

НАЦІОНАЛЬНА БЕЗПЕКА і ОБОРОНА

№ 1-2 (173-174)

2018

Засновник і видавець:



УКРАЇНСЬКИЙ ЦЕНТР ЕКОНОМІЧНИХ І ПОЛІТИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ
ІМЕНІ ОЛЕКСАНДРА РАЗУМКОВА

Генеральний директор	Анатолій Рачок
Шеф-редактор	Юрій Якименко
Керівник редакційно-видавничого відділу – редактор	Алла Чернова
Редактор-коректор	Ганна Пашкова
Більд-редактор	Андрій Хопта
Макет	Тетяна Овсяник Олександр Шаптала
Техніко-комп'ютерна підтримка	Володимир Кекух Євген Скрипка

Журнал зареєстровано в Державному
комітеті інформаційної політики України,
свідчення KB № 4122

Журнал видається з 2000р.
українською та англійською мовами

Загальний тираж 1 300 примірників

Адреса редакції:
01015, м. Київ, вул. Лаврська, 16,
2-й поверх
тел.: (380 44) 201-11-98
факс: (380 44) 201-11-99
e-mail: info@razumkov.org.ua
веб-сторінка:
<http://www.razumkov.org.ua>

У разі використання матеріалів,
посилаючи на журнал
“Національна безпека і оборона”
є обов'язковим

Усі фотоматеріали, вміщені
в цьому журналі,
взяті із власного фотоархіву та
загальнодоступних джерел

© Центр Разумкова, 2018

З М І С Т

АНАЛІЗ ПРОЦЕСУ ВПРОВАДЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗМІН ЩОДО ПРАВОСУДДЯ

(Аналітична доповідь Центру Разумкова) 2

**РОЗДІЛ 1. ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗМІН
ЩОДО ПРАВОСУДДЯ: СТАН І ПРОБЛЕМИ** 3

**РОЗДІЛ 2. ПРОБЛЕМИ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗМІН
ЩОДО СТАТУСУ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ** 17

РОЗДІЛ 3. ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ 23

ДОДАТОК 1. Витяг з висновку Головного науково-експертного управління
Апарату Верховної Ради України на проект Закону України
“Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу
України, Цивільного процесуального кодексу України,
Кодексу адміністративного судочинства України
та інших законодавчих актів” 24

ДОДАТОК 2. Витяг із зауважень Головного юридичного управління
Апарату Верховної Ради України до проекту Закону України
“Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу
України, Цивільного процесуального кодексу України,
Кодексу адміністративного судочинства України
та інших законодавчих актів” 33

ДОДАТОК 3. Рішення позачергового XIV з'їзду суддів України 55

ПРОБЛЕМИ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ ЩОДО ПРАВОСУДДЯ ТА СТАТУСУ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

(Виступи учасників Круглого столу)

Павло ПИНЗЕНИК, Мортен ЕНБЕРГ, Отто ЛЮХТЕРГАНДТ,
Микола КОЗЮБРА, Віталій КАРПУНЦОВ, Костянтин КРАСОВСЬКИЙ,
Микола ОНІЩУК, Сергій КОЗЬЯКОВ, Віктор ШИШКІН,
Віктор КОРОЛЕНКО, Андрій МАГЕРА, Олег БЕРЕЗЮК,
Роман КУЙБІДА, Володимир СУЩЕНКО, Петро СТЕЦЮК 56

СУДОВА ВЛАДА В ОЦІНКАХ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ

(Результати соціологічних досліджень) 70

СТАТТІ

РЕФОРМА АДВОКАТУРИ

Олег БЕРЕЗЮК 88

КОНКУРС ДО ВЕРХОВНОГО СУДУ: ПРОЦЕС, РЕЗУЛЬТАТ І ВИСНОВКИ

Михайло ЖЕРНАКОВ 90

ІНДИВІДУАЛЬНА КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА В НІМЕЧЧИНІ ТА В УКРАЇНІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ

д-р Отто ЛЮХТЕРГАНДТ 92

КОЛІЗІЇ У ВИЗНАЧЕННІ БЕЗСТОРОННОСТІ ТА НЕУПЕРЕДЖЕНОСТІ У ПРОЦЕСІ ФОРМУВАННЯ ВЕРХОВНОГО СУДУ

Василь НОР, Оксана КАЛУЖНА 97

ОСНОВНІ КОНСТИТУЦІЙНІ НОВЕЛИ СУДОВОЇ РЕФОРМИ: ЧИ ВСЕ ТАК ДОБРЕ?

Володимир ПОСПОЛІТАК, Роксолана ХАНИК-ПОСПОЛІТАК 108

ЗАКОН ПРО КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ: ТРЕТЯ СПРОБА

Петро СТЕЦЮК 113

ІНСТИТУТ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА ДОСУДОВИМ РОЗСЛІДУВАННЯМ У СИСТЕМІ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ

Володимир СУЩЕНКО 118

КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА І КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Микола ХАВРОНЮК 124

АНАЛІЗ ПРОЦЕСУ ВПРОВАДЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗМІН ЩОДО ПРАВОСУДДЯ

Незалежні суди – необхідна ознака демократичності влади та важливий чинник утвердження в суспільстві верховенства права. Події кінця 2013р. - початку 2014р. засвідчили: в Україні серйозні проблеми зі станом судової влади. Вона виявилася не тільки не спроможною протидіяти свавіллю влади політичної, вона їй потурала, сприяла проявам цієї сваволі. Це, об'єктивно, викликало негативну реакцію суспільства, яке з розумінням сприйняло негайне застосування заходів з відновлення довіри до судової влади і забезпечення права на справедливий суд. Оскільки відчутних позитивних результатів вони не принесли, судова система залишалася дезорієнтованою і деморалізованою. Стала очевидною необхідність реформування конституційних засад функціонування судової влади.

Конституційна комісія, створена Президентом України, підготувала проект змін до Конституції (щодо правосуддя), на основі якого Парламент ухвалив 2 червня 2016р. зміни до Основного Закону України. Імплементация змін до Конституції шляхом утворення необхідних нормативних механізмів їх реалізації була здійснена шляхом прийняття низки законів: “Про судоустрій і статус суддів”, “Про Вищу раду правосуддя”, “Про Конституційний Суд України”, “Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів”, “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”. Процес імплементації змін до Конституції щодо правосуддя і статусу Конституційного Суду передбачає впровадження їх положень і механізмів, визначених законами, в реальну практику формування на нових засадах структури судових органів, призначення суддів, зміни практики судового процесу.

Конституційний Суд, своєю чергою, має набути реального суспільного визнання і поваги, оновивши важливі елементи свого конституційного статусу зразковим дотриманням конституційних повноважень.

У цих процесах є важливим якнайшвидше виявити проблеми, пов'язані з недосконалістю, та й неконституційністю низки положень названих законів, а також засобів їх застосування. Саме цьому присвячена аналітична доповідь та всі матеріали, вміщені в цьому виданні.

Аналітична доповідь складається з трьох розділів:

У першому розділі проаналізовано стан імплементації конституційних змін щодо правосуддя.

У другому розділі викладно аналіз проблем імплементації конституційних змін щодо статусу Конституційного Суду України.

У третьому розділі викладено стисло висновки та рекомендації.

У підготовці аналітичної доповіді, крім експертів Центру Разумкова, брали участь М.Козюбра – доктор юридичних наук, професор (завідував кафедри загальнотеоретичного правознавства та публічного права НАУКМА), В.Венгер – кандидат юридичних наук (доцент кафедри загальнотеоретичного правознавства та публічного права НАУКМА), П.Стецюк – кандидат юридичних наук, доцент, доктор права (суддя Конституційного Суду України у відставці), А.Бойко – доктор юридичних наук, професор (член Вищої ради правосуддя).

Застереження: Аналітична доповідь і статті, вміщені в цьому номері журналу, були підготовлені до 15 грудня 2017р.

1. ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗМІН ЩОДО ПРАВОСУДДЯ: СТАН І ПРОБЛЕМИ

2 червня 2016р. Верховною Радою України формально було завершено досить тривалий процес внесення змін до Конституції України в частині реформування системи правосуддя. Цього дня було ухвалено Закон України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”, основою якого став відповідний проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя), розроблений Конституційною комісією при Президентові України і внесений ним до Верховної Ради 25 листопада 2015р., реєстр. №3524 (Законопроект).

Пояснювальною запискою до цього Законопроекту означено досить амбітну мету таких конституційних змін. А саме: передбачено, що запропоновані зміни є необхідними, насамперед, для утвердження незалежності судової влади, в т.ч. шляхом її деполітизації, для посилення інструментів і механізмів відповідальності судової влади перед суспільством, а також для запровадження належних і більш ефективних конституційних засад кадрового оновлення суддівського корпусу¹.

Як зазначено вище, Законопроект був напрацьований Конституційною комісією, утвореною 3 березня 2015р. Президентом України. Разом з тим, в основі його законодавчої ініціативи лежали значні попередні напрацювання, що до певної міри були переосмислені та доопрацьовані. Саме на цьому наголосила Європейська комісія за демократію через право (Венеціанська комісія), зазначивши, що впродовж багатьох років вона звертала увагу на те, що підставою найсерйозніших критичних зауважень стосовно судових органів і органів прокуратури України були певні положення Конституції України, про які йшлося, зокрема, в опрацьованих нею висновках:

- Висновок щодо проекту Закону “Про органи прокуратури України”, підготовлений Комісією України зі зміцнення демократії і верховенства права, прийнятий Венеціанською комісією на її 92-му пленарному засіданні (Венеція, 12-13 жовтня 2012р.), CDL-AD(2012)019;
- Висновок щодо проекту Закону “Про внесення змін до Конституції України щодо посилення незалежності суддів України” та про внесення змін до Конституції України, запропонованих Конституційною асамблеєю України, прийнятий Венеціанською комісією на її 95-му пленарному засіданні (Венеція, 14-15 червня 2013р.), CDL-AD(2013)014;

- Спільний висновок щодо проекту Закону “Про органи прокуратури України”, прийнятий Венеціанською комісією на її 96-му пленарному засіданні (Венеція, 11-12 жовтня 2013р.), CDL-AD(2013)025;
- Висновок щодо проекту змін до проекту Закону “Про внесення змін до Конституції України щодо посилення незалежності суддів України”, прийнятий Венеціанською комісією на її 97-му пленарному засіданні (Венеція, 6-7 грудня 2013р.), CDL-AD(2013)034;
- Висновок щодо проекту Закону “Про внесення змін до Конституції України”, поданого Президентом України 2 липня 2014р., схвалений Венеціанською комісією на її пленарному засіданні (Рим, 10-11 жовтня 2014р.), CDLAD(2014)037;
- Спільний висновок Венеціанської комісії та Директорату з прав людини Генерального директорату з прав людини і верховенства права щодо Закону “Про судоустрій і статус суддів” та внесення змін до Закону “Про Вищу раду юстиції”, прийнятий Венеціанською комісією на її 102-му пленарному засіданні (Венеція, 20-21 березня 2015р.), CDL-AD(2015)007².

Законопроектом дійсно запропоновано низку нових положень, спрямованих на посилення інституціональної та функціональної незалежності судової влади в Україні, що спираються на європейські та міжнародні стандарти в цій сфері. Це було досить позитивно оцінено Венеціанською комісією в її вже остаточному висновку щодо Законопроекту в жовтні 2015р.³ Зокрема, було підтримано позбавлення Парламенту повноважень щодо обрання суддів безстроково та їх звільнення; скасування першого “випробувального” призначення судді на п'ять років Президентом України та обмеження інших його повноважень у сфері судоустрою і статусу

¹ Пояснювальна записка до проекту Закону “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”. – Офіційний веб-сайт Верховної Ради України, http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc_4_1?pf3511=57209.

² Проміжний висновок Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії) стосовно проекту змін до Конституції України, пов'язаних із правосуддям (CDL-PI(2015)016-e). – Венеціанська комісія, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2015\)016-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2015)016-e).

³ Остаточний висновок Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії) стосовно проекту змін до Конституції України, пов'язаних із правосуддям, CDL-AD(2015)027. – Венеціанська комісія, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2015\)027-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2015)027-e).

суддів; вилучення з переліку підстав для звільнення суддів з посад “порушення присяги”; запровадження вимоги добору суддів Конституційного Суду на конкурсних засадах; запровадження інституту конституційної скарги.

Разом з тим, попри загалом позитивну оцінку запропонованих новел до змісту Конституції України, Венеціанською комісією ще в попередньому висновку було висловлено й досить слушне застереження: **“... ефективне реформування судової системи України – це питання не лише прийняття відповідних конституційних положень, але й політичної волі та бажання створити дійсно незалежну судову систему...”**⁴.

Ще конкретнішим у цьому аспекті було зауваження групи експертів GRECO, висловлене у їх черговому звіті щодо України: **“... Без сумніву, зміна положень Конституції України в частині правосуддя ... є надзвичайно важливим для проведення судової реформи та досягнення її кінцевої мети – практичної реалізації принципу верховенства права і забезпечення кожному права на справедливий судовий розгляд справи незалежним і безстороннім судом. Разом з тим, визначальну роль для досягнення зазначеної мети відіграє імплементація прогресивних положень Конституції України, передусім передача та втілення “духу” правових норм у “букву” закону, а саме прийняття законодавчих актів, що розвинути та доповнять конституційні норми”**⁵.

Таким чином, навіть висновки міжнародних експертів, а тим більше сучасні українські політико-правові реалії дії Конституції України в новій редакції вже протягом більш ніж року змушують критично замислитися над процесом їх імплементації як у національне законодавство, так і в реальне життя.

Юридично сумнівним (навіть загалом неприпустимим) є той факт, що **процес “імплементації” конституційних змін розпочався ще до їх фактичного прийняття**. Йдеться про те, що нова редакція Закону “Про судоустрій і статус суддів” була проголосована Парламентом 2 червня 2016р. безпосередньо перед остаточним голосуванням за зміни до Конституції. Саме цей факт, попри позитивну оцінку ряду змістовних положень Закону міжнародними експертами⁶, неодноразово був предметом досить жорсткої критики як вітчизняних, так і міжнародних експертів⁷.

Слід зазначити, що напрацювання “імплементаційного закону” одночасно з основним конституційним текстом мало б стати нормальною практикою. Такий підхід привніс би більше розуміння усіма учасниками процесу запропонованого способу конституційного врегулювання окремих проблем, відкрив би

можливість організувати процес прийняття Закону “Про судоустрій і статус суддів” з широким публічним обговоренням його положень, дискусією щодо можливого вдосконалення, коригування тощо, що зрештою послужило б доброю передумовою для його майбутнього застосування. На жаль, слід констатувати, що прийняття Закону “Про судоустрій і статус суддів” перед прийняттям Закону “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” мало іншу мету. Воно вкотре продемонструвало одну з головних нинішніх хвороб влади – перевагу політичної доцільності над вимогами Конституції і верховенства права.

21 грудня 2016р. з метою імплементації конституційної моделі Вищої ради правосуддя та визначення організаційних передумов її діяльності, як якісно відмінного від Вищої ради юстиції органу в системі правосуддя, Верховною Радою ухвалено Закон “Про Вищу раду правосуддя”. Як зазначається в експертному Висновку ОБСЄ до проекту Закону “Про Вищу раду правосуддя” (проаналізовані положення загалом не зазнали суттєвих змін після прийняття законопроекту), вказаний проект є позитивним, його положення досить добре сформульованими⁸. Це не означає відсутності в Законі недоліків, які в системному застосуванні з іншими положеннями законодавства можуть бути сприйнятими більш критично.

13 липня 2017р. Верховною Радою ухвалено Закон “Про Конституційний Суд України”, яким значною мірою по-новому врегульовано організацію та порядок діяльності Конституційного Суду. Аналізуючи проект відповідного Закону, Венеціанська комісія зазначила: **“... Переглянута Глава XII Конституції України та Закон України про Конституційний Суд України (проект станом на 1 листопада 2016р.) покращили позицію Конституційного Суду України у порівнянні з попередніми положеннями...”**⁹. Слід також зазначити, що проект Закону “Про Конституційний Суд України” був прийнятий з певними корективами, порівняно з його проектом, що подавався на розгляд Венеціанської комісії.

Останнім з переліку цілісних “імплементаційних законів”, принаймні станом на сьогодні, є прийнятий Верховною Радою 3 жовтня 2017р. Закон України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”. Цей закон має на меті реформувати підходи до процесуальних аспектів здійснення судочинства в Україні. Ним викладаються у новій редакції три ключових процесуальних кодекси (Господарський процесуальний кодекс України, Цивільний процесуальний

⁴ Проміжний висновок Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії) стосовно проекту змін до Конституції України, пов'язаних із правосуддям (CDL-PI(2015)016-e). – Венеціанська комісія, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2015\)016-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2015)016-e).

⁵ Звіт за результатами оцінювання України у сфері “Запобігання корупції серед народних депутатів, суддів та прокурорів” від 23 червня 2017р. – <https://rm.coe.int/grecoeval4rep-2016-9-p3-76-greco-19-23-2017-/1680737206>.

⁶ Висновок ОБСЄ/БДІПЛ щодо Закону України “Про судоустрій і статус суддів” JUD-UKR/298/2017. – Бюро з демократичних інститутів і прав людини ОБСЄ, <http://www.osce.org/uk/odihr/335431?download=true>.

⁷ Див. зокрема: Національна безпека і оборона, 2016, №5-6, с.3-9, 22-32; 75-79 та ін.

⁸ Експертний Висновок ОБСЄ до проекту Закону “Про Вищу раду правосуддя”. – <http://jrc.org.ua/upload/steps/94d8e6a4b926009ff2cfcce79b5465bc.pdf>.

⁹ Висновок Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії) до проекту Закону “Про Конституційний Суд України”, CDL-AD(2016)034-e. – Венеціанська комісія, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)034-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)034-e).



кодекс України та Кодекс адміністративного судочинства України), суттєво коригуються Кримінальний процесуальний кодекс та Кодекс про адміністративні правопорушення, а також вносяться зміни до більш ніж 20 інших законів України. **Цей Закон є ключовим у системі механізмів реформування судової системи, оскільки має привнести нові конкретні процесуальні інструменти захисту судом прав людини в кожній конкретній ситуації з урахуванням негативної практики функціонування судів до цього часу.** На жаль, з підписанням цього Закону Президентом України і, відповідно, набуттям ним чинності також не обійшлося без порушень встановленої Конституцією процедури.

Главою держави Закон підписаний лише 22 листопада 2017р., тобто більш ніж через 1,5 місяці з моменту його прийняття, тоді як відповідно до ч.2 ст.94 Конституції він мав це зробити протягом 15 днів після отримання закону від Голови Верховної Ради України (який мав його підписати та направити Президенту невідкладно після прийняття (ч.1 ст.94 Конституції)) або ж повернути закон зі своїми вмотивованими і сформульованими пропозиціями до Верховної Ради для повторного розгляду.

Фактично більше місяця Закон знаходився у “підвішеному стані”, оскільки ч.3 ст.94 Основного Закону, згідно з якою “у разі якщо Президент України протягом встановленого строку не повернув закон для повторного розгляду, закон вважається схваленим Президентом України і має бути підписаний та офіційно оприлюднений” була проігнорована. Акцентуємо увагу, що **неприхований правовий (у цьому разі конституційний) нігілізм став, по суті, нормою поведінки в найвищих органах держави, що загрожує самому її існуванню.**

Таким чином, прийнятті українським Парламентом названі закони на виконання нових положень Конституції України в частині правосуддя мають не тільки різну, непросту (у кожного з них) історію їх розгляду та ухвалення Верховною Радою, підписання Президентом, але й особливе значення в імплементаційному процесі.

З огляду на це, а також для більш системного розуміння сутнісного значення прийнятих змін і теперішнього стану реалізації положень Основного Закону України на законодавчому рівні, далі будуть проаналізовані такі основні блоки: (1) зміни конституційно-правового статусу судді; (2) удосконалення системи судоустрою; (3) удосконалення засад судочинства та зміни функціонування Конституційного Суду України.

Зміни конституційно-правового статусу судді. Вища рада правосуддя у структурі органів судової влади

Тут слід, насамперед, виокремити підвищення вимог і професійних стандартів до суддівського корпусу, закладення можливостей для його кадрового оновлення.

Так, ст.69 Закону “Про судоустрій і статус суддів” конкретизовано положення Конституції та передбачено, що на посаду судді може бути призначений громадянин України, не молодший 30 та не старший 65 років, який має вищу юридичну освіту і стаж

професійної діяльності у сфері права щонайменше п’ять років, є компетентним, доброчесним та володіє державною мовою.

Положення абзацу 2 ч.3 ст.127 Конституції, які передбачають, що законом також можуть бути передбачені додаткові вимоги для призначення на посаду судді були практично втілені у статтях 28, 38 Закону “Про судоустрій і статус суддів”. До таких додаткових вимог віднесені вимоги щодо спеціального стажу роботи адвокатом, суддею, наукової роботи у сфері права тощо.

Крім того, деталізовано конституційне положення про те, що для суддів спеціалізованих судів можуть бути встановлені інші вимоги щодо освіти та стажу професійної діяльності та ст.33 Закону “Про судоустрій і статус суддів”, передбачено інші вимоги для суддів спеціалізованих судів (досвід діяльності у справах захисту прав інтелектуальної власності, діяльності патентного повіреного), необхідні для вирішення певної категорії справ, коли суддя повинен, перш за все, володіти спеціальними знаннями.

Новелою також стало запровадження нової категорії “доброчесність” та створення окремої інституції – Громадської ради доброчесності. Досвід діяльності останньої, з огляду на політико-правові реалії, є доволі неоднозначним (насамперед, з точки зору професіоналізму, незалежності та неупередженості), але загалом може бути оцінений як позитивний, хоч і потребує додаткового ґрунтовнішого аналізу.

Очевидно, що нововведення стосовно запровадження більш високих вимог до кандидатів на зайняття посади судді з підвищенням їх вікового цензу, а також запровадження конкурсного порядку призначення на посаду судді покликані сприяти підвищенню компетентності та стійкості майбутніх суддів, що, в кінцевому результаті, має позначитися на якості правосуддя.

Крім того, слід загалом вітати відкриття доступу досвідченим адвокатам і науковцям до комплектування корпусу суддів Верховного Суду, Вищого суду з питань інтелектуальної власності, апеляційних судів, що може підсилити кадровий потенціал суддівської системи, імплементувавши нові методи та підходи до відправлення правосуддя. Щоправда, тут варто звернути увагу на прикру помилку, яку допустив законодавець, приймаючи нову редакцію “Про судоустрій і статус суддів” у частині недопущення до участі в конкурсі до Верховного Суду науковців, які отримали науковий ступінь у наукових установах, а не навчальних закладах. Згодом, змінами до тексту Закону “Про Вищу раду правосуддя” ця помилка була виправлена. Проте формально-буквальне тлумачення норми Закону “Про судоустрій і статус суддів” у цій частині Вищою кваліфікаційною комісією суддів України (що може породити сумнів у її належному професіоналізмі) на момент початку конкурсних процедур до Верховного Суду практично унеможливило участь у ньому значного числа науковців.

Окрему увагу законодавцем було присвячено принципам незалежності та незмінюваності суддів, насамперед, у частині унеможливлення політичного впливу органів законодавчої та виконавчої влади на судову гілку влади, що загалом є загальноприйнятим міжнародним стандартом та має безумовно застосовуватись у демократичній державі.



Про усунення політичних органів від процесу призначення, переведення та звільнення суддів неодноразово йшлося у Висновках Венеціанської комісії та інших міжнародних установ¹⁰. Отже, вилучення кадрових, установчих питань у сфері правосуддя з повноважень політичних органів – Верховної Ради та Президента України та їх передача до незалежного конституційного органу державної влади та суддівського врядування – Вищої ради правосуддя, є надзвичайно важливим індикатором відповідності змінених конституційних положень демократичним цінностям і міжнародним стандартам у сфері правосуддя.

Позитивно слід оцінити обмеження (принаймні на рівні Закону) повноважень Президента України у процесі призначення суддів, залишивши за ним суто “церемоніальну” роль у цьому процесі. Йдеться про неприпустимість розширення повноважень Глави держави через тлумачення конституційних норм, яке могло трапитись у такій ситуації. А поєднання зазначеного фактору із скасуванням інституту призначення судді на посаду вперше в межах п’ятирічного строку та, натомість, призначення судді на посаду безстроково може стати вагомим посиленням гарантій незалежності судді.

Щодо Верховної Ради України, то, як відомо, станом на сьогодні, Парламент передав усі матеріали та рекомендації Вищої кваліфікаційної комісії суддів України до Вищої ради правосуддя, яка, своєю чергою, розпочала виконувати конституційні повноваження – розглядати матеріали, приймати рішення та направляти подання про призначення суддів на посаду Президенту України. Щоправда, цей процес поки що не виглядає бездоганим і здійснюється доволі повільно, що викликає небезпідставні зауваження у громадськості. Це особливо критично в теперішніх умовах функціонування судової системи, коли в Україні вже сьогодні є кілька десятків судів, де число суддів є критично меншим (інколи навіть більш, ніж вдвічі) від запланованої штатної чисельності.

На виконання конституційних приписів на рівні Закону “Про судоустрій і статус суддів” також розмежовано підстави для звільнення судді з посади та підстави припинення його повноважень. Такий поділ підстав є прогресивним та практично доцільним.

Звільнення суддів повинно відбуватися після проведення належної процедури та на основі підтверджених даних, а тому вимагає здійснення відповідних дій органом, відповідальним за кар’єру судді. З іншого боку, припинення повноважень судді внаслідок настання певного юридичного факту не вимагає прийняття спеціального рішення, а здійснюється автоматично. Разом з тим, спосіб імплементації окремих підстав звільнення судді мав би бути більш точним і коректним. Зокрема, щодо підстави звільнення судді за порушення ним обов’язку підтвердити законність джерела походження майна. Така підстава загалом кореспондується з відповідними міжнародними стандартами і є виправданою в українських реаліях. Проте, вона не повинна створювати загрозу дотримання принципу незалежності судді, що вимагає більш ретельного законодавчого регулювання з урахуванням можливих ризиків зловживання.

З цієї ж точки зору актуальним є зауваження міжнародних експертів щодо можливості оскарження рішення Вищої ради правосуддя про звільнення судді, особливо у випадку звільнення на підставі процедури, передбаченої п.20 Прикінцевих і перехідних положень Закону “Про судоустрій і статус суддів”. Експертами ОБСЄ зазначено, що **“...варто переглянути обмеження на право діючих суддів оскаржувати рішення про своє звільнення через негативні результати оцінювання на відповідність займаній посаді, передбаченого пунктом 20 Прикінцевих та перехідних положень Закону, надавши Верховному Суду повноваження розглядати всі аспекти рішення про звільнення судді, ухвалене Вищою радою правосуддя”**¹¹.

Такі зауваження до імплементації конституційних положень є вкрай важливими з огляду на цілком виправдане вилучення під час внесення змін до Конституції України з переліку підстав звільнення суддів такої підстави, як звільнення за порушення присяги. Вилучення цієї підстави відбулось у чіткій відповідності до міжнародних стандартів та враховувало його досить жорстку критику Венеціанської комісії та інших фахових міжнародних інституцій. Особливо жорстко питання щодо цієї підстави звільнення судді було поставлено Європейським судом з прав людини у справі “Олександр Волков проти України” (заява №21722/11).

Саме тому актуальним залишається фактор розумного балансу законодавчого регулювання та практики застосування відповідних положень Конституції України. Неприпустимим було б фактичне перетворення якихось з передбачених Конституцією і Законом “Про судоустрій і статус суддів” підстав у нове “порушення присяги”. Відповідні перестороги було висловлено тими ж експертами ОБСЄ, наприклад, щодо ст.109 Закону “Про судоустрій і статус суддів”, з якої випливає, що “... рішення Європейського суду з прав людини, яким встановлені факти, що можуть бути підставою для застосування дисциплінарного стягнення до судді, може мати наслідком стягнення щодо цього судді, навіть без дисциплінарного

¹⁰ Висновки Венеціанської комісії CDL-AD(2013)014; CDL-AD(2015)027; CDL-AD(2015)007; Висновки Комітету Міністрів Ради Європи, зокрема, №18 “Позиція судової влади та її відносини з іншими гілками державної влади в умовах сучасної демократії” та інших.

¹¹ Висновок ОБСЄ/БДПЛ щодо Закону України “Про судоустрій і статус суддів” JUD-UKR/298/2017. – Бюро з демократичних інститутів і прав людини ОБСЄ, <http://www.osce.org/uk/odihr/335431?download=true>.



провадження за національним законом... бажано переглянути це положення, чітко зазначивши, що рішення ЄСПЛ може, залежно від обставин, бути підставою для відкриття дисциплінарного провадження, проте не відміняє потреби в такому провадженні”¹².

Конституція України (ст.131) наділила Вищу раду правосуддя широким колом повноважень, які посилюють незалежність судової влади та її відповідальність перед суспільством. Зокрема, Вища рада правосуддя реалізовує наступні повноваження:

- 1) вносить подання про призначення судді на посаду;
- 2) ухвалює рішення стосовно порушення суддею чи прокурором вимог щодо несумісності;
- 3) розглядає скарги на рішення відповідного органу про притягнення до дисциплінарної відповідальності судді чи прокурора;
- 4) ухвалює рішення про звільнення судді з посади;
- 5) надає згоду на затримання судді чи утримання його під вартою;
- 6) ухвалює рішення про тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя;
- 7) вживає заходів щодо забезпечення незалежності суддів;
- 8) ухвалює рішення про переведення судді з одного суду до іншого;
- 9) здійснює інші повноваження, визначені Конституцією та законами України (зокрема, серед конституційних положень також передбачено, що суд утворюється, реорганізовується і ліквідується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя (ст.125), а також, що у Державному бюджеті України окремо визначаються видатки на утримання судів з урахуванням пропозицій Вищої ради правосуддя (ст.130)).

Проте Конституція не визначила генерального завдання, яке має виконувати Вища рада правосуддя, а саме: забезпечення незалежності судової влади. Це завдання регламентовано в Законі України “Про Вищу раду правосуддя”, у ст.1 якого закріплено, що Вища рада правосуддя є колегіальним, незалежним конституційним органом державної влади та суддівського врядування, який діє в Україні на постійній основі для забезпечення незалежності судової влади, її функціонування на засадах відповідальності, підзвітності перед суспільством, формування доброчесного та високопрофесійного корпусу суддів, додержання норм Конституції і законів України, а також професійної етики в діяльності суддів і прокурорів. Безсумнівно, що правильним було б закріпити це завдання безпосередньо в Конституції України.

Необхідно також звернути увагу на те, що в Законі “Про Вищу раду правосуддя” розширено, порівняно з Конституцією України, коло повноважень, які покладаються на Вищу раду правосуддя. У ст.3 цього

Закону визначені й інші повноваження Вищої ради правосуддя, зокрема:

- забезпечення здійснення дисциплінарним органом дисциплінарного провадження щодо суддів;
- утворення органів для розгляду справ щодо дисциплінарної відповідальності суддів;
- вжиття заходів щодо забезпечення авторитету правосуддя;
- ухвалення рішення про припинення відставки суддів;
- погодження числа суддів у суді;
- надання обов’язкових до розгляду консультативних висновків щодо законопроектів з питань утворення, реорганізації чи ліквідації судів, судоустрою і статусу суддів, узагальнення пропозицій судів, органів та установ системи правосуддя стосовно законодавства щодо їх статусу та функціонування, судоустрою і статусу суддів;
- призначення на посаду та звільнення з посади Голови Державної судової адміністрації України, його заступників;
- а також інші повноваження, що стосуються питань адміністрування та фінансового і матеріально-технічного забезпечення судів.

Зазначені повноваження передбачають, що саме Вища рада правосуддя у взаємодії з іншими органами судової влади повинна реалізовувати реформи в системі правосуддя: сформувати новий Верховний Суд, Вищий суд з питань інтелектуальної власності, Вищий антикорупційний суд, оптимізувати систему загальних судів України, забезпечити якісне оновлення суддівського корпусу, створити належні умови для функціонування судів тощо. Тому Вища рада правосуддя, як конституційний орган, має бути опорою для незалежності і підзвітності судової влади.

Перехідними положеннями до конституційних змін у частині правосуддя було передбачено утворення Вищої ради правосуддя шляхом реорганізації Вищої ради юстиції у новий орган – Вищу раду правосуддя.

Конституція визначила, що Вища рада правосуддя складається з 21 члена, 10 з яких – судді, обрані з’їздом суддів України, голова Верховного Суду за посадою, а інші 10 членів представляють інші правничі професії і обираються, зокрема: 2 – Верховною Радою, 2 – Президентом, 2 – з’їздом адвокатів України, 2 – конференцією прокурорів України і 2 – з’їздом представників вищих юридичних навчальних закладів і наукових установ. Новий порядок формування Вищої ради правосуддя заклав важливе положення, яке відповідає стандарту Ради Європи щодо складу судових рад, а саме: в цьому органі принаймні не менше половини його членів повинні становити судді, обрані самими суддями.

У Законі “Про Вищу раду правосуддя” (ст.6) стосовно членів Вищої ради правосуддя, крім вимог щодо громадянства України, віку – не молодше 35 років, володіння державною мовою, наявності вищої юридичної освіти, стажу професійної діяльності у сфері права не менше 15 років, належності до правничої

¹² Висновок ОБСЄ/БДІПЛ щодо Закону України “Про судоустрій і статус суддів” JUD-UKR/298/2017. – Бюро з демократичних інститутів і прав людини ОБСЄ, <http://www.osce.org/uk/odihr/335431?download=true>.

професії, встановлено ще одну дуже важливу вимогу – відповідність критерію політичної нейтральності. Член Вищої ради правосуддя, обов'язком якого є відстоювати незалежність судової влади, повинен бути політично нейтральним. Безсумнівно, що до складу Вищої ради правосуддя мали б обирати правників, які насамперед знають особливості суддівської діяльності і готові утверджувати принципи та культуру суддівської незалежності.

Треба констатувати, що Закон “Про Вищу раду правосуддя” відповідає основним положенням Висновку №10 Консультативної ради європейських суддів (КРЕС), що визначає головні повноваження судових рад.

КРЕС визначає дві групи ключових завдань суддівських рад, перша стосується суддівської кар'єри, друга – взаємодії судової влади з іншими гілками влади. Небагато країн-членів Ради Європи визначають ці два завдання для судових рад і наділяють цей орган відповідними повноваженнями. Поширеною залишається практика, відповідно до якої ціла низка питань адміністрування судами, особливо функції розпорядження коштами державного бюджету щодо фінансового, матеріально-технічного та іншого забезпечення судів – залишаються у віданні виконавчої влади, як і питання призначення та кар'єри суддів залишаються під впливом виконавчої чи законодавчої влади.

Натомість, відповідно до змін Конституції України в частині правосуддя і положень Закону “Про Вищу раду правосуддя”, саме Вища рада правосуддя наділяється повноваженнями призначення, звільнення та кар'єрного росту суддів, а також можливістю впливати на адміністрування судами, в т.ч. бере участь у визначенні видатків Державного бюджету України на утримання судів, органів та установ системи правосуддя, погоджує перерозподіл бюджетних видатків між судами (крім Верховного Суду). Ці повноваження дають можливість забезпечувати рівновагу судової влади серед інших гілок державної влади в Україні. Це важливий крок у напрямі забезпечення незалежності судової влади. Варто нагадати, що до цих змін важливу роль у призначенні, звільненні та кар'єрному зростанні суддів відігравали Президент та Верховна Рада України.

Функції у питанні суддівської кар'єри Вища Рада правосуддя ділить з Вищою кваліфікаційною комісією суддів, але ключова роль належить Вищій раді правосуддя. Водночас, Вища рада правосуддя може не погодитися з Вищою кваліфікаційною комісією суддів у питанні рекомендації на посаду судді, коли вона вважатиме, що для цього є достатні підстави.

Важливим кроком у формуванні механізму взаємодії між різними гілками державної влади є надання Вищій раді правосуддя повноважень стосовно надання обов'язкових до розгляду висновків щодо законопроектів з питань утворення, ліквідації, реорганізації судів, статусу суддів, судоустрою, а також узагальнення пропозицій суддів, органів та установ системи правосуддя щодо функціонування, статусу судів та судоустрою, пропозицій щодо видатків державного бюджету на судову систему, погодження перерозподілу

видатків (крім Верховного Суду), затвердження нормативів кадрового та матеріально-технічного забезпечення судів тощо. Ці повноваження дають можливість Вищій раді правосуддя відігравати важливу роль у питаннях фінансового, матеріально-технічного та іншого забезпечення діяльності судів. **Тенденція останніх років підтверджує, що в цих питаннях важливе значення має незалежність судової влади від органів виконавчої влади.**

Що також важливо, Закон “Про вищу раду правосуддя” наділив Вищу раду правосуддя повноваженнями взаємодії з іншими суб'єктами, насамперед, з державними органами, а також забезпечення авторитету правосуддя та незалежності суддів.

