

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Первомайського О.О. у справі № 1-305/2019(7162/19) за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 Кримінального кодексу України

Конституційний Суд України (далі – Конституційний Суд) 11 червня 2020 року ухвалив Рішення № 7-р/2020 (далі – Рішення) у справі № 1-305/2019(7162/19) за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 Кримінального кодексу України (далі – Кодекс).

Конституційний Суд вирішив визнати такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), статтю 375 Кодексу, відповідно, зокрема, до частини першої якої: *„постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови – карається обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на строк від двох до п'яти років“*.

На підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“ вважаю за потрібне викласти окрему думку щодо справи, Рішення та низки супутніх явищ та понять.

Загальні міркування щодо контексту конституційного конфлікту, спровокованого нормою статті 375 Кодексу

1. Слід визнати, що у систематиці конституційних цінностей *незалежність та недоторканність* суддів не займають ієрархічну першість.

Звісно, зазначені цінності, як і незалежність судової влади у цілому, безперечно, є одними з вирішальних в інституційному забезпеченні захисту людської гідності, прав і свобод людини і громадянина. Проте Конституція України чітко та недвозначно вказує на те, що вона була ухвалена з метою *забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя* (преамбула), у

свою чергу, *права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави* (перше речення частини другої статті 3).

Власне, тому, на мою думку, головний контекст цієї справи полягав не стільки в забезпеченні потреби захисту *незалежності та недоторканності* суддів (частина перша статті 126)¹, скільки, у першу чергу, в пошуках відповіді на питання, яким чином визнання статті 375 Кодексу такою, що відповідає/чи не відповідає Конституції України, сприятиме досягненню зазначеної мрії та мети „батьків-засновників“ Основного Закону України – *забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя*.

Ці мрія та мета мають у тексті Конституції України безліч текстуальних та змістовних підтверджень, як, наприклад: вказівка про Україну як *правову державу* (стаття 1), *визнання людини, її життя і здоров'я, честі і гідності, недоторканності і безпеки найвищою соціальною цінністю* (частина перша статті 3), *визнання та дія в Україні принципу верховенства права* (частина перша статті 8), *право особи на судовий захист* (частина перша статті 55).

У Рішенні Конституційного Суду від 30 січня 2003 року № 3-рп/2003 встановлено, що „правосуддя за своєю суттю визнається таким лише за умови, що воно відповідає вимогам справедливості і забезпечує ефективне поновлення в правах“ (перше речення абзацу десятого пункту 9 мотивувальної частини).

Іншими словами, *правосуддя*, як одна з найважливіших функцій конституційної демократії, має сенс лише тоді, коли внаслідок його здійснення права та свободи особи визнаються, поновлюються або іншим ефективним способом захищаються. Зрозуміло, що досягнення такого бажаного для особи результату у разі ухвалення в її справі неправосудних судових рішень (ухвал, постанов, вироків тощо) є неможливим, а така діяльність суддів з продукування документів під назвою „судове рішення (вирок, ухвала тощо)“ не є правосуддям ні за змістом, ні за своєю суттю.

¹ Врешті-решт, гарантії *незалежності та недоторканності* суддів це своєрідна „арифметика“, а не „тригонометрія“ конституційної демократії, що не потребує багато зайвих аргументів в доведенні потреби їх існування.

Тому, отримуючи неправосудне судові рішення та „програючи“ таким чином справу у суді, особа позбавляється останньої надії на очікувану нею від держави справедливість. Більше того, ухвалення щодо особи неправосудного рішення дискредитує в очах цієї особи не лише цінність самого правосуддя, а також інші конституційні цінності, які для цієї особи ризикують перетворитись в теоретичні та ілюзорні.

Неправосудне судові рішення може зруйнувати чи кардинальним чином змінити життя та долю однієї людини, в той час як велика кількість таких „рішень“ атакують найважливіші цінності сучасної людської цивілізації та руйнують конституційну демократію у цілому.

З цих міркувань, на мою думку, у цій справі Конституційний Суд мав, по-перше, наявними у нього юридичними засобами виміряти, якою мірою існування статті 375 Кодексу в чинній редакції сприятиме досягненню основної мети ухвалення та дії Основного Закону України, і, по-друге, здійснити перевірку відповідності статті 375 Кодексу приписам Конституції України в аспекті того, чи є існування цієї норми Кодексу² гідним та придатним інструментом кримінально-правової політики держави у сфері превенції вчинення злочинів проти правосуддя безпосередньо суддями.

