарантувати вибір найбільш незалежних і найкращих кандидатів, логічно та важливо, щоб присутність такої складової була значущою. Хоча оптимальним рішенням є склад із семи членів, чотири з яких призначаються за міжнародною квотою, якщо для ДГЕ буде збережено склад із шести осіб, може бути прийнятною модель роботи Етичної ради (у разі рівної кількості голосів, перевагу мають голоси групи з двома членами, призначеними за міжнародною квотою).

Відповідно, рекомендації Венеційської комісії щодо збільшення кількості членів ДГЕ до семи, із сьомим членом за міжнародною квотою, не були дотримані.

## **Е. Висновок**

Підсумовуючи, зазначимо, що дві ключові рекомендації, які містяться у висновку, ухваленому Венеційською комісією в грудні 2022 року, а саме:

- надати можливість ДГЕ надавати відповідному органу призначення імена перевірених кандидатів разом із оцінкою моральних якостей кожного кандидата, у тому числі добросовісності та професійної компетентності (в порядку ранжування від неприйнятних до прийнятних і до найбільш прийнятних). Ці оцінки мають бути доступними для громадськості. Кандидати, яких ДГЕ визнала «неприйнятними», повинні бути виключені з подальшого розгляду та не можуть бути обрані органами; та
- передбачити в законі порядок вирішення в ситуації, якщо ДГЕ не може прийняти рішення. На час, поки ДГЕ працюватиме з міжнародними членами, кількість членів ДГЕ має бути збільшена до семи. Сьомий член має призначатися за міжнародною квотою не були дотримані в Законі, прийнятому 13 грудня 2022 року.

Отже, попередні умови для висування кандидатів у члени ДГЕ Венеційською комісією не виконано.