Великим позитивом змін є встановлення рівноваги між незалежністю і відповідальністю суддів. Вища рада правосуддя наділена повноваженнями, які дозволяють цю рівновагу встановити. Це дуже важливе зрушення для України.

Вища рада правосуддя стане єдиним дисциплінарним органом стосовно суддів, а також контролювати додержання закону та етики в діяльності суддів і прокурорів.

Закон досить детально прописує процедуру розгляду дисциплінарних скарг на діяльність суддів і одночасно закладає необхідні гарантії захисту суддів у процесі дисциплінарного провадження, які відповідають стандарту справедливого судового розгляду, відповідно до ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Відповідно до Закону, у Вищій раді правосуддя створені три дисциплінарні палати, які виконують функції первинного дисциплінарного органу. При цьому, доповідач у дисциплінарній справі, оскільки він виконує певною мірою функцію публічного обвинувача, не бере участі у прийнятті рішення дисциплінарного органу про притягнення чи відмову у притягненні судді до дисциплінарної відповідальності. Вища рада правосуддя у пленарному складі має повноваження повного перегляду рішень дисциплінарних палат про притягнення чи відмову у притягненні судді до дисциплінарної відповідальності. Рішення у дисциплінарній справі і дисциплінарна палата, і Рада у пленарному складі приймає більшістю голосів присутніх, тоді як до відповідних змін Вища рада юстиції рішення у дисциплінарних справах ухвалювала більшістю конституційного складу.

Нововведенням є і обмеження судового контролю на рішення Вищої ради правосуддя у дисциплінарних справах.

Підстави, з яких Верховний Суд може скасувати рішення Вищої ради правосуддя щодо притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, передбачають обмежений судовий контроль щодо ревізії рішення Вищої ради правосуддя. Суд може скасувати рішення Вищої ради правосуддя винятково з таких підстав:

- 1) склад Вищої ради правосуддя, який ухвалив відповідне рішення, не мав повноважень його ухвалювати;

- 2) рішення не підписано будь-ким зі складу членів Вищої ради правосуддя, які брали участь у його ухваленні;
- 3) суддя не був належним чином повідомлений про засідання Вищої ради правосуддя;
- 4) рішення не містить посилань на визначені законом підстави дисциплінарної відповідальності судді та мотиви, з яких Вища рада правосуддя дійшла відповідних висновків.

Як видно, суд обмежений в оцінці рішення Вищої ради правосуддя тільки встановленням наведених у рішенні підстав для дисциплінарної відповідальності та мотивів, які обґрунтовують саме рішення, а також дотримання процесуальних вимог розгляду дисциплінарної справи щодо повноважень складу Вищої ради правосуддя, наявності підписів усіх членів, які брали участь в ухваленні рішення, дотримання вимог щодо повідомлення належним чином судді про засідання Вищої ради правосуддя без перегляду встановлених фактичних обставин справи, оцінки доказів та обставин, які вплинули на обрання виду дисциплінарного стягнення.

До Вищої ради правосуддя віднесено і повноваження щодо надання згоди на затримання, утримання під вартою та арешт судді. До набуття чинності відповідними змінами до Конституції, ці повноваження належали Верховній Раді. Передача цих повноважень до Вищої ради правосуддя розцінюється як один з багатьох кроків, які роблять суддів незалежними від впливу політичної влади.

Конституція України (ст.126) гарантує судді незалежність і недоторканність. Без згоди Вищої ради правосуддя суддю не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку суду, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Частина 2 ст.49 Закону “Про судоустрій і статус суддів” визначає, що суддя, затриманий за підозрою у вчиненні діяння, за яке встановлена кримінальна чи адміністративна відповідальність, повинен бути негайно звільнений після з’ясування його особи, за винятком:

- 1) якщо Вищою радою правосуддя надано згоду на затримання судді у зв’язку з таким діянням;
- 2) затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину, якщо таке затримання є необхідним для попередження вчинення злочину, відвернення чи попередження наслідків злочину або забезпечення збереження доказів цього злочину.

Це достатньо широке закріплення недоторканності та імунітету суддів.

Стандарти Ради Європи передбачають функціональну недоторканність, яка якраз і є тим явищем, на захист якого мають бути скеровані конституційні гарантії. У п.71 Додатка до Рекомендації (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів зазначено: коли суддя не виконує

суддівські функції, він може бути притягнутий до відповідальності згідно з цивільним, кримінальним або адміністративним правом, як і всі інші громадяни. Наприклад, на думку Венеціанської комісії, висловленої у Висновку №847/2016 *AMICUS CURIAE* для Конституційного Суду Республіки Молдова від 11 червня 2016р., суддівська рада може відмовити в наданні згоди на затримання судді, застосування до нього запобіжних заходів у вигляді тримання під вартою чи домашній арешт у випадку, якщо притягнення судді до кримінальної відповідальності здійснюється за фактом, пов’язаним з виконанням обов’язків судді. Таким чином, передбачена недоторканність суддів носить переважно функціональний характер.

Венеціанська комісія вже висловлювала критичне ставлення до надмірності положень про суддівську недоторканність. Хоча і зазначає, що необхідно вживати всіх заходів, щоб суддя не піддавався впливу, залякуванню чи приниженню під час виконання обов’язків судді. Створення невинуватених перешкод для належного розслідування злочинів, що можуть вчинятися суддями, може сприяти корупції у суддівському корпусі. Немає сумніву в тому, що судді потребують захисту від тиску та інших неправомірних дій з боку інших гілок влади, і недоторканність є формою захисту суддів від тиску, викликаного необґрунтованим переслідуванням із застосуванням неправомірних заходів.

Проте судді повинні бути рівними перед законом так само, як і інші громадяни, особливо, що стосується матеріально-правових підстав для затримання, утримання під вартою чи арешту судді. Між цими двома вимогами необхідно забезпечити баланс з урахуванням специфіки ситуації в країні, в силу чого може мати місце перевага в один чи інший бік.

Можливо, обрана модель, є не найбільш вдалою, оскільки Закон визначає п’ятиденний строк для розгляду подання Генерального прокурора чи його заступника про надання згоди на затримання, утримання під вартою чи арешт судді, що не узгоджується з положеннями Кримінального процесуального кодексу України, який встановлює значно коротший строк для вирішення цих процесуальних завдань. Матеріально-правові підстави для затримання судді не повинні відрізнятися від матеріально-правових підстав для затримання інших осіб, оскільки йдеться про принцип рівності всіх перед законом.

У ст.58 Закону “Про Вищу раду правосуддя” передбачено, що подання Генерального прокурора чи його заступника про надання згоди на затримання, утримання під вартою чи арешт судді, повинно відповідати вимогам, встановленим Кримінальним процесуальним кодексом, тобто містити матеріально-правові та процесуальні підстави (повинно бути вмотивованим, містити конкретні факти та докази, що підтверджують вчинення суддею суспільно небезпечного діяння, визначеного Кримінальним кодексом України, обґрунтування необхідності такого затримання (утримання)). Хоча доцільнішим було б, щоб Вища рада правосуддя оцінювала наявність конкретних фактів і доказів, що обґрунтовують підозру судді у вчиненні суспільно небезпечного діяння, визначеного Кримінальним кодексом України, а питання необхідності затримання,

утримання під вартою чи арешт судді повинно вирішуватись слідчим суддею чи судом, під час обрання заходу забезпечення кримінального провадження, як і передбачено Кримінальним процесуальним кодексом. Вища рада правосуддя повинна переконатися, що для зняття недоторканності та імунітету судді є матеріально-правові підстави, а застосування до судді заходів забезпечення кримінального провадження не є формою впливу на суддю.

Вища рада правосуддя також надає згоду на тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності (до внесення відповідних змін до Конституції, згоду на тимчасове відсторонення судді від посади надавала Вища кваліфікаційна комісія суддів України). Частина 5 ст.49 Закону "Про судоустрій і статус суддів" визначає, що суддя може бути тимчасово відсторонений від здійснення правосуддя на строк не більше двох місяців у зв'язку з притягненням до кримінальної відповідальності на підставі вмотивованого клопотання Генерального прокурора або його заступника в порядку, встановленому законом. Відповідно до вимог Кримінального процесуального кодексу (ст.ст.155 та 155-1) для відсторонення судді від здійснення правосуддя необхідно встановити наявність достатніх доказів, які вказують на вчинення суддею кримінального правопорушення, а також наявність достатніх підстав вважати, що такий захід є необхідним для припинення кримінального правопорушення, припинення або запобігання протиправній поведінці підозрюваного чи обвинуваченого, який може знищити чи підробити речі і документи, що мають значення для досудового розслідування, незаконними засобами впливати на свідків та інших учасників кримінального провадження або протиправно перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином.

Необхідно зазначити, що в цьому випадку законодавець не врахував, що статус судді передбачає і додаткові вимоги до судді щодо його поведінки. Частина 7 ст.56 Закону "Про судоустрій і статус суддів" визначає, що на суддю покладаються обов'язки як у зв'язку зі здійсненням правосуддя, так і поза цими межами, в т.ч. обов'язок виявляти та підтримувати високі стандарти поведінки в будь-якій діяльності з метою укріплення суспільної довіри до суду, забезпечення впевненості суспільства в чесності та невідчужуваності суддів. Тому для тимчасового відсторонення судді від здійснення правосуддя достатньо встановити обставини, що підтверджують наявність достатніх доказів, які вказують на вчинення суддею кримінального правопорушення. Якщо суддя обгрунтовано підозрюється у вчиненні кримінального правопорушення, то вже ця обставина ставить під сумнів легітимність судді і, відповідно, довіру до нього щодо можливості здійснювати правосуддя. Тому суддя повинен бути тимчасово відсторонений від здійснення правосуддя, доки цей обгрунтований сумнів у встановленому порядку не буде спростовано.

Треба зазначити, що реалізація змін до Конституції України в частині правосуддя за більш ніж річний строк виявила і певні вразливі чинники, які позначаються на якості проведення реформи правосуддя.

Якісний склад Вищої ради правосуддя, реорганізованої з Вищої ради юстиції, не повною мірою виявився готовим діяти відповідно до нових викликів, зокрема відігравати ключову роль у питаннях суддівської кар'єри та підзвітності суддів суспільству, а також щодо утвердження принципів та культури суддівської незалежності та безсторонності. Можливо тому у суспільства є претензії до Вищої ради правосуддя щодо "люстрації" суддів відповідно до Закону "Про очищення влади", щодо окремих рішень про притягнення суддів, які розглядали судові справи учасників Революції Гідності, до дисциплінарної відповідальності, розгляд питання про внесення подання Президенту про призначення на посади суддів Верховного Суду тощо. І проблема не лише в тому, що на сьогодні у складі Вищої ради правосуддя тільки шість суддів, які безпосередньо обрані суддями (відповідно до змін їх буде 10), а інші судді (чотири) призначені іншими суб'єктами формування попередньої Вищої ради юстиції і, відповідно, формально не несуть відповідальності перед колегами-суддями, але й в тому, що культура професійної незалежності та усвідомлення своєї відповідальності перед професією та суспільством є низькою як у суддів, так і у членів Вищої ради правосуддя, представників інших правничих професій.

Причиною цього є те, що на сьогодні ми не маємо незалежного та якісного професійного середовища як у сфері суддівської, так і у сфері адвокатської та прокурорської діяльності. Тому немає впевненості, що ці професійні спільноти будуть обирати найбільш гідних своїх представників до складу Вищої ради правосуддя. А це має велике значення, оскільки якісний склад представників не з суддів у складі Вищої ради правосуддя мав би нейтралізувати вияви невинуватості корпоративності (псевдокорпоративності) з боку суддів. Можливо, виправданим було б формування складу Вищої ради правосуддя з числа не суддів законодавчим органом за попереднім висуненням кандидатів професійним середовищем адвокатів, прокурорів, освітян тощо, як це є в окремих державах, але за умови їх обрання кваліфікованою (2/3) більшістю конституційного складу Верховної Ради України. Це б забезпечувало узгоджену позицію як коаліції, так і опозиції щодо найгідніших кандидатів до складу Вищої ради правосуддя.

Протягом річного етапу реформи виявилася низька узгодженість між різними органами судової влади щодо пріоритетності, етапності та динаміки реалізації судової реформи. Йдеться не про управлінську субординацію на чолі з Вищою радою правосуддя, а про необхідне узгодження за умови, що такі органи як Вища рада правосуддя, Вища кваліфікаційна комісія суддів України та Державна судова адміністрація України задіяні в реалізації цієї реформи. Зокрема, відповідно до п.4 Перехідних і прикінцевих положень Закону "Про судоустрій і статус суддів" передбачено, що утворення Верховного Суду мало відбутися протягом шести місяців з дня набуття чинності цим Законом, що не дотримано; пунктом 29 передбачено, що кандидати на посаду судді, які були зараховані до резерву на заміщення вакантних посад суддів та включені до рейтингового списку, в разі якщо закінчення трирічного строку припало на період одного

року до набуття чинності цим Законом, а також кандидати, щодо яких на день набуття чинності цим Законом внесені рекомендації Вищої кваліфікаційної комісії суддів, але яких не призначено на посаду судді, мають право взяти участь у доборі на посаду судді в порядку, встановленому цим Законом, без складання відбіркового іспиту та проходження спеціальної підготовки. Такі кандидати повторно складають кваліфікаційний іспит та беруть участь у конкурсі на зайняття посади судді відповідно до результатів такого іспиту.

Пройшло більше 1,5 року з дня набуття чинності Законом, а кваліфікаційний іспит для цих кандидатів не проведено, хоча в окремих місцевих судах є значна недоукомплектованість суддями. Не вирішена доля суддів, п'ятирічний строк на посаді судді яких закінчився, вони перебувають на посадах суддів, і щодо них не запроваджено процедури про їх обрання суддями безстроково. Пунктом 44 передбачено, що Вища рада правосуддя у двомісячний строк з дня набуття чинності Законом повинна була затвердити Положення про Службу судової охорони за поданням Державної судової адміністрації України після консультацій з Міністерством внутрішніх справ, а також призначити керівника Служби судової охорони за поданням Державної судової адміністрації, що не виконано. Пунктом 46 (підпункт 2) передбачено, що Державна судова адміністрація повинна забезпечити виконання в повному обсязі Службою судової охорони повноважень, передбачених цим Законом, не пізніше 1 січня 2018р., що не буде виконано.

Пунктом 46 передбачено, що Державна судова адміністрація України повинна забезпечити створення Єдиної судової інформаційної (автоматизованої) системи, яка забезпечує автоматизований документообіг у судах, в органах суддівського врядування, між судами, між судами та органами суддівського врядування, Державною судовою адміністрацією, захищене зберігання та автоматизовану аналітичну обробку статистичної інформації про діяльність судді, суду, судів відповідних рівнів та юрисдикцій, даних щодо суддів, які включаються до суддівського досьє тощо. Виконання цього пункту належним чином не моніториться.

Призначення на посади суддів Президентом України за поданням Вищої ради правосуддя затягується, інколи більше ніж на шестимісячний строк, хоча Закон “Про судоустрій і статус суддів” (ст.80) передбачає, що Президент України видає указ про призначення судді не пізніше 30 днів з дня отримання відповідного подання Вищої ради правосуддя. Частина 1 ст.80 Закону “Про судоустрій і статус суддів” визначає, що призначення на посаду судді здійснюється Президентом України на підставі та в межах подання Вищої ради правосуддя, без перевірки додержання встановлених цим Законом вимог до кандидатів на посаду судді та порядку проведення добору чи кваліфікаційного оцінювання кандидатів. Ця процедура відводить Президенту церемоніальну функцію. У цій же статті передбачено, що будь-які звернення щодо кандидата на посаду судді не перешкоджають його призначенню на посаду. Викладені в таких зверненнях факти можуть бути підставою для порушення Президентом перед компетентними органами питання про проведення в установленому законом порядку перевірки цих фактів. Залишається



відкритим питання, а яким чином має діяти Президент у випадку, коли викладені у зверненні факти підтвердяться і призначення цього кандидата на посаду судді може негативно вплинути на суспільну довіру до судової влади у зв'язку з таким призначенням? Закон не передбачає можливості для повернення Президентом України відповідного подання Вищої ради правосуддя про призначення відповідного кандидата на посаду судді для повторного розгляду. Тому це питання необхідно законодавчо врегулювати.

Напевно, невинуватою є практика об'єднання в одному органі (Вищій раді правосуддя) здійснення дисциплінарного провадження щодо суддів: первинний розгляд дисциплінарної справи дисциплінарними палатами та апеляційний перегляд рішення первинного дисциплінарного органу про притягнення чи відмову у притягненні судді до дисциплінарної відповідальності пленарним складом Вищої ради правосуддя. Виявилось, що такий підхід не забезпечує єдності практики в діяльності дисциплінарних палат і не усуває деяких суб'єктивних чинників у підходах до розгляду певних категорій дисциплінарних справ.

Набутий досвід реалізації змін до Конституції України в частині правосуддя і безпосередня діяльність Вищої ради правосуддя дають підстави позитивно оцінити ці зміни загалом з розумінням того, що вразливі і проблемні чинники треба усунути.

Тому необхідно розуміти, що високі очікування суспільства щодо результатів реформи правосуддя залежать від належних відносин між гілками державної влади, які б базувались на принципах незалежності судової влади та узгодженості в реалізації реформи між органами судової влади та їх усвідомленні своєї відповідальності перед суспільством.

Удосконалення системи судоустрою

Одним з важливих напрямів судової реформи є спроба переходу на конституційному рівні до триланкової (трьохрівневої) системи судів в Україні. У пояснювальній записці до законопроекту “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” з цього приводу прямо зазначено: “...у законопроекті закладено можливість поступового переходу до триланкової судової системи – у перспективі, коли з'являться достатні підстави для цього. ...обов'язковою умовою такого переходу є суттєве підвищення

якості судочинства в судах першої та апеляційної інстанції та відповідне зменшення кількості касаційних скарг (без механічного обмеження права особи на касаційне оскарження судового рішення)...”¹³.

Очевидно, саме поступовістю цього процесу можна було б пояснити той факт, що відповідно до ст.125 Закону “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” **система судустрою, всупереч європейській практиці та рекомендаціям Венеціанської комісії, визначається не Конституцією, а законом.** Ще на етапі підготовки законопроекту “Про внесення змін до Конституції України” це положення деякими експертами оцінювалося як таке, що створює загрозу консервації існуючої складної і не завжди зрозумілої не тільки для простих громадян, але й для професійних правників системи судустрою¹⁴.

Поки що рано робити остаточні висновки щодо вагомості таких загроз. Проте закладені в Законі “Про судустрой і статус суддів” окремі положення не можуть не викликати професійного занепокоєння. Як свідчить аналіз названого Закону, він містить низку суперечностей, невизначеностей, а часом і просто дивних юридичних конструкцій. До них слід віднести, зокрема, входження до складу Верховного Суду, який, за усталеною європейською практикою, сам є касаційним судом (саме в цьому полягає його статус найвищого суду в системі судустрою) – чотирьох касаційних судів – адміністративного, господарського, кримінального, цивільного, що вже саме по собі викликає сумнів у задекларованих запевненнях про перехід до трьохрівневої системи судустрою.

Цей сумнів підтверджується низкою інших положень Закону “Про судустрой і статус суддів” – невизначеністю ч.3 ст.17 Закону про те, що “в системі судустрою діють вищі спеціалізовані суди”, правова природа і статус яких навіть з урахуванням глави 4 розділу “Судустрой” залишаються малозрозумілими, крім хіба що визначення категорій справ, що розглядатимуться утвореними відповідно до Закону Вищим судом з питань інтелектуальної власності та Вищим антикорупційним судом. Відповідно до ч.1 ст.31 Закону, під час розгляду справ цих категорій, названі суди діють як суди першої інстанції, у зв’язку з цим виникає питання: якими є відносини (зважаючи на закріплення у ч.1 ст.17 Закону принципу інстанційності) з апеляційними судами та Верховним Судом тощо?

Ці суперечності повністю не усунені також згаданим Законом про внесення змін до процесуальних кодексів України. Законодавча невизначеність з цих та інших питань неминуче призводитиме до внутрішніх протиріч у судовій системі, ускладнюватиме забезпечення її організаційної єдності та єдності судової практики.

Залишилися осторонь уваги законодавця також “наполеглива рекомендація” Венеціанської комісії,

висловлена нею ще під час внесення змін до Конституції, про виокремлення адміністративних судів в автономну підсистему системи судустрою, скасувавши всі інші вищі спеціалізовані суди¹⁵. Така рекомендація цілком відповідає тенденціям, які очевидно простежуються в країнах континентальної Європи (зокрема тих з них, у конституціях яких згадуються адміністративні суди та їх особливості, як це нині, після внесення змін, має місце також у Конституції України). Саме суттєва специфіка адміністративної юстиції, на яку неодноразово звертали увагу як вітчизняні, так і зарубіжні фахівці, дає підстави вважати, що раніше чи пізніше український законодавець змушений буде повернутися до цього питання, виокремити адміністративні суди у відносно автономну “вертикаль” системи судустрою, вилучивши з неї елементи, наявні сучасною політичною кон’юнктурою. Можливості для цього новою редакцією Конституції України закладені.

Повноваження Верховного Суду за Законом “Про судустрой і статус суддів” фактично обмежуються повноваженнями Великої Палати Верховного Суду, окресленими в загальних рисах. Серед цих повноважень, як і в попередніх законах про судустрой і статус суддів, переважають повноваження позапроцесуального характеру (аж до надання висновків щодо проектів законодавчих актів, пов’язаних з функціонуванням системи судустрою), які прямо не стосуються статусу Верховного Суду як “найвищого суду”.

Це знову-таки, за відсутності чіткої визначеності може призвести до суперечностей у практичній діяльності Верховного Суду, зокрема під час реалізації ним ухваленого у 2013р. Протоколу №16 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікованого Верховною Радою України 5 жовтня 2017р.

Протокол №16 надає Високим Договірним Сторонам можливість звертатися до Європейського суду з прав людини із запитом та клопотаннями щодо надання консультативних висновків щодо тлумачення або застосування відповідних положень Конвенції, що стосуються справ, які перебувають у провадженні національних судів. Право такого запиту та отримання консультативного висновку за процедурою, передбаченою Протоколом №16, має Суд, якщо справа перебуває в його провадженні. Проте, **оскільки у складі Верховного Суду, крім Великої Палати, яка фактично не наділена повноваженнями касаційної інстанції, існують спеціалізовані касаційні суди, у складі яких утворюються судові палати з розгляду окремих категорій справ відповідно до спеціалізації судів, питання про те, хто з них звертиметься із запитом до ЄСПЛ, залишається відкритим.**

Викликає певні застереження обраний спосіб законодавчого регулювання початку роботи Верховного Суду. Не вдаючись до глибокого та детального аналізу процедур конкурсу на посади суддів Верховного Суду, який попри окремі недоліки все ж був для

¹³ Пояснювальна записка до проекту Закону “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”. – Офіційний веб-сайт Верховної Ради України, http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57209.

¹⁴ Див. зокрема: Національна безпека і оборона, 2016, №5-6, с.5, 78.

¹⁵ Висновок стосовно запропонованих змін до Конституції України, що стосуються судової системи, схвалених Конституційною комісією 4 вересня 2015р. Прийнятий Венеціанською комісією на 104-й пленарній сесії (Венеція, 23-24 жовтня 2015р.).



України новим і безпрецедентним кроком, слід звернути увагу на відсутність повноцінної системності та належної організованості. Уже той факт, що, відповідно до положень Закону “Про судоустрій і статус суддів”, Верховний Суд мав фактично бути сформованим у квітні 2017р., а насправді нові судді склали присягу тільки 11 листопада 2017р., дає підстави для дискусій щодо легітимності продовження формування такого ключового органу поза межами строків, чітко та однозначно визначених законом. При цьому, низка етапів самого конкурсу проходили із серйозними зауваженнями до їх законності та обґрунтованості (далася взнаки наша вже хронічна хвороба – правовий нігілізм).

29 березня 2017р., а саме наступного дня після оголошення результатів практичного завдання, Вищою кваліфікаційною комісією суддів України ухвалено Рішення, яким встановлено мінімально допустимий бал за тестування і виконання практичного завдання, тобто знижено один із критеріїв успішного складання іспиту, та оголошено загальні результати першого етапу кваліфікаційного оцінювання “Іспит” у рамках конкурсу на зайняття вакантних посад суддів касаційних судів у складі Верховного Суду. Унаслідок цього Рішення, кандидати, які не набрали достатню кількість балів за практичне завдання, однак сумарно за тестування і виконання практичного завдання набрали менше мінімального балу, продовжили участь у конкурсі. Цілком прогнозовано, що вказане Рішення піддалось критиці з боку експертів і громадськості.

Складнощі, як видасться, можуть виникнути в роботі новоутвореного Верховного Суду у зв’язку з надмірною його поліструктурованістю. Принаймні Законом “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів” передбачається, що Верховний Суд матиме процесуальні механізми, які забезпечать єдність правозастосовчої практики в рамках єдиного касаційного провадження. Пояснювальна записка до відповідного законопроекту передбачає, що “... за загальним правилом, Верховний Суд розглядає справи у складі колегії з трьох або більшої непарної кількості суддів. При цьому, якщо колегія не погоджується з практикою правозастосування у подібних правовідносинах, яка має місце в рішеннях іншої колегії в межах цієї ж палати, іншої палати цього ж касаційного суду або іншого касаційного суду, така колегія може передати справу на розгляд палати, до якої входить ця колегія, або об’єднаної палати відповідного касаційного суду, або Великої Палати Верховного Суду відповідно”¹⁶. Недостатня юридична визначеність у цих питаннях може фактично паралізувати роботу окремих органів Верховного Суду.

Як зазначалося, Законом “Про судоустрій і статус суддів” передбачено створення у системі судоустрою двох нових вищих спеціалізованих судів (як судів першої інстанції), а саме Вищого суду

з питань інтелектуальної власності та Вищого антикорупційного суду. Вищий суд з питань інтелектуальної власності було утворено¹⁷ відносно нещодавно та розпочато формальні процедури з добору суддів та вирішення інших організаційних питань. Питання ж підготовки навіть законодавчої основи для “запуску” Вищого антикорупційного суду поки не вирішено, і є доволі неоднозначним і дискусійним.

Антикорупційний суд (чи як “Вищий”, чи як система судів, чи шляхом спеціалізації суддів) має бути утворено, як би контрверсійно це не сприймалось, оскільки Закон “Про судоустрій і статус суддів” не тільки проголосив існування такого суду, але й в перехідних положеннях (п.16) виклав умови його утворення та проведення конкурсу на посади суддів.

Не можна не звернути увагу на те, що Закон “Про судоустрій і статус суддів” проголосив створення Вищого антикорупційного суду як єдиного суду з розгляду антикорупційних справ. У професійному середовищі саме цей факт оригінальної недолугості авторів закону викликав несприйняття і критику, а не ідея утворення спеціалізованого антикорупційного суду. Саме заявлений статус “Вищого” суду без нижчих судів (позасистемного) наділив його очевидною “особливою” ознакою попри те, що утворення особливих судів заборонено Конституцією. Особливість цього суду (в будь-якій системній чи позасистемній іпостасі) виявляється як у пропозиції ухвалити окремий закон щодо його статусу, так і у пропонуваному порядку добору кандидатів на посади антикорупційних суддів: пропонується утворити спеціальну конкурсну комісію, яка проведе добір на посади суддів. Водночас, відповідно до встановленого Законом порядку – це прерогатива Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (ВККСУ) і Вищої ради правосуддя (ВРП).

У цьому контексті пропонувані додаткові гарантії для антикорупційних суддів: вищі, порівняно з суддями інших юрисдикцій, зарплати, окрема охорона – явні колізії з загальним принципом єдності статусу судді. Доречно нагадати висновок Консультативної ради європейських суддів щодо спеціалізації про “неприпустимість формування при цьому враження, що компетентність судді в окремих питаннях відноситься його до елітної групи суддів ... що може викликати відсутність суспільної довіри до суддів”.

Названі (і не названі) особливі ознаки антикорупційного суду необхідно мати на увазі і зробити все необхідне, щоб у конкретному процесі його утворення звести їх нанівець.

Створення окремої підсистеми спеціалізованих антикорупційних судів у системі кримінальних судів загальної юрисдикції не заперечується принципом спеціалізації суддів. Разом з цим, непринятною є ідея впровадження “Вищого антикорупційного суду”, запропонована авторами законопроекту “Про антикорупційні суди” (реєстр. №6011). Виявляється, що у Вищому антикорупційному суді не тільки

¹⁶ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”. – Офіційний веб-сайт Верховної Ради України, http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415.

¹⁷ Указ Президента України “Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності” №299 від 29 вересня 2017р.

здійснюватиметься правосуддя як судом першої інстанції, але й переглядатимуться в апеляційному порядку його власні рішення. В одних справах судді Вищого антикорупційного суду діятимуть як судді першої інстанції, в інших – як судді апеляційної інстанції. Це засвідчує зміст ст.3 проекту: “Судді апеляційної палати не беруть участь у кримінальному провадженні як суд першої інстанції. Судді апеляційної палати, які раніше брали участь в ухваленні судового рішення, не беруть участь у його перегляді в апеляційному порядку”.

У цій же статті зазначено, що перегляд у касаційному порядку судових рішень Вищого антикорупційного суду, що набрали законної сили, здійснює Велика Палата Верховного Суду. При цьому, у ст.5 проекту передбачено створення у Касаційному кримінальному суді Верховного Суду Антикорупційної палати для перегляду вироків і ухвал Вищого антикорупційного суду, яким було здійснено розгляд справи по суті. У протиріччі з названим положенням ст.3, у ст.5 тільки рішення Апеляційної антикорупційної палати Верховного Суду направляються на перегляд Великої палати Верховного Суду. Привертає увагу допущення подвійної касації по антикорупційних справах. Можливо, в цьому і є сенс, але **в цілому наведені положення проекту закону “Про антикорупційні суди” справляють враження безсистемного конгломерату різних новел.**

Намагання поєднати в одному судовому органі дві судові інстанції по одних і тих справах – ноу-хау сумнівної якості. У переважній більшості країн судові системи організовані таким чином, що для кожної стадії судового провадження (інстанції) утворюються судові установи, до функціональної діяльності яких віднесено лише один із видів провадження справи. Цим забезпечується законність і обґрунтованість прийнятих судових рішень, усуваються допущені порушення закону та відновлення справедливості. Взаємопов’язаність судових інстанцій не допускає відносин підпорядкування нижчих судових органів вищим і не допускає впливу судів апеляційної (касаційної) інстанції на внутрішнє переконання суддів першої інстанції чи касаційної інстанції на обидва нижні суди під час винесення рішень у конкретних справах. Так побудована інстанційно і українська судова система.

Крім запропонованого законом і оформленого проектом “Про антикорупційні суди” шляху створення антикорупційної юрисдикції, проектом №6529 (“Про судову систему і статус суддів” (щодо запровадження обов’язкової спеціалізації суддів з розгляду корупційних і пов’язаних з корупцією правопорушень)) пропонується варіант зі спеціалізацією суддів у судах кримінальної юрисдикції. Такий шлях можливий, але є серйозні перестороги. Зокрема, невизначений час відбуватиметься процес утворення самостійної спеціалізованої системи кримінальних судів. Відповідно до закону, спеціалізація суддів (у т.ч. – з розгляду антикорупційних справ), має запроваджуватися за рішенням зборів наявних суддів відповідного суду без будь-яких конкурсів. Такий же процес має відбуватися і в апеляційних судах.

У Касаційному кримінальному суді має бути утворена Антикорупційна палата з урахуванням

спеціалізації суддів. Треба мати на увазі, що залишаються незаповненими сотні суддівських вакансій, а процес добору на них ВККСУ ще не почала. Попереду ще масштабний процес оцінювання діючих суддів місцевих і апеляційних судів на відповідність займаній посаді за критеріями компетентності, доброчесності і професійності. Усе це робить перспективи завершення суддівської антикорупційної спеціалізації відверто туманними.

З іншого боку, утворення спеціальних антикорупційних судів у системі судоустрою не стане чимось абсолютно екзотичним. Систему антикорупційних судів можна сформувати та наповнити судьями протягом кількох місяців. Відомо, що у структурі НАБУ утворені три територіальні управління: Львівське, Одеське, Харківське. Генеральний прокурор називає до трьох тисяч антикорупційних досудових проваджень і завершених слідством справ, НАБУ – кількості. У названих областях і Києві необхідно утворити окружні антикорупційні суди. У Києві, крім цього – Апеляційний антикорупційний суд і Антикорупційну палату в Касаційному кримінальному суді. Чисельність суддів у кожному суді неважко визначити та організувати конкурс за участі ВККСУ на посади суддів у всі суди.

Найбільше питань викликатиме процедура добору кандидатів на посади суддів у названі інстанції антикорупційного суду, з урахуванням застережень щодо спеціальних вимог до суддів антикорупційних судів. Допустимість встановлення таких вимог витікає зі змісту останнього речення ч.3 ст.27 Конституції України: “Законом України можуть бути передбачені додаткові вимоги для призначення на посаду судді”.

Виходячи з неодноразових рекомендацій вітчизняних і міжнародних експертів, у т.ч. Венеціанської комісії, у Конституції України закріплено положення про те, **що суди утворюються, реорганізуються і ліквідовуються законом.** При цьому, передбачено, що проект такого закону вносить до Верховної Ради Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя. Поки що рано говорити, як працюватиме це положення, тим більше, що воно **тимчасово (до 31 грудня 2017р.) відтерміноване Перехідними положеннями Конституції, відповідно до яких утворення, реорганізацію та ліквідацію судів до вказаної дати здійснює Президент на підставі та в порядку, визначених законом. На виконання цього положення, Президентом України реалізується відповідне повноваження.** Більше того, у фаховому, перш за все, суддівському середовищі, і широкому загалі йде жвава дискусія щодо можливої оптимізації системи судів і гарантування, при цьому, права на доступ до правосуддя у разі суттєвого розширення територій, на які поширюватиметься юрисдикція нових окружних судів.

Це, по суті, “реформа всередині реформи”. Вона здатна призвести до тектонічних зсувів у всіх аспектах судової системи. Буде перекроєно карту судів України: з нинішніх 585 залишиться 250-270 загальних окружних судів. **Це “укрупнення” судів, як воно декларується, безумовно негативно вплине на доступ громадян до правосуддя, оскільки принцип доступності правосуддя, крім іншого, означає**



розумну територіальну віддаленість судових інстанцій від кожної особи, яка знаходиться в межах їх юрисдикції¹⁸.

Однією з причин “укрупнення” називається необхідність економії бюджету. Але судова реформа має забезпечити ефективне правосуддя, навіть зі збільшенням бюджетних витрат.

Очевидним чинником майбутньої “оптимізації” судів є нестача суддів у судах: сьогодні більше тисячі вакансій. Ця нестача суддів значною мірою стала наслідком політики щодо суддів-п’ятирічок, строк перебування на посадах яких закінчився, і їм сотнями відмовляли у призначенні на посади безстроково.

Позитивно слід оцінити зроблений на рівні Конституції України крок до значно більшої організаційно-фінансової самостійності судової влади. Закладена в Конституцію логіка, відповідно до якої у Державному бюджеті України окремо визначаються видатки на утримання судів з урахуванням пропозицій Вищої ради правосуддя, беззаперечно сприятиме зміцненню незалежності суду. Зрозуміло, що Вища рада правосуддя не зможе підмінити органи виконавчої або законодавчої влади у виконанні їх функцій щодо визначення видатків державного бюджету. Проте, з огляду на міжнародні стандарти та практику їх імплементації в різних країнах, відповідні пропозиції Вищої ради правосуддя безсумнівно повинні братися до уваги під час визначення видатків на утримання судів.

На виконання такої конституційної логіки було переглянуто ряд повноважень Державної судової адміністрації та Ради суддів України. Власне, частину їх фінансових повноважень у новій редакції Закону “Про Вищу раду правосуддя” було передано саме до Вищої ради правосуддя. Останню наділили не стільки виконавчими чи організаційними повноваженнями, скільки контрольними та наглядовими. Видається, що такий підхід загалом є правильним.

Удосконалення засад судочинства

Засади здійснення судочинства в Україні, як уже зазначалося, знайшли своє відображення в оновлених положеннях Конституції України (щодо правосуддя). Більшість з них слід оцінити позитивно. Проте говорити зараз про рівень їх практичної імплементації складно. Для цього є принаймні дві причини. *По-перше*, зміни до процесуального законодавства були прийняті Парламентом нещодавно, а відповідний Закон підписано Президентом буквально на днях, про що йшлося вище. Можна, звісно, ставити питання, чому законопроект готувався більше року після введення в дію змін до Конституції України в частині правосуддя, що аж ніяк не сприяло утвердженню принципу правової певності

як складової верховенства права. По-друге, Верховний Суд, початок роботи якого має дати старт новій судовій практиці, тільки сформовано. Саме тому практичні переваги та недоліки конституційних приписів і відповідних процесуальних новел можна буде аналізувати більш предметно лише через певний час¹⁹. Попри це, окремі знакові ідеї все ж варто відзначити.