2. Мене щиро турбує, що значний відсоток рішень, ухвалених Конституційним Судом останнім часом, стосується суддів, суддів у відставці та судової влади у цілому.

Переконаний, що передумовою такої практики Конституційного Суду є сукупність різних за змістом обставин, у тому числі постійно триваючі атаки на судову владу.

Разом з тим, на моє переконання, Конституційний Суд має залишатись рівновіддаленим від різних гілок влади і, найголовніше, докласти більше зусиль для безпосереднього захисту прав і свобод людини і громадянина в межах конституційної юрисдикції: чому певною мірою заважає те, що Конституційний

² або іншої удосконаленої, але близькою за змістом норми.

Суд вимушений постійно знову і знову повертатись до вирішення конституційних конфліктів, що виникають між різними гілками влади.

3. Поважаючи Конституційний Суд та ухвалене ним у цій справі Рішення, вважаю за потрібне висловити ряд критичних зауважень щодо недоліків мотивації та формулювання резолютивної частини Рішення, а також міркування стосовно низки інших супутніх явищ та понять.

Щодо історичного досвіду регулювання кримінальної відповідальності суддів за ухвалення неправосудного судового рішення

4. У Рішенні Конституційний Суд зазначив, що аналіз статті 375 Кодексу «дає підстави стверджувати, що сполучення слів „завідомо неправосудне“ запозичене зі статті 176 Кримінального кодексу Української РСР 1960 року (пізніше – Кримінального кодексу України), у якій було встановлено відповідальність за винесення суддями з корисливих мотивів або іншої особистої заінтересованості „завідомо неправосудного“ вироку, рішення, ухвали або постанови.

Дослідження в історичному контексті статті 375 Кодексу дає підстави вважати її невдалим наслідуванням юридичної практики радянської держави. Радянська юридична та політична системи уможлилювали використання такої норми для контролю над суддями і впливу на них» (абзаци перший, другий, підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини).

5. Застосування історико-правового методу дослідження норми закону, у тому числі Кодексу, звісно, цілком можливе та іноді вкрай потрібне. Проте, на мою думку, у Рішенні в цій частині сформульований занадто дискусійний та певною мірою необґрунтований висновок.

По-перше, період так званої „радянської юриспруденції“ вже значно віддалений у часі, а тому об’єктом історико-правового дослідження у цій справі доцільніше було б обрати часовий період після 1991 року з можливим його

поділом на внутрішні історичні етапи тощо. Важливо, що чинний Кодекс був ухвалений в незалежній Україні вже майже 20 років тому³, у зв'язку з чим твердження про невідале запозичення та наслідування норми статті 375 Кодексу з радянського кримінального законодавства, на мою думку, є неточним та запізнілим.

По-друге, своєрідним „запозиченням“ з цього ж радянського кримінального законодавства є більшість складів злочину чинного Кодексу, а тому вказівка на таке „запозичення“ з негативною конотацією мала була б здійснена у Рішенні більш виважено та обережно. Врешті-решт, слід визнати, що багато складів злочинів взагалі мають столітню історію „запозичень“ з актів права часів імперій, князівств, що існували на теренах сучасної України, а тому така спадковість у кримінальному законодавстві не є вагомою підставою для визнання цих складів злочину та норм, що їх криміналізують, такими, що не відповідають Конституції України.

Важливо, що вказівка у Рішенні на „невдалість наслідування юридичної практики“ залишилась лише тезою, без наведення аргументів на підтвердження того, у чому полягала така „невдалість“, та чи є такий висновок Конституційного Суду одночасним підтвердженням того, що норма статті 375 Кодексу могла бути „запозичена“ у сучасне кримінальне законодавство більш вдало та якісно.

Щодо іноземного досвіду законодавчого регулювання кримінальної відповідальності суддів за ухвалення неправосудного або незаконного судового рішення

6. Якщо у Рішенні текстуально відображено застосування Конституційним Судом історико-правового методу дослідження норми статті 375 Кодексу, то з незрозумілих для мене причин Рішення не містить використання порівняльно-правового методу дослідження цієї ж норми, незважаючи на те, що відповідні компаративістські дослідження кримінальної

³ 5 квітня 2001 року.

відповідальності за постановлення суддею завідомо неправосудного або незаконного судового рішення вже неодноразово здійснювались вітчизняними науковцями⁴.

7. Аналіз кримінального законодавства окремих зарубіжних держав свідчить про те, що аналогічний (а, можливо, й тотожний) склад злочину наявний в їхньому національному законодавстві.

Так, у Кримінальному кодексі Іспанії передбачено кілька складів злочинів, що можуть бути вчинені суддями: *винесення незаконного вироку чи рішення (стаття 446); винесення явно незаконного вироку чи рішення через грубу необережність чи незнання, яке не вибачає (стаття 447); відмова винести вирок чи рішення без законної причини або під приводом нібито неясності, недостатності закону чи прогалини в законі (стаття 448); злісне затягування правосуддя для досягнення будь-якої незаконної мети (стаття 449).*

Криміналізація дій, пов'язаних із *винесенням упередженого судового рішення*, встановлена:

- статтею 434-7-1 Кримінального кодексу Франції – *злісна відмова здійснити правосуддя після отримання відповідного процесуального звернення;*
- § 339 Кримінального кодексу Німеччини – *порушення справедливості, а саме відмова в розгляді справи або ухвалення рішення в ній на користь чи на шкоду однієї з процесуальних сторін, вчинені суддею, іншою посадовою особою або арбітром.*

Кримінальна відповідальність за умисні дії, вчинені суддями під час виконання своїх функцій, передбачена також статтею 243 Кримінального кодексу Сербії, частиною четвертою статті 294 Кримінального кодексу Болгарії, § 146, § 148 Кримінального кодексу Данії, статтею 311

⁴ Див., наприклад: Хавронюк М.І. Кримінальна відповідальність за постановлення суддею завідомо неправосудного судового рішення: міжнародні стандарти, законодавство України та інших держав. Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки. 2019. Том 4. С. 83–95. URL: <http://nrplaw.ukma.edu.ua/article/download/185730/185290> (дата звернення: 15.06.2020).

Пенітенціарного кодексу Естонії, статтями 291–293 Кримінального кодексу Латвії.

Наведене свідчить про те, що кримінальна відповідальність суддів за злочини, пов'язані із постановленням неправосудних (незаконних) судових рішень, не може вважатись просто „невдалим запозиченням“ з нашого радянського минулого, оскільки в сучасному кримінальному законодавстві інших країн наявні аналогічні склади злочину.

З цих міркувань мотивація Рішення у цій частині є неповною та вибірковою, незважаючи на те, що у Рішенні є посилання на рішення Європейського суду з прав людини та норми м'якого права – Доповідь Венеційської Комісії стосовно незалежності судової влади, схвалений на 82-му пленарному засіданні, яке відбулось 12–13 березня 2010 року, Рекомендацію Комітету Міністрів Ради Європи від 17 листопада 2010 року № CM/Rec (2010) 12.

Конституційне підґрунтя кримінальної відповідальності суддів за ухвалення неправосудного судового рішення

8. Принципово важливо, що існування терміна та поняття „*неправосудний вирок*“ прямо передбачено частиною четвертою статті 62 Конституції України.

Наявні раціональні підстави для висновку про те, що використання терміна та поняття „*неправосуд(-ний), (-не)*“ може бути також поширено й на інші види судових актів: *постанову, ухвалу, рішення*.

Тому будь-які пропозиції стосовно заміни цього терміна та поняття на більш нібито якісний та юридично визначений, наприклад, „*упереджене* судове рішення“, сутнісно не відповідають Основному Закону України.

9. Принципово важливо, що у дискусії щодо поняття „*неправосудного рішення*“ слід говорити про недоліки матеріального та процесуального законодавства, що, як відомо, має відповідати Конституції України та

деталізувати конституційні приписи на галузевому рівні, а не створювати різного роду перешкоди для реалізації конституційних норм.

Натомість чинне законодавство, у тому числі процесуальні кодекси (Кримінальний процесуальний кодекс України, Кодекс адміністративного судочинства України, Цивільний процесуальний кодекс України тощо), не містить норм, що регулюють відносини з визнання певного судового рішення (вироку, ухвали тощо) *неправосудним*.

Подолання цієї своєрідної законодавчої прогалини (лакуни) має відбуватись⁵ під час *правозастосування*, а саме шляхом тлумачення *судами* норми статті 375 Кодексу, в процесі чого лише суд може визнати певне судове рішення *неправосудним*, та подальшого постановлення вироків, згідно з якими судді притягуються до кримінальної відповідальності на підставі цієї норми Кодексу.

10. Сформульований через заборону припис частини четвертої статті 126 Конституції України про те, що „суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене ним судове рішення, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку“, слід витлумачувати як загальне правило та виняток з нього.

Згідно з нормою, що передбачає цей виняток, *суддя може бути притягнутий до відповідальності за вчинення злочину*.

Оскільки підставою для такої відповідальності судді є *злочин*, то йдеться, звісно, про *кримінально-правову* відповідальність, а злочином може бути не лише хабар⁶ чи інше кримінальне правопорушення, а також постановлення суддею неправосудного судового рішення.