Змінами до процесуального законодавства надано більшій юридичній визначеності також деяким іншим засадничим положенням судочинства, зокрема такому принципу як “розгляд справи в розумні строки”. Відповідно до пояснювальної записки “... новими кодексами встановлено чіткий порядок та присічні строки вчинення процесуальних дій (як от: вступ до справи, зміна предмета або підстав позову, склад суду під час розгляду справи за нововиявленими обставинами, строки подання доказів), чіткі стадії судового процесу, розумні обмеження можливості відкладення розгляду та зупинення провадження у справі”²⁰.

В оновленому процесуальному законодавстві отримали певний розвиток конституційні положення щодо позасудового врегулювання спорів. Ще під час напруження змін до Конституції України такий порядок розглядався як дієвий інструмент можливого зменшення навантаження на суддів судів загальної юрисдикції, насамперед, місцевих судів першої інстанції. **Як одна з концепцій досудового врегулювання спорів обговорювалась, зокрема, перспектива інституціоналізації та розвитку інституту медіації.** Попри загальну підтримку цієї ідеї (Верховна Рада навіть прийняла відповідний проект Закону про медіацію в першому читанні ще 3 листопада 2016р.), **уже понад рік жодних активних законодавчих дій щодо розвитку інституту медіації не відбувається.**

Разом з тим, у Законі України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів” здійснено спробу запровадження нових процесуальних механізмів для фактичного попередження (а в окремих випадках і унеможливлення) розгляду справ за відсутності спору між сторонами, а також урегулювання спору між сторонами за участю судді. Щоправда, остання новела вже викликала досить критичні відгуки в середовищі медіаторів, а тому потребує окремого глибокого аналізу.

Окремий важливий пласт питань стосується професійного та відповідального представництва в суді. Зміни до Конституції передбачають доволі неоднозначно оцінену експертами та ще неоднозначніше сприйняту професійним середовищем “монополію адвокатури” в такому представництві. У змінах до процесуального законодавства реалізацію цієї конституційної новели продовжено.

¹⁸ Коментарі суддів до очікуваного “укрупнення” судів див.: “Новая карта судов Украины: будет ли ограничен доступ к правосудию? (комментарии)”. – Судебно-юридическая газета, 10 ноября 2017г.

¹⁹ До цієї доповіді додаються витяги з Висновку щодо законопроекту Науково-експертного управління Апарату Верховної Ради (додаток 1) і з зауважень Юридичного управління Апарату Верховної Ради (додаток 2), які є актуальними, оскільки під час другого читання майже всі вони не враховані Парламентом.

²⁰ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”.

При цьому, щодо представництва інтересів осіб у судовому процесі адвокатом зроблено застереження: за виключенням представництва в суді у окремих справах, у т.ч. у т.зв. “малозначних справах”. Відповідно до логіки, закладеної у Законі, малозначними є справи, у яких ціна позову не перевищує 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб або справи незначної складності, які сам суд визнав малозначними, крім справ, які підлягають розгляду лише за правилами загального позовного провадження, та справ, ціна позову в яких перевищує 500 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб²¹.

Як уже доводилося зазначати ще на етапі підготовки проекту закону про внесення змін до Конституції, річ навіть не в підвищенні ролі адвокатури у сфері надання правової допомоги (тенденція до підвищення професіоналізму в її наданні характерна для всіх сучасних правових держав), скільки в неготовності нашої держави та її самої адвокатури до забезпечення гарантованої Конституцією (ст.59) безоплатної правової допомоги. У держави наразі немає належних фінансових можливостей для її надання мало-забезпеченим людям, а адвокати ставляться до неї, м'яко кажучи, без особливої зацікавленості, оскільки вона не оплачується державою.

Актуальним залишається й інше гостре питання – підвищення інституційної спроможності самої адвокатури та її здатність належно реалізовувати конституційну функцію. Адже вже з початку 2018р. представництво винятково адвокатами буде здійснюватись й в судах апеляційної інстанції. Низка конфліктів і неоднозначних ситуацій в організації роботи Національної асоціації адвокатів, її посадових осіб та навіть територіальних структур роблять питання законодавчого врегулювання цієї сфери не менш актуальним. На жаль, попри анонсовану підготовку у Раді з питань судової реформи відповідного законопроекту, на розгляд Верховної Ради його не внесено.

Говорячи про процесуальні новели, запропоновані Законом “Про судоустрій і статус судів” та конкретизовані в Законі “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”, не можна оминути увагою положення названих законів, які фактично вводять до правової системи України елементи прецедентного права. Причому прецедентного права в сучасній його інтерпретації, коли судовий прецедент розглядається не як рішення суду найвищої інстанції по конкретній справі, що є беззастережно обов'язковим для судів нижчих інстанцій під час вирішення аналогічних справ, а як зразок, модель, орієнтир для вирішення подібних справ у майбутньому. У цьому плані в оновлених процесуальних кодексах спостерігається певний відхід від надмірно жорстких формулювань щодо загальнообов'язковості рішень Верховного Суду, ухвалених ним за визначених у законі обставин (зокрема за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судами касаційної інстанції норм права),

які мали місце у ст.360 ЦПК та подібних їй статтях деяких інших процесуальних кодексів.

Відповідно до ч.6 ст.13 Закону “Про судоустрій і статус судів”, “висновки щодо застосування норм права, викладені в постановках Верховного Суду, враховуються іншими судами під час застосування таких норм права. Суд має право відступити від правової позиції, викладеної Верховним Судом, тільки з одночасним наведенням відповідних мотивів”. Подібні цьому формулювання знайшли відображення також в оновлених процесуальних кодексах, що загалом відповідає практиці прецедентного права у правових системах загального права.

Певні термінологічні запозичення з цієї правової сім'ї зустрічаються також у Кодексі адміністративного судочинства, який оперує такими поширеними в англосаксонських правових системах поняттями як “типова та зразкова справа”, “зразкове рішення” (ст.290 КАС) тощо. Ці процесуальні новели за належного їх втілення в судову практику безперечно сприятимуть забезпеченню її єдності, спроможні виключити відносно поширені в практиці вітчизняного судочинства зміни попередніх правових позицій без будь-якого обґрунтування. Утім, ці процесуальні новели потребували попереднього поглибленого дослідження.

Нарешті, також слід сказати про забезпечення інституційної спроможності системи виконання судових рішень. У змінах до Конституції було здійснено спробу закріпити гарантії виконання судових рішень, а контроль за їх виконанням покласти на суд, який ухвалив відповідне рішення.

Тут слід наголосити, що певні кроки в цьому напрямі Парламентом уже здійснено безвідносно до факту внесення змін до Конституції України. Йдеться про прийняття Верховною Радою законів “Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів” та “Про виконавче провадження”. Ці закони було прийнято у другому читанні (якому передувала досить клопітка робота) у той же день, що й Закон “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” – 2 червня 2016р. Саме тому стверджувати, що вони імплементують конституційні приписи, складно, хоч й заперечити їх розвиток у руслі конституційних ідей також не можна. Так звана реформа “виконавчого провадження” має бути предметом окремого, досить ретельного аналізу, особливо з огляду на вкрай непросту процедуру становлення нового інституту приватних виконавців та практичне застосування нових механізмів щодо стимулювання виконавців до оперативного та ефективного виконання рішень, насамперед, судових.

Таким чином, більшість положень уже чинних законів України та тих, що будуть прийняті на виконання норм Конституції України у редакції Закону “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” в частині реалізації конституційних засад судочинства, можна буде належно оцінювати тільки через певний час після їх повного практичного застосування.

²¹ Закон України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”.

2. ПРОБЛЕМИ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗМІН ЩОДО СТАТУСУ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

Одним з центральних об'єктів реформування в контексті Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” мав стати також і Конституційний Суд, перед тим ще – “єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні” (за версією Основного Закону держави в редакції від 28 червня 1996р., ч.1 ст.147). У “базовому” Розділі XII Основного Закону держави (“Розділ XII. Конституційний Суд України”) було змінено всі без винятку його статті (ст.ст. 147, 148, 149, 150, 151, 152 та 153 Конституції), а сам цей розділ доповнено низкою суттєвих новел, розміщених у чотирьох нових статтях (ст.ст. 148-1, 149-1, 151-1 та 151-2 Конституції). Усе це свідчило про серйозні наміри реформаторів змінити не тільки основні засади функціонування Конституційного Суду як такого, але й частково “скоригувати” його місце та роль у системі органів державної влади¹.

13 липня 2017р. Верховною Радою ухвалено Закон “Про Конституційний Суд України”. Піддані імплементації положення оновленої Конституції, досить позитивно оцінені Венеціанською комісією. У її висновку, серед іншого, зазначено: “Проект закону, реалізуючи конституційні зміни, є явним кроком уперед до європейських правових стандартів щодо конституційного правосуддя. Венеціанська комісія схвалює зокрема конкурсний відбір суддів; прийняття присяги перед Судом; строки для призначення і обрання суддів; звільнення судді тільки самим Судом; скасування звільнення за “порушення присяги”; введення конституційної скарги і положення у проєкті статті 89-3, навіть якщо вона обмежена; строки для розгляду; автоматичний розподіл справ у колегіях і можливість Суду відкласти недійсність закону, визнаного неконституційним”². Разом з тим, процес прийняття цього Закону був украй непростим, і Парламенту вдалося прийняти позитивне рішення лише з третьої спроби. Уже цей факт свідчить про складність як механізмів імплементації конституційних положень, так і про їх до певної міри неоднозначність.

Немало проблем з упровадженням змін до Конституції щодо оновленого статусу Конституційного Суду зумовлені невдалою, а то й неприйнятною редакцією низки їх положень, очевидними системними та юридично-технічними протиріччями та недоліками новел Розділу XII “Конституційний Суд України”. Це не могло не позначитися на якості та ефективності положень Закону “Про Конституційний Суд України”. Крім негативного впливу контрверсійних положень Конституції щодо статусу Конституційного Суду на зміст окремих положень Закону, законодавець ініціативно сформулював низку нормативних приписів, що створили додаткові перепони на шляху формування Суду та організації його

діяльності як фахового, гідного суспільної довіри органу конституційного контролю і у встановлених Конституцією випадках – органу захисту конституційних прав і свобод громадян.

Ілюстрацією зазначеного висновку є низка наступних положень Закону “Про Конституційний Суд України”.

У Законі проігноровано положення ст.153 Конституції, згідно з яким “порядок організації та діяльності Конституційного Суду України, статус суддів Суду, підстави і порядок звернення до Суду, процедура розгляду ним справ і виконання рішень Суду визначаються Конституцією України та законом”. У протиріччя з цим, ст.3 Закону називає “нормативною основою діяльності Суду”, крім Конституції та Закону, “Регламент Суду та інші акти, які ухвалює Суд”. Закон навіть передбачає наділення судді і повноваженнями, “визначеними Регламентом (п.6 ч.4 ст.59)”. Слово “процедура” в тексті ст.153 Конституції означає ніщо інше, як “офіційно встановлений чи узвичаєний порядок здійснення, виконання або оформлення чого-небудь”. Іншими словами, “правила процедури” і “процедура” є за своєю сутністю синонімами. Маємо приклад класичного маніпулювання “поняттями” та “категоріями” в законотворчому процесі. Спроба ж передати встановлення “процедури розгляду справ Конституційним Судом України” самому Конституційному Суду через визначення цієї “процедури” “правилами процедури” у прийнятому ним же Регламенті Конституційного Суду, є такою, що суперечить Конституції.

У ст.7 Закону перелічені всі конституційні повноваження КСУ. Разом з цим, у ст.8 “Межі повноважень Суду” в ч.2 зазначено: “З метою захисту та відновлення прав особи Суд розглядає питання щодо відповідності Конституції України (конституційності)

¹ Стецюк П. Зміни до Основного Закону України щодо правосуддя (конституційно-юрисдикційний зріз). – Вісник Конституційного Суду України, 2016, №4-5, с.194-201.

² Висновок Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії) до проєкту Закону про Конституційний Суд України, CDL-AD(2016)034-е. – Венеціанська комісія, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)034-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)034-e).

акта (його окремих положень), який втратив чинність, але продовжує застосовуватись до правовідносин, що виникли під час його чинності”. **Викладене є не передбаченим Конституцією додатковим повноваженням Конституційного Суду.** Неконституційність цієї норми Закону є очевидною. Вона є тривожним сигналом про готовність розробників законопроектів та їх натхненників у владі не лише ігнорувати вичерпні приписи Основного Закону, але й прямо фальсифікувати та “розмивати” його зміст наділенням КСУ звичайним законом можливістю ревізії навіть тих актів, які вже втратили чинність, вуалюючи таке повноваження під “межі повноважень Суду”. Подібний підхід був продемонстрований Конституційним Судом 30 вересня 2010р. шляхом тлумачення положень Конституції для обґрунтування розгляду питання щодо конституційності Закону України “Про внесення змін до Конституції” від 8 грудня 2004р., який з введенням його в дію “розчинився” в тексті Основного Закону³. Тепер подібному потенційному дійству в майбутньому надана “законна”, але антиконституційна підстава, наприклад, щодо Закону “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” (від 2 червня 2016р.).

Склад Конституційного Суду з плином часу змінюється, але в кожен конкретний момент – це унікальний колектив, зібраний з вчених-правознавців, представників академічної науки права, викладачів вишів, професійних суддів загальних судів і юристів-депутатів. З часом виявився очевидний негативний фактор, що супроводжує діяльність КСУ – порядок формування його складу трьома суб’єктами влади: Президентом, Парламентом і З’їздом суддів у рівних пропорціях (по шість суддів). Законом “Про Конституційний Суд України” встановлено окремих механізм призначення кожним з них на посади суддів Конституційного Суду, що створило умови для різних позаправових впливів на цей процес.

Встановлення законодавцем “конкурсних засад” добору кандидатур на посаду судді КСУ, як мінімум, означає наявність самого конкурсу та його належної організації. Конкурс, як процес визначення найкращого претендента на перемогу (конкурсанта), має провести відповідна конкурсна комісія. При цьому, логічним видається очікування, що члени конкурсної комісії мають бути, як мінімум, здатними оцінити відповідність конкурсанта встановленим вимогам, а їх (членів конкурсної комісії) особисті (професійні, ділові, моральні і т.п.) якості не повинні породжувати жодних сумнівів як у професійному, так і в широкому суспільному загалі. Очевидно, що члени конкурсної комісії (з огляду на засади конкурсу) повинні самі відповідати тим самим вимогам: мати “високі моральні якості” та бути “правниками з визнаним рівнем компетентності”.

Стаття 12 Закону “Про Конституційний Суд України” (назва статті “Конкурсні засади відбору кандидатур на посаду судді Конституційного Суду”) говорить, що “відбір кандидатур на посаду судді Конституційного Суду на конкурсних засадах щодо осіб, яких призначає Президент України, здійснює

конкурсна комісія, яку створює Президент. Підготовку питання щодо розгляду на конкурсних засадах кандидатур на посаду судді Конституційного Суду у Верховній Раді України здійснює комітет, до предмету відання якого належать питання правового статусу Конституційного Суду України, в порядку, визначеному Регламентом Верховної Ради України, з урахуванням положень цієї статті. Підготовку питання щодо розгляду на конкурсних засадах кандидатур на посаду судді Конституційного Суду з іздом суддів України здійснює Рада суддів України”.

Президент П.Порошенко Указом №306 від 4 жовтня 2017р. створив конкурсну комісію для здійснення добору кандидатур на посаду судді Конституційного Суду щодо осіб, яких призначає Президент. До складу цієї комісії належать: В.Буткевич (суддя Європейського суду з прав людини у відставці, доктор юридичних наук, професор), М.Микієвич (завідувач кафедри європейського права Львівського національного університету ім.І.Франка, доктор юридичних наук, професор), М.Онішук (ректор Національної школи суддів України, доктор юридичних наук), С.Серьогіна (директор Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України, доктор юридичних наук, професор) та Г.Сухоцька (незалежний експерт, Почесний Президент Венеціанської комісії, доктор права, професор)⁴.

У той же самий час, Комітет Верховної Ради, до предмета відання якого належать питання правового статусу Конституційного Суду – Комітет з питань правої політики та правосуддя, було створено 4 грудня 2014р.⁵, і станом на 1 листопада 2017р., до його складу належать 32 народних депутати України. Діючи (на час набуття чинності Законом “Про Конституційний Суд України” – 3 серпня 2017р.) Раду Суддів України було обрано 24 листопада 2015р. на XIII з’їзді суддів України у складі 33 її членів.

Природно, що суб’єкти двох названих органів, на які законодавцем у серпні 2017р. покладено здійснення “підготовки питання щодо розгляду на конкурсних засадах кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України” самі є особами з невизначеним особистим рівнем “моральних якостей” та фахової “компетентності”, але вони уповноважені законом готувати конкурс кандидатів на посади суддів Конституційного Суду.

Конституція (ст.148) визначила такі формальні вимоги, яким має відповідати кандидат на посаду судді Конституційного Суду: “Суддею Конституційного Суду України може бути громадянин України, який володіє державною мовою, на день призначення досяг 40 років, має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше 15 років, високі моральні якості та є правником із визнаним рівнем компетентності”. Відповідність низці формальних вимог кандидата має бути підтверджена документами, зміст яких підлягає перевірці. **Стосовно встановлення “високих моральних якостей” кандидата, критерію “правника з визнаним рівнем компетентності” у професійному, експертному середовищі**

³ Докладно див.: Рішення у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” №2222 від 8 грудня 2004р. (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України). – Офіційний веб-сайт Конституційного Суду України, <http://www.ccu.gov.ua/docs/616>.

⁴ Указ Президента України “Про конкурсну комісію для здійснення відбору кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України щодо осіб, яких призначає Президент України” №306 від 4 жовтня 2017р.

⁵ Постанова Верховної Ради України “Про перелік, кількісний склад і предмети відання комітетів Верховної Ради України восьмого скликання” №22 від 4 грудня 2014р.



звертають увагу на їх “правову невизначеність”, оскільки ні Конституція, ні Закон не встановили орієнтирів і критеріїв, якими необхідно керуватися для з’ясування наявності названих чеснот у кандидата.

Заслужують на увагу пропозиції щодо засобів визначення високих моральних якостей та визнаного рівня компетентності Національного радника з юридичних питань, Керівника відділу верховенства права, Координатора проєктів ОБСЄ в Україні О.Водянікова⁶: “По-перше, при оцінці кандидатів необхідно виходити, зокрема, з наступного: (1) необхідності забезпечити суспільну довіру і впевненість у дотриманні кандидатами на посаду судді Конституційного Суду у випадку призначення високих стандартів конституційного правосуддя; (2) переконання у тому, що суспільна довіра і впевненість можуть бути забезпечені, тільки якщо судді і кандидати на посаду судді дотримуються високих етичних стандартів поведінки у своєму професійному, громадському і приватному житті; (3) необхідності забезпечення сутнісної і процедурної справедливості при оцінюванні кандидатів на посаду судді Конституційного Суду.

Для визначення рівня відповідності кандидата критеріям високих моральних якостей та визнаного рівня компетентності:

- дослідити (за наявності) публікації кандидата, його експертні висновки, аналітичні матеріали, публічні промови, статті, інтерв’ю, його судові рішення (якщо кандидат був чи є суддею) тощо;
- опитати, із дотриманням умов конфіденційності, представників юридичної професії (суддів, адвокатів, науковців тощо), які мали або мають професійні стосунки з кандидатом, журналістів з метою отримання їх оцінки правничої компетентності кандидата, його доброчесності, придатності до виконання повноважень судді Конституційного Суду;
- дослідити публічно доступну інформацію про кандидата в засобах масової інформації.

Після цього має відбутися співбесіда з кандидатом на посаду судді з наданням йому можливості прокоментувати будь-яку негативну інформацію про нього, що стала відома комісії”.

Законодавець явно не переймався проблемою встановлення високих моральних якостей та визнаного рівня компетентності кандидатів на посаду судді Конституційного Суду. Свідченням цьому є зміст ч.5 ст.12 Закону, в якій немає згадки про ці якості кандидатів: “За результатами вивчення документів та відомостей, наданих кандидатами, та співбесіди з ними конкурсна комісія, Комітет, Рада суддів України ухвалює рекомендацію щодо кожного кандидата на посаду Судді Конституційного Суду”.

Внесеними змінами до ст.208 Закону “Про Регламент Верховної Ради України” щодо порядку призначення на посаду судді Конституційного Суду право пропонувати кандидатури на посаду судді КСУ надано депутатським фракціям (депутатським групам), групам позафракційних народних депутатів

чисельністю, не меншою за чисельний склад найменшої депутатської групи. У переліку суб’єктів подання заяв на участь у процесі добору кандидатів на посаду судді КСУ від Верховної Ради не названі окремі особи (“самовисуванці”). Цим явно проігноровано приписи двох статей Конституції. По-перше, ч.2 ст.38 Основного Закону проголошує: “Громадяни користуються рівним правом доступу до державної служби, а також до служби в органах місцевого самоврядування”. По-друге, ч.3 ст.148 встановлено, що добір кандидатур на посаду судді Конституційного Суду здійснюється на конкурсних засадах. Наступна частина цієї ж статті визначає критерії, яким має відповідати кандидат на посаду судді КСУ і формула “Суддею Конституційного Суду України може бути громадянин України” в умовах конкурсних засад не дозволяє обмежувати доступ до участі в конкурсі лише названими у ст.208 Регламенту суб’єктами-висуванцями.

Усі названі фактори здатні суттєво вплинути на рівень суспільної довіри до проведення добору кандидатів на посаду судді Конституційного Суду з точки зору сприйняття процесу як справедливого, прозорого, законного.

Склася парадоксальна ситуація: змінами до Конституції і ухваленням нової редакції Закону “Про Конституційний Суд України” гарантії і обсяг прав і свобод, які можна захищати з залученням Конституційного Суду, різко скоротилися. Про це свідчить наступне.

Унаслідок змін до Конституції з п.2 ч.2 ст.150 було вилучено таке повноваження Конституційного Суду, як “офіційне тлумачення законів України” за конституційним зверненням громадян України, іноземців, осіб без громадянства та юридичних осіб⁷. Підставою для конституційного звернення щодо офіційного тлумачення законів України визнавалася “наявність неоднозначного застосування положень законів України судами України, іншими органами державної влади, якщо суб’єкт права на конституційне звернення вважає, що це може призвести або призвело до порушення його конституційних прав і свобод”⁸. Унікальний інститут “конституційного звернення” був схожий певною мірою на “скарги з приводу неконституційності”, а також на “прямі звернення”⁹. На їх основі, наприклад, Федеральний Конституційний суд Німеччини в одному випадку захищає фундаментальні права і свободи людини від посягань публічної влади, в іншому – контролює конституційність законів та інших нормативно-правових актів держави¹⁰.

У рамках інституту “конституційного звернення” діяв механізм перевірки Конституційним Судом закону на предмет його конституційності: “у разі виникнення у процесі загального судочинства спору щодо конституційності норми закону, яка застосовується судом, провадження у справі зупиняється. За таких умов відкривається конституційне провадження у справі і справа розглядається Конституційним Судом України невідкладно”¹¹. На основі цього механізму суд будь-якої інстанції міг звернутися до Верховного

⁶ О. Водяніков. Конкурс до Конституційного Суду від суддівської влади: рівняння з шістьма невідомими. – Лівий берег (LB.ua), 13 листопада 2017р.

⁷ Ст.43 Закону України “Про Конституційний Суд України” (від 16 жовтня 1996р.).

⁸ Там само, ст.94.

⁹ Докладно про конституційну скаргу в Німеччині див. у статті О.Люхтерганда, вміщеній у цьому виданні.

¹⁰ Основний Закон Федеративної Республіки Німеччини: від 23 травня 1949р. Конституції зарубіжних країн (навчальний посібник, за заг. ред. В.Серьогіна). – ФІНН, 2009, с.83-122.

¹¹ Ст.83 Закону України “Про Конституційний Суд України”.

Суду України, а той – відповідно до ст.150 Конституції – до Конституційного Суду з конституційним поданням.

У чинному Законі “Про Конституційний Суд України” цього способу захисту конституційних прав і свобод громадян немає. Його замінено сумнівної якості “правом на конституційну скаргу”. Очевидним є факт грубого порушення конституційного аксіоматичного припису: “При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ч.3 ст.22 Конституції)”.

Але і новий конституційний інститут “конституційної скарги”, який проголошено чи не найзначнішим досягненням конституційного процесу, сформульовано та сформульовано досить недбало як з точки зору сенсу і змісту, так і з огляду на юридичну техніку.

У статті 151-1 Конституції, положення якої відтворені в ч.1 ст.56 Закону, **суб’єктом права на конституційну скаргу визнається “особа, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України”**. Категорія “особа” охоплює як фізичних, так і юридичних осіб, незалежно від того, чи це особи приватного, чи публічного права. Не може бути позбавленим конституційного права на звернення до Конституційного Суду в порядку статті 151-1 Основного Закону жоден учасник судового процесу, якщо він вважає, що є підстави для застосування механізму, передбаченого нею: будь то фізична особа, територіальна громада чи суб’єкт державної влади. Принцип верховенства права має універсальну дію в межах усіх правовідносин у державі, тому Закон потребує вилучення з тексту ст.56 частини 2, в якій зазначено: “До суб’єктів права на конституційну скаргу не належать юридичні особи публічного права”.

У механізмі реалізації права на конституційну скаргу, викладеному в Законі, є низка положень, які значною мірою нівелюють явно завищені очікування від його впровадження. Зокрема, відповідно до ч.1 ст.77 Закону, Конституційний Суд вважає конституційну скаргу прийнятною, якщо вона відповідає вимогам, передбаченим статтями 55, 56 Закону, та якщо:

- “1) вичерпано всі національні засоби юридичного захисту (за наявності ухваленого в порядку апеляційного перегляду судового рішення, яке набрало законної сили, а в разі передбаченої законом можливості касаційного оскарження – судового рішення, винесеного в порядку касаційного перегляду;
- 2) з дня набрання законної сили остаточним судовим рішенням, у якому застосовано Закон України (його окремі положення), сплинуло не більше трьох місяців”.

Положення п.1 явно не кореспондується зі змістом ст.151-1 Конституції, яка складається з двох речень. Якщо перше речення ясно свідчить про те, що мають бути вичерпані судові засоби захисту права особи, то друге – паралізує можливість подання конституційної скарги доти, доки не вичерпані “всі інші національні засоби юридичного захисту”.

У п.1 поєднано ідеї, зазначені в обох реченнях ст.151-1 Конституції у фразі: “вичерпано всі національні засоби юридичного захисту”. Неважко помітити, що вилучено слово “інші”. Це дозволило в дужках конкретизувати “всі засоби” і звести їх до

“судового захисту”. Незважаючи на прояв оригінального способу юридичної еквілібристики, як засобу коригування конституційного припису, необхідно констатувати явну розбіжність між текстом ст.151-1 Конституції і змістом п.1 ч.1 ст.77 Закону “Про Конституційний Суд України”, що є неприйнятним.

Які засоби юридичного захисту права особи мав на увазі законодавець під терміном “всі інші” в Конституції не названі. Очевидно, що друге речення є юридично невизначеним, неорганічним у тексті ст.151-1 Конституції. Але в Законі “Про Конституційний Суд України” зовсім проігнорувати його розробники законопроекту не могли: вилучити чужорідне друге речення у статті Конституції буде можливим лише під час чергового внесення змін до Конституції (причому – іншим скликанням Парламенту – ч.2 ст.158).

Пунктом 2 ст.77 Закону встановлено трьохмісячний строк “з дня набрання законної сили остаточним судовим рішенням, у якому застосовано Закон України (його окремі положення)” для подання конституційної скарги. **Конституцією право на подання конституційної скарги жодним строком не обмежується, посилання на закон, яким можуть встановлюватися обмеження щодо реалізації особою цього права – у ст.151-1 Конституції немає. Доречно не забувати, що конституційна скарга не може розглядатись як аналог позову до суду.**

Зміст Закону “Про Конституційний Суд України” свідчить, що суворість ставлення Конституційного Суду до дотримання строку, в межах якого має бути подана конституційна скарга, не супроводжується правовою визначеністю щодо строків, протягом яких така скарга здійснить рух в органах Суду. Лише коли відкрите конституційне провадження – починається обчислення строків (шість місяців, якщо інше не встановлено законом, або один календарний місяць) – ст.75. Водночас, строк між датою надходження конституційної скарги до Конституційного Суду і датою постановлення ухвали про відкриття конституційного провадження не визначено законом, що не відповідає принципу правової визначеності – складової принципу верховенства права. Поряд з цим, у ст.59 прямо передбачено: “Якщо Суддя-доповідач не може з поважних причин (через хворобу, відрадження, відпустку тощо) упродовж трьох місяців здійснювати підготовку матеріалів справи до розгляду... Секретар Колегії вносить пропозицію про заміну Судді-доповідача... Якщо неможливо замінити Суддю-доповідача, вноситься пропозиція передати справу до іншої Колегії”.

Не виключено, що і в іншій колегії може скластися подібна ситуація. Слід мати на увазі, що конституційна скарга проходитиме: секретаріат, Колегію з трьох суддів, Сенат, не виключено – Велику палату.

Оскільки йдеться про організацію діяльності поза-судового інституту захисту прав і свобод, не можна залишити поза увагою наступне.

Рішення по конституційній скаргі приймає Сенат (або Велика палата). Але Колегія з трьох суддів може відмовити у відкритті провадження, і воно є остаточним. Як це корелюється з тим фактом, що особа звертається з конституційною скаргою до Конституційного Суду? **Якщо Закон не передбачає процедури оскарження одноголосного рішення трьох суддів, яке прирівнюється до рішення Конституційного Суду, як особа може захистити своє конституційне право, яке вона вважає порушеним?**

У зв'язку з цим доречно звернути увагу на зміну, пов'язану з вилученням із ст.150 Конституції частини 3 і внесенням до Основного Закону окремої ст.151-2. У ч.3 ст.150 зазначалося: “З питань, передбачених цією статтею, – Суд України ухвалює рішення, які є обов'язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені”. Зміст ст.151-2 Конституції зводиться до наступного: “Рішення та висновки, ухвалені Конституційним Судом України, є обов'язковими, остаточними і не можуть бути оскаржені”.

На перший погляд, суттєвої різниці в цих двох положеннях немає. Але в тексті Конституції з'явилася ст.151-1, якою запроваджена “конституційна скарга”. Якщо ч.3 ст.150 поширювала дію на “питання, передбачені цією статтею”, то наслідки, зазначені у ст.151-2, поширюються на “рішення та висновки, ухвалені Конституційним Судом України”: як з питань, передбачених ст.150, так і зазначених у ст.151-1 Конституції.

Оскільки у ст.151-1 Конституції встановлено право на “конституційну скаргу”, то особа не може бути позбавлена права на оскарження рішення Колегії, хай і в повному складі, коли остаточну ухвалу за Законом (ч.3 ст.61) постановляє Сенат.

Дивно, що рівень захисту суб'єкта конституційної скарги законодавець встановив нижчим від прав рівня захисту суб'єктів конституційного подання: ухвалу про відкриття провадження Велика палата постановляє в разі незгоди з ухвалою Колегії про відмову у відкритті конституційного провадження по справі незалежно від того, якою кількістю голосів Колегія приймала ухвалу. Виходячи з викладеного, Закон потребує внесення змін як щодо порядку прийняття ухвали щодо відкриття провадження по конституційній скарзі, так і щодо такої підстави для відмови у відкритті конституційного провадження як “неприйнятність конституційної скарги” (п.4 ч.1 ст.62). **Правова невизначеність цієї підстави є очевидним підґрунтям для порушень права особи на розгляд Конституційним Судом конституційної скарги.**

Аналіз зарубіжного законодавства дає змогу стверджувати, що в межах інституту конституційної скарги конституційний суд, на відміну від адміністративних судів, не проводить відповідного розгляду питання задля розв'язання відповідного спору у справі, а дає оцінку відповідності конституції закону чи іншого нормативно-правового акта¹².

Водночас, законодавець передбачив у ст.78 Закону можливість “життя Великою палатою Конституційного Суду заходів щодо забезпечення конституційної скарги, видавши забезпечувальний наказ, який є виконавчим документом”. Автор проекту закону і Парламент абстрагувалися від ними ж реалізованої у змінах до Конституції ідеї, відповідно до якої Конституційний Суд виведено з системи правосуддя. **Наділення Законом, у протиріччі з Основним**

Законом Конституційного Суду повноваженням забезпечувати конституційну скаргу виконавчим документом, фактично перетворює його на своєрідний орган “конституційної касації” по справах, що розглядатимуться судами загальної юрисдикції¹³. Тим більше, що “делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються” (ч.2 ст.124 Конституції). **Доречним було б сформулювати спосіб комунікації Конституційного Суду з відповідним судом загальної юрисдикції: на основі рішення Конституційного Суду цей суд має ухвалити остаточне рішення у справі, в якій було застосовано закон, визнаний неконституційним.**

Станом на 24 листопада 2017р., на розгляді у Конституційному Суді було 50 конституційних подань¹⁴. Конституційні провадження по жодному з них не завершені, хоча відкрита низка з них і рік, і півтора роки тому. Більше року Конституційний Суд не виніс жодного рішення, не надав жодного висновку. У ч.2 п.1 Розділу IV “Перехідні положення” Закону проголошено: “Конституційні подання щодо офіційного тлумачення законів України (їх окремих положень) та конституційні звернення, що надійшли до Конституційного Суду до набрання чинності цим Законом і конституційні провадження у справах, за якими не були відкриті, Секретаріат Суду повертає їх авторам”.

Таким чином, Конституційний Суд з порушенням усіх мислимих строків не розглядав роками конституційні подання і конституційні звернення, наприклад, щодо Законів “Про всеукраїнський референдум”, “Про засади державної мовної політики”, “Про очищення влади”, щодо ринку землі тощо, знаючи, що буде позбавлений повноваження тлумачити закони. Тепер Конституційний Суд одномоментно звільняється від малопримної з багатьох міркувань, у т.ч. і політичних, необхідності заявити чітку правову позицію щодо предметів звернень і подань.

Викладене положення Закону явно не узгоджується з конституційним принципом верховенства права, складовим елементом якого є принцип правової визначеності. Відмова КСУ здійснити провадження за наявними конституційними поданнями і зверненнями залишає непередбачуваними наслідки (для прав і свобод) застосування правових норм, щодо яких постала потреба тлумачень чи висновків на предмет їх конституційності. Після введення в дію оновленої редакції Закону “Про Конституційний Суд України”, єдиний орган конституційної юрисдикції має здійснити необхідні дії щодо наявних у нього подань і звернень відповідно до правил, що діяли на час їх отримання Конституційним Судом. **Суб'єкт законодавчої ініціативи, а за ним – і законодавець проігнорували, вводячи в дію Закон, принцип “правомірності легітимних очікувань (правової певності)” суб'єкта конституційного подання чи конституційного звернення – міжнародно визнаний елемент верховенства права: особи, які діють**

¹² Айріян К. Проблеми впровадження інституту конституційної скарги в Україні: підвідомчість судових справ адміністративної та конституційної юрисдикції. – Вісник Конституційного Суду України, 2014, №5, ст.66.

До речі: Федеральний Конституційний Суд Німеччини після розгляду конституційної скарги не замінює постанову суду загальної юрисдикції своїм рішенням. Навпаки, він просто звертає увагу, які положення Основного Закону було порушено в оскаржуваному рішенні. Див.: Клайн О. Отношения Федерального Конституционного Суда Германии с судами общей юрисдикции. – Конференция, Баку, 9-10 ноября 2006г., с.189.

¹³ При цьому, не можна ігнорувати реальність корупційної складової у такому механізмі на тлі можливих політичних впливів на Конституційний Суд і суддів.

¹⁴ На розгляді у Конституційному Суді України. Конституційні подання. – Офіційний веб-сайт Конституційного Суду України, <http://www.ccu.gov.ua/novyna/konstytutsiyni-podannya-za-standom-na-24-lystopada-2017-roku>.



добросовісно на підставі закону не повинні бути обмануті у своїх правомірних очікуваннях¹⁵.

Прийняті конституційні зміни в частині Конституційного Суду, як і будь-які інші конституційні приписи, за своєю юридичною природою є нормами прямої дії (ч.2 ст.8 Конституції), а отже для їх безпосередньої реалізації формальних застережень немає: “Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується”. Останнє, прямо стосується запровадженого конституційними змінами інституту конституційної скарги (ст.151-1 Конституції). Звідси, **фактична відмова Конституційного Суду приймати до розгляду конституційні скарги в період жовтня 2016р. по серпень 2017р. викликала у професійному (юридичному) середовищі цілком обгрунтоване несприйняття**.

Рівень конституційного забезпечення незалежності та недоторканності судді Конституційного Суду помітно підвищено: якщо порівняти попередній і нинішній зміст ст.149 Конституції та додатково ст.149-1 – стане очевидним прагнення суб’єкта законодавчої ініціативи максимально убезпечити суддів Конституційного Суду не лише від можливих політичних впливів, але й “удосконалити” процедуру затримання, утримування під вартою та арешту судді. Це стане можливим лише після винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину. В інших випадках необхідно буде отримати згоду Конституційного Суду на такі дії щодо судді.

Розробники проекту Закону “Про Конституційний Суд України” вирішили підправити конституційні положення. Для цього в ч.7 ст.24 Закону ними зазначено: “Суддя Конституційного Суду не може бути підданий приводу чи примусовому допровадженню до будь-якого органу або установи, крім суду”.

Нова редакція ст.149 Конституції проголосила, що “суддю Конституційного Суду України не може бути притягнуто до відповідальності за голосування у зв’язку з ухваленням судом рішень та надання ним висновків, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку”. Після цього відповідальність суддів Конституційного Суду, причетних до винесення рішення від 30 вересня 2010р., якими було санкціоновано узурпацію державної влади В.Януковичем, практично виключено. Доводити факт вчинення ними злочину, судячи з усього, ніхто не буде.

Частиною 2 ст.149-1 передбачено, що “рішення про звільнення з посади судді Конституційного Суду України Суд ухвалює щонайменше двома третинами від його конституційного складу”.

Кількаразова спроба реалізації на практиці цього конституційного положення у травні-червні 2017р. у зв’язку з подачею заяв про звільнення у відставку двох суддів Конституційного Суду, обраних за “квотою” Президента (Ю.Бауліна, С.Вдовіченка) не мала позитивного завершення. І хоч причини останнього лежать винятково в суб’єктивній площині, запровадження цієї конституційної новели, як видається, не було до кінця продуманим, а сама наведена вище конституційна

норма таїть у собі значні ризики як можливого зловживання правом безпосередньо самими суддями Конституційного Суду, так і ризики внутрішньо-судового корупційного характеру.

Однією з підстав для звільнення судді Конституційного Суду з посади Конституція (п.2 ч.2 ст.149-1) визначає “порушення ним вимог щодо несумісності”. Механізм задіяння цієї підстави щодо судді КСУ викладено в п.2 ч.1 ст.21 Закону: “Питання порушення Суддею вимог щодо несумісності розглядається на спеціальному пленарному засіданні Суду за наявності висновку постійної комісії з питань регламенту та етики Суду. У разі підтвердження наявності обставин, що свідчать про порушення Суддею вимог несумісності, Суддю попереджають про необхідність усунення таких обставин упродовж строку, встановленого Судом. Якщо Суддя не усунув обставин, що свідчать про порушення вимог несумісності, упродовж строку, встановленого Судом, Суд ухвалює рішення про його звільнення”. Викладене свідчить про дещо вільне трактування змісту п.2 ч.2 ст.149-1 Конституції.

Підставою для звільнення судді Конституційного Суду з посади є “порушенням ним вимог щодо несумісності”. Очевидно, що достатньо наявності факту порушення вимог щодо несумісності для прийняття рішення про звільнення судді КСУ з посади: жодних попереджень і додаткових строків для усунення порушення Конституція не передбачає. Але не виключено, що особа, призначена (обрана) на посаду судді КСУ може в цей момент займатися діяльністю, не сумісною з діяльністю судді КСУ, яку вона має припинити у визначений законом відрізок часу.

Можна було б погодитися з формулою, ідентичною змісту п.5 ч.2 ст.81 Конституції (щодо порушення вимог про несумісність народним депутатом): “Якщо протягом 20 днів з дня виникнення обставин, які призводять до порушення вимог щодо несумісності діяльності судді Конституційного Суду України з іншими видами діяльності, ці обставини не було усунуто”. Звичайно, краще, якби це положення було відтворене в п.2 ч.2 ст.149-1 Конституції.

Найбільш важливі питання організації діяльності Конституційного Суду мають вирішуватися на спеціальних пленарних засіданнях (ч.1 ст.39 Закону).

Винятково на спеціальних засіданнях Суду здійснюється обрання Голови Суду, складання новопризначеними Суддями присяги тощо. Спеціальне пленарне засідання є повноважним, якщо на ньому присутні щонайменше 12 суддів Конституційного Суду, які **набули повноважень відповідно до цього Закону (ч.3 ст.39 Закону)**.

Оскільки нині повноважні 13 (з 14) суддів Конституційного Суду набули повноваження не відповідно до цього Закону, Конституційний Суд за чинного Закону втратив можливість проводити спеціальні пленарні засідання, що паралізує його належну роботу.

Очевидно, що проблеми з імплементацією змін до Конституції щодо статусу Конституційного Суду, серйозні недоліки змісту Закону “Про Конституційний Суд України” можливо подолати лише після внесення необхідних змін до Конституції і Закону.

¹⁵ “Цей принцип покликаний також забезпечувати довіру особи до держави – конституційну цінність, на значущість якої не раз звертав увагу КСУ у низці рішень (від 01.12.2004р. №20; від 05.04.2001р. №3; від 22.09.2005р. №5; від 09.07.2007р. №6; від 28.04.2009 №9; від 20.01.2012р. №2”. Див.: Рабінович С. Конституційні принципи правової певності і захисту легітимних очікувань у діяльності публічної влади. – Вісник Львівського університету, Серія юридична, 2014, Випуск 60, с.168, 175; Загальна теорія права (підручник, за заг. ред. М.Козюбри). – Баїте, 2015, с.371.

3. ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ

Зі змісту викладених матеріалів витікають наступні висновки та рекомендації.

1. Очевидною є необхідність внесення змін до Конституції для виправлення недоліків її оновленого тексту, зокрема:

- щодо порядку утворення, реорганізації і ліквідації судів;
- щодо безумовного права на касацію;
- закріпити в Основному Законі головне завдання Вищої ради правосуддя: забезпечення незалежності судової влади, її функціонування на засадах відповідальності, підзвітності перед суспільством, формування доброчесного та високопрофесійного корпусу суддів, додержання норм Конституції і законів України, а також професійної етики в діяльності суддів і прокурорів;
- щодо чіткого визначення структури Верховного Суду і його повноважень як органу правосуддя;
- визначити статус прокуратури (за повноваженнями) як “служби публічного обвинувачення”;
- привести відповідно до суспільних потреб і реальний статус адвокатури;
- уточнити статус Конституційного Суду України, порядок його формування;
- вилучити друге речення з тексту ст.151-1.

2. Підготувати нову редакцію Закону України “Про судоустрій і статус суддів” для приведення його у відповідність до Конституції та прийняти його в суворій відповідності до Конституції і Закону “Про Регламент Верховної Ради України”.

3. Внести зміни до Закону України “Про Конституційний Суд України” з метою приведення змісту окремих його положень у відповідність до Конституції України.

4. Внести зміни до Закону України “Про Вищу раду правосуддя”, чітко визначивши статус і порядок формування Громадської ради доброчесності, та закріпити право суддів на оскарження рішення про їх звільнення через негативне оцінювання на відповідність займаній посаді.

5. Привести зміст Закону України “Про Конституційний Суд України” у відповідність до Конституції.

6. Відповідно до рекомендацій експертів ОБСЄ скасувати обмеження на право діючих суддів оскаржувати рішення про своє звільнення через негативні результати оцінювання на відповідність займаній посаді.

7. Вилучити з тексту ст.125 Конституції положення про те, що “система судоустрою визначається законом” і чітко визначити її в тексті Конституції.

8. Законопроект “Про внесення змін до Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” та інших пов’язаних законодавчих актів” направити до Венеціанської комісії для отримання відповідного висновку.

9. Внести зміни до Закону України “Про судоустрій і статус суддів” (у новій редакції) щодо спеціалізованих Антикорупційного суду та Суду з розгляду спорів щодо права інтелектуальної власності з метою приведення їх статусу до конституційних вимог щодо системних ознак елементів судової системи.

10. Утриматись від “оптимізації” судів до завершення процесу забезпечення судів необхідним числом суддів і здійснення адміністративно-територіальної реформи в державі.

11. До Закону України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів” внести зміни до положень, які відповідно до Висновку науково-експертного управління Верховної Ради і зауважень юридичного управління мають ознаки неконституційності.

12. Уведення до текстів процесуальних кодексів термінологічних і понятійних запозичень з англосаксонської правової системи потребує поглибленого наукового дослідження, як і запровадження до правової системи України елементів прецедентного права.

Наведене вище свідчить про серйозні порушення конституційних приписів у процесі імплементації змін до Конституції щодо правосуддя і статусу Конституційного Суду в низці названих законів. Закон України “Про судоустрій і статус суддів”, прийнятий з ігноруванням Конституції, в будь-який момент може стати предметом аналізу Конституційного Суду на конституційність, висновки якого можуть поставити під сумнів легітимність усієї піраміди судової влади, що зводиться на основі цього Закону.

Поспішність з “оптимізацією” системи загальних судів разом з іншими проблемами, порушеним імплементаційним процесом, може хаотизувати їх діяльність і дискредитувати головну ціль судової реформи – забезпечити громадянам право на справедливий суд шляхом забезпечення належного доступу до правосуддя.

ВИТЯГ З ВИСНОВКУ¹

**Головного науково-експертного управління
Апарату Верховної Ради України на проект Закону України
“Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України,
Цивільного процесуального кодексу України,
Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”
(реєстр. №6232 від 23 березня 2017р.)**

Проект, як зазначено у Пояснювальній записці до нього, спрямований на забезпечення права на неупереджений, ефективний, справедливий та своєчасний захист прав і свобод особи у суді при здійсненні правосуддя оновленим суддівським корпусом, у т.ч. новим Верховним Судом України. Для цього, на погляд суб'єкта законодавчої ініціативи, потрібно оновити та викласти у новій редакції Господарський процесуальний кодекс України (ГПК), Цивільний процесуальний кодекс України (ЦПК), Кодекс адміністративного судочинства України (КАСУ), а також внести зміни до ряду інших законодавчих актів. Це має сприяти подоланню процесуальних проблем, які перешкоджають ефективному судовому захисту в Україні, удосконаленню принципів судочинства (змагальності, диспозитивності, пропорційності) та процесуальних механізмів (розгляд справ, запобігання зловживанню правами, впровадження “електронного суду” тощо).

Головне науково-експертне управління, розглянувши проект, вважає за доцільне висловити щодо його змісту такі зауваження та пропозиції.

І. До нових редакцій ГПК, ЦПК та КАСУ

Основу проекту, як вже зазначено вище, складають нові редакції ГПК, ЦПК та КАСУ. Враховуючи, що одним з головних завдань проекту була гармонізація правил цивільного, господарського та адміністративного судочинства із збереженням специфіки кожного (згідно з Пояснювальною запискою), ці нові редакції наближені за структурою та містять блоки подібних за змістом норм, які стосуються однакових процесуальних механізмів розгляду справ незалежно від правової юрисдикції суду. У зв'язку з цим зауваження Головного управління щодо концептуальних підходів у здійсненні правосуддя стосуються всіх трьох нових редакцій процесуальних кодексів.

І. Щодо запровадження “електронного суду”

У законопроекті передбачається здійснення судочинства із застосуванням інформаційних технологій, зокрема запровадження Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, яка має забезпечувати обмін документами (надсилання та отримання документів) в електронній формі між судами, між судом та учасниками судового процесу, а також фіксування судового процесу і участь учасників судового процесу у судовому засіданні в режимі відеоконференції (статті 6, 14, 43, 223, 328 нової редакції ГПК; 14, 44, 248 нової редакції ЦПК; 18, 229 нової редакції КАСУ).

По-перше, на наш погляд, пропозиція законопроекту щодо створення т.зв. “електронного суду” потребує більш ґрунтовного вивчення та наразі виглядає дещо передчасною. Адже відомо, що сьогодні значна частина громадян України позбавлені можливості користуватися новітніми інформаційними технологіями. Це пов'язано як із низьким рівнем матеріального забезпечення населення, так і з відсутністю належного телекомунікаційного оснащення у багатьох регіонах України. З огляду на це, більшість громадян буде вимушена звертатися до суду у “паперовій формі”, а отже сплачувати повну ставку судового збору за таке звернення. У той же час для громадян, які подаватимуть до суду аналогічні документи в електронній формі, буде застосовуватися коефіцієнт 0,8 для пониження відповідного розміру ставки судового збору (див. ч.3 ст.4 Закону “Про судовий збір” у редакції проекту). Тим самим, на наш погляд, порушуватиметься один із основних конституційних принципів – принцип рівності усіх громадян перед законом, гарантований ст.24 Конституції. Крім того, така “нерівність” з одночасним суттєвим підвищенням ставок судового збору (як це пропонується законопроектом), фактично унеможливить доступ до правосуддя значної кількості громадян, що є порушенням конституційного права особи на судовий захист, гарантований ст.55 Основного Закону.

По-друге, у законопроекті не передбачено відокремлення паперового документообігу від електронного. Наприклад, у абзаці 1 ч.9 ст.18 КАСУ (у редакції проекту) передбачається, що суд проводить розгляд справи за матеріалами судової справи в електронній формі. Процесуальні та інші

¹ Повний текст документа розміщений на сайті Верховної Ради України – http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415.

Тут подається скорочена версія з мінімальними редакційними правками, проте зі збереженням стилю та виділень, зроблених Управлінням.

документи і докази у паперовій формі не пізніше наступного дня з дня їх надходження до суду переводяться у електронну форму та долучаються до матеріалів електронної судової справи в порядку, визначеному Положенням про Єдину судову інформаційно-телекомунікаційну систему. Те ж саме пропонується у ч.9 ст.6 нової редакції ГПК та ч.9 ст.14 нової редакції ЦПК. На наш погляд, це може призвести до порушень у сфері документообігу та втрати паперових оригіналів документів, що при здійсненні судочинства є неприпустимим.

При цьому у проекті передбачено, що “у разі неможливості розгляду справи судом в електронній формі з технічних причин, що може перешкодити розгляду справи у строки, встановлені цим Кодексом, справа розглядається за матеріалами в паперовій формі, для чого матеріали справи невідкладно переводяться в паперову форму у порядку, встановленому Положенням про Єдину судову інформаційно-телекомунікаційну систему” (абзац 2 ч.9 ст.6 ГПК, абзац 2 ч.9 ст.14 ЦПК, абзац 2 ст.18 нової редакції КАСУ). Однак, на наш погляд, очевидним є те, що “у разі неможливості розгляду справи судом в електронній формі з технічних причин” згадані вище “технічні причини” перешкоджатимуть доступу до Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи та переведенню матеріалів справи у паперову форму.

Загалом, така законодавча невизначеність, на наш погляд, може призвести до того, що частина документів у справі буде існувати в електронному вигляді, а частина – у паперовому. При цьому однієї цілісної справи фактично не існуватиме, що може взагалі унеможливити судовий розгляд відповідних категорій справ.

По-третє, відповідно до приписів абзацу 2 ч.8 ст.6 нової редакції ГПК, абзацу 2 ч.8 ст.14 нової редакції ЦПК, абзацу 2 ч.8 ст.18 нової редакції КАСУ особи, які зареєстрували офіційні електронні адреси в Єдиній судовій інформаційно-телекомунікаційній системі, подають процесуальні та інші документи, письмові та електронні докази, вчиняють інші процесуальні дії в електронній формі виключно за допомогою Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, з використанням власного електронного цифрового підпису (ЕЦП), прирівняного до власноручного підпису відповідно до Закону “Про електронний цифровий підпис”, якщо інше не визначено цим Кодексом. Проте, чинне законодавство України не визначає особливості застосування ЕЦП щодо документів, термін дії яких перевищує термін дії ЕЦП. Також не визначено статус підписаних документів, термін дії яких не закінчився, у разі компрометації ЕЦП. Це дозволяє реалізувати два види атак на ЕЦП:

1) використання недійсного ЕЦП (скомпрометованого, або ЕЦП, термін дії якого закінчився) для підпису документів заднім числом;

2) визнання підписаного документа без позначки часу, сертифікат якого на час перевірки підпису не діє, недійсним на підставі того, що неможливо встановити чи був документ підписаний дійсним ЕЦП, чи був підписаний заднім числом недійсним ЕЦП. Ця атака може супроводжуватись неправдивою заявою про компрометацію ключа ЕЦП.

Враховуючи наявність такої критичної вразливості, національний електронний документообіг, у якому не застосовується позначка часу, наразі обмежується підписанням документів, валідність яких перевіряється тільки на момент підпису (наприклад, подача електронної звітності). Щодо електронного цифрового підпису довгострокових документів, то кожний такий документ може бути визнаний недійсним навіть протягом терміну валідності ЕЦП. Тобто, будь-який електронний документ, засвідчений ЕЦП, який подається до суду (в т.ч., в якості доказу), на будь-якій стадії судового процесу зможе бути визнаний недійсним. Навряд чи це сприятиме об’єктивному та вчасному розгляду справи.

У цьому контексті Головне управління звертає також увагу на те, що на розгляді Верховної Ради знаходиться проект Закону “Про електронні довірчі послуги” (№4685 від 17 травня 2016р.), розроблений з метою гармонізації українського законодавства з законодавством ЄС й який був прийнятий в першому читанні. Отже, на думку Головного управління, розгляду поданої законодавчої пропозиції мало б передувати прийняття вищезазначеного законопроекту.

По-четверте, вбачається сумнівним термін набуття чинності поданим законопроектом. Адже впровадження його новел на загальнодержавному рівні буде можливим лише за умови подолання “цифрової нерівності”. При цьому, у супровідних документах до проекту Закону ігнорується питання фінансових витрат, пов’язаних з процесом дематеріалізації судової процедури, порушуючи тим самим вимоги ч.1 ст.91 Регламенту Верховної Ради.

По-п’яте, на думку Головного управління, питання визначення Адміністратора інформаційно-телекомунікаційної системи, а також питання вимог щодо безпеки відповідних баз даних та їх надійності, мали б вирішуватись не на підзаконному нормативно-правовому рівні (як це передбачено в законопроекті), а на рівні Закону.

По-шосте, процедура електронного правосуддя не відповідає гласності та відкритості судового процесу як основним засадам судочинства. Зокрема у ст.11 Закону “Про судоустрій і статус судів” передбачено, що “судові рішення, судові засідання та інформація щодо справ, які розглядаються судом, є відкритими. Ніхто не може бути обмежений у праві на отримання в суді усної або письмової інформації про результати розгляду його судової справи. Будь-яка особа має право на вільний доступ до судового рішення в порядку, встановленому законом”. При цьому інформація про суд, який розглядає справу, сторони спору та предмет позову, дату надходження позовної заяви, апеляційної, касаційної скарги, заяви про перегляд судового рішення, стадії розгляду справи, місце, дату і час судового засідання, рух справи з одного суду до іншого є відкритою та має бути невідкладно оприлюдненою на офіційному веб-порталі судової влади України. Крім того, відповідно до ч.3 ст.11 вищезазначеного Закону, розгляд справ у судах відбувається відкрито, у відкритому судовому засіданні мають право бути присутніми будь-які особи. Основні принципи гласності і відкритості судового процесу також закладені також у ст.129 Конституції.

До того, основна мета запровадження “електронного суду” повинна полягати в налагодженні процесу оперативного обміну інформацією в електронному вигляді між судовими установами, учасниками судового процесу, а також іншими державними структурами з метою забезпечення справедливого та неупередженого правосуддя в Україні. Проте запропоновані зміни свідчать не стільки про забезпечення повноцінного поширення інформації щодо судового розгляду, правової інформації, узагальнення судової практики, скільки про наявність відповідного розриву між громадянами та судовими інстанціями.

2. Щодо права суду застосовувати спосіб захисту, не передбачений законом або договором

Одним з концептуальних положень проекту, як зазначено у Пояснювальній записці, є надання суду права у випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звернулася до суду, відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону. Це знайшло відображення у пропозиціях до ч.2 ст.16 ЦК, ч.2 ст.5 нової редакції ГПК, ч.2 ст.5 нової редакції ЦПК та ч.2 ст.5 нової редакції КАСУ.

На наш погляд, у вищенаведеному положенні закладено суб’єктивний підхід. Насамперед за своєю природою оцінка ефективності чи неефективності захисту, передбаченого законом або договором, є суб’єктивною точкою зору як особи, яка звернулася до суду з відповідною вимогою, так і суду, який, задовольняючи вимоги цієї особи, може вибрати на свій розсуд спосіб захисту, відмінний від тих, що передбачені законом або договором. Отже, такий вибір способу захисту виглядає чисто суб’єктивним, навіть враховуючи й наведену вище вимогу, щоб спосіб захисту не суперечив закону. Такий підхід загрожує неупередженості та справедливості розгляду справи, що може призвести до протилежних наслідків, які очікуються від прийняття проекту.

І, що найголовніше, надання суду права визначення способу захисту, не передбаченого законом або договором, означає прийняття судом рішення поза межами законодавчого регулювання, яким регламентовано захист цивільних прав та інтересів особи. На нашу думку, це означає надання суду повноважень нормотворчого органу, що не узгоджується з правовою природою суду, який є органом застосування права, а саме здійснює правосуддя відповідно до ч.1 ст.124 Конституції. Тобто вищенаведене не узгоджується з ч.2 ст.19 Конституції, яка зобов’язує органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадових осіб діяти *лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України*.

3. Щодо касаційної інстанції

Однією з основних новел законопроекту є визначення Верховного Суду як єдиної касаційної інстанції в Україні та запровадження нового порядку розгляду ним справ. При цьому проект спрямований на обмеження кола справ, які можуть підлягати касації. Це впливає, зокрема, з переліку справ, які не підлягатимуть касаційному оскарженню (ч.3 ст.288 нової редакції ГПК, ч.3 ст.390 нової редакції ЦПК, ч.5 ст.328 КАСУ). Такі зміни істотно звужують конституційні права суб’єктів на касаційне оскарження судових рішень, що може призвести до суттєвого збільшення випадків оскарження судових рішень прийнятих національними судами до Європейського суду з прав людини.

Крім того, у проекті пропонується кілька способів прийняття рішень – палатою, об’єднаною палатою або Великою палатою Верховного Суду (статті 303-304 проекту ГПК, 404-405 проекту ЦПК, 346 КАСУ). Зокрема, якщо колегія не погоджується з практикою правозастосування у подібних правовідносинах, яка має місце в рішеннях іншої колегії в межах цієї ж палати, іншої палати цього ж касаційного суду або іншого касаційного суду, така колегія може передати справу на розгляд палати, до якої входить ця колегія, або об’єднаної палати відповідного касаційного суду, або

Великої Палати Верховного Суду відповідно. У такому випадку рішення за результатами касаційного провадження повинно прийматися палатою, об'єднаною палатою відповідного касаційного суду або Великою Палатою Верховного Суду. На нашу думку, запропонований порядок має неоднозначний характер щодо судового органу, який відповідатиме за остаточне рішення в питанні правозастосування, що може призвести до неоднозначності тлумачення судової практики.

...

6. Щодо застосування судами норм Конституції України

Юридично некоректними є приписи ч.6 ст.12 нової редакції ГПК, ч.6 ст.10 нової редакції ЦПК та ч.3 ст.7 нової редакції КАСУ про те, що “якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції як норми прямої дії”.

У такому випадку суд після винесення рішення у справі звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, що віднесено до юрисдикції Конституційного Суду України.

Звертаємо увагу, що у чинному законодавстві це питання вирішено більш виважено. Наприклад, згідно з ч.5 ст.9 чинного КАСУ адміністративний суд “у разі виникнення в суду сумніву під час розгляду справи щодо відповідності закону чи іншого правового акта Конституції, вирішення питання про конституційність якого належить до юрисдикції Конституційного Суду, суд звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до Конституційного Суду подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта”. При цьому відповідно до п.3 ч.1 ст.156 КАСУ неможливість розгляду адміністративної справи до вирішення справи, що розглядається в порядку конституційного судочинства, є підставою для зупинення провадження в адміністративній справі (якщо Конституційний Суд своєю ухвалою відкрив конституційне провадження у справі). Подібні положення містяться й у ч.3 ст.8 та п.4 ч.1 ст.201 чинного ЦПК.

Тобто, виходячи з приписів чинних КАСУ та ЦПК, для звернення до Верховного Суду достатньо сумніву в конституційності відповідного нормативно-правового акта. У той же час, відповідно до запропонованих проектом положень, він повинен бути переконаним у його неконституційності. З огляду на це, наразі суд та адміністративний суд може звернутися до Верховного Суду з ініціативою конституційної перевірки відповідного нормативно-правового акта ще до вирішення справи по суті.

Тож у випадку прийняття процесуальних кодексів у запропонованих редакціях складеться ситуація, за якої можливі реальні зловживання з боку суддів адміністративних судів, які, піддаючи сумніву конституційність будь-якого закону, будуть застосовувати норми Конституції як норми прямої дії і лише після винесення рішення у справі звертатися до Верховного Суду. При цьому, якщо Конституційний Суд дійде висновку, що відповідний закон відповідає Конституції, винесені судові рішення, які набрали законної сили, переглянути буде неможливо, оскільки підставою для перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами згідно з п.1 ч.5 ст.361 нової редакції КАСУ, ч.3 ст.321 нової редакції ГПК та ч.3 ст.424 нової редакції ЦПК визнається встановлена Конституційним Судом неконституційність закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане. У свою чергу, визнання закону таким, що відповідає Конституції, не є підставою для перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами.

...

II. До кожного з проектів кодексів та змін до інших законів

1. Зауваження до однакових за змістом положень ГПК та ЦПК

Враховуючи, що відносини, які регулюються ГПК та ЦПК, є близькими, вважаємо за доцільне надати спільні зауваження до ряду їх положень, які є близькими за змістом.

Щодо автоматизованого арешту коштів у нових редакціях ГПК та ЦПК

У нових ГПК та ЦПК пропонується створити систему автоматизованого арешту коштів, що забезпечує накладання арешту на грошові кошти, які знаходяться на банківських рахунках боржника. Зокрема, у ч.4 ст.7 проекту ГПК та ч.4 ст.15 проекту ЦПК пропонується встановити, що інформація щодо арешту коштів на підставі відповідної ухвали суду має вноситися до системи автоматичного арешту коштів безпосередньо суддею (суддею доповідачем у разі колегіального розгляду справи). На думку Управління, це означає, що на суддю фактично покладається здійснення невласивої йому функції, що не узгоджується з функціональним призначенням суду, на

який Конституцією покладено здійснення правосуддя (ст.124). Слід звернути також увагу на необхідність узгодження положень цієї статті з новою ч.5 ст.9-1 Закону “Про виконавче провадження”, відповідно до якої інформація щодо арешту коштів вноситься державним виконавцем до системи автоматизованого арешту коштів.

Головне управління звертає увагу на необхідність узгодження положень проекту щодо створення системи автоматизованого арешту коштів на підставі ухвал суддів з відповідними положеннями Закону “Про доступ до судових рішень”. Зокрема, з його ст.3, у якій передбачено, що суд загальної юрисдикції вносить до Єдиного державного реєстру судових рішень всі судові рішення і окремі думки суддів, викладені у письмовій формі, не пізніше наступного дня після їх ухвалення або виготовлення повного тексту. За цих умов, на нашу думку, більш ефективним було б не покладення на суди обов’язку вносити інформацію про ухвали про забезпечення позову до системи автоматизованого арешту коштів, яка має бути утворена згідно з цим проектом, а забезпечення отримання необхідної інформації для цієї системи із Єдиного державного реєстру судових рішень.

...

2. Щодо окремих положень нової редакції ГПК

У ч.2 ст.21 нової редакції ГПК пропонується включити до системи господарського судочинства Вищий суд з питань інтелектуальної власності. На наш погляд, це не узгоджується як з предметною, так і з суб’єктною юрисдикцією господарських судів. Адже до юрисдикції господарських судів відповідно до ч.1 ст.21 проекту ГПК віднесено справи у спорах, що виникають у зв’язку зі здійсненням господарської діяльності, які мають суто майновий характер, а їх сторонами є юридичні особи та (або) фізичні особи-підприємці, тобто суб’єкти господарювання.

Водночас далеко не всі права інтелектуальної власності можуть бути використанні у сфері господарювання. Відповідно до ч.2 ст.418 Цивільного кодексу, зміст прав інтелектуальної власності становлять *особисті немайнові* права інтелектуальної власності та (або) *майнові* права інтелектуальної власності. Особисті немайнові права, визначені у ст.423 ЦК, по суті не можуть бути використані в господарській діяльності. До того ж, суб’єктами права інтелектуальної власності згідно зі ст.421 ЦК є творець об’єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник тощо) та інші особи, яким належать особисті немайнові та (або) майнові права відповідно до цього Кодексу, іншого закону чи договору. Згадані фізичні особи не є учасниками відносин у сфері господарювання у розумінні ст.2 Господарського кодексу. Однак у ч.2 ст.21 нової редакції цього Кодексу пропонується, щоб Вищий суд з питань інтелектуальної власності за Господарським процесуальним кодексом розглядав такі спори щодо прав інтелектуальної власності, як право на винахід, корисну модель, промисловий зразок (п.1 цієї частини) та справи у спорах щодо прав автора та суміжних прав (п.4 цієї частини), які по суті можуть не бути господарськими.

Звертаємо увагу, що Господарський кодекс у ч.2 ст.154 встановив, що до відносин, пов’язаних з використанням у господарській діяльності прав інтелектуальної власності, застосовуються положення Цивільного кодексу з урахуванням особливостей, передбачених цим Кодексом та іншими законами. При цьому в ст.155 ГК перераховано об’єкти прав інтелектуальної власності у сфері господарювання, для яких цим Кодексом передбачено особливості використання у господарській діяльності. Однак у цій статті ГК не згадуються, зокрема, літературні та художні твори, наукові відкриття, раціоналізаторські пропозиції, фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення, визнані Цивільним кодексом об’єктами права інтелектуальної власності (ст.420 цього Кодексу), та й особливостей використання цих об’єктів у господарській діяльності ГК не передбачає.

У зв’язку з наведеним, на наш погляд, нова редакція ГПК не забезпечить належного захисту немайнових прав фізичних осіб, які не є підприємцями, тому немає достатніх підстав для включення Вищого суду з питань інтелектуальної власності до складу господарських судів.

3. Щодо нової редакції ЦПК

У главі 12 нової редакції ЦПК пропонується встановити особливості позовного провадження у справах про визнання необґрунтованими активів та їх витребування.

По-перше, на наш погляд, ця пропозиція не має відношення до цивільного процесу, оскільки виглядає як покарання, пов’язане зі здійсненням злочину (наприклад, згідно з ч.2 ст.291 нової редакції ЦПК позов про визнання необґрунтованими активів та їх витребування може бути пред’явлено до особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, стосовно якої набрав законної сили обвинувальний вирок суду за вчинення корупційного злочину або легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом).

Однак покарання, близькі за правовим змістом, а саме конфіскація та спеціальна конфіскація за корупційні злочини чи легалізацію доходів, одержаних злочинним шляхом, вже вирішені

у Кримінальному та Кримінальному процесуальному кодексах (зокрема, у Законі “Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо виконання рекомендацій, які містяться у шостій доповіді Європейської комісії про стан виконання Україною Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України, стосовно процедури арешту майна та інституту спеціальної конфіскації”).

По-друге, положення Глави 12 нової редакції ЦПК (статті 291-293) суперечать ст.41 Конституції та ст.321 ЦК щодо непорушності права власності. Крім того, ці положення не узгоджуються також з ч.2 ст.328 ЦК, згідно з якою право власності вважається набутим правомірно, якщо інше прямо не випливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом. Тобто ця норма ЦК виходить із презумпції невинуватості власника. А пропозиція проекту, на нашу думку, навпаки, виходить з того, що вимагає вважати винною кожного власника, якщо той не доведе, що його активи набуті законним шляхом. Це можна зрозуміти так, що жодних підстав незаконності придбання майна не вимагається, тому все майно, законність походження якого не доведена, вважається незаконним. Ця концепція, на наш погляд, є хибною у своїй основі, оскільки презумпція невинуватості вимагає іншого підходу – все, що не є незаконним, є законним. Подібне не узгоджується і з Загальною декларацією прав людини, прийнятою і проголошеною резолюцією 217 А (ІІІ) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948р., у ч.2 ст.17 якої проголошено, що ніхто не може бути безпідставно позбавлений свого майна. Також ці статті нової редакції ЦПК суперечать загальним засадам Цивільного процесуального кодексу, проголошеним у пояснювальній записці, зокрема, забезпеченню права людини на захист, оскільки особа, щодо якої подано такий позов, фактично позбавлена можливості захищатися, в т.ч. надавати докази, адже відповідно до ст.291 нової редакції ЦПК позов про визнання необґрунтованими активів та їх витребування може бути пред’явлено до особи, уповноваженої на виконання функцій держави або місцевого самоврядування стосовно якої набрав законної сили обвинувальний вирок суду за вчинення корупційного злочину або легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. Тому пропонуємо виключити цю главу.

4. Стосовно нової редакції КАСУ

1. Щодо визначення публічно-правового спору

У п.2 ч.1 ст.4 КАСУ (у редакції проекту) дається визначення публічноправового спору. Зокрема, до такої категорії відносяться спори, у якому:

1) хоча б одна сторона здійснює публічно-владні управлінські функції, в т.ч. на виконання делегованих повноважень, і спір виник у зв’язку з виконанням або невиконанням такою стороною зазначених функцій; або

2) хоча б одна сторона надає адміністративні послуги на основі законодавства, яке уповноважує або зобов’язує надавати такі послуги виключно суб’єкта владних повноважень, і спір виник в зв’язку з наданням або ненаданням такою стороною зазначених послуг; або

3) хоча б одна сторона є суб’єктом виборчого процесу або процесу референдуму і спір виник у зв’язку з порушенням її прав у такому процесі з боку суб’єкта владних повноважень або іншої особи.

Зі змісту запропонованої норми неясно, кого слід вважати “стороною, яка надає адміністративні послуги на основі законодавства, яке уповноважує або зобов’язує надавати такі послуги виключно суб’єкта владних повноважень”. Адже, якщо такою стороною є виключно суб’єкт владних повноважень, то у такому випадку виділяти цей спір в окрему категорію немає сенсу, оскільки він повністю охоплюється ознаками спору, “у якому хоча б одна сторона здійснює публічно-владні управлінські функції, в т.ч. на виконання делегованих повноважень, і спір виник в зв’язку з виконанням або невиконанням такою стороною зазначених функцій”.

Відповідного уточнення, на наш погляд, також потребує вказівка у вказаній статті законопроекту на “іншу особу”, з боку якої мало місце порушення прав суб’єкта виборчого процесу або процесу референдуму, у зв’язку з чим і виник спір.

Загалом, запропоноване у проекті визначення публічно-правового спору має бути узгоджене з положеннями статей 19 та 20 КАСУ (у редакції проекту), якими визначається предметна юрисдикція адміністративних судів. Адже у вказаних статтях “суб’єктний склад” публічно-правового спору є набагато ширшим, ніж це передбачено у п.2 ч.1 ст.4 КАСУ (у редакції проекту). Йдеться, зокрема, про спори фізичних чи юридичних осіб із розпорядником публічної інформації щодо оскарження його рішень, дій чи бездіяльності в частині доступу до публічної інформації, спори щодо оскарження рішень атестаційних, конкурсних, медикосоціальних експертних комісій та інших подібних органів, рішення яких є обов’язковими для органів державної влади, органів місцевого самоврядування, інших осіб та ін.

Крім того, аналіз ст.4 нової редакції КАСУ дозволяє зробити висновок про неузгодженість понятійного апарату цієї норми. Так, у п.12 ч.1 названої статті “судове рішення” визначається

як рішення, постанова, ухвала суду будь-якої інстанції. В той час, “рішенням суду” – є рішення суду першої інстанції, в якому вирішуються позовні вимоги. Тобто, рішення суду є складовою поняття “судове рішення”.

При цьому “постанова” визначається як письмове рішення суду апеляційної або касаційної інстанції в адміністративній справі, а “ухвала” – як письмове або усне рішення суду будь-якої інстанції в адміністративній справі, яким вирішуються питання, пов’язані з процедурою розгляду адміністративної справи, та інші процесуальні питання (див. пп.14, 15 ч.1 ст.4 нової редакції КАСУ). Таким чином, в одному випадку рішенням суду пропонується називати виключно рішення суду першої інстанції, в іншому – апеляційної або касаційної інстанції, а в третьому – рішення суду будь-якої інстанції, що є неприпустимим в межах одного законодавчого акта.