⁵ Матеріалами справи підтверджується існування незначної кількості обвинувальних вироків щодо суддів за статтею 375 Кодексу.

⁶ Стаття 368 Кодексу «Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою».

Отже, існування норми Кодексу, що уможливорює кримінально-правову відповідальність судді за постановлення неправосудного судового рішення, загалом не суперечить Основному Закону України.

Інші вади Рішення та статті 375 Кодексу

11. Рішення Конституційного Суду, у першу чергу, обґрунтовано тим, що норма статті 375 Кодексу не відповідає вимогам юридичної визначеності, ясності, недвозначності та передбачності. У Рішенні зазначено, що «в статті 375 Кодексу не встановлено критеріїв, за якими можна визначити, який вирок, рішення, ухвала або постанова судді (суддів) є „неправосудними“, а також не розкрито змісту сполучення слів „завідомо неправосудний“, що уможливорює неоднозначне розуміння складу злочину, кваліфікацію якого здійснено за цією нормою» (абзац шостий підпункту 2.3 пункту 2 мотивувальної частини).

З такої мотивації Рішення, на мою думку, залишається незрозумілим, стосовно якого елемента складу цього злочину має місце юридична невизначеність.

У разі якщо Конституційний Суд мав намір вказати на юридичну невизначеність поняття „завідомо“ (ознака суб'єктивної сторони складу злочину), то в Кодексі це поняття використано більш ніж в тридцяти складах злочину. Тому сумнівним є натяк у Рішенні на те, що статті Особливої частини Кодексу мають містити дефініцію поняття „завідомо“ для усунення потенційної вади юридичної невизначеності.

Кодекс, як і інші закони, не має бути збіркою визначень різних понять, тим більше, що доктрина та практика не містить істотних суперечностей стосовно змісту поняття „завідомо“.

Тому в цьому аспекті свого мотивування Рішення є непереконливим.

12. Якщо ж основний акцент висновку Конституційного Суду у цій частині Рішення ґрунтується на тому, що юридична невизначеність складу

злочину пов'язана з відсутністю вказівки у статті 375 Кодексу на те, *ким та яким чином* судові рішення кваліфікуються як *неправосудне* (предмет злочину), то тут, швидше за все, йдеться не про ваду статті 375 Кодексу (її невідповідність статті 8 Конституції України), а *про хибну практику її застосування*, згідно з якою прокурори, слідчі та інші службові особи органів правопорядку та правоохоронних органів намагаються кваліфікувати як *неправосудні*, судові рішення, що *не* скасовані в передбаченому процесуальним законом порядку.

Звісно, у таких випадках є ризик виникнення юридичного абсурду, коли розпочинається кримінальне переслідування судді за постановлення судового рішення, що є чинним та підлягає обов'язковому виконанню.

Уникнення такого юридичного абсурду пов'язане з *правильним* тлумаченням та застосуванням статті 375 Кодексу, яка навіть у чинній редакції, насправді, *не дає можливості* притягти до кримінальної відповідальності суддю⁷, у разі коли ухвалене ним судові рішення *не* скасоване судом апеляційної або касаційної інстанцій.

Тому хибна практика щодо безпідставного внесення значної кількості відомостей про кримінальні правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань за статтею 375 Кодексу є значною мірою наслідком неправильного розуміння та застосування цієї норми прокурорами, слідчими та іншими службовими особами органів правопорядку та правоохоронних органів.

13. Враховуючи наведене, можна дійти висновку, що одним з можливих варіантів вирішення проблеми неправильного розуміння та застосування статті 375 Кодексу є не стільки шлях визнання її неконституційною, скільки доповнення диспозиції цієї норми вказівкою на те, яке рішення суду може бути кваліфіковане як *неправосудне*.

⁷ Йдеться про отримання кінцевого результату – обвинувального вироку.

14. З аналізу Рішення та матеріалів справи формується переконання, що об'єктом конституційного контролю у цій справі була не конкретна норма Кодексу – стаття 375, а супутні явища та поняття.

Так, у Рішенні побіжно вказується на потребу „...встановлення гарантій, які забезпечують незалежність судді при здійсненні правосуддя“ (абзац четвертий підпункту 2.4 пункту 2 мотивувальної частини).

У цьому разі фактично йдеться про існуючу проблему недостатності *процесуальних* гарантій недопущення *безпідставного* кримінального переслідування суддів на підставі статті 375 Кодексу, яке полягає у свавільному внесенні відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань за цією статтею, здійсненні досудового розслідування тощо.

Зазначені процесуальні гарантії для суддів є важливими з огляду на те, що метою значної кількості кримінальних проваджень за статтею 375 Кодексу є не стільки передання справи стосовно судді до суду та отримання вироку за цією статтею, *скільки існування в Єдиному реєстрі досудових розслідувань відомостей про саме кримінальне правопорушення вчиненого суддею, одержання можливості проводити щодо судді слідчі дії тощо з метою тиску та залякування судді.*

15. Розуміння мотивів такої негідної практики службових осіб національних органів правопорядку та правоохоронних органів дає можливість дійти висновку, що стаття 375 Кодексу могла б бути збережена у чинній редакції (можливо, з незначними змінами) у разі внесення відповідних змін до Кримінального процесуального кодексу України та іншого законодавства, якими були б передбачені додаткові та ефективні процесуальні гарантії незалежності та недоторканності суддів, застосування яких унеможливило б тиск на суддів у зазначений спосіб.

Без законодавчого закріплення таких процесуальних гарантій визнання неконституційною статті 375 Кодексу багато в чому втрачає сенс, оскільки декриміналізація цього складу злочину, насправді, не убезпечить суддів від

подальших можливих посягань на їх незалежність та недоторканність шляхом безпідставного внесення до Єдиного реєстру досудових розслідувань кримінальних проваджень з використанням інших складів злочину, передбачених Кодексом, наприклад статтями 364, 366.

16. Дискусійним та суперечливим є Рішення у частині відтермінування втрати чинності статтею 375 Кодексу на шість місяців.

Щодо цієї частини Рішення зазначу таке.

По-перше, можливість такого відтермінування на підставі рішення Конституційного Суду ґрунтується на приписі частини другої статті 152 Конституції України, яка до того ж *не містить обмежень* щодо цього повноваження Конституційного Суду в частині перевірки на конституційність норм кримінального або іншого публічного законодавства.

Тому вбачається недоречним та неспівмірним аргументом у дискусії про те, чи міг Конституційний Суд застосовувати у цій справі своє повноваження щодо відкладення у часі втрату чинності статтею 375 Кодексу, посилення на думки окремих правників та навіть на попередню практику самого Конституційного Суду, оскільки Рішення сутнісно не заперечує в цій частині жодне попереднє рішення Конституційного Суду.

По-друге, у Рішенні зазначено, що Конституційний Суд „вважає за доцільне відтермінувати втрату чинності ...“ (абзац другий пункту 3 мотивувальної частини), однак немає будь-якого пояснення підґрунтя формування такої „доцільності“.

На мою думку, вказівка у Рішенні на мотиви такого відтермінування є не лише бажаною, а вкрай потрібною для подальших дій законодавця, органів правопорядку та правоохоронних органів.

По-третє, з частини другої статті 152 Конституції України та Рішення слідує цілком зрозумілий юридичний наслідок – *склад злочину, передбачений статтею 375 Кодексу, 11 червня 2020 року не був декриміналізований*.

Декриміналізація цього складу злочину може не відбутись і через шість місяців після ухвалення Рішення, звісно, у разі його виконання українським парламентом належним чином, оскільки, як відомо, не кожне внесення змін до норм Особливої частини Кодексу має наслідком декриміналізацію відповідного складу злочину.

Висновки та підсумкові міркування

17. Безперечно, суспільство та держава мають право очікувати, щоб судді не лише вимагали забезпечення конституційних гарантій, зокрема *незалежності та недоторканності*, а фактично й були такими, тобто *незалежними, неупередженими, справедливими*.

Однак, чи не є марними сподівання на те, що незалежний, неупереджений та справедливий суддя може з'явитись нізвідки та всупереч усьому, а саме: нескінченним судовим реформам, зневазі і недовіри до суддів, істотним ризикам притягнення до дисциплінарної та іншої відповідальності.

У відомому релігійному сюжеті потрібно було сорок років блукань пустелею для досягнення бажаного результату. Можна зробити припущення, що для формування в Україні незалежного та неупередженого суддівського корпусу потрібен такий же час, протягом якого будуть нарешті проведені та завершені усі судові реформи, оцінювання суддів та конкурси на посади суддів. Тому „ідеальні“ судді з омріяного майбутнього лише почали своє навчання на першому курсі юридичного факультету.

Однак, можливо, я помиляюсь і окреслений сюжет значно гірше – відлік цих сорока років ще взагалі не розпочався.



Суддя
Конституційного Суду України

О. ПЕРВОМАЙСЬКИЙ