2. Щодо призначення, підготовки і проведення виборів

Відповідно до ч.4 ст.151 нової редакції КАСУ “у спорах, що стосуються призначення, підготовки і проведення виборів, забезпечення позову не допускається”. Звертаємо увагу, що положення ч.6 ст.117 чинного КАСУ (які є аналогічними за змістом пропонованої норми) Конституційний Суд у своєму Рішенні №26 від 19 жовтня 2009р. (справа про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виборів Президента України) визнати такими, що не відповідають Конституції України. В якості одного з основних аргументів на користь такого висновку Конституційний Суд вказав на те, що заборона суду здійснювати забезпечення позову у спорах, які стосуються призначення, підготовки і проведення виборів, звузили зміст права громадян на судовий захист, що не відповідає ч.3 ст.22 Конституції (див. п.3.12. мотивувальної частини вказаного Рішення).

...

7. Щодо змін до Кримінального процесуального кодексу України (КПК)

1. У законопроекті пропонується доповнити КПК ст.434-1 “Підстави для передачі кримінального провадження на розгляд палати, об’єднаної або Великої Палати Верховного Суду”. У ч.5 цієї статті пропонується зазначити, що “суд, який розглядає кримінальне провадження в касаційному порядку у складі колегії або палати, має право передати таке кримінальне провадження на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо прийде до висновку, що справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики”. На думку Головного управління, термін “виключна правова проблема” є занадто загальним, невизначеним та потребує додаткового законодавчого роз’яснення.

2. Відповідно до ч.4 ст.442 “Постанова суду касаційної інстанції” КПК (у редакції проекту) “у постанові палати, Великої Палати Верховного Суду має міститися висновок про те, як саме повинна застосовуватися норма права, із застосуванням якої не погодилася колегія суддів або палата, що передала справу відповідно на розгляд палати, Великої Палати Верховного Суду”. При цьому, відповідно до ч.6 ст.31 “Склад суду” КПК (у редакції проекту) у визначених КПК випадках кримінальне провадження в касаційному порядку здійснюється не тільки судовою палатою Касаційного кримінального суду (палатою) або Великою Палатою Верховного Суду (Великою Палатою), але й об’єднаною палатою Касаційного кримінального суду (об’єднана палата). У зв’язку з цим ч.4 ст.442 КПК (у редакції проекту) має бути доповнена вказівкою на об’єднану палату Верховного суду.

3. Законопроектом пропонується виключити з п.15 розділу XI “Перехідні положення” КПК вказівку на “заяви про перегляд судових рішень Верховним Судом України”. У зв’язку з цим залишиться не врегульованим питання про те, що слід робити з заявами про перегляд судових рішень Верховним Судом, які були розглянуті до набрання чинності цим законопроектом, або у справах, розгляд яких не завершено з набранням чинності цим законопроектом.

8. Щодо змін до Закону України “Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв’язку з проведенням антитерористичної операції”

Вказаний Закон пропонується доповнити ст.1-1, якою встановити порядок виклику в суд та повідомлення про судове рішення. Вирішення вказаного питання вбачається в повідомленні про дату час і місце першого судового засідання, інших судових засідань чи вчинення відповідної процесуальної дії у справі через оголошення на офіційному веб-сайті судової влади України (з посиланням на вебадресу відповідної ухвали суду в Єдиному державному реєстрі судових рішень). Такий порядок повідомлення передбачається за умови, що остання відома адреса місця проживання (перебування), місце знаходження чи місце роботи учасників справи знаходиться в районі проведення антитерористичної операції і вони не мають офіційної електронної адреси.

Безумовно, здійснення судового провадження передбачає необхідність такої процесуальної дії, як повідомлення слідчим суддею чи судом певного учасника про дату, час та місце проведення

відповідної процесуальної дії або про прийняте процесуальне рішення чи здійснену процесуальну дію. Проведення на території України антитерористичної операції значною мірою ускладнює можливість здійснення такого повідомлення, а відтак нагальною є потреба розроблення відповідного порядку. Разом з тим, запропонований проектом підхід не вирішує вказану проблему, оскільки ймовірно знаходження особи в районі проведення АТО не забезпечує її вільний та безперервний доступ до мережі Інтернет. Перш за все це пов'язано з тим, що не всі населені пункти є повністю комп'ютеризованими. Крім того, через пошкодження високовольтних ліній електропередачі, населені пункти періодично залишаються без електроенергії. Так, наприклад, за даними прес-служби ГУ ДСНС України у Донецькій області, станом на 3 квітня 2017р., електропостачання в Авдіївці Донецької області відсутнє п'ять добу.

9. Щодо змін до Закону України “Про судоустрій і статус суддів”

1. Законопроектом пропонується викласти в новій редакції ч.6 ст.13 Закону, зазначивши, що висновки щодо застосування норм права, викладені в постановках Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права. Це можливо за умови єдності судової практики. Разом з тим, Закон не пропонує можливі шляхи виходу з ситуації, коли має місце наявність висновків, позиції в яких різняться.

2. Змінами до п.1 ч.1 ст.32 Закону Вищий спеціалізований суд пропонується наділити повноваженнями діяти одночасно і як суд першої, і як суд апеляційної інстанції. Головне управління не підтримує вказане нововведення з огляду на те, що той самий суд не може переглядати рішення, які він ухвалив як суд першої інстанції. Крім того, на законодавчому рівні врегульовано, що для розгляду справ щодо захисту прав інтелектуальної власності, а також пов'язаних з антимонопольним та конкурентним законодавством, у Касаційному господарському суді обов'язково створюється окрема палата (див. п.2 ч.6 ст.37 Закону).

3. У відповідності до п.1 ч.2 ст.45 Закону Велика Палата Верховного Суду у визначених законом випадках діє як суд касаційної інстанції з метою забезпечення однакового застосування норм права касаційними судами. Змінами до вказаної статті пропонується наділити Велику Палату Верховного Суду повноваженням у визначених законом випадках здійснювати перегляд судових рішень у касаційному порядку з метою забезпечення однакового застосування судами норм права. При цьому не враховано, що повноваженнями здійснювати правосуддя як суд касаційної інстанції наділений Верховний Суд, у складі якого, крім Великої Палати Верховного Суду, діють Касаційний адміністративний суд, Касаційний господарський суд, Касаційний кримінальний суд та Касаційний цивільний суд, судові палати яких здійснюють правосуддя в порядку, встановленому процесуальним законом (див. п.1 ч.1 ст.44 Закону). Таким чином, запропоновані законопроектом зміни зумовлять дублювання Великою Палатою Верховного Суду та касаційними судами функції перегляду судових рішень у касаційному порядку.

4. Відсутньою також є необхідність змін у частині наділення Пленуму Верховного Суду повноваженнями щодо узагальнення практики застосування матеріального і процесуального законів та надання роз'яснень рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства при вирішенні судових справ, оскільки такими повноваженнями вже наділені судові палати касаційного суду (див. п.2 ч.1 ст.44 Закону).

5. Потребує деталізації зміст змін, запропонованих проектом до п.4 ч.1 ст.106 Закону, якими пропонується передбачити в якості підстави притягнення судді до дисциплінарної відповідальності в порядку дисциплінарного провадження умисне або внаслідок грубої недбалості допущення суддею, який брав участь в ухваленні судового рішення, порушення прав людини і основоположних свобод або інше грубе порушення закону, що призвело до суттєвих негативних наслідків. Зокрема, з метою недопущення впливу на суддів під загрозою притягнення їх до дисциплінарної відповідальності, можливості довільного тлумачення норм Закону, підлягає визначенню зміст термінів “груба недбалість” та “суттєві негативні наслідки”.

6. Статтею 157 Закону закріплено, що кожний суддя має помічника, статус і умови діяльності якого визначаються цим Законом та Положенням про помічника судді, затвердженим Радою суддів України. Таким чином, зі змісту наведеної норми, кожний суддя має одного помічника. Проектом пропонується збільшити їх кількість, закріпивши, що кожний суддя має помічника (помічників). При чому запропоноване формулювання дозволяє збільшувати їх кількість без обмежень без урахування того, що фінансування помічників суддів здійснюється з державного бюджету.

При цьому п.1 ч.1 ст.91 Регламенту Верховної Ради України закріплює, що пояснювальна записка до законопроекту має містити, зокрема, обґрунтування основних положень законопроекту. На порушення вимог вказаної норми, обґрунтування в частині змін до Закону про судоустрій щодо кількості помічників судді в Пояснювальній записці до законопроекту відсутні.

...

13. До Закону України “Про судовий збір”

У змінах до ч.2 ст.4 Закону пропонується переглянути окремі ставки судового збору, зокрема: 1) *збільшити* за подачу позовної заяви майнового характеру, яка подана юридичною особою з **1,5%** до **2%** ціни позову, але не більше **350** розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб; за подачу апеляційної скарги на рішення суду; заяви про приєднання до апеляційної скарги на рішення суду; апеляційної скарги на судовий наказ, заяви про перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами зі **110%** до **150%** ставки, що підлягала сплаті при поданні позовної заяви, іншої заяви і скарги; за подачу касаційної скарги на рішення суду; заяви про приєднання до касаційної скарги на рішення суду зі **120%** до **200%** ставки, що підлягала сплаті при поданні позовної заяви, іншої заяви і скарги в розмірі оспорюваної суми (*а не залежно ставки, що підлягала сплаті при поданні позовної заяви, іншої заяви і скарги згідно з чинною редакцією Закону*); 2) *запровадити судовий збір* у разі подачі заяви за видачу судового наказу – **0,1** розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб; заяви про скасування судового наказу – **0,05** розміру прожиткового мінімуму для працездатних осіб; 3) *скасувати судовий збір* за подачу заяви про перегляд судових рішень Верховним Судом; за видачу дубліката судового наказу та виконавчого листа за роздрукування технічного запису судового засідання.

На наш погляд, у Пояснювальній записці до законопроекту доцільно було б надати більш переконливе обґрунтування пропозицій щодо перегляду судового збору, його впливу на забезпечення доступності до правосуддя, стану здійснення правосуддя, фінансування органів судової влади (ч.1, 2 ст.91 Регламенту Верховної Ради, ст.9 Закону “Про судовий збір”). Крім того, вважаємо, що для прийняття виваженого рішення щодо пропозицій законопроекту доцільно було б надати додатково інформацію щодо наслідків застосування чинних ставок судового збору, впливу їх на стан правосуддя. Відповідні застереження стосуються змін до ч.3 ст.4, ч.3, 4 ст.7 Закону.

У змінах до ч.1 ст.5 Закону, пропонується виключити п.18 на підставі якого від сплати судового збору звільняється “Пенсійний фонд України та його органи, органи Фонду загальнообов’язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття та Фонду соціального страхування України”. Управління, принципово не заперечуючи щодо внесеної пропозиції, вважає, що більш слушним було б провадити перегляд пільг зі сплати судового збору із застосуванням єдиного підходу по відношенню до усіх органів державної влади, місцевого самоврядування, фондів соціального страхування.

У змінах до ч.1 ст.6 Закону передбачається, що “судовий збір *перераховується у безготівковій або готівковій формі, в т.ч. з використанням платіжних систем через мережу Інтернет у режимі реального часу*”, “за подання до суду процесуальних документів в електронній формі *судовий збір сплачується виключно за допомогою Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи та з використанням платіжних систем через мережу Інтернет у режимі реального часу*”. Підтримуючи ідею впровадження новітніх інформаційних, Інтернеттехнологій при сплаті судового збору, здійснення правосуддя, у документах, які додаються до законопроекту доцільно було б надати інформацію щодо технічних можливостей відповідних систем, гарантування доступу до правосуддя.

За змістом змін до ч.1 ст.8 Закону, у порівнянні із чинною редакцією, пропонується запровадити низку умов щодо прийняття судом рішення про відстрочку або розстрочку сплати судового збору, зокрема: “1) *розмір судового збору перевищує 5% розміру річного доходу позивача - фізичної особи за попередній календарний рік; або 2) позивачами є: а) військовослужбовці; б) батьки при наявності дитини віком до 14 років або дитини-інваліда, якщо інший з батьків ухиляється від сплати аліментів; в) одинокі матері (батьки) при наявності дитини віком до 14 років; г) члени малозабезпеченої чи багатодітної сім’ї; ґ) члени малозабезпеченої чи багатодітної сім’ї; д) особа, яка діє в інтересах малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена; або 3) предметом позову є захист соціальних, трудових, сімейних, житлових прав, відшкодування шкоди здоров’ю*”, тобто передбачається звужити право сторони судового розгляду на відстрочку або розстрочку сплати судового збору. Внесена пропозиція не враховує вимоги ч.3 ст.22 Конституції, згідно з якою “*при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод*”. Крім того, у редакції п.п. “д” ч.1 зазначеної статті Закону слово “*або*” є зайвим.

ВИТЯГ ІЗ ЗАУВАЖЕНЬ¹

**Головного юридичного управління
Апарату Верховної Ради України до проекту Закону України
“Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України,
Цивільного процесуального кодексу України,
Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”
(реєстр. №6232 від 23 березня 2017р.)**

У Головному юридичному управлінні в межах фактично відведеного часу розглянуто проект Закону України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”, підготовлений Комітетом з питань правової політики та правосуддя до розгляду у другому читанні та поданий (паперова копія) до Головного управління о 17 год. 30 хв. 12 липня 2017р.

Підтримуючи задекларовану у пояснювальній записці до законопроекту мету його прийняття, в т.ч. й необхідність гармонізації правил цивільного, господарського та адміністративного судочинства із збереженням відповідної специфіки кожного, вважаємо за необхідне зауважити таке.

Насамперед Головне управління поділяє міркування, висловлені у зауваженнях Головного науково-експертного управління, які і натеper зберегли свою актуальність.

Попередній аналіз тексту законопроекту засвідчує, що окремі його положення не враховують конституційних приписів, не узгоджуються з іншими законодавчими актами, містять внутрішні неузгодженості, не враховують європейських стандартів щодо чіткості, ясності, зрозумілості, стислості, послідовності, ефективності, результативності та пропорційності закону.

1. Відповідно до ст.8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. При цьому одним з основних фундаментальних елементів цього принципу є юридична визначеність, згідно з якою юридичні норми мають бути чіткими, ясними і недвозначними, оскільки інше не може забезпечити їх однакове застосування та не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці. На це звертав увагу і Конституційний Суд України у відповідних рішеннях №5 від 22 вересня 2005р., №17 від 29 червня 2010р., №10 від 11 жовтня 2011р.

Європейський суд з прав людини також неодноразово підкреслював, що закони мають відповідати встановленому Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод стандарту, який вимагає достатньо чіткого формулювання правових норм у тексті нормативно-правових актів. Зокрема, “...Закон має бути доступним для зацікавлених осіб та сформованим з достатньою точністю для того, щоб надати їм можливість регулювати свою поведінку аби бути здатними – за потреби, за відповідної консультації – передбачати тією мірою, що є розумною за відповідних обставин, наслідки, які може потягнути за собою його дія” (рішення у справі “Веренцов проти України, 11 квітня 2013р.).

Однак, незважаючи на зазначені вимоги, положення підготовленого законопроекту містять юридичну невизначеність, зокрема:

1) у разі прийняття законопроекту за реєстраційним №6232 як закону в редакції, запропонованій головним комітетом, він за формою, структурою та змістом не відповідатиме принципу верховенства права (ст.8 Конституції), оскільки матиме вади, зумовлені юридичною невизначеністю його тексту.

У першу чергу, йдеться про поєднання в одному законопроекті трьох кодексів, які викладаються в новій редакції (тобто попередні редакції зазначених кодексів не визнаються такими, що втратили чинність), зі змінами, які вносяться до ще низки кодексів та деяких інших законів. Обрана форма не є виправданою не лише з точки зору фізичної надмірності обсягу законопроекту, неможливого для якісного опрацювання тексту (так, таблиця законопроекту, підготовлена до розгляду у другому читанні, складається з 2 162 сторінок), а ще й тому, що при подальшому внесенні змін до цих кодексів неможливо буде однозначно ідентифікувати, з точки зору юридичної техніки, куди саме вноситимуться зміни. Як наслідок, застосування положень таких актів буде вкрай суперечливим та потребуватиме численних тлумачень, роз’яснень та внесення змін.

Крім того, перехідні і прикінцеві положення – як ті, що були прийняті парламентом за основу (спільні до всього законопроекту), так і запропоновані комітетом для розгляду у другому читанні

¹ Повний текст документа розміщений на сайті Верховної Ради України – http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415.

Тут подається скорочена версія з мінімальними редакційними правками, проте зі збереженням стилю та виділень, зроблених Управлінням.

(нові перехідні та прикінцеві положення до кожної нової редакції ГПК, ЦПК і КАСУ, а також до закону про внесення змін до деяких законодавчих актів у зв'язку з прийняттям цих кодексів), викладені без урахування вимог законодавчої техніки.

Зокрема, прикінцеві положення, присвячені набранню чинності чи введенню в дію окремих структурних частин законопроекту, розділені та викладені у його різних частинах таким чином, як це прийнято для оформлення кожного нового кодифікованого акта. При цьому у розділі прикінцевих положень Господарського процесуального кодексу України (в редакції проекту) відсутній припис про те, що втрачає чинність Господарський процесуальний кодекс України. Подібне оформлення тексту кодифікованого акта здійснено без урахування вимог законодавчої техніки. Це саме стосується оформлення проектів Цивільного процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України.

Водночас положення про набрання чинності новими редакціями кодексів, викладено у розділі VI “Прикінцеві положення” проекту закону, а порядок введення в дію цих кодексів розміщено у розділі “Перехідні положення” відповідних кодексів. За такого нестандартного підходу створюється ситуація юридичної невизначеності, оскільки після офіційного опублікування тексту закону у такому вигляді неможливо буде однозначно встановити, як саме діятиме в часі той чи інший законодавчий акт після внесення до нього змін, що впливатимуть із тексту закону. А у разі опублікування кожного з цих кодексів окремим виданням у їх тексті положення про набрання ними чинності взагалі будуть відсутні;

2) у Цивільному процесуальному кодексі України (ЦПК України) (в редакції проекту) відсутня стаття, що була б присвячена термінам, які використовуються у цьому Кодексі. У зв'язку з цим у проекті залишилися невизначеними такі оціночні поняття, як “грошові суми незначного розміру”, “справи незначної складності”, “постійна колегія суддів”, “резервний суддя”, “автоматизований розподіл справ”, “повторний автоматизований розподіл справ”, “об'єднана палата”, “Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система”, “визнаний фахівець у галузі права”, “джерело відомостей”, “значний суспільний інтерес”, “питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовчої практики”;

3) у ЦПК України (в редакції проекту) та інших кодексах (в редакції проекту) використовуються формулювання “у випадках, передбачених цим Кодексом”, “у випадках, передбачених законом”, “у необхідних випадках”, “суттєво ускладнити”, “якщо інше не встановлено законом”, “виняткові випадки”, “у виключних випадках”, “особливості розподілу судових справ”, “об'єктивно унеможливили функціонування системи”, “не може продовжувати розгляд справи” (без зазначення причин), “сформувати неможливо”, “змінити суддю неможливо”, “у разі виникнення потреби”, “з об'єктивних причин”, “превалює над будь-якими іншими міркуваннями в судовому процесі”, “завчасно”, “позов має ознаки завідомо безпідставного”; “ознаки зловживання правом на позов”, “з урахуванням конкретних обставин справи”, “термінова необхідність”, що також свідчить про юридичну невизначеність відповідних положень законопроекту.

2. Стаття 19 Конституції передбачає, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Натомість у ЦПК України (в редакції проекту) не враховано цих вимог Конституції. Зокрема, при визначенні судового розсуду використовуються різноманітні мовні конструкції, такі, як “суд може”, “суд має право”, “визнається судом”, “за ініціативою суду”, “суд сприяє примиренню сторін”.

Варто зазначити, що наділення суду широкими дискреційними повноваженнями дозволяє враховувати конкретні обставини справи з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав та свобод особи. Однак використаний законодавчий підхід щодо меж судового розгляду не враховує вимог ч.2 ст.8 Конституції, згідно з якою закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй, а також свідчить про відсутність системного унормування, про неповноту правового регулювання суспільних відносин, що не відповідає визначенню України як правової держави, на чому також неодноразово наголошував Конституційний Суд України (рішення №5 від 22 вересня 2005р., №20 від 30 вересня 2010р., №23 від 22 грудня 2010р.).

Крім того, наявність у законопроекті подібних конструкцій є неприйнятною, оскільки може істотно ускладнити застосування відповідних положень та негативно позначитися на їх законодавчому розвитку, може зумовити проблеми з практичним утвердженням та забезпеченням прав і свобод людини і громадянина.

До того ж “відповідно, законом має бути визначений об'єм будь-яких дискреційних повноважень компетентних органів та порядок їх здійснення з достатньою ясністю, беручи до уваги законну мету певного заходу, щоб забезпечити особі адекватний захист від свавільного втручання” (справа Volokhy v. Ukraine).

Пункти 1 та 2 цих Зауважень стосуються і інших положень законопроекту, зокрема змін до Господарського процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів.

3. Звертаємо також увагу, що відповідно до ст.4 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” зміни до цього Закону можуть вноситися виключно законами про внесення змін до Закону “Про судоустрій і статус суддів”. Однак цих вимог закону не було дотримано, оскільки у цьому комплексному законопроекті містяться зміни і до цього Закону.

I. До Цивільного процесуального кодексу України (в редакції проекту)

1. Частиною 7 ст.7 проекту передбачено, що у разі, якщо суд дійде висновку, що фото-, кіно-, теле- чи відеозйомка, а також транслявання перебігу судового засідання по радіо і телебаченню, в мережі Інтернет заважають ходу судового процесу, суд може заборонити або обмежити їх проведення, про що постановляє вмотивовану ухвалу. Зазначене положення у зв’язку з повною дискрецією повноважень суду може призвести до порушення такої засади судочинства, як гласність судового процесу.

2. Стаття 11 проекту передбачає принцип пропорційності у цивільному судочинстві. На нашу думку, цей принцип залишився не розкритим. Замість змістовних речей передбачені положення, які суд має враховувати під час здійснення провадження у справі.

Натомість принцип пропорційності, який був названий в Угодах про створення Європейського співтовариства (зокрема, у ст.5 Договору про заснування Європейського співтовариства), а також закріплений в міжнародних нормативних актах, рішеннях Конституційного Суду та Європейського суду з прав людини, орієнтує на те, що мета процесуальних дій має бути суспільно вагомою, для досягнення певної мети органи влади не можуть накладати на громадян зобов’язання, які перевищують установлені межі необхідності, а засіб досягнення суспільно вагомої мети має бути найменш обтяжливим для людини в конкретних умовах. У Рішенні №3 від 25 січня 2012р. (справа №1) Конституційний Суд України зазначив, що одним із елементів верховенства права є принцип пропорційності, який у сфері соціального захисту означає, зокрема, що заходи, передбачені в нормативно-правових актах, повинні спрямовуватися на досягнення легітимної мети та мають бути співмірними з нею.

...

5. Стаття 10 проекту передбачає, що суд при розгляді справи керується принципом верховенства права.

Звертаємо увагу, що ст.8 Конституції вже передбачено, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Відповідно до вимог нормопроєктування, а також до міжнародних стандартів під час розробки проектів нормативно-правових актів саме в законі (процесуальному законі) мали б бути розкриті складові елементи принципу верховенства права. Тим більше, що Європейська Комісія за демократію через право (Венеціанська комісія) прийняла контрольний список питань для оцінки дотримання верховенства права 12 березня 2016р. і розкрила в ньому основні елементи цього принципу.

6. У ст.20 проекту використовуються поняття “загальні суди” та “місцеві загальні суди”. Варто зауважити, що така термінологія не враховує положень ст.125 Конституції, а також не узгоджується із ст.17 Закону “Про судоустрій і статус суддів”, яка визначає систему судоустрою, незважаючи на те, що в непоодиноких випадках у Законі використовується поняття “місцевий загальний суд” (статті 21, 22).

Це зауваження стосується і інших статей проекту, зокрема статей 23, 24, 25 тощо.

Отже, на нашу думку, необхідно було б внести зміни до ст.17 Закону “Про судоустрій і статус суддів” з метою уточнення системи судоустрою.

7. Відповідно до ст.92 Конституції виключно законами України визначаються, зокрема права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов’язки громадянина та судочинство. Законом, яким визначається цивільне судочинство, є Цивільний процесуальний кодекс України. Таким чином, на нашу думку, всі права, свободи, їх гарантії та обов’язки учасників справи та інших осіб в цивільному процесі мають визначатися саме цим Кодексом. За такої ситуації є такими, що не враховують вимог Конституції, положення ч.2 ст.12, положення пунктів 5 та 6 ч.1, п.7 ч.2 ст.44 проекту.

Звертаємо увагу, що у частинах 4 та 8 ст.84 проекту зроблено відсилку на закон, який встановлює строки подання доказів. Зазначене є неприйнятним, оскільки строки мають встановлюватися або ЦПК України, або судом.

У ч.1 ст.121 проекту слово “законом” слід замінити словами “цим Кодексом”, оскільки строки, в межах яких вчиняються процесуальні дії, передбачені ЦПК України, мають теж встановлюватися ЦПК України, а не будь-яким іншим законом.

...

10. Статтею 45 проекту передбачено положення щодо неприпустимості зловживання процесуальними правами, а також передбачено, що за зловживання правами учасником судового процесу суд може застосувати до нього відповідні заходи, передбачені ЦПК України. На наш погляд, дискреційні повноваження суду можуть призвести до порушення права на справедливий суд, право на який передбачено статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

11. Частиною 3 ст.57 проекту передбачено, що у визначених законом випадках прокурор звертається до суду з позовною заявою, бере участь у розгляді справи за його позовом, а також може вступити за своєю ініціативою у справу, провадження в якій відкрито за позовом іншої особи. Зазначене положення викладено без урахування функцій прокуратури, визначених ст.131-1 Конституції.

...

15. У п.2 ч.1 ст.70 проекту згадується медіація. Звертаємо увагу, що такого закону на тепер в Україні не прийнято.

...

20. Глава 8 проекту, яка визначає перелік судових витрат, викликає також низку зауважень.

Проектом передбачено, що у разі невнесення у визначений судом строк коштів для забезпечення судових витрат або несплати у визначений судом строк відповідних сум авансом суд вправі відхилити клопотання про виклик свідка, призначення експертизи, залучення спеціаліста, перекладача, забезпечення, витребування або огляд доказів та ухвалити рішення на основі інших поданих учасниками справи доказів або скасувати раніше постановлену ухвалу про виклик свідка, призначення експертизи, залучення спеціаліста, перекладача, забезпечення, витребування доказів або огляд доказів за місцем їх знаходження.

До того ж як захід забезпечення судових витрат суд з урахуванням конкретних обставин справи має право, за клопотанням відповідача, зобов'язати позивача внести на депозитний рахунок суду грошову суму для забезпечення можливого відшкодування майбутніх витрат відповідача на професійну правничу допомогу та інших витрат, які має понести відповідач у зв'язку із розглядом справи (забезпечення витрат на професійну правничу допомогу).

Таке забезпечення судових витрат застосовується, якщо: (1) позов має ознаки завідомо безпідставного або інші ознаки зловживання правом на позов; або (2) позивач не має зареєстрованого в установленому законом порядку місця проживання (перебування) чи місцезнаходження на території України та майна, що знаходиться на території України, в розмірі, достатньому для відшкодування судових витрат відповідача у випадку відмови у позові.

Таке забезпечення судових витрат також може бути застосоване, якщо суду надані докази того, що майновий стан позивача або його дії щодо відчуження майна чи інші дії можуть ускладнити або зробити неможливим виконання рішення суду про відшкодування судових витрат відповідача у випадку відмови у позові.

У разі невнесення у визначений судом строк коштів для забезпечення витрат на професійну правничу допомогу суд за клопотанням відповідача має право залишити позов без розгляду.

Зазначені положення, на нашу думку, не враховують статей 8, 22, 55, 64, 68 Конституції та можуть обмежувати право особи на доступ до правосуддя і таким чином призвести до порушення статей 6 та 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Не враховують наведені положення і Рекомендацій №R (81)7 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя, якими передбачено, що прийняття до провадження не має залежати від сплати стороною державі якоїсь грошової суми, розміри якої є нерозумними з огляду на питання у справі. У тій мірі, в якій судові витрати становлять явну перешкоду доступові до правосуддя, їх треба, якщо це можливо, скоротити або скасувати. Систему судових витрат слід переглянути на предмет її спрощення.

До речі, порівняно з чинними, положення щодо судових витрат, запропоновані проектом, не спрощено, а ускладнено.

Положення ч.3 ст.136 проекту, які передбачають, що у разі невнесення у визначений судом строк коштів для забезпечення судових витрат або несплати у визначений судом строк відповідних

сум авансом суд вправі відхилити клопотання про виклик свідка, призначення експертизи тощо, взагалі не враховують завдань цивільного судочинства, що передбачені ст.2 проекту.

Частиною 5 ст.138 проекту передбачено, у разі недотримання вимог ч.4 цієї статті суд може, за клопотанням іншої сторони, зменшити розмір витрат на правничу допомогу, які підлягають розподілу між сторонами. Варто зауважити, що ця стаття містить незавершений механізм регулювання відносин, оскільки проектом не визначено – на який розмір можуть зменшуватися витрати та в яких випадках.

21. Статтями 145 та 149 проекту одним з видів заходів процесуального примусу визначено штраф. Варто зауважити, що за своєю природою судовий штраф – це міра адміністративної відповідальності і представляє собою грошове стягнення, тобто є обтяженням майнового характеру для учасників процесу, а також для інших осіб, які беруть участь у судовому процесі.

З огляду на положення п.22 ч.1 ст.92 Конституції судові штрафи не можуть бути предметом регулювання процесуального законодавства. Діяння, які є злочинами або правопорушеннями, та відповідальність за них мають визначатися виключно законами і такими законами в даному випадку є Кримінальний кодекс та Кодекс про адміністративні правопорушення.

Крім того, більшість із пропонованих проектом діянь, вчинення яких тягне за собою накладення штрафу, охоплюються складом адміністративного правопорушення, передбаченого ст.185-3 “Прояв неповаги до суду” Кодексу України про адміністративні правопорушення. Таким чином, встановлення конкретних санкцій за вчинення відповідних правопорушень виходить за межі предмета правового регулювання процесуального законодавства.

22. Відповідно до п.7 ч.4 ст.186 проекту позовна заява повертається, зокрема у випадку, коли до заяви не додано доказів вжиття заходів досудового врегулювання спору у випадку, коли такі заходи є обов’язковими згідно із законом.

Зазначене положення, на наш погляд, викладено без урахування положень статей 22 і 55 Конституції.

23. Глава 4 проекту передбачає порядок врегулювання спору за участю судді. При цьому у ст.202 проекту зазначено, що врегулювання спору за участю судді проводиться за згодою сторін до початку розгляду справи по суті, а проведення врегулювання спору за участю судді не допускається лише у разі, якщо у справу вступила третя особа, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору.

На наш погляд, запровадження у ЦПК України такого інституту не враховує конституційних приписів та європейських стандартів у сфері судочинства.

Згідно із ст.19 Конституції органи державної влади та їх посадові особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Відповідно до ст.124 Конституції, суди здійснюють правосуддя в Україні. Нині в теорії права під поняттям правосуддя розуміється, зокрема особлива функція державної влади, що здійснюється через розгляд і вирішення в судових засіданнях цивільних справ зі спорів, що стосуються прав та інтересів громадян, підприємств, установ, організацій, громадських об’єднань і кримінальних справ, і застосування встановлених законом карних заходів щодо осіб, винних у вчиненні злочину, або виправдання невинних. Проте, відповідно до ст.204 проекту проведення врегулювання спору за участю судді здійснюється у формі спільних та (або) закритих нарад. При цьому спільні наради проводяться за участю всіх сторін, їх представників та судді, а закриті наради проводяться за ініціативою судді з кожною із сторін окремо.

Водночас ст.124 Конституції передбачено, що законом може бути визначений обов’язковий досудовий порядок урегулювання спору. У законодавстві України на тепер відсутнє визначення поняття “досудове врегулювання спору”. На практиці під час застосування юридичних термінів використовується поняття досудового порядку врегулювання спорів. У вузькому розумінні “досудовий порядок врегулювання спорів” – це врегулювання між сторонами спірних питань, які виникають з їх договірних правовідносин, до передання спору в суд. У широкому розумінні “досудовий порядок врегулювання спору” – це врегулювання спірних питань між сторонами у позасудовому порядку (тобто будь-якому несудовому порядку). Що стосується форми досудового врегулювання, то її теж не визначено в законодавстві. У кожній конкретній сфері правового регулювання можуть бути окремі положення щодо досудового врегулювання спору як альтернативи звернення до суду.

Відповідно до ст.129 Конституції до основних засад судочинства віднесено гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами. Натомість ст.204 проекту передбачено, що під час проведення врегулювання спору за участю судді протокол наради не ведеться



та не здійснюється фіксування технічними засобами і забороняється використовувати портативні, аудіотехнічні пристрої, а також здійснювати фото- і кінозйомку, відео-, звукозапис.

Частиною 2 ст.205 проекту передбачено, що про припинення врегулювання спору за участю судді постановляється ухвала, яка оскарженню не підлягає. Однак зазначене не враховує вимог статей 55 та 129 Конституції.

Крім того, право на подання апеляції – це загальний принцип верховенства права, який гарантується на конституційному та законодавчому рівні. Якщо рішення не може бути оскаржено, це створює небезпеку ухвалення необґрунтованих рішень.

Викликає певне заперечення і положення ч.7 ст.204 проекту, в якому зазначено, що інформація, отримана будь-якою зі сторін, а також суддею під час проведення врегулювання спору, є конфіденційною. Зазначене навряд чи відповідає принципу гласності судового процесу, а також не узгоджується із Законом України “Про інформацію”.

Не враховують запропоновані новели і ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка передбачає право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним безстороннім судом.

Варто також зауважити, що такий інститут, на нашу думку, не враховує завдань та основних засад цивільного судочинства, передбачених ст.2 проекту.

24. Глава 6 проекту визначає порядок розгляду справи по суті. Аналіз тексту цієї глави дає підстави висловити такі зауваження.

Абзацом 2 ч.1 ст.243 проекту передбачено, що кожному учаснику справи надається однаковий час для виступу з промовою в судових дебатах. Проте проектом не визначено, хто має визначати цей час для виступу, що свідчить про правову невизначеність цього положення.

Крім того, у ст.193 ЦПК України передбачено, що виступи під час судових дебатів не обмежуються часом, тоді як у ч.7 ст.243 проекту зазначено, що тривалість судових дебатів визначається головуючим з урахуванням думки учасників справи, виходячи з розумного часу для викладення промов. Отже, ця стаття містить обмеження прав громадян у судовому процесі. До того ж проектом не визначено, що маєтись на увазі під формулюванням “виходячи з розумного часу для викладення промов”, тим більше жодним законодавством це питання не врегульовано.

Не сприяє дотриманню вимог ст.19 Конституції і редакція ч.1 ст.269 проекту, в якій передбачено, що рішення суду проголошується у судовому засіданні, яким завершується розгляд справи, публічно, крім випадків, встановлених цим Кодексом. Суд може проголосити лише вступну та резолютивну частину рішення суду. Необхідно уточнити, в яких саме випадках суд проголошує лише вступну та резолютивну частину рішення.

Редакція п.2 ч.1 ст.254 проекту підлягає техніко-юридичному доопрацюванню.

На відміну від змісту чинної ст.201 ЦПК України ст.252 проекту не передбачає обов’язок суду зупинити провадження у справі у разі злиття, приєднання, поділу, перетворення юридичної особи, яка була стороною у справі, до залучення у справі правонаступника. Не передбачає ст.253 проекту і права суду в такому випадку зупиняти провадження у справі. За такої ситуації, на нашу думку, проект не містить завершеного механізму правового врегулювання, що не відповідає вимогам ст.8 Конституції.

25. У ч.1 ст.343 проекту, порівняно з ч.1 ст.282 та ст.367 ЦПК України, передбачено, що рішення суду у справі про надання особі психіатричної допомоги у примусовому порядку підлягає негайному виконанню, а оскарження рішення не зупиняє його виконання. На нашу думку, зазначені положення проекту не враховують вимог ст.22 Конституції щодо заборони звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод громадян при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів.

У пунктах 3 та 4 ч.1 ст.354 проекту слова “заміни заходу забезпечення позову” необхідно замінити словами “заміни одного заходу забезпечення позову іншим”, що відповідатиме ст.157 проекту.

26. До ч.1 ст.385 проекту слід зауважити, що постанова суду, на нашу думку, має набирати законної сили з дня її ухвалення, оскільки постанова суду є різновидом судового рішення, а згідно із ст.129-1 Конституції суд рішення іменем України саме ухвалює, а не приймає.

27. Глава 3 передбачає перегляд судових рішень за нововиявленими або виключними обставинами. Вважаємо за необхідне зауважити таке:

1) редакція п.1 ч.2 ст.424 проекту, порівняно з чинною редакцією ст.361, дещо ускладнена словами “не були встановлені судом”;

2) відповідно до п.4 ч.1 ста.425 проекту у випадку встановлення Конституційним Судом неконституційності закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи, заяву про перегляд судового рішення за виключними обставинами може бути подано протягом 30 днів з дня офіційного оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду.

Згідно з положеннями ч.2 ст.152 Конституції закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення.

Таким чином, на практиці може виникнути ситуація, коли Конституційний Суд своїм рішенням відтермінує втрату чинності певним актом чи його окремим положенням і після спливу 30-денного строку з моменту офіційного оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду цей акт іще діятиме, проте строк для подання відповідної заяви у порядку кримінального провадження уже закінчиться.

З метою уникнення подібних правових колізій, на нашу думку, доцільно у наведеному випадку визначити юридичним фактом не момент офіційного оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду, а момент втрати чинності відповідним нормативним актом.

28. Варто зауважити, що передбачене проектом затвердження спільних актів (ч.13 ст.14, ч.9 ст.432) не враховує вимог ст.117 Конституції, а також не узгоджується з Законом “Про центральні органи виконавчої влади”, відповідно до яких не передбачено прийняття центральними органами виконавчої влади спільних нормативно-правових актів. Відтак, подібна законодавча практика є неприйнятною.

29. Розділ VIII проекту щодо провадження у справах про оскарження рішень третейських судів та оспорування рішень міжнародних комерційних арбітражів також потребує відповідного доопрацювання. Зокрема, залишилися не узгодженою термінологія розділу та ст.34 Закону “Про міжнародний комерційний арбітраж” (у проекті використані поняття замість клопотання – заява, замість прохання – клопотання); підпункт “а” п.2 ч.2 ст.460, підпункт “а” п.2 ч.1 ст.479 проекту не узгоджено з п.2 ч.2 ст.34 Закону “Про міжнародний комерційний арбітраж”; ч.7 ст.478 проекту не узгоджена з ч.2 ст.36 Закону “Про міжнародний комерційний арбітраж”.

...

II. До Кодексу адміністративного судочинства України (в редакції проекту)

...

3. Частиною 8 ст.10 проекту передбачено, що у разі якщо суд дійде висновку, що фото-, кіно-, теле- чи відеозйомка, а також транслявання перебігу судового засідання по радіо і телебаченню, в мережі Інтернет заважають ходу судового процесу, суд може заборонити або обмежити їх проведення, про що постановляє вмотивовану ухвалу. Проте така дискреція у повноваженнях суду може призвести до порушення однієї з засад судочинства, а саме – гласності судового процесу.

4. Проектом (ст.12) вводиться новий інститут “типові справи”, який у запропонованому вигляді не надає відповіді на супутні питання: хто буде систематизувати та виявляти знаходження в суді однакових справ; хто повинен звертатися до ВАСУ, чи всі судді разом; як можна буде визначати однотипність справ, якщо в провадженні судді немає справ, тощо.

...

6. Частина 9 ст.18 проекту, що стосуються розгляду справи за матеріалами справи в електронній формі, не є предметом регулювання ст.18, яка присвячена питанням Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи.

7. Пунктом 1 ч.1 ст.19 проекту передбачено, що юрисдикція адміністративних судів поширюється на справи у публічно-правових спорах, зокрема, у спорах фізичних чи юридичних осіб із суб’єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів), дій чи без діяльності, крім випадків, коли для розгляду таких спорів законом встановлено інший порядок судового провадження. Зазначене не враховує вимог ст.92 Конституції, відповідно до якої судочинство, в т.ч. і підсудність справ, мають визначатися саме процесуальним законом, а не будь-яким законом.

8. У ст.20 проекту використовується поняття “місцеві загальні суди”. Слід зауважити, що така термінологія не враховує конституційних приписів, а також не узгоджується зі ст.17 Закону “Про судоустрій і статус суддів”, яка визначає систему судоустрою. На нашу думку, необхідно внести відповідні зміни до ст.17 Закону “Про судоустрій і статус суддів”.

Це зауваження стосується й інших статей проекту, зокрема, статей 22, 23.

Крім того, слід зазначити, що положення ч.2 цієї ж статті з огляду на назву статті не є предметом її регулювання.

9. Частини 9, 16 ст.31 проекту, в яких йдеться про повторний автоматизований розподіл справ, не узгоджуються з ч.3 ст.18 проекту щодо здійснення розподілу справ Єдиною судовою інформаційно-телекомунікаційною системою.

...

11. У ст.45 проекту передбачені положення щодо неприпустимості зловживання процесуальними правами, а також зазначено, що у випадку зловживання учасником судового процесу процесуальними правами суд може застосувати до нього відповідні заходи, визначені КАСУ. На наш погляд, дискреційні повноваження суду можуть призвести до порушення права на справедливий суд, право на який передбачено ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

12. Абзац 2 ч.5 ст.54 проекту щодо права прокурора про вступ у справу за позовом іншої особи слід виключити як такий, що не враховує вимог ст.131-1 Конституції.

...

24. Редакція ч.1 ст.130 проекту, в якій передбачено порядок виклику відповідача та інших осіб, місце проживання, перебування, місцезнаходження чи місце роботи яких невідоме, через оголошення на офіційному веб-сайті судової влади України, на нашу думку, є дискусійною, оскільки значна кількість громадян України не мають можливість підключення до Інтернету та доступу до вказаного електронного ресурсу. На практиці таке положення може призводити до порушення прав відповідачів та порушення принципів гласності та відкритості судового процесу.

Крім того, користувачами офіційного веб-порталу судової влади України є досить вузьке коло осіб, а тому наряд чи повідомлення на ньому можна вважати офіційним викликом до суду.

З огляду на це вважаємо, що у цьому випадку доцільно залишити існуючий спосіб виклику в суд відповідача, третьої особи, свідка, зареєстроване місце проживання (перебування), місцезнаходження чи місце роботи якого не відоме, – через засоби масової інформації за останнім відомим місцем їх проживання (перебування) на території України (ч.1 ст.39 КАСУ в чинній редакції).

25. Частиною 1 ст.136 проекту передбачено, що суд може зобов'язати учасника справи попередньо (авансом) оплатити витрати, пов'язані з викликом свідка, призначенням експертизи, залученням спеціаліста, перекладача тощо.

Частиною 3 цієї статті також передбачено, що у разі несплати у визначений судом строк відповідних сум авансом суд вправі відхилити клопотання про виклик свідка, призначення експертизи, залучення спеціаліста, перекладача, забезпечення, витребування або огляд доказів та ухвалити рішення на основі інших поданих учасниками справи доказів або скасувати раніше постановлену ухвалу про виклик свідка, призначення експертизи, залучення спеціаліста, перекладача, забезпечення, витребування доказів або огляд доказів за їх місцезнаходженням. Проте ці положення не враховують завдань адміністративного судочинства, передбачених ст.2 проекту.

Разом з тим, ці положення не враховують статей 8, 22, 55, 64, 68 Конституції та можуть обмежувати право особи на доступ до правосуддя і таким чином призвести до порушення статей 6 та 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

...

27. У законопроекті пропонується визначити штраф одним із заходів процесуального примусу (п.5 ч.1 ст.145, ст.149 проекту). Зокрема, відповідно до приписів ст.149 Кодексу суд може постановити ухвалу про стягнення в дохід Державного бюджету України з відповідної особи штрафу у сумі від 0,5 до п'яти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб у випадках: невиконання процесуальних обов'язків, зокрема ухилення від вчинення дій, покладених судом на учасника судового процесу; зловживання процесуальними правами, вчинення дій або допущення бездіяльності з метою перешкоджання судочинству; неповідомлення суду про неможливість подати докази, витребувані судом, або неподання таких доказів без поважних причин суб'єктом владних повноважень тощо.

У цьому контексті варто зазначити, що, по-перше, штраф не може бути заходом процесуального примусу, оскільки за своєю суттю він є нічим іншим як грошовим стягненням, тобто є обтяженням майнового характеру для учасників процесу, а також для інших осіб, які беруть участь у судовому процесі. Однак, на нашу думку, з огляду на положення ст.92 Конституції (п.22 ч.1) судові штрафи

не можуть бути предметом регулювання процесуального законодавства. По-друге, більшість із пропонованих проектом діянь, вчинення яких тягне за собою накладення штрафу, охоплюються складом адміністративного правопорушення, передбаченого ст.185-3 “Прояв неповаги до суду” Кодексу про адміністративні правопорушення. Таким чином, встановлення конкретних санкцій за вчинення відповідних правопорушень виходить за межі предмета правового регулювання процесуального законодавства.

28. Частина 4 ст.159 проекту не узгоджується з ч.6 ст.162 проекту. Крім того, положення ч.6 ст.162 проекту є неприйнятними в контексті того, що подання заяв по суті справи є правом учасників справи, а не обов’язком. Частина 5 ст.159 проекту викладена в спосіб, що всупереч ст.8 Конституції породжує юридичну невизначеність закону.

29. Відповідно до п.4 ч.4 ст.169 проекту позовна заява повертається, зокрема у випадку, коли до заяви не додано доказів вжиття заходів досудового врегулювання спору у випадку, коли такі заходи є обов’язковими згідно з законом. Зазначене положення не враховує конституційних приписів, передбачених статтями 22 і 55 Конституції.

30. Глава 4 проекту передбачає порядок врегулювання спору за участю судді. Так, у ст.184 проекту зазначено, що врегулювання спору за участю судді проводиться за згодою сторін до початку розгляду справи по суті. А відповідно до ч.2 цієї статті проведення врегулювання спору за участю судді не допускається в адміністративних справах, визначених главою 11, за винятком справ, визначених ст.267 цього Кодексу та типових справ, а також у випадку вступу у справу третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору.

На нашу думку, запровадження такого інституту не враховує конституційних приписів. Так, відповідно до ст.19 Конституції органи державної влади та їх посадові особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією та законами України, а згідно зі ст.124 Конституції суди здійснюють правосуддя в Україні.

Згідно зі ст.186 проекту проведення врегулювання спору за участю судді здійснюється у формі спільних або закритих нарад. При цьому спільні наради проводяться за участю всіх сторін, їх представників та судді, а закриті наради проводяться за ініціативою судді з кожною із сторін окремо.

Відповідно до ст.129 Конституції до основних засад судочинства віднесено гласність судового процесу та його повне фіксування технічними засобами. Натомість ст.186 проекту передбачено, що під час проведення врегулювання спору за участю судді протокол наради не ведеться, не здійснюється фіксування технічними засобами та забороняється використовувати портативні, аудіотехнічні пристрої, а також здійснювати фото- і кінозйомку, відео-, звукозапис.

Редакція ч.7 ст.186 проекту про те, що інформація, отримана будь-якою зі сторін, а також суддею під час проведення врегулювання спору, є конфіденційною, на наш погляд, не відповідає принципу гласності судового процесу, а також не узгоджується із Законом “Про інформацію”.

Частиною 2 ст.188 проекту передбачено, що про припинення врегулювання спору за участю судді постановляється ухвала, яка оскарженню не підлягає. Проте зазначене не враховує вимог статей 55 та 129 Конституції. Крім того, неможливість оскарження рішення створює небезпеку ухвалення необґрунтованих рішень.

Запропоновані новели також не враховують положень ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка передбачає право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним безстороннім судом, а також завдань та основних засад адміністративного судочинства.

...

33. Відповідно до ч.1 ст.250 проекту судові рішення проголошується у судовому засіданні, яким завершується розгляд справи, публічно, крім випадків, встановлених цим Кодексом, а згідно з ч.6 цієї ж статті – “у разі проголошення у судовому засіданні тільки вступної та резолютивної частин судового рішення суд повідомляє, коли буде складено повне судові рішення”. На нашу думку, необхідно уточнити, в яких саме випадках суд проголошує лише вступну та резолютивну частину рішення, що сприятиме дотриманню вимог статей 8 та 19 Конституції.

Крім того, на наш погляд, редакція ч.1 ст.252 проекту, в якій визначено, що при наявності відповідних випадків суд не зобов’язаний, а може ухвалити додаткове рішення, є юридично некоректною.

...

35. Новелою для процесуального законодавства є наділення Верховного Суду як суду першої інстанції повноваженнями на розгляд адміністративних справ та прийняття зразкових адміністративних рішень (ст.290 проекту). Так, законопроектом передбачається запровадження в адміністративному судочинстві процесуального механізму розгляду т.зв. типових справ за прикладом

рішення Верховного Суду в одній з таких справ (зразковій справі). Необхідними умовами для розгляду цих справ та прийняття зразкових рішень Верховним Судом є: наявність у провадженні адміністративного суду типових справ, кількість яких визначає доцільність ухвалення зразкового рішення; внесення зазначеним адміністративним судом мотивованого подання до Верховного суду про розгляд однієї з вказаних типових справ як судом першої інстанції; додання до вказаного подання матеріалів цієї справи. При цьому типовими адміністративними справами проект визначає адміністративні справи, відповідачем у яких є один і той самий суб'єкт владних повноважень (його відокремлені структурні підрозділи), спір у яких виник з аналогічних підстав, у відносинах, що регулюються одними нормами, та у яких позивачами заявлено аналогічні вимоги (п.21 ч.1 ст.4). Як зазначається у пояснювальній записці, впровадження вказаної процедури в адміністративному судочинстві дасть змогу зменшити навантаження на суддів, забезпечити єдність правозастосовної практики та сприятиме швидкому розгляду великої кількості однотипних справ. Проте такі зміни, на нашу думку, можуть призвести до значної завантаженості Верховного Суду, оскільки до нього вправі будуть звертатися всі адміністративні суди України, що може призвести до поверхневого розгляду (перегляду) справ тощо цим судом, що, в свою чергу, може негативно позначитися на якості правосуддя найвищого судового органу та судів інших інстанцій, які враховуватимуть викладені у його зразкових рішеннях правові висновки.

Крім цього, сумнівним, на нашу думку, є твердження щодо сприяння такої процедури швидкому розгляду великої кількості однотипних справ. По-перше, передача зразкової справи до Верховного Суду, вирішення питання щодо відкриття провадження та її безпосередній розгляд вимагатимуть певного часу. По-друге, проектом не лише не встановлено скорочені строки для розгляду типових справ, але й передбачено можливість зупинення провадження у типовій справі “за клопотанням учасника справи або за власною ініціативою, якщо Верховним Судом відкрито провадження у відповідній зразковій справі” (ч.1 ст.291 проекту).

36. ...

З огляду на положення п.3 ч.1 ст.20 проекту про те, що місцевим загальним судам підсудні справи про затримання іноземця та особи без громадянства з метою ідентифікації, та ч.1 ст.289 проекту щодо застосування судом такого заходу, як затримання іноземця та особи без громадянства з метою ідентифікації, слід нагадати положення ст.5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до яких “кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом: законне ув'язнення особи після засудження її компетентним судом; законний арешт або затримання особи за невиконання законного припису суду або для забезпечення виконання будь-якого обов'язку, встановленого законом; законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення; затримання неповнолітнього на підставі законного рішення з метою застосування наглядових заходів виховного характеру або законне затримання неповнолітнього з метою допровадження його до компетентного органу; законне затримання осіб для запобігання поширенню інфекційних захворювань, законне затримання психічнохворих, алкоголіків або наркоманів чи бродяг; законний арешт або затримання особи з метою запобігання її недозволеному в'їзду в країну чи особи, щодо якої провадиться процедура депортації або екстрадиції.

Кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту “с” п.1 цієї статті (законний арешт або затримання особи, здійснене з метою допровадження її до компетентного судового органу за наявності обґрунтованої підозри у вчиненні нею правопорушення або якщо обґрунтовано вважається необхідним запобігти вчиненню нею правопорушення чи її втечі після його вчинення), має негайно постати перед суддею чи іншою посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і йому має бути забезпечено розгляд справи судом упродовж розумного строку або звільнення під час провадження”.

Отже, аналіз положень Конвенції дає можливість стверджувати, що у випадку затримання особи з метою її ідентифікації рішення суду не є обов'язковим.

...

37. Однією з основних новел законопроекту є визначення Верховного Суду як єдиної касаційної інстанції в Україні та запровадження нового порядку розгляду ним справ. При цьому проект спрямований на обмеження кола справ, які можуть підлягати касації. Це впливає, зокрема, з переліку справ, які не підлягатимуть касаційному оскарженню (ч.5 ст.328 проекту). Такі зміни істотно звужують конституційні права суб'єктів на касаційне оскарження судових рішень, що може призвести до суттєвого збільшення випадків оскарження судових рішень прийнятих національними судами до Європейського суду з прав людини.

Так, відповідно до ч.5 ст.328 проекту не підлягають касаційному оскарженню судові рішення незначної складності, крім випадків, якщо: касаційна скарга стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовної практики; особа, яка подає касаційну скаргу, відповідно до цього Кодексу позбавлена можливості спростувати обставини, встановлені оскарженим судовим рішенням, при розгляді іншої справи; справа становить значний суспільний інтерес або має виняткове значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу. При цьому у проекті не визначено, що слід розуміти під такими питаннями, як “питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовної практики”, “справа має виняткове значення для учасника справи” тощо. Наявність таких оціночних питань може не лише негативно позначитися на судовій практиці, а й створити в судовій системі додаткові підстави для корупційних зловживань. Відтак, на наш погляд, не дотримано принципу юридичної визначеності закону, як складової принципу верховенства права, та не враховано сталої практики Європейського суду з прав людини, який вимагає достатньо чітких формулювань правових норм у тексті нормативно-правових актів.

38. У проекті пропонується кілька способів прийняття рішень: палатою, об'єднаною палатою або Великою палатою Верховного Суду (ст.346 проекту). Зокрема, якщо колегія не погоджується з практикою правозастосування у подібних правовідносинах, яка має місце в рішеннях іншої колегії в межах цієї ж палати, іншої палати цього ж касаційного суду або іншого касаційного суду, така колегія може передати справу на розгляд палати, до якої входить ця колегія, або об'єднаної палати відповідного касаційного суду, або Великої Палати Верховного Суду відповідно. У такому випадку рішення за результатами касаційного провадження повинно прийматися палатою, об'єднаною палатою відповідного касаційного суду або Великою Палатою Верховного Суду. На нашу думку, запропонований порядок має неоднозначний характер щодо судового органу, який відповідатиме за остаточне рішення щодо правозастосування, що може призвести до неоднозначності тлумачення судової практики.

Разом з тим, відповідно до частин 3-6 ст.346 проекту справа, що розглядається у касаційному порядку, передається Великій палаті Верховного Суду у разі: якщо колегія (палата, об'єднана палата), що переглядає справу у касаційному порядку, вважає необхідним відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів (палати, об'єднаної палати) іншого касаційного суду; якщо колегія (палата, об'єднана палата), що переглядає справу у касаційному порядку, вважає необхідним відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у раніше ухваленому рішенні Великої палати; якщо суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії або палати, дійде висновку, що справа містить виключну правову проблему, і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики; якщо учасник справи оскаржує судові рішення з підстав порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції.

Безперечно, такі норми сприятимуть формуванню єдиної судової практики, проте наділення зазначеними повноваженнями лише Верховний Суд може призвести до безпідставного скасування судових рішень нижчих інстанцій, мотивованих попередніми правовими висновками. При застосуванні вказаних правових норм може виникнути питання щодо визначення “виключної правової проблеми”, адже ані дефініції цього поняття, ані критеріїв віднесення тієї чи іншої проблеми до виключної проект не містить. Відсутність відповідного законодавчого регулювання може призводити до безпідставного затягування касаційного перегляду справ, адже направлена до Великої палати справа може бути повернута до касаційного суду, в якому вона перебувала.

39. Необхідно звернути увагу на редакцію п.4 ч.1 ст.363 проекту, відповідно до якої у випадку встановлення Конституційним Судом неконституційності закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи, заяву про перегляд судового рішення за виключними обставинами може бути подано протягом 30 днів з дня офіційного оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду.

Згідно з положеннями ч.2 ст.152 Конституції закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення.

Таким чином, на практиці може виникнути ситуація, коли Конституційний Суд своїм рішенням відтермінує втрату чинності певним актом чи його окремим положенням і після спливу 30-денного строку з моменту офіційного оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду цей акт іще діятиме, проте строк для подання відповідної заяви у порядку кримінального провадження уже закінчиться.

З метою уникнення подібних правових колізій, на нашу думку, доцільно у наведеному випадку визначити юридичним фактом не момент офіційного оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду, а момент втрати чинності відповідним нормативним актом.

40. Необхідно зауважити, що положення ч.9 ст.373 Кодексу щодо спільного нормативно-правового акта Державної судової адміністрації України та Міністерства юстиції України не враховують вимог статей 19 і 117 Конституції, а також не узгоджуються із Законом “Про центральні органи виконавчої влади”, якими не передбачено прийняття центральними органами виконавчої влади спільних нормативно-правових актів.

...

III. Зауваження до Господарського процесуального кодексу України (в редакції проекту)

1. Частиною 2 ст.2 Господарського процесуального кодексу в редакції проекту (далі – проект) передбачено, що “суд та учасники судового процесу зобов’язані керуватися завданням господарського судочинства, яке превалює над будь-якими іншими міркуваннями в судовому процесі”.

На нашу думку, зазначене положення потребує узгодження зі ст.19 Конституції, оскільки суд та інші учасники судового процесу діють у порядку та відповідно до норм, передбачених в ГПК (в редакції проекту). Крім того, правова конструкція “превалює над будь-якими іншими міркуваннями в судовому процесі” є дискусійною, оскільки в проекті слід дотримуватися притаманної науці та судовій практиці термінології.

...

5. Відповідно до ч.13 ст.6 проекту “Положення про Єдину судову інформаційно-телекомунікаційну систему затверджується Вищою радою правосуддя за поданням Державної судової адміністрації України та після консультацій з Радою суддів України”. Разом з тим, правова конструкція “Положення ... затверджується ... після консультацій...” має оціночний характер та є дискусійною, оскільки, зокрема не визначає форми підтвердження консультацій.

Відтак, обраний у проекті нормотворчий підхід не відповідає ч.2 ст.19 Конституції, а також вимогам щодо якості законів у контексті верховенства права (ст.8 Конституції), зокрема його елементу “юридична визначеність”, котрий вимагає, щоб норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишалися передбачуваними. На необхідність дотримання принципу верховенства права неодноразово звертав увагу і Конституційний Суд (рішення №5 від 22 вересня 2005р., №17 від 29 червня 2010р., №10 від 11 жовтня 2011р.).

...

6. Частиною 8 ст.9 проекту передбачено, що “у разі якщо суд дійде висновку, що фото-, кіно-, теле- чи відеозйомка, а також транслявання перебігу судового засідання по радіо і телебаченню, в мережі Інтернет заважають ходу судового процесу, суд може заборонити або обмежити їх проведення, про що постановляє вмотивовану ухвалу”. На нашу думку, це положення у зв’язку з повною дискрецією повноважень суду може призвести до порушення такої засади судочинства, як гласність судового процесу (п.6 ч.2 ст.129 Конституції).

7. Частина 5 ст.9 проекту, за якою “особи, присутні в залі судового засідання, представники засобів масової інформації можуть проводити у залі судового засідання фотозйомку, відео- та аудіозапис з використанням портативних відео- та аудіотехнічних засобів без отримання окремого дозволу суду, але з урахуванням обмежень, встановлених цим Кодексом”, потребує уточнення. Так, на нашу думку, з метою попередження виникнення конфлікту із правами сторін на збереження комерційної таємниці суддів і учасники повинні знати, що в судовому засіданні проводиться “фотозйомка, відео- та аудіозапис”.

Відтак, пропонуємо таку редакцію: “Особи, присутні в залі судового засідання, представники засобів масової інформації можуть проводити у залі судового засідання фотозйомку, відео- та аудіозапис з використанням портативних відео- та аудіотехнічних засобів без отримання окремого дозволу суду, після повідомлення суду про таку фотозйомку, відео- та аудіозапис, але з урахуванням обмежень, встановлених цим Кодексом”.

8. Частиною 1 ст.12 проекту передбачено, що суд при розгляді справи керується принципом верховенства права.

Звертаємо увагу, що ст.8 Конституції вже передбачено, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Відповідно до вимог нормопроєктування, а також до міжнародних стандартів під час розробки проектів нормативноправових актів саме в законі (процесуальному законі) мали б бути розкриті складові елементи принципу верховенства права. Тим більше, що Європейська

комісія за демократію через право (Венеціанська комісія) прийняла контрольний список питань для оцінки дотримання верховенства права 12 березня 2016р. і розкрила в ньому основні елементи цього принципу.

...

10. У ч.2 ст.21 проекту пропонується включити до системи господарського судочинства Вищий суд з питань інтелектуальної власності. Вважаємо, що це не узгоджується з предметною і з суб'єктною юрисдикцією господарських судів, адже до юрисдикції господарських судів відповідно до ч.1 ст.21 проекту віднесено справи у спорах, що виникають у зв'язку із здійсненням господарської діяльності, які мають суто майновий характер, а їх сторонами є юридичні особи та (або) фізичні особи-підприємці, тобто суб'єкти господарювання. Натомість не всі права інтелектуальної власності можуть бути використані у сфері господарювання. Так, відповідно до ч.2 ст.418 Цивільного кодексу України зміст прав інтелектуальної власності становлять *особисті немайнові* права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності. Особисті немайнові права, які визначені в ст.423 ЦК, по суті, не можуть бути використані в господарській діяльності. До того ж суб'єктами права інтелектуальної власності згідно зі ст.421 ЦК є творець об'єкта права інтелектуальної власності (автор, виконавець, винахідник тощо) та інші особи, яким належать особисті немайнові та (або) майнові права відповідно до цього Кодексу, іншого закону чи договору. Згадані фізичні особи не є учасниками відносин у сфері господарювання у розумінні ст.2 Господарського кодексу. Однак у ч.2 ст.21 проекту пропонується, щоб Вищий суд з питань інтелектуальної власності за Господарським процесуальним кодексом розглядав такі спори щодо прав інтелектуальної власності, як право на винахід, корисну модель, промисловий зразок (п.1 цієї частини) та справи у спорах щодо прав автора та суміжних прав (п. 4 цієї частини), які по суті можуть не бути господарськими.

...

12. Частина 1 ст.34 проекту, за якою “будь-яку справу, що відноситься до підсудності суду першої інстанції, залежно від категорії і складності справи, може бути розглянуто колегіально у складі трьох суддів, крім справ, які розглядаються в порядку наказного і спрощеного позовного провадження”, потребує узгодження зі ст.19 Конституції, оскільки за такої редакції визначення “критеріїв та складності справи” віднесено на розсуд суду. Вважаємо, що натомість такі критерії повинні встановлюватися в ГПК.

...

14. Статтею 44 проекту передбачено положення щодо неприпустимості зловживання процесуальними правами, а також встановлено, що за зловживання правами учасником судового процесу суд може застосувати до нього відповідні заходи, передбачені ГПК України. На наш погляд, дискреційні повноваження суду можуть призвести до порушення права на справедливий суд, що гарантується ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

...

17. Відповідно до ч.1 ст.52 проекту “якщо в результаті ухвалення судового рішення сторона може набути право стосовно третьої особи, або третя особа може пред'явити вимоги до сторони, така сторона зобов'язана сповістити цю особу про відкриття провадження у справі і подати до суду заяву про залучення її до участі у справі як третю особу, яка не заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору”. Разом з тим, вважаємо, що з огляду на положення ст.8 Конституції правова конструкція “сторона зобов'язана сповістити цю особу про відкриття провадження у справі” потребує уточнення в частині способу та строків сповіщення.

18. Правові конструкції “власник (учасник, акціонер) юридичної особи” та “співвласник (учасник, акціонер) цієї юридичної особи”, використані у ст.55 та інших статтях проекту, з огляду на вимоги ст.8 Конституції потребують термінологічного узгодження з нормами Цивільного кодексу та Закону “Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань”.

...

20. У ст.71 “Експерт з питань права” проекту передбачено вимоги, яким повинен відповідати експерт з питань права, а саме – мати науковий ступінь та бути визнаним фахівцем у галузі права. Однак правова конструкція “визнаним фахівцем у галузі права” має оціночний характер, до того ж “ступінь такого визнання” жодним нормативно-правовим актом не встановлена. Відтак, всупереч ст.8 Конституції наведене положення містить юридичну невизначеність закону.

Звертаємо увагу на те, що в проекті не вирішено ряд питань, що стосуються залучення такого експерта в судовий процес, зокрема, форма та зміст експертного висновку, порядку компенсації витрат, пов'язаних з викликом до суду, тощо, що так само не враховує вимог ст.8 Конституції.

Крім того, зазначимо, що ст.110 проекту, за якою “висновок експерта у галузі права не є доказом, має допоміжний (консультативний) характер і не є обов’язковим для суду”, потребує узгодження з Законом “Про міжнародне приватне право” в частині з’ясування змісту права іноземної держави.

Звертаємо також увагу, що в не передбачений законом спосіб через процесуальний закон розширюються повноваження експерта з питань права щодо застосування аналогії права чи аналогії закону, які належать до повноважень суду (судді).

Навіть якщо припустити, що суддя потребуватиме на практиці певних консультацій у галузі права, в ч.11 ст.155 Закону “Про судоустрій і статус суддів” передбачено, що до штату апаратів судів входять також і наукові консультанти.

Частиною 2 ст.110 проекту передбачено, що суд може послатися в рішенні на висновок експерта у галузі права як на джерело відомостей, які в ньому містяться, та має зробити самостійні висновки щодо відповідних питань. Однак у законодавстві відсутнє поняття “джерело відомостей” та, з нашої точки зору, суд не зобов’язаний посылатися на такий висновок, адже він має керуватися принципом верховенства права.

...

24. Відповідно до ч.3 ст.71 проекту експерт з питань права має право на компенсацію витрат, пов’язаних із викликом до суду. Разом з тим, у ст.124 проекту “Види судових витрат” зазначені відносини залишилися поза межами дії цієї статті проекту. Відтак, не повною мірою у проекті врегульовані відносини щодо забезпечення та попередньої оплати витрат, пов’язаних із залученням експерта з питань права (глава 8 проекту).

На нашу думку, такий законодавчий підхід не відповідає вимогам щодо якості законів у контексті верховенства права, гарантованого ст.8 Конституції.

Слід також звернути увагу, що глава 8 проекту, яка регулює відносини, пов’язані з судовими витратами, потребує узгодження зі статтями 8, 22, 55, 64, 68 Конституції, оскільки може обмежувати право особи на доступ до правосуддя і призвести до порушення статей 6 та 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Не враховують наведені положення і Рекомендацій №R (81)7 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо заходів, що полегшують доступ до правосуддя, якими передбачено, що прийняття до провадження не має залежати від сплати стороною державі якоїсь грошової суми, розміри якої є нерозумними з огляду на питання у справі. У тій мірі, в якій судові витрати становлять явну перешкоду доступові до правосуддя, їх треба, якщо це можливо, скоротити або скасувати. Відтак, систему судових витрат слід переглянути на предмет її спрощення.

Крім того, положення ч.3 ст.126 проекту, які передбачають, що у разі невнесення у визначений судом строк коштів для забезпечення судових витрат або несплати у визначений судом строк відповідних сум авансом суд вправі відхилити клопотання про виклик свідка, призначення експертизи, тощо, не враховують завдань господарського судочинства, передбачених ст.2 проекту.

25. Частиною 5 ст.128 проекту передбачено, у разі недотримання вимог ч.4 цієї статті суд може, за клопотанням іншої сторони, зменшити розмір витрат на правничу допомогу, які підлягають розподілу між сторонами. Однак вважаємо, що ця стаття містить незавершений механізм регулювання відносин, оскільки проектом не встановлено методологію такого визначення, на який розмір можуть зменшуватися витрати та в яких випадках.

Звертаємо увагу, що ряд інших статей проекту мають незавершений механізм регулювання відносин, що на практиці може призвести до порушення конституційного права громадян на захист у суді. Крім того, використання в багатьох статтях проекту правової конструкції “суд може ...” не узгоджується з ч.2 ст.19 Конституції, за якою органи державної влади, їх посадові особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачені Конституцією та законами України.

Так, зокрема, у ст.126 проекту використано правову конструкцію: “суд може зобов’язати” сторони внести на депозитний рахунок суду попередньо визначену суму судових витрат, пов’язаних з розглядом справи або певною процесуальною дією...”. З урахуванням вимог ст.19 Конституції в проекті слід було б передбачити випадки, за яких суд зобов’яже сторону (сторони) внести суму судових витрат. Це ж зауваження стосується й інших частин цієї статті.

Крім того, зауваження щодо відсутності правової визначеності закону стосується також ч.3 ст.127 проекту, за якою “для визначення розміру витрат на професійну правничу допомогу з метою розподілу судових витрат учасник справи подає детальний опис робіт (наданих послуг), виконаних адвокатом, та здійснених ним витрат, необхідних для надання правничої допомоги”. Разом з тим, у проекті не визначено порядку подачі, а також форми подачі опису робіт (надання послуг), виконаних адвокатом. Вважаємо, що правова конструкція “детальний опис робіт (надання послуг)” має оціночний характер та не відповідає вимогам щодо якості законів у контексті принципу верховенства права, гарантованого ст.8 Конституції.

Застосування на практиці норм ст.136 проекту, за якою “суд може скасувати постановлену ним ухвалу про стягнення штрафу, якщо особа, щодо якої її постановлено, виправила допущене порушення та (або) надала докази поважності причин невиконання відповідних вимог суду чи своїх процесуальних обов’язків”, також призведе до правової невизначеності закону, оскільки поза межами правового регулювання залишилися питання стосовно повернення грошової суми (штрафу) особі, щодо якої скасовано постановлену ухвалу.

Це зауваження стосується також ст.164 проекту, в якій йдеться про ціну позову, однак поза межами її дії залишилися відносини щодо визначення ціни позову, пов’язаного із визнанням майнового права, наприклад інтелектуальної власності (ст.424 Цивільного кодексу), а також ст.198 проекту щодо порядку проведення судового засідання в режимі відеоконференції, оскільки в ній не вказано причини проведення судового засідання в режимі відеоконференції, не вирішено питання про проведення такого засідання в місцях позбавлення волі тощо.

26. Реалізація вимоги ч.6 ст.126 проекту, за якою “у разі невнесення у визначений судом строк коштів для забезпечення витрат на професійну правничу допомогу суд за клопотанням відповідача має право залишити позов без розгляду”, на нашу думку, на практиці може призвести до порушення норми ст.55 Конституції щодо захисту прав та інтересу громадян у суді.

...

28. Пункт 4 ч.5 ст.138 проекту, в якому зазначено, що органи державної влади, органи місцевого самоврядування, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб здійснює “покладені на них згідно із законодавством владні повноваження”, слід узгодити з вимогами ч.2 ст.19 Конституції.

...

30. Глава 4 проекту передбачає порядок врегулювання спору за участю судді. Підтримуючи інститут досудового врегулювання спору, зазначимо, що, на нашу думку, його введення можливе з одночасним прийняттям проекту закону про медіацію. Відтак, процедура врегулювання спору за участю судді, який виконує повноваження медіатора, повинна міститися у проекті закону про медіацію, оскільки інститут медіації і цей інститут мають спільну правову природу.

Зважаючи на вимоги ст.124 Конституції, у проекті мова може йти про порядок та випадки обов’язкового досудового порядку урегулювання спору.

Також зазначимо, що частини 6 та 7 ст.189 проекту потребують узгодження. Так, відповідно до ч.6 цієї статті “під час закритих нарад суддя має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати стороні можливі шляхи мирного врегулювання спору”, тоді як у ч.7 йдеться про те, що “під час проведення врегулювання спору суддя не має права надавати стороні юридичні поради та рекомендації, надавати оцінку доказів у справі”.

...

32. Відповідно до ст.247 проекту “суд, виявивши при вирішенні спору порушення законодавства або недоліки в діяльності юридичної особи, державних чи інших органів, інших осіб, постановляє окрему ухвалу, незалежно від того, чи є вони учасниками судового процесу”. Однак термін “недоліки в діяльності” має оціночний характер і потребує уточнення, зважаючи на вимоги ч.2 ст.19 Конституції та з метою недопущення порушення прав учасників та інших осіб судового процесу.

Крім того, згідно з ч.2 цієї статті “суд може постановити окрему ухвалу у випадку зловживання процесуальними правами, порушення процесуальних обов’язків, неналежного виконання професійних обов’язків (у т.ч., якщо підписана адвокатом чи прокурором позовна заява містить суттєві недоліки) або іншого порушення законодавства адвокатом або прокурором”. Однак, це не узгоджується із вимогами ст.92 Конституції, за якою засади відповідальності визначаються виключно законом.

33. У ст.294 проекту передбачено, що суд може визнати касаційну скаргу необґрунтованою та відмовити у відкритті касаційного провадження, якщо “правильне застосування норми права є очевидним і не викликає розумних сумнівів щодо її застосування чи тлумачення”. Вважаємо, що терміни “не викликає розумних сумнівів”, “є очевидним”, мають оціночний характер та не враховують

вимог ст.8 Конституції, а відтак, суд на свій розсуд буде встановлювати “розумність сумнівів”, “очевидність застосування норм”, що в практичній площині може призвести до порушення прав учасників процесу з подальшим їх зверненням до Європейського Суду з прав людини.

Це стосується поняття “не має значення для формування єдиної правозастосовчої практики” (ч.2 ст.294 проекту).

34. Варто зауважити, що передбачене проектом затвердження спільних нормативно-правових актів (ст.328 проекту) не враховує вимог ст.117 Конституції, а також не узгоджується з Законом “Про центральні органи виконавчої влади”, якими не передбачено прийняття центральними органами виконавчої влади спільних нормативно-правових актів.

IV. Щодо змін до деяких законодавчих актів України (в редакції проекту)

До Кодексу України про адміністративні правопорушення

Відповідно до запропонованих змін до статей 221-1, 287 та 294 Кодексу про адміністративні правопорушення постанови суду, в т.ч. місцевого адміністративного та господарського, апеляційного та Верховного Суду, може бути оскаржена в порядку, визначеному цим Кодексом. При цьому поданим законопроектом не визначений порядок оскарження постанови апеляційного та Верховного Суду, що унеможливить застосування цієї норми на практиці. Враховуючи викладене, вважаємо, що проект не містить достатніх і завершених правових механізмів реалізації його положень, як того вимагає конституційний принцип правової держави і на недопущення чого неодноразово зверталася увага Конституційним Судом (рішення №5 від 22 вересня 2005р., №20 від 30 вересня 2010р., №23 від 22 грудня 2010р.).

Крім того, зміни до ст.308 Кодексу, яка визначає порядок примусового виконання постанови про стягнення штрафу, не узгоджені зі змінами до Закону “Про виконавче провадження”.

До Кримінального кодексу України

1. Законопроектом пропонується внести зміни до ст.376-1 Кримінального кодексу, виклавши назву статті та абзац 1 ч.1 у новій редакції.

Редакція абзацу 1 ч.1 потребує термінологічного узгодження з положеннями, передбаченими законопроектом у частині використання слів “що функціонує в суді” та “Державній судовій адміністрації України, їхніх органах”. Зокрема, цим же законопроектом передбачено доповнити Закон “Про судоустрій і статус суддів” новою ст.15-1, згідно з ч.1 якої Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система функціонує у судах, Вищій раді правосуддя, Вищій кваліфікаційній комісії суддів України, Державній судовій адміністрації України, їх органах та підрозділах.

...

До Кримінального процесуального кодексу України

1. У ч.1 нової редакції ст.35 КПК наведено перелік функцій Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи. Необхідно зауважити, що він не узгоджується з положеннями нової ст.15-1 Закону “Про судоустрій і статус суддів”, передбаченої цим же законопроектом.

В абзаці 7 ч.1 нової редакції ст.35 КПК України передбачено, що адвокати, нотаріуси, приватні виконавці, арбітражні керуючі, судові експерти, державні органи, органи місцевого самоврядування та суб’єкти господарювання державного та комунального секторів економіки реєструють офіційні електронні адреси в Єдиній судовій інформаційно-телекомунікаційній системі в обов’язковому порядку. Інші особи реєструють офіційні електронні адреси в Єдиній судовій інформаційно-телекомунікаційній системі в добровільному порядку.

Однак наведене положення не є предметом регулювання КПК України і повинно міститися у нормативно-правовому акті, який визначає загальні засади функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи.

Аналогічне зауваження стосується абзаців 8 та 9 ч.1 нової редакції ст.35 КПК, що також визначає питання функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи.

Відповідно до положень частин 4-6 нової редакції ст.35 КПК України кримінальне провадження, розгляд якого відповідно до цього Кодексу здійснюється колегією суддів, в обов’язковому порядку розглядається постійною колегією суддів відповідного суду, до складу якої входить визначений Єдиною судовою інформаційно-телекомунікаційною системою суддя-доповідач. Персональний

склад постійних колегій суддів визначається зборами суддів відповідного суду (першої чи апеляційної інстанції, Касаційного кримінального суду Верховного Суду) строком на один рік.

Необхідно зазначити, що автоматизований розподіл справ між суддями, в т.ч. автоматизоване створення колегій суддів є одним з механізмів забезпечення права на справедливий розгляд та вирішення справи незалежним і неупередженим судом. Навіть за умови визначення складу постійних колегій зборами суддів може виникнути сумнів у незалежності та неупередженості членів таких колегій.

Крім того, законопроект у частині змін до КПК України не містить жодних положень щодо порядку визначення постійної колегії суддів для розгляду конкретного провадження.

За такого унормування може виникнути ризик розподілу справ у ручному режимі заздалегідь визначеним постійним колегіям, що порушує принцип незалежності та неупередженості суду (ст.129 Конституції).

Частина 8 нової редакції ст.35 КПК України, відповідно до якої до складу об'єднаної палати входять по два судді, що обираються зборами суддів Касаційного кримінального суду, зі складу кожної із судових палат Касаційного кримінального суду та голова Касаційного кримінального суду, повністю дублює положення ч.7 нової редакції ст.31 КПК України.

Таке дублювання не узгоджується з вимогами законодавчої техніки.

...

2. Змінами до ст.336 КПК України з ч.9, відповідно до змісту якої дистанційне судове провадження може здійснюватися в судах першої, апеляційної та касаційної інстанцій, Верховному Суді України під час здійснення судового провадження з будь-яких питань, розгляд яких віднесено до компетенції суду, передбачено виключити слова “Верховному Суді України”.

Одночасно законопроектом пропонується доповнити ст.463 КПК України новою ч.3, відповідно до змісту якої заява про перегляд судового рішення за виключними обставинами у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні цієї справи судом, подається до Верховного Суду для її розгляду у складі Великої Палати. Таким чином, у даному випадку Велика Палата Верховного Суду виступає не у як певна інстанція, а як самостійний суб'єкт розгляду певної категорії справ.

У зв'язку з наведеним у ч.9 ст.336 КПК України необхідно слова “Верховного Суду України” не виключати, а замінити словами “Верховного Суду”.

Те саме зауваження стосується передбачених законопроектом змін до ч.4 ст.532 КПК.

...

4. Положеннями законопроекту пропонується доповнити КПК України новою ст.434-1 “Підстави для передачі кримінального провадження на розгляд палати, об'єднаної або Великої Палати Верховного Суду”.

У частинах 1-3 запропонованої законопроектом нової ст.434-1 КПК України використовується поняття “рішення Верховного Суду”.

Наведений термін не узгоджується з положеннями ст.369 КПК України (у редакції законопроекту). Так, відповідно до запропонованої законопроектом нової ч.3 ст.369 КПК “суд касаційної інстанції у випадках, передбачених цим Кодексом, приймає постанови”. Зміни, передбачені законопроектом до ст.442 КПК України, також передбачають існування постанов касаційного суду, постанов палати, об'єднаної або Великої Палати Верховного Суду.

Такий вид судового рішення, як рішення Верховного Суду, ні чинним КПК України, ні запропонованою проектом редакцією КПК не передбачено.

Крім того, використання поняття “рішення Верховного Суду” у новій ст.434-1 КПК України може на практиці створити складнощі у застосуванні ч.6 ст.368 КПК України (у редакції законопроекту). Відповідно до положень наведеної норми “обираючи і застосовуючи норму закону про кримінальну відповідальність до суспільно небезпечних діянь при ухваленні вироку, суд враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах Верховного Суду”. Таким чином, залишається незрозумілим, чи повинні суди першої інстанції при ухваленні вироків враховувати висновки щодо застосування відповідних норм права, зазначені у рішеннях палати, об'єднаної або Великої Палати Верховного Суду.

Відповідно до ч.5 нової ст.434-1 КПК України суд, який розглядає кримінальне провадження в касаційному порядку у складі колегії або палати, має право передати таке кримінальне провадження на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо прийде до висновку, що справа містить виключну

правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики.

Необхідно зауважити, що поняття “виключна правова проблема” є оціночним, його визначення не передбачено ні чинним законодавством України, ні положеннями законопроекту, що на практиці може призвести до неоднозначності та складнощів у застосуванні, що не відповідає ст.8 Конституції.

5. Законопроектом пропонується доповнити ст.461 КПК України новою ч.5 щодо строків подання заяви про перегляд судового рішення за виключними обставинами.

Відповідно до наведеної норми заява про перегляд судового рішення за виключними обставинами може бути подана протягом 30 днів з моменту настання відповідного юридичного факту. Необхідно зауважити, що згідно з чинним кримінально-процесуальним законом заява про перегляд судового рішення з аналогічних обставин може бути подана протягом трьох місяців (статті 459, 461 КПК України). Відповідно до положень законопроекту строк у три місяці зберігається і для подання заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами.

Виходячи з наведеного, запропонована законопроектом нова ч.5 ст.461 КПК щодо встановлення строків подання заяви про перегляд судового рішення за виключними обставинами не узгоджується з положеннями ч.3 ст.22 Конституції, відповідно до змісту якої при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод.

Також необхідно звернути увагу на зміст запропонованого законопроектом п.1 нової ч.5 ст.461 КПК України. Відповідно до наведеної норми у випадку встановлення Конституційним Судом неконституційності закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи, заяву про перегляд судового рішення за виключними обставинами може бути подано протягом 30 днів з дня офіційного оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду.

Згідно з положеннями ч.2 ст.152 Конституції закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення.

Таким чином, на практиці може виникнути ситуація, коли Конституційний Суд своїм рішенням відтермінує втрату чинності певним актом чи його окремим положенням і після спливу 30-денного строку з моменту офіційного оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду цей акт іще діятиме, проте строк для подання відповідної заяви у порядку кримінального провадження уже закінчиться.

З метою уникнення подібних правових колізій, на нашу думку, доцільно у наведеному випадку визначити юридичним фактом не момент офіційного оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду, а момент втрати чинності відповідним нормативним актом.

6. Законопроектом передбачено внесення зміни до положень розділу XI “Перехідні положення” КПК України, зокрема до п.15 в частині приведення у відповідність до Закону “Про судоустрій і статус суддів” положень, що визначають статус та функції Верховного Суду.

Пункт 15 розділу XI “Перехідні положення” КПК України регламентує застосування процесуального законодавства, що діяло до прийняття КПК України 2012р., а отже, внесення запропонованих змін не несе жодного змістовного навантаження, що не відповідає положенням ст.8 Конституції.

...

До Закону України “Про доступ до судових рішень”

Проектом пропонується встановити, що у судах функціонуватиме Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система (ст.6 ГПК, ст.14 ЦПК, ст.18 КАСУ, ст.15-1 Закону “Про судоустрій і статус суддів”, ст.7 Закону України “Про доступ до судових рішень”), складовою частиною якої буде Єдиний державний реєстр судових рішень.

Для запровадження відповідних ініціатив:

1) пропонується змінити підходи до обробки (збирання, накопичення, використання, поширення) відомостей у такій Системі, насамперед конфіденційної інформації про фізичних осіб, та реалізувати принцип “гласності і відкритості судового процесу” через максимальну відкритість інформації про осіб, які беруть участь у справі.

На відміну від чинної редакції ч.2 ст. 7 Закону “Про доступ до судових рішень”, проектом передбачається встановити, що у текстах судових рішень, що відкриті для загального доступу через

офіційний веб-портал судової влади (Єдиний державний реєстр судових рішень), оприлюднюватимуться імена (ім'я, по батькові, прізвище) фізичних осіб.

При цьому слід зазначити, що згідно з умовним поділом персональних даних, визначених у міжнародних нормативних документах, “прізвище, ім'я та по батькові” є персональними даними загального характеру і, як правило, самі по собі не є об'єктами захисту від несанкціонованого поширення (конфіденційною інформацією). Проте у зв'язку з іншими відомостями (в т.ч. “чутливими даними”), що можуть міститися у текстах судових рішень (дата народження, відомості про: освіту, регіон проживання, стан здоров'я, сімейні стосунки з іншими особами та їх імена, обставини та події тощо), фізичну особу можна буде конкретно ідентифікувати і дізнатися інформацію про її особисте та сімейне життя;

2) проектом не встановлюється строк, протягом якого у цій Системі можуть оброблятися персональні дані. При цьому з огляду на мету створення та функції Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи не можна однозначно бути певними про строки припинення обробки відповідних персональних даних у формі, що допускає ідентифікацію фізичної особи;

3) зміни до Закону “Про судоустрій і статус суддів” (ст.15-1) не вказують на власника та адміністратора Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи та на порушення вимог ч.2 ст.19 Конституції не визначають повноваження та способи їх здійснення такими суб'єктами, межі доступу до інформації у Системі тощо.

Відтак, зазначені положення проекту створюють підстави для порушення вимог ст.22 Конституції, згідно з якими забороняється скасування конституційних прав і свобод, а також звуження їх змісту та обсягу.

Згідно з положеннями статей 32 і 34 Конституції та ч.2 ст.11 Закону “Про інформацію” дані про освіту, стан здоров'я, а також адреса, дата і місце народження належать до конфіденційної інформації про фізичну особу, збирання, зберігання, використання та поширення якої без згоди відповідного суб'єкта забороняється, оскільки є втручанням в особисте та сімейне життя особи. Таке втручання допускається винятково у випадках, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини (ч.2 ст.32 Конституції та Рішення Конституційного Суду №2 від 20 січня 2012р.).

При цьому текст поданого законопроекту не містить правових норм, які б пов'язували запроваджені законом обмеження охоронюваних Конституцією прав громадян з інтересами національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Натомість Конституційний Суд у своєму Рішенні №2 від 20 січня 2012р. вказав, що інформацією про особисте та сімейне життя особи є будь-які відомості та/або дані про відносини немайнового та майнового характеру, обставини, події, стосунки тощо, пов'язані з особою та членами її сім'ї, за винятком передбаченої законами інформації, що стосується здійснення особою, яка займає посаду, пов'язану з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, посадових або службових повноважень. Така інформація про особу є конфіденційною.

Відтак, відповідний законодавчий підхід суперечить вимогам ч.2 ст.8 Конституції, згідно з якою закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції і повинні відповідати їй, а також свідчить про відсутність системного унормування, про неповноту правового регулювання суспільних відносин, що не відповідає визначенню України як правової держави, на чому також наголошував Конституційний Суд (рішення №5 від 22 вересня 2005р., №20 від 30 вересня 2010р., №23 від 22 грудня 2010р.).

Підтвердженням відповідних висновків є практика Європейського суду з прав людини щодо реалізації ст.8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Європейський суд у своїх численних рішеннях визначив чітку правову позицію та неодноразово підкреслював, що втручання у права людини, гарантовані Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод загалом, та окремими статтями зокрема, має відповідати трьом основним критеріям (див., наприклад, серед багатьох інших, рішення у справі “Українська Прес-Група” проти України” №72713/01 від 29 березня 2005р., п.45; “Вінтман проти України” №28403/05 від 23 жовтня 2014р., пп.84-104):

- 1) таке втручання має бути передбачене законом;
- 2) воно має бути необхідним у демократичному суспільстві з тим, щоб досягнути законних цілей;
- 3) втручання має бути пропорційним таким цілям і необхідним у демократичному суспільстві для їх досягнення.

Невідповідність хоча б одному із зазначених критеріїв є достатньою підставою для визнання порушення відповідного права.

Також вважається, що захист персональних даних має основоположне значення для здійснення особою свого права на повагу до приватного та сімейного життя, гарантованого ст.8 Конвенції. А тому національне законодавство повинно забезпечити належні гарантії для запобігання будь-якому використанню персональних даних, що не відповідає гарантіям цієї статті (рішення у справі “S. і Марпер проти Сполученого Королівства” №30562/04 та №30566/04 від 4 грудня 2008р.). Потреба в таких гарантіях є ще більшою, коли йдеться про захист персональних даних, які зазнають автоматизованої обробки.

Національне законодавство повинно насамперед забезпечити, щоб такі дані були доречними та не надмірними по відношенню до цілей, заради яких вони зберігаються; а також те, щоб вони зберігалися у формі, яка дозволяє ідентифікацію суб’єктів даних не довше, ніж це вимагається для мети, заради якої дані зберігаються.

У зв’язку з цим пропонуємо:

1) доопрацювати оновлену редакцію ст.7 Закону “Про доступ до судових рішень” та передбачити серед відомостей, що не можуть бути розголошені у текстах судових рішень, “імена (ім’я, по батькові, прізвище) фізичних осіб”;

2) доповнити ст.15-1 Закону “Про судоустрій і статус суддів” положеннями щодо власника (розпорядника), адміністратора Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, визначити обсяг їх повноважень та спосіб їх здійснення, межі доступу до інформації у Системі тощо;

3) узгодити положення ст.15-1 Закону “Про судоустрій і статус суддів” з ч.8 ст.6 Закону “Про захист персональних даних” (персональні дані обробляються у формі, що допускає ідентифікацію фізичної особи, якої вони стосуються, не довше, ніж це необхідно для законних цілей, у яких вони збиралися або надалі оброблялися) та визначити чіткі строки обробки персональних даних у Системі.

До Закону України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”

Законопроектом пропонується в абзаці 3 ч.1 ст.7 Закону “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини” передбачити, що Орган представництва вносить до Єдиного державного реєстру виконавчих документів оригінальний текст і переклад резолютивної частини остаточного рішення Суду у справі проти України, яким визнано порушення Конвенції, оригінальний текст і переклад резолютивної частини остаточного рішення Суду щодо справедливої сатисфакції у справі проти України, оригінальний текст і переклад рішення Суду щодо дружнього врегулювання у справі проти України, оригінальний текст і переклад рішення Суду про схвалення умов односторонньої декларації у справі проти України та надсилає державній виконавчій службі повідомлення про виконання рішення Суду.

Необхідно зауважити, що наведене повинно бути узгоджено зі змінами до Закону “Про виконання провадження”, зокрема з положеннями його ст.26 (у редакції законопроекту).

Аналогічне зауваження стосується внесення змін до законів України “Про відповідальність за правопорушення у сфері містобудівної діяльності”, “Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення”.

До Закону України “Про безоплатну правову допомогу”

1. Статтею 59 Конституції, а також у нових редакціях процесуальних кодексів, передбачених цим законопроектом, використовується термін “безоплатна правнича допомога”. Водночас до Закону “Про безоплатну правову допомогу” відповідні зміни не вносяться.

2. Законопроектом пропонується ст.30 Закону “Про безоплатну правову допомогу” доповнити ч.3, відповідно до змісту якої рішення Центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги про відмову в наданні безоплатної вторинної правової допомоги може бути оскаржене разом з поданням відповідною особою позовної заяви про захист або відновлення її прав у спорі (справі), для вирішення якого така допомога запитувалась, до суду, в який подана така позовна заява.

Необхідно зауважити, що якщо нові редакції ЦПК та КАС передбачають можливість об’єднання в одне провадження вимог, які підлягають розгляду за правилами різних видів судочинства, у випадках передбачених законом (ст.21 ЦПК та ст.21 КАС), то ст.22 ГПК, у редакції законопроекту, передбачено, що такі випадки можуть бути передбачені виключно цим Кодексом.

Враховуючи той факт, що в окремих випадках до господарського суду можуть звертатися і фізичні особи, запропоновані положення ст.22 ГПК необхідно узгодити зі змінами до Закону “Про безоплатну правову допомогу”.

До Закону України “Про судоустрій і статус суддів”

1. Однією з ключових змін до Закону “Про судоустрій і статус суддів” є доповнення його новою ст.15-1, що визначає правовий статус Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи.

Відповідно до концепції законопроекту наведена система повинна забезпечити доволі широкий спектр функцій, серед яких: автоматизація діловодства, забезпечення фіксування судового розгляду, електронний архів тощо, а також забезпечення автоматизованого арешту коштів.

Водночас стаття не містить визначення Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, не вказується хто є власником цієї системи, її держателем, технічним адміністратором, а хто відповідно – користувачами, що не відповідає вимогам щодо правової визначеності закону як складової принципу верховенства права (ст.8 Конституції).

Відповідно до п.6 ч.1 ст.15-1 Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система повинна забезпечувати, серед іншого, автоматизацію роботи судів, Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Державної судової адміністрації України, їх органів та підрозділів.

Автоматизація роботи включає в себе ведення електронного діловодства, зберігання документів, їх захист, електронний архів тощо. Тобто наведене поняття є загальним для низки функцій Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи, а отже, зазначати його окремим пунктом недоцільно.

...

5. Законопроектом пропонується п.4 ч.1 ст.106 Закону “Про судоустрій і статус суддів” викласти в новій редакції, відповідно до якої суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності в порядку дисциплінарного провадження за умисне або внаслідок грубої недбалості допущення суддею, який брав участь в ухваленні судового рішення, порушення прав людини і основоположних свобод або інше грубе порушення закону, що призвело до суттєвих негативних наслідків.

Необхідно зазначити, що такі поняття, як “груба недбалість”, “грубе порушення закону”, “суттєві негативні наслідки”, носять оціночний характер, що не враховує вимоги правової визначеності закону як складової принципу верховенства права (ст.8 Конституції) та на практиці може призвести до складнощів у застосуванні.

...

До Закону України “Про виконавче провадження”

1. Положеннями законопроекту передбачено внесення низки змін до Закону “Про виконавче провадження”. Зокрема, це стосується створення Єдиного державного реєстру виконавчих документів.

Закон “Про виконавче провадження” пропонується доповнити новою ст.3-1, відповідно до змісту частин 1 та 2 якої Єдиний державний реєстр виконавчих документів – автоматизована система збирання, зберігання, захисту, обліку, пошуку електронних виконавчих документів, а також надання інформації з нього. До Єдиного державного реєстру виконавчих документів підлягають обов’язковому внесенню всі виконавчі документи, на підставі яких відповідно до цього Закону здійснюється примусове виконання судових рішень та рішень інших органів (посадових осіб).

Водночас всупереч вимогам ст.8 та ч.2 ст.19 Конституції наведеною статтею не визначено:

1) основоположні засади щодо порядку доступу до відомостей, розміщених у цьому Реєстрі, та переліку такої інформації. Зважаючи на те, що у виконавчих документах міститься інформація з обмеженим доступом (адреса місця проживання чи перебування фізичних осіб, реєстраційний номер облікової картки платника податків, серія та номер паспорта), доступ до цього Реєстру має відбуватися з дотриманням вимог статей 32 і 34 Конституції;

2) власника (розпорядника) та адміністратора Реєстру, обсяг їх повноважень, функцій, межі доступу до інформації у Реєстрі тощо;

3) цілі створення такого Реєстру та строки зберігання у ньому персональних даних.

...

4. Змінами до абзацу 1 ч.5 ст.5 Закону “Про виконавче провадження” передбачено, що за заявою стягувача від одного приватного виконавця до іншого буде передаватися не виконавчий документ, а виконавче провадження.

При цьому законопроектом не запропоновано внесення змін до абзацу 2 ч.5 цієї ж статті, якою передбачено, що передача виконавчих документів здійснюється в порядку, визначеному Міністерством юстиції України.

У разі прийняття наведеного положення як закону може утворитися прогалина щодо регулювання порядку передачі виконавчого провадження, що не відповідає ст.8 та ч.2 ст.19 Конституції.

...

Зауваження до положень законопроекту, що не розглядалися у першому читанні

Частиною 3 ст.82 Закону “Про судоустрій і статус суддів” встановлено, що переведення судді на посаду судді до іншого суду того самого рівня може здійснюватися без конкурсу тільки у випадках реорганізації, ліквідації або припинення роботи суду, в якому такий суддя обіймає посаду судді. Положеннями законопроекту передбачено можливість переведення не лише до суду того самого, а також до суду нижчого рівня.

Водночас у проєкті відсутні положення щодо збереження гарантій суддям, яких переведено до судів нижчого рівня у випадках реорганізації, ліквідації або припинення роботи суду, в якому такий суддя обіймає посаду, що не відповідає вимогам ст.8 Конституції.

Змінами до п.8 ч.1 ст.152 Закону “Про судоустрій і статус суддів” передбачено покласти на Державну судову адміністрацію України повноваження затверджувати Загальний класифікатор спеціалізації суддів та категорій справ. При цьому ані з положень чинного законодавства, ані з положень цього законопроекту не вбачається правовий статус цього класифікатора, а також підстави його застосування.

Змінами до ст.155 Закону “Про судоустрій і статус суддів” передбачено встановити, що тимчасове положення про апарат новоутвореного суду затверджується тимчасово виконуючим обов’язки керівника апарату цього суду. Тимчасова структура та тимчасова штатна чисельність апарату новоутвореного суду затверджується тимчасово виконуючим обов’язки керівника апарату цього суду за погодженням із Головою Державної судової адміністрації України.

У зв’язку з наведеним необхідно зауважити, що як у нормах чинного Закону, так і в положеннях законопроекту відсутні застереження щодо граничного часу, протягом повинні діяти тимчасове положення, тимчасова структура та тимчасова штатна чисельність апарату новоутвореного суду, що не відповідає ст.8 Конституції.

Крім того, законопроектом передбачено доповнити розділ XII “Прикінцеві та перехідні положення” Закону “Про судоустрій і статус суддів” новим п.5-1, відповідно до змісту якого тимчасово виконуючий обов’язки керівника апарату Верховного Суду затверджує тимчасову структуру, тимчасову чисельність апарату Верховного Суду та призначає на посади працівників апарату Верховного Суду у кількості, необхідній для забезпечення початку роботи Верховного Суду.

Водночас положення законопроекту не містять визначення періоду часу, протягом якого необхідно вчинити зазначені дії, що не враховує вимог ст.8 та ч.2 ст.19 Конституції.

Згідно зі ст.116 Регламенту пропозиції та поправки до законопроекту, що готується до другого читання, можуть вноситися лише до того тексту законопроекту (статей, їх частин, пунктів, речень), який прийнятий Верховною Радою за основу.

Всупереч цим вимогам під час підготовки проєкту до другого читання до тексту проєкту було внесено окремі зміни, які не були предметом розгляду у першому читанні, а відтак, до тексту проєкту зміненого закону не надано висновок щодо його відповідності вимогам антикорупційного законодавства.

Ці зауваження стосуються змін до КПК України (ч.2 ст.132, ч.1 ст.184, статей 217, 219, 234, 236, 242-244, 280, 284, 294-297 тощо), законів України “Про судову експертизу” (ст.18), “Про судоустрій і статус суддів” (статей 82, 133, 147, 155 тощо), “Про виконавче провадження” (ст.12), “Про Вищу раду правосуддя” (ст.49, п.13 розділу III “Прикінцеві та перехідні положення”), “Про Конституційний Суд України” (ст.83) тощо.

Отже, проєкт містить очевидні недоліки змістовного та термінологічного характеру, знижує рівень нормативного регулювання засадничих положень у сфері правосуддя. Наявність таких недоліків, на нашу думку, може істотно ускладнити застосування відповідних положень та негативно позначитися на їх законодавчому розвитку, а також зумовити проблеми з практичним утвердженням та забезпеченням прав і свобод людини і громадянина.

Проєкт також потребує суттєвого техніко-юридичного доопрацювання.

Узагальнюючий висновок: зважаючи на викладене та значний обсяг законопроекту, його розгляд парламентом має відбуватися з додержанням вимог ч.4 ст.102 Регламенту Верховної Ради України.

РІШЕННЯ¹ позачергового XIV з'їзду суддів України

13 листопада 2017р., м.Київ

Заслухавши виступи та пропозиції делегатів, запрошених осіб, з метою забезпечення незалежності суддів, доступності правосуддя, консолідації зусиль органів та установ у системі правосуддя та органів державної влади України, відповідно до стст.129, 132 Закону “Про судоустрій і статус суддів” позачерговий XIV з'їзд суддів України

в и р і ш и в:

7. РІЗНЕ

7.1. Звернутися до Вищої кваліфікаційної комісії суддів невідкладно затвердити єдиний порядок оцінювання суддів на відповідність займаній посаді та графік такого оцінювання всіма суддями; не зволікати з проведенням оцінювання на відповідність займаній посаді всіх суддів, незважаючи на наявність інших завдань.

7.2. Щодо здійснення підготовки до реорганізації, ліквідації окремих місцевих судів та утворення нових місцевих окружних судів:

7.2.1. Визнати такими, що є недостатніми, заходи Державної судової адміністрації стосовно інформаційної політики щодо доведення до громадськості та суддів України проведеної роботи щодо оптимізації кількості судів та суддів під час підготовки процедур реорганізації, ліквідації окремих місцевих судів та утворення місцевих окружних судів.

7.2.2. Визнати, що при здійсненні роботи стосовно оптимізації кількості судів та суддів Державна судова адміністрація України повинна урахувати: чіткий механізм визначення судового навантаження, особливості впровадження нового процесуального законодавства та створення Єдиної судової інформаційної (автоматизованої) системи, дотримання принципу рівності суддів у питанні суддівської винагороди, а також питання забезпечення доступності правосуддя, транспортного сполучення та географічного розташування судів.

7.2.3. Звернутися до Президента як гаранта додержання Конституції, прав і свобод людини і громадянина із пропозицією відтермінувати початок утворення мережі місцевих окружних судів з метою недопущення обмеження гарантій на звернення до суду під час утворення, реорганізації та ліквідації окремих місцевих судів.

7.2.4. Запропонувати Вищій раді правосуддя під час вирішення питань, пов'язаних із реорганізацією, ліквідацією окремих місцевих судів та утворення нових місцевих окружних судів проводити консультації з Консультативною радою голів судів при Вищій раді правосуддя, Радою суддів України та іншими органами суддівського самоврядування.

7.2.5. Звернутися до Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів щодо недопущення застосування конкурсних засад при вирішенні питання переведення суддів місцевих судів до новоутворених окружних місцевих судів того самого рівня внаслідок утворення, реорганізації чи ліквідації окремих місцевих судів.

7.2.6. Звернутися до Державної судової адміністрації щодо забезпечення умов переведення до новоутворених окружних місцевих судів кваліфікованих працівників апарату місцевих судів із судів, які будуть реорганізовані чи ліквідовані.

7.2.7. Звернутися до Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів, Ради суддів, Державної судової адміністрації, Національної школи суддів, органів суддівського самоврядування, громадських об'єднань суддів щодо належної координації в системі судоустрою, щодо правової інформованості населення та забезпечення широкого обговорення питань оптимізації кількості судів і суддів під час підготовки процедур реорганізації, ліквідації місцевих судів та утворення мережі місцевих окружних судів шляхом проведення конференцій, форумів, круглих столів тощо.

7.2.8. Державній судовій адміністрації невідкладно направити до судів України усі напрацювання та матеріали з питань оптимізації кількості судів та суддів під час підготовки процедур реорганізації, ліквідації окремих місцевих судів та утворення мережі місцевих окружних судів.

Зборам суддів судів України у місячний термін висловити свої пропозиції із зазначених питань та направити їх до Ради суддів.

Координацію заходів, пов'язаних із обговоренням зазначених питань покласти на Раду суддів.

7.5. Направити рішення з'їзду суддів органам та посадовим особам, до повноважень яких належить вирішення порушених у цьому рішенні питань.

Головуючий В.СІМОНЕНКО

Секретар О.ЖУРАВСЬКА

¹ Джерело: Офіційний веб-сайт Ради суддів України: <http://rsu.gov.ua/en/site/download?doc=L3VwbG9hZHMvZG9jdW1lbnRzL3Jpc2VubmEtaGl2LXBvemFjZXJnb3ZvZ28teml6ZHUtLnBkZg==>.

ПРОБЛЕМИ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ ЩОДО ПРАВОСУДДЯ ТА СТАТУСУ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

20 грудня 2017р. відбувся Круглий стіл “Проблеми імплементації змін до Конституції України щодо правосуддя та статусу Конституційного Суду України”, який Центр Разумкова організував і провів спільно з Німецьким Фондом міжнародного правового співробітництва та Проектом Ради Європи “Підтримка впровадження судової реформи в Україні”.

Учасники дискусії обговорили стан і проблеми системи судоустрою, зміни конституційно-правового статусу судді, а також перспективи належного забезпечення права на справедливий суд у зв'язку зі змінами процесуального законодавства.

Нижче наводяться виступи учасників Круглого столу в тому порядку, в якому вони були представлені під час дискусії. Тексти виступів підготовлені за стенограмою дискусії та подаються у дещо скороченому вигляді. Деякі виступи супроводжуються посиланнями, зробленими редакцією.

► ВІТАЛЬНІ ПРОМОВИ ◀



Павло ПИНЗЕНИК,
голова Ради Центру Разумкова,
перший заступник голови
Комітету Верховної Ради
України з питань Регламенту та
організації роботи
Верховної Ради України

Щиро радіє вітати вас від імені Центру Разумкова на нашому Круглому столі, присвяченому проблемам імплементації конституційних змін у частині правосуддя і статусу Конституційного Суду України.

Наша щира подяка також партнерам Центру Разумкова: Представництву Німецького фонду міжнародного правового співробітництва в Україні та Проекту Ради Європи “Підтримка впровадження судової реформи в Україні”.

У доповіді, підготовленій вельми авторитетним авторським колективом, аналізується процес імплементації ухвалених минулого року змін до Конституції щодо правосуддя: нормативні положення, які визначають новий статус Конституційного Суду; характеризуються можливості забезпечення визначених Основним Законом прав громадян на справедливий суд у зв'язку зі змінами до процесуального законодавства.

Враховуючи календарну дату проведення нашого заходу, можна було б переформулювати його тематику наступним чином: “з чим ми входимо в новий

рік у сфері правосуддя, що нас очікує у 2018р.?”. Можна, у принципі, виділити безсумнівні позитивні моменти – це, насамперед, вилучення кадрових питань у сфері правосуддя з повноважень політичних органів, це обмеження, зокрема, повноважень Президента у процесі призначення суддів, це впровадження принципу безстрокового призначення суддів і початок роботи Вищої ради правосуддя. Є просування у бік досягнення судовою гілкою влади незалежності від прямих політичних впливів – і, безумовно, це позитивне досягнення. На принципово нових засадах сформовано Верховний Суд.

Разом з тим, маємо багато різних сумнівів і питань, що стосуються багатьох аспектів судової реформи: їх висловлюють і громадськість, і фахові кола. Є очевидні недоліки змісту законів, ухвалених у порядку імплементації змін до Конституції, які визначають механізми формування нової судової системи, порядок здійснення суддями їх повноважень. Є питання щодо змін у конституційно-правовому статусі суддів, доступу до суддівської професії тощо. Є фахова дискусія, і не тільки фахова, але й політична щодо запровадження чи не запровадження антикорупційного суду, механізмів його створення і шляхів досягнення ефективності його функціонування (якщо він буде створений і в якому вигляді).

Доводиться констатувати, що дуже багато невизначеності в питаннях функціонування нового для України інституту конституційної скарги. З кожним днем стає дедалі більш і більш нагальним питання визначення правового статусу прокуратури, який потрібно приводити до актуальних суспільних потреб. Це ж стосується і адвокатури – питання назріло. Я переконаний абсолютно, що всі ці питання можна вирішити, і, зрештою жодна з реформ у світі не відбулася без помилок, але їх виправлення приводить до успіху. ■



Мортен ЕНБЕРГ,
голова Офісу Ради Європи
в Україні, представник
Генерального секретаря
Ради Європи з питань
координації програм
співробітництва Ради Європи

Шановні судді, дорогі колеги, дійсно приємно з вами сьогодні обговорити, як ми спільно працювали над визначенням статусу судової реформи в Україні.

Спочатку скористаюсь можливістю подякувати Центру Разумкова, а також Німецькому фонду міжнародного правового співробітництва за готовність працювати над цим завданням на сьогоднішній зустрічі.

Ми всі повинні визнати, що конституційні поправки до судової системи стали головним досягненням української влади, що привело українське правосуддя в набагато більшу відповідність зі стандартами Ради Європи та Європи в цілому. Відновлення Верховного Суду, скасування п'ятирічного випробувального терміну для суддів, скорочення зв'язків між законодавчим органом і судовою системою шляхом усунення Парламенту від призначення суддів, внесення змін до кодексів судової процедури, перегляд повноважень усіх основних судових установ, таких, як Вища рада правосуддя, Вища кваліфікаційна комісія суддів та Рада суддів України. Це дійсно далекосяжні зміни, і Україна заслуговує великої довіри за те, що все це зроблено. Зі свого боку, ми сприяли цим змінам через проект "Підтримка впровадження судової реформи в Україні". Ми надаємо фахові поради, технічну підтримку, здійснюємо експертизу ряду законів, що стосуються всіх змін, відзначених вище. Наразі ми перебуваємо на етапі впровадження цих законодавчих змін, і ми дійсно повинні працювати разом, щоб забезпечити виконання проекту.

Що стосується практичного добору та дисциплінарної відповідальності суддів, незалежності судової влади, однорідності судової практики та виконання судових рішень Європейського суду з прав людини, то це все визначить, чи є судова реформа прогресивною, і, звичайно, збільшить довіру до судової влади, про яку ми сьогодні говоримо.

Деякі з питань, які ми сьогодні обговоримо, – це реалізація нової структури судової влади, правовий статус Конституційного Суду України та, найважливіше – застосування нових процедурних кодексів.

Я згадав про Конституційний Суд. Звичайно, він посідає окреме місце у правовій системі України. Він був реформований, щоб створити інструмент для безпосереднього виконання Європейської конвенції на національному рівні, – конституційну скаргу.

У ряді країн-членів Ради Європи конституційна скарга відіграє роль засобу правового захисту, що дозволяє особі отримати захист її загальноприйнятих прав на національному рівні і, безумовно, запобігає поданню звернень до Європейського суду з прав людини. Цей інструмент ще не повністю втілений в Україні, але його слід розглядати як спосіб розв'язання багатьох системних проблем, виявлених рішеннями Європейського суду з прав людини.

Кілька слів про процедурні кодекси. Маю на увазі, що їм Радою Європи приділяється особлива увага. Ми розглядаємо механізми процесуальних кодексів для перегляду Верховним Судом справ, які слідують за рішенням Європейського суду з прав людини. Це повинно забезпечити *restitutio in integrum* (відновлення попереднього юридичного становища) за порушення, виявлені Європейським судом, також ці процедури повинні забезпечити надання рекомендацій для нижчих судів стосовно того, як необхідно вдосконалити імплементацію Європейської конвенції.

Хотів би відзначити ще одну цікаву деталь у доповіді Центру Разумкова, важливу, коли ми говоримо про довіру до судової влади. Ми бачимо різницю у висловленні довіри людьми, які мали справу з судовою системою, та людьми, які не мали справ з нею¹. Довіра є вищою серед тих, хто мав справу з українською правовою системою. Це позитивна річ. Але це не означає, що ми можемо розслабитися. Тепер нам доведеться ще більше працювати над поширенням інформації про те, що відбувається реформа української системи, а також про те, що довіра людей до цих процесів зростає. Рада Європи пишається тим, що є партнером у цьому процесі, і ми будемо продовжувати підтримувати українську владу та реформу судової системи у спосіб, який, як ми сподіваємося, також підвищить довіру громадськості. ■

► ВИСТУПИ УЧАСНИКІВ ◀



д-р Отто ЛЮХТЕРГАНДТ²,
керівник відділу з дослідження
східноєвропейського права
юридичного факультету
Гамбурзького університету

Я работаю в вашей стране юрисконсультантом по линии Немецкого Фонда международного правового сотрудничества с 1994г. И я очень рад возможности особо отметить сам предмет обсуждения нашей конференции. Это просто замечательно. На основании моего личного опыта не только в Украине, но во многих постсоветских государствах, могу сказать, что везде именно о проблеме эффективности реформ почти не говорят, или говорят слишком мало, чрезвычайно мало. И специалисты, и те институции,

¹ Доповідач посилається на результати соціологічного опитування "Судова влада в оцінках громадян України", вміщені в цьому виданні, с.70.

² Тут подається вітання професора О.Люхтерганда, мовою, якою він послуговувався. Повний текст виступу в перекладі з німецької наведений в цьому виданні як окрема стаття під назвою "Індивідуальна конституційна скарга в Німеччині та в Україні: порівняльний аналіз", с.92.

которые финансируют такие мероприятия, слишком мало обращают внимания на этот на самом деле ключевой аспект.

Дальше я буду говорить на немецком. Но вначале хочу сказать, что разделил свое выступление на две части. Я скажу несколько слов о немецкой системе индивидуальной конституционной жалобы, подаваемой в Федеральный Конституционный суд, а потом сфокусируюсь на одном из вопросов, представляющих интерес: о возможностях и инструментах сокращения массы жалоб, постоянно поступающих в Конституционный Федеральный суд. У нас, между прочим, во всех 16 землях есть земельные [конституционные] суды – и это тоже очень интересно и важно, но я буду говорить исключительно о Федеральном Конституционном суде. Завершать свое выступление я буду некоторыми замечаниями и предложениями для Украины, основанными на опыте Германии. ■



Микола КОЗЮБРА,
завідувач кафедри
загальнотеоретичного право-
знавства та публічного права
Національного університету
“Києво-Могилянська академія”,
член-кореспондент НАПН України

Хотів би наголосити лише на кількох моментах. *Перше:* звичайно, судова реформа не завершена внесенням змін до Конституції і навіть їх імплементацією до національного законодавства.

Друге: проблема, пов'язана із судовою реформою, є набагато глибшою, вона полягає не лише в імплементації до національного законодавства прогресивних положень. Є багато того, що може і повинно працювати на незалежність суддів. Але, як свідчить зокрема і наша практика [аналіз судових рішень], поки що ці прогресивні моменти, які містяться в Конституції і законах, а також європейські стандарти не імплементавані, на жаль, у свідомість суддів. Вони не стали внутрішнім переконанням суддів і складовою їх мислення. Водночас, я не можу сказати, що немає рішень, ґрунтованих як на досить глибокому аналізі доказів, так і на використанні рішень Європейського суду з прав людини та інших міжнародних судів, зокрема, Міжнародного суду ООН. Це свідчить про те, що процес іде.

Процес дійсно зрушив з місця, і я можу підтвердити, що довіра до судів починає зростати. Так, поки що це дуже й дуже малопомітні зрушення, але вони є – і це приємно усвідомлювати. З іншого боку, проблема залишається, і я мушу сказати, що заклики деяких політиків до суцільної люстрації, які продовжують лунають, її не вирішують.

Повторюю: проблема є набагато глибшою – і тут потрібно починати навіть не з суддівського корпусу,

а зі студентського, зі студентської лави. Мені як професору ця проблема досить близька, тому що, на жаль, стиль мислення навіть студентства якщо і змінюється, то дуже повільно. Пізно намагатися змінювати світогляд суддів уже після завершення ними навчання, на їх практичній роботі. Тоді це відбувається набагато повільніше, ніж могло б бути зроблено раніше. Тому саме на цей бік справи треба звернути особливу увагу. Тільки коли будуть сильними колективні зусилля вищої школи, спрямовані на підготовку майбутніх юристів з новим світоглядом, з орієнтацією їх на цінності, а не на ритуал, як це досить часто спостерігаємо сьогодні, і коли ці цінності стануть внутрішньою потребою і внутрішнім переконанням юристів загалом і суддів зокрема – тільки тоді ми зможемо не тільки зрушити реформу, але й досягти кінцевого результату, якого прагнемо. ■



Віталій КАРПУНЦОВ,
народний депутат України

Насамперед хочу висловити вдячність організаторам, оскільки впевнений, що саме такі інтелектуальні дискусії є фундаментом прийняття рішень у Парламенті. Такі дискусії потрібні – і якомога частіше та, можливо, більш публічно, в повний голос. А то сьогодні у тренді дуже публічна робота організацій, які, прикриваючись статусом громадських, насправді займаються лобізмом. І ми, на жаль, припускаємось охлократичних рішень, які часто змушені приймати в Парламенті, а потім їх важко виправляти. А це відбувається тому, що коли немає фахової інтелектуальної дискусії, коли до такої роботи не долучена наука, то завжди є бажання серед більшості правильних, прогресивних рішень утиснути-таки щось із тих недобрих “традицій”, про які йшлося. Наприклад, корупційних традицій, що походять дійсно від студентських часів, із студентської лави, – адже й досі вважається нормальним дати хабаря за те, щоб скласти іспит, замість того, щоб прагнути знань, працювати заради знань.

Можливо, саме так сталося і з кодексами, які викликали багато нарікань³. Так, я голосував за них як член Парламенту. Хоча досить часто трапляється, що мушу “наступати” на те, що говорить у мені науковець і практик, і піддаватись іноді навіть на охлократичні заклики чи змушування, а можливо, й на віру у принцип: краще рухатись уперед, ніж стояти на місці...

Отже, тому й необхідні такі фахові дискусії – щоб відкрито, нічого не приховуючи, обговорювати зміни: що саме слід змінювати, як саме і які зміни потрібно пришвидшувати. Тому хочу стисло окреслити

³ Ідеться про Закон “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”, прийнятий 3 жовтня 2017р., набув чинності 1 січня 2018р.



проблеми, до яких, на мій погляд, слід повернути увагу фахової спільноти сьогодні.

*Укрупнення судів*⁴. Чи потягне це укрупнення оптимізацію логістики для громадянина? Чи дасть воно нові пандуси, нові вбиральні, загалом – нову інфраструктуру, яка уможливить втілення закладених у кодексах принципів доступності правосуддя? Наприклад, стосовно запровадження електронного судочинства: чи буде у всіх можливість ним скористатися? Якщо, стимулюючи розвиток електронного судочинства, ми даємо *право* сплачувати менше мито, то чи даємо ми *можливість* цим правом скористатися? Це дискусійне питання.

Адвокатська монополія. Вона активно лобіюється в середовищі законотворців. Але що ми скажемо про прокурорську монополію? Якщо глянути на відповідну норму закону, то й у Парламенті слід створити кабінет прокурора – адже Верховний Суд наразі повинен розглядати і справи стосовно народних депутатів, позбавлення депутатської недоторканності, наприклад. Доречно згадати і про інтелектуальний суд та кваліфікацію його суддів⁵. Ми прирівняли науковців, суддів-практиків, патентних повірених. Вони мають право брати участь у конкурсі, але патентний повірений не може представляти інтереси в суді, тільки адвокат! Це нонсенс, але й ці теми також слабо обговорюються.

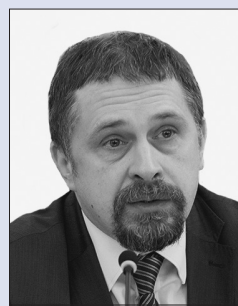
Конкурсна система добору суддів. А що робити, коли ця конкурсна процедура виявилася принизливою для більшості висококваліфікованих суддів, які мають науковий ступінь, увесь час професійно росли, які мають гарну, бездоганну репутацію, – але вони не захотіли принижувати себе. Що з трудовими правами цих суддів?

Конституційний Суд. Я пам'ятаю себе студентом, пам'ятаю перші збірники його рішень – вони в мене всі були опрацьовані, окремі місця текстів підкреслені. Тобто читаєш усе рішення – це квінтесенція, на одному абзаці можеш побудувати точно реферат, а можливо, й більше, ціле дослідження. А наразі Конституційний Суд не проводить жодного публічного засідання. Це сором. І не тільки Конституційному Суду, але й державі загалом. А добір суддів? Не може державний орган встановлювати сам собі правила. Так само і з регламентом Конституційного Суду: він змінює, наприклад, порядок подання кандидатури керівника і заступників керівника секретаріату, тобто змінює порядок, встановлений законом. А чому ж тоді ми в Апараті Верховної Ради не можемо так само чинити? У прокуратурі, в інших державних інституціях?

Що стосується Конституційного Суду, то я все ж маю надію, що Комітет проведе фаховий відкритий конкурс. Але ж ще до комітету відбулися процедурні речі, які я ставлю під сумнів і як парламентар, і як науковець. Так, була цілком знівельована процедура представлення кандидатур на розгляд фракції, членом

якої я є. Відбору цих кандидатів фактично не було, оскільки вони не представляли свої позиції – отже, й питання їм поставити було неможливо.

Загалом, залишаються ще багато проблем і нерозв'язаних питань, залишається лобізм і можливості різноманітних впливів на органи правосуддя, в т.ч. на Конституційний Суд. З цим потрібно щось робити, і тут роль науковців, науки незамінна. Наука має сказати, що не можна на угоду політичній кон'юктурі приносити в жертву конституційну інституцію. Потрібні дискусії, вони повинні давати стимул Парламенту, щоб про це говорили, щоб не замовчували, але й не казали на будь-що “так, це гарно”. Огульна люстрація, лобізм – це не гарно. Про це наука повинна говорити голосно й публічно – і доводити, що домінувати мають позиції науковців і практиків, а не охлократичні тимчасові рішення. Наука має тиснути і на громадськість, і на Парламент – з тим, щоб відходити від тих “традицій”, які, на жаль, уповільнюють наш розвиток, у т.ч. у встановленні правосуддя. Це дуже потрібно для того, щоб у суспільстві дійсно панувала справедливість, і права громадян були дійсно захищені, а не панував у нас уявний міф, що ми до чогось рухаємось і динамічно розвиваємось...



Костянтин КРАСОВСЬКИЙ,
керівник Головного
департаменту правової
політики Адміністрації
Президента України,
секретар Ради з питань
судової реформи

Приємно було почути про те, що відчувається вже певний позитивний результат праці Ради з питань судової реформи, започаткованої три роки тому. З чого ми почали? З того, що Президент визначив реформу як першочергову і створив Раду з питань судової реформи. Ми продумали певний план, який потім переріс у стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів і ті принципи, що їх Рада з питань судової реформи заклала в саму судову реформу – це системність, етапність, збалансованість підходів, залучення громадськості, використання передового міжнародного та європейського досвіду.

Нам вдалося, насамперед, сформулювати проблеми, притаманні судовій гілці влади на той час. І важливо те, що ми їх сформулювали, визначили та намітили план дій за напрямками – це судоустрій, судочинство, суміжні правові інститути (прокуратура, адвокатура та головне – виконання судових рішень), а також визначили етапність дій.

⁴ Ідеться про ініціативу П.Порошенка стосовно т.зв. укрупнення судів. На дату проведення Круглого столу залишалося незрозумілим, що саме охоплює поняття “укрупнення”. На цю незрозумілу ініціативу звернув увагу В.Мусяка, презентуючи на початку заходу видання “Проблеми імплементації змін до Конституції України щодо правосуддя та статусу Конституційного Суду України”. Однак, П.Порошенко 29 грудня 2017р. підписав ряд указів (№№449-454) про ліквідацію, створення та реорганізацію місцевих судів.

⁵ Інтелектуальний, або патентний суд – спеціалізований суд, що розглядає справи, пов'язані з інтелектуальною власністю. Ідеться про створення в Україні Вищого суду з питань інтелектуальної власності, згідно з Указом Президента України №299 від 29 вересня 2017р. Примітно, що цей суд, як і антикорупційний, має бути одночасно і першою, і апеляційною інстанцією.

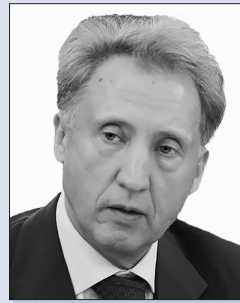
Закон України “Про забезпечення права на справедливий суд” розв’язував нагальні проблеми, які без внесення змін до Конституції розв’язати було неможливо, – це перезапуск роботи Вищої кваліфікаційної комісії суддів, Вищої ради правосуддя. Нагадаю, що на той час Вища рада юстиції не працювала вже рік і місяць, а дев’ять місяців – не працювала Вища кваліфікаційна комісія; природно, це унеможливило роботу самої судової влади. Навіть звільнити суддю за станом здоров’я було неможливо. Тобто були певні проблеми, які ми визначили, намітили план їх фіксації і заходів з розв’язання.

Наступним етапом стала підготовка змін до Конституції, тут долучилася Конституційна комісія. Завдяки її роботі, спільно з Венеціанською комісією, вдалося в належний спосіб позитивно вирішити питання внесення змін до розділів “Правосуддя” і “Конституційний Суд України”.

Наразі ми перебуваємо на останньому, імплементаційному етапі – йдеться про закони “Про судоустрій і статус суддів” і “Про Вищу раду правосуддя”. Не треба забувати, що 2 червня 2016р. прийняті також закони “Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів” і “Про виконавче провадження” – в них закладені нові механізми виконання судових рішень. Це теж потрібно обговорювати. Це той широкий напрям реформування, який реалізується наразі на наших очах, і ми всі беремо в цьому безпосередню участь, у т.ч. через прийняття тих чи інших рішень, зокрема політичних, тобто визначення нових правил гри. На черзі закон про адвокатуру – там дійсно є проблеми, які повинні бути розв’язані на рівні політики, визначення правил гри, забезпечення незалежності адвоката, оскільки це важливий момент його нового статусу. Я б не говорив про адвокатську монополію, оскільки є можливість здійснювати представлення інтересів і без участі адвоката.

Отже, наразі завершується етап розробки законів і створення інститутів: запрацювали нова Вища кваліфікаційна комісія, нова Вища рада правосуддя, 15 грудня розпочав роботу Верховний Суд. Це все – на рівні законодавчому, на рівні інститутів. І тільки зараз ми підходимо до рівня людського виміру процесу судової реформи. Так, є певні проблеми, з якими ми стикаємось, але системний збалансований підхід уже дозволяє нам бачити й певні результати, хоч і зарано говорити про остаточний результат. Але динаміка цих трьох років реформування є, можливо, дещо повільною, проте загалом позитивною, ми йдемо у правильному напрямі, відповідно до плану й тих вимірів, які ми для себе визначили. ■

Круглий стіл, 20 грудня 2017р.



Микола ОНІЩУК,
ректор Національної школи
суддів України

Про процес імплементації. Не хотілося б зловжити академізмом, але ми розуміємо, що імплементація, визначена сьогодні як тема дискусії, має кілька вимірів і складових. Уже говорилося про *нормативну імплементацію*, тобто приписи Конституції та ухвалені законодавчі акти. Наступна складова – це *інституційна імплементація*, тобто створення відповідних механізмів та інституцій, покликаних реалізувати конституційні приписи. Далі – *процесуально-процедурна*, дуже важлива для процесу правосуддя. І нарешті – те, що безпосередньо стосується роботи Національної школи, це *організаційна імплементація*, складовою якої є кадрова. Маємо визнати, що ці перші три складові – нормативна, інституційна, процесуально-процедурна більшою мірою вже сформовані, хоч і залишаються ще окремі проблеми, які потребують уваги, не тільки нашого академічного середовища, але й Конституційної комісії і Парламенту.

Дещо про нормативну складову. Перше, що хотілося б зауважити у змінах Конституції, – це вилучення Розділу “Прокуратура” і внесення його як складової до Розділу “Правосуддя”. Це просто механічне переміщення статті з однієї частини тексту до іншої, хоча ми багато зробили для того, щоб унормувати по-новому повноваження прокуратури. Тепер вони зведені до трьох складових (замість п’яти, як це було раніше): публічне обвинувачення, процесуальне керівництво досудовим розслідуванням і представництво інтересів держави у виключних випадках. Але цих змін замало, мені видається, що не до кінця осмисленою є тема, пов’язана з місією і роллю прокуратури в суспільстві, її співвідношенням із судовою владою. На жаль, ми в Конституції не вказали, на яких засадах будеться прокуратура. Там міститься бланкетна норма – засади та порядок діяльності визначаються законом. Це була помилка – і наша з вами, і тепер уже конституцієдавця, оскільки прокуратура залишається класичним органом виконавчої влади з централізованою будовою, із залежністю прокурорів нижньої ланки від керівників і повною відірваністю від судової влади як такої. Прокурор там з’являється лише в контексті його територіальної належності до органу суду, де пред’являється обвинувачення.

Натомість досвід континентальної Європи говорить зовсім про інше. Зокрема, про те, що прокурори, які діють при судах, мають органічний зв’язок із судовою системою. Тому завдання для всіх нас – продовжувати працювати над статусом і засадами діяльності прокуратури. Це можна зробити без змін



до Конституції, оскільки бланкетна норма дозволяє питання організації та порядку діяльності відповідно до конституційної філософії змінити. Над цим поки що, судячи з публікацій у пресі, ніхто навіть не замислювався, і я хотів би закликати академічне середовище до осмислення цих питань, оскільки вони мають бути належно обгрунтовані. Це перше.

Друге, що стосується нормативної імплементації, – це *проблема різного (не єдиного) статусу суддів*. Як відомо, єдність статусу суддів є важливою складовою захисту їх незалежності, але із цим у нас є проблеми – і на законодавчому рівні, і зокрема, в різній винагороді за суддівську діяльність. Наразі це пов'язано з процесом кваліфікаційного оцінювання суддів: судді, які пройшли атестацію, отримують суддівську винагороду за новими стандартами, а решта – за старими. Однак, Конституція не передбачає різного рівня суддівської винагороди за однаковий обсяг виконаної роботи, незалежно від того, чи пройшли судді атестацію, чи не пройшли (в т.ч. з незалежних від них причин). Тому моя рекомендація Державній судовій адміністрації – з 1 січня 2018р. негайно перейти на єдину систему суддівської винагороди.

Наступна тема в контексті нормативної імплементації – *військові суди*. Конституція і чинний Закон “Про судоустрій і статус суддів” не передбачають можливість утворення військових судів. Конституція говорить про спеціалізацію суддів – це так. Чинний Закон “Про судоустрій і статус суддів” говорить про спеціалізацію судів відповідно до чотирьох категорій справ: цивільних, кримінальних, адміністративних і господарських. Закон допускає спеціалізацію за принципом суб'єкта лише стосовно ювенальної юстиції і стосовно спеціалізації суддів, а не судів. Отже, видається, що концепція реформування судочинства, судоустрою зовсім не передбачає утворення військових судів, але ж відомо – проблема є, тому важливо її докладно вивчити й урешті решт від поспішних рішень.

На завершення хочу сказати: реформа правосуддя – це фундамент, основа суспільних змін. Приємно, що ми до цього причетні. І ми розуміємо, що саме на цій основі можемо домогтися прогресу в усіх напрямках розвитку української держави та української державності загалом. ■

Круглий стіл, 20 грудня 2017р.



Сергій КОЗЬЯКОВ,
голова Вищої кваліфікаційної
комісії суддів України

Серед перших результатів судової реформи, яка вже певний час триває, – конкурс до Верховного Суду (хочу нагадати, що такого конкурсу в нас ніколи не було, конкурсні процедури на посади суддів започатковані лише в останні три роки). І це був не просто конкурс до діючого Верховного Суду, це було створення нового Верховного Суду, де почали працювати вже 115 суддів. Унаслідок створення нового Верховного Суду будуть ліквідовані Верховний Суд України, який працював кілька десятиріч років, і три вищі спеціалізовані суди.

Також уперше в нас брали участь у конкурсі не лише діючі судді, але й науковці та адвокати. Кожен четвертий у складі нового Верховного Суду – це не суддя за попереднім своїм досвідом. Ще два дуже важливі факти: майже половина суддів нового Верховного Суду – це жінки, і Голова Верховного Суду також жінка, що дуже рідко зустрічається у світовій практиці. Крім того, 15 останніх років Голова Верховного Суду В.Данішевська не була суддею, а працювала у громадянському секторі.

На цей час ми вже оголосили конкурс до Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Нещодавно делегація ВККСУ повернулася з Німеччини, де знайомилася з діяльністю Федерального патентного суду. Ми вивчаємо також досвід інших країн, де є патентні суди, і бачимо, що практично в усіх країнах це, як кажуть англійці, *success story*, успішні проекти (на відміну від антикорупційних судів, які в усіх або майже в усіх країнах, де вони створювалися, виявилися неуспішними проектами). Для нас це буде виклик: ми, створюючи Вищий суд з питань інтелектуальної власності, зобов'язані також зробити успішний проект. Наразі на 21 посаду в цьому суді подали документи майже 200 кандидатів, тобто маємо 10 кандидатів на одне місце. А якщо ми створимо Вищий антикорупційний суд, то доведеться докласти значних зусиль, щоб це був перший успішний проект, успішний досвід роботи такого суду.

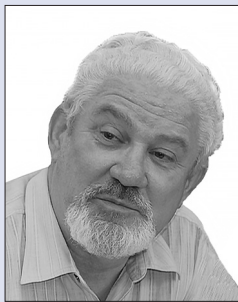
У рамках реформи є дуже багато викликів на 2018р. Так, унаслідок діяльності деяких політиків і представників громадськості, маємо надзвичайні проблеми з кадрами в судах першої інстанції, в місцевих судах. За дуже короткий період звільнилися понад 1 600 суддів; в усіх апеляційних судах – менше 50% суддів, є суди, де суддів залишилося 25% і менше; близько 10 місцевих судів не працюють зовсім, оскільки не залишилося жодного діючого судді.

Тому ми оголосили і провели новий добір у цьому році. На 600 вакансій для навчання в Національній

школі суддів подали документи 5 335 кандидатів. Це абсолютний рекорд, це свідчить, що юристи довіряють нам, нашим процедурам, вірять у те, що вони проводяться чесно. Переможці – це 700 кандидатів. Із них 300 – помічники суддів, які навчатимуться в Національній школі суддів приблизно три місяці, як це передбачено законом. Решта 400 осіб – це просто юристи, які навчатимуться близько року. Влітку 2018р. проведемо кваліфікаційний іспит для таких кандидатів. У наступному році проведемо також конкурси до місцевих судів. Із урахуванням приблизно 700 переможців попередніх доборів, сподіваємося вирішити досить велику частину кадрових проблем у першій інстанції. Одночасно ми просто зобов'язані проводити конкурси до апеляційних судів, де, як зазначалося, залишилося менше 50% суддів.

Крім того, ми зобов'язані проводити процедуру, передбачену перехідними положеннями змін до Конституції, а саме кваліфікаційне оцінювання всього суддівського корпусу України – а це близько 6 000 діючих суддів. Це надзвичайно потужний виклик, оскільки в цій процедурі братимуть участь не лише члени ВККСУ, але й Громадська рада доброчесності, як це передбачено законом. Отже, це фактично дві паралельні процедури, що додає часу проведенню оцінювання.

Законом передбачено також створення антикорупційного суду. Поки що ми не бачимо відповідного законопроекту, зокрема, невідомо, якими будуть особливості процедури створення цього суду. Я дуже хотів би, щоб у нас запитали поради стосовно процедур – це було б дуже корисно й важливо – тому що ми вже бачимо, які помилки були зроблені під час конкурсу до Верховного Суду. Доцільно врахувати цей надзвичайно серйозний досвід. Зокрема, серед іншого, вперше було запроваджене психологічне тестування, чотири психологічні тести та тест на IQ. Ми отримали надзвичайно корисний досвід, і психологічне тестування застосовуватиметься в судовій системі України й надалі. ■



Віктор ШИШКІН,
суддя Конституційного суду
України у відставці

Коли сьогодні ми говоримо про правовий нігілізм у державі і критикуємо просту людину, ми забуваємо, що першими правовими нігілістами є Парламент і Президент. Тут уже вказувалося, що деякі закони не відповідають нормам Конституції. Виникає враження, що депутати, коли приймають закони або розробляють законопроекти, не читають Конституцію. Останнє стосується і президентської команди.

Я неодноразово говорив, що Конституція складається з двох основних частин: принципи і позитивістські норми. Я думаю, що в нас не читають ні позитивістські норми, ні, тим паче, норми-принципи, закладені в першому розділі Конституції.

Ми говоримо, що в нас є система законодавства, є система джерел права. Так, головним, першим джерелом права в Україні є Конституція, а після неї – Рішення Конституційного Суду, а не закони. Серед багатьох різних форм рішень Конституційного Суду слід виокремити два види. Перший вид рішень – ті, які тлумачать Конституцію. У такий спосіб Конституційний Суд вказує і Парламенту, і Президенту, як правильно читати норми Конституції – для того, щоб потім законами або указами її не спотворювати.

У ст.106 Конституції та рішеннях КСУ (мінімум чотири прямі і ще три опосередковані) чітко написано: повноваження Президента і Верховної Ради вичерпно викладені в Конституції. Це унеможливорює розширення повноважень Верховної Ради чи Президента законами. Сьогодні розгорнулася кампанія проти НАБУ, нібито його керівник щось не так зробив. Виникає питання: а хто призначив керівника, і чи не Парламент надав Президенту право такого призначення? Тож питаю: у нас парламентська чи президентська республіка? І чому Парламент сам себе позбавив повноважень і провідної ролі?

Тут ішлося про студентів і ті негідні традиції, які майбутні правники сприймають із студентської лави. А чому цих студентів навчають? Чи можна навчити на таких прикладах чомусь позитивному? А потім ми скаржимося, які виходять у нас слідчі, прокурори, юристи...

Приклад: стоять хлопці, Національна гвардія і міліція. Підходжу до них і питаю: “Чому ви тут стоїте?”. 90% не можуть відповісти. Відносно розумні офіцери кажуть: “Ми виконуємо поліцейські заходи”. Кажу: “Добре. Яка це стаття закону про національну поліцію?”. Не знає. Я підказую – “Стаття 31-а”. Якщо ти говориш про поліцейські заходи, то ти повинен, крім ч.1 прочитати і ч.2, а там написано, що про проведення поліцейських заходів обов'язково і заздалегідь повідомляється населенню. Хто дочитав? От і вся наука в міліцейських школах, на юридичних факультетах. Там не вивчають систему права, не вивчають підходи, методологію.

Тепер щодо Закону про Конституційний Суд. Тут ішлося про “нормальний Верховний Суд”. Можливо, він буде нормальним. Але Конституційний Суд сьогодні не є належним. Лише один приклад: у неконституційний, тобто незаконний спосіб приведений до присяги суддя⁶. Чому? У Законі написано: порядок урочистої церемонії приведення до присяги судді встановлюється Регламентом. Регламент прийнято? Ні. Отже, з урахуванням норми Закону, суддя приведений до присяги в незаконний спосіб, це пряме порушення Закону. Далі написано: спеціальне пленарне засідання відбувається за скликанням Голови Суду не пізніше п'ятого робочого дня з дня призначення

⁶ Ідеться про суддю В.Городовенка. Призначений суддею Конституційного Суду XIV позачерговим з'їздом суддів України 13 листопада 2017р.; склав присягу 21 листопада 2017р. вже на підставі нового Закону “Про Конституційний Суд України”, але новий Регламент Конституційного Суду на той час прийнятий не був. Він ухвалений на пленарному засіданні Конституційного Суду 22 лютого 2018р.



судді на посаді. Суддю привели до присяги на його сьомий робочий день. Це вже два порушення. До самого цього судді претензій, по суті, немає. Але він фактично є нелегітимним, і завтра будь-хто може сказати, що рішення Конституційного Суду прийнято в нелегітимний спосіб, оскільки нелегітимним є суддя.

Є й інші недоречності в Законі. Зокрема, у сфері дисциплінарного провадження стосовно судді Конституційного Суду, обставин і підстав його звільнення з посади в разі порушення вимог несумісності, невідповідності посаді тощо. Всі ці проблемні, дискусійні моменти потребують уваги і розв'язання в контексті трудового права.

Стосовно конституційної скарги. Варто нагадати виступ проф. О.Люхтерганда⁷. Він фактично процитував п.4 ст.93 Конституції Німеччини, але з доповненнями в 1960-х років – пункти 4а і 4б. Саме тоді з'явилася німецька конституційна скарга – *Verfassungsbeschwerde*. Про що йдеться: громадянин має право подати конституційну скаргу, якщо вважає, що його основні конституційні права порушені органами публічної влади. Чому й було згадано, що інститут конституційної скарги треба розглядати в поєднанні з адміністративним судочинством, – тому що йдеться про органи публічної влади. І йдеться не лише про основні конституційні права, перелічені в Розділі I Конституції ФРН, але й про інші, наприклад, про вказане в Розділі II, ст.20 право німецьких громадян на спротив⁸. Тобто це зовсім інша теорія, ніж заклали у нас в основу вноормування інституту конституційної скарги. Тут заклали теорію, що це надкасаційна скарга, тобто скарга на рішення судів загальної юрисдикції, якщо громадянин вважає, що суд під час розгляду його справи застосував норму закону, яка, на його думку, є неконституційною. Я не кажу, що це погано. Може бути й так, але це не відповідає

положенням німецької доктрини. Якщо в Німеччині треба пройти спочатку інстанції адміністративного судочинства, а потім звертатися до Конституційного Суду, то у нас таке звернення допускається, “якщо пройдено всі національні інстанції”. Але ж хіба у нас всі національні інстанції розглядають закон на предмет його конституційності? Невже в повноваженнях першої інстанції, апеляційної, касаційної інстанцій є розгляд закону на предмет його відповідності Конституції? Немає такого. Є й багато інших зауважень, фактично до кожної статті Закону, отже – так само багато належить зробити для його вдосконалення. ■



Віктор КОРОЛЕНКО,
завідувач відділу
представництва інтересів
Президента України в судах
Адміністрації Президента
України⁹

Як відомо, ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод вказує на право особи на справедливий публічний розгляд її справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. З аналізу практики ЄСПЛ випливає, що основними елементами цього права є доступ особи до суду, публічність судового розгляду, розгляд справи судом, встановленим законом, незалежність і безсторонність суду, розумний строк і справедливості судового розгляду. Як це право, з урахуванням названих його елементів, реалізоване в наших нових процесуальних кодексах?¹⁰

Доступ до суду. У господарських судах запроваджено процесуальний механізм залишення позову або скарги без руху, аналогічно вже діючому в нашому процесуальному законі механізму. Такий підхід використаний, щоб зменшити, якщо не унеможливити, кількість безпідставних повернень поданих позовів або скарг. Але ж необхідно, щоб особі, яка звернулася до суду, суд чітко роз'яснив, у чому є помилка. І надалі, після виправлення помилки, можна продовжити розгляд процесуального документа.

Електронний суд. Передбачено широкий процесуальний механізм для використання ІТ-технологій в комунікаціях між судом і учасниками справи, а також між судами. Такий підхід покликаний розвантажити судову систему, зробити доступ до суду простішим, зекономити час розгляду справи в суді. Не потрібно тепер очікувати, поки справу з першої інстанції

Круглий стіл, 20 грудня 2017р.



⁷ Докладно див. статтю О.Люхтерганда “Індивідуальна конституційна скарга в Німеччині та в Україні: порівняльний аналіз”, вміщену в цьому виданні.

⁸ Дослівно: “Якщо інші засоби не можуть бути застосовані, всі німці мають право на спротив кожному, хто посягає на засади конституційного устрою німецької держави як демократичної, соціальної і правової” (Основний закон Федеративної Республіки Німеччина, Розділ “Федерація і землі”, ст.20, пункт 4).

⁹ Крім того, В.Короленко є координатором двох робочих груп, створених Радою з питань судової реформи.

¹⁰ Ідеться про Закон України “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів”, прийнятий 3 жовтня 2017р.

Круглий стіл, 20 грудня 2017р.



привезуть до другої або до третьої в разі оскарження рішення суду. Новим процесуальним законом і відповідними змінами Закону про судоустрій передбачено, що будь-який процесуальний документ, який надійшов до суду, наступного дня має бути відсканований. Справа в цілому – вміщена на сервері суду першої інстанції, отже суди інших інстанцій можуть ознайомитися з матеріалами справи у віддаленому доступі. Якщо є вмотивована потреба, всі документи, які надійшли до суду в паперовому вигляді, також можуть бути витребувані для безпосереднього вивчення судом іншої інстанції.

Критики можуть зауважити, що електронний суд передбачає додаткові обтяження для особи, зокрема, отримання електронного цифрового підпису (ЕЦП), наявність певного мінімуму комп'ютерних знань та самої ІТ-техніки для реалізації можливостей звернення. Згоден, це об'єктивні вимоги. Але завдяки реалізації заходів із створення електронного суду, очікується суттєве розвантаження судової системи, і, насамперед адвокати, які представлятимуть інтереси учасників справи, повинні вміти користуватися комп'ютерною технікою, мати ЕЦП і володіти необхідними навичками і знаннями процесуального закону для того, щоб швидко реалізувати процесуальні права особи.

Повне відшкодування судових витрат. До останніх змін, повне відшкодування судових витрат у нас фактично не практикувалося. Особа, хоч і витрачала певні кошти як на адвокатів, так і на інші цілі, пов'язані з розглядом справи в суді, як правило, в разі виграшу справи, не отримувала судового рішення про повне відшкодування судових витрат від інших учасників процесу. Це відбувалося, на мій погляд, тому, що, по-перше, процесуальний закон не містив чітких критеріїв визначення співмірності судових витрат, по-друге, не була досконалою процедура розгляду заявлених вимог про їх відшкодування. Наразі особа, звертаючись до суду, вправі очікувати, що в разі виграшу нею справи всі судові витрати будуть їй відшкодовані за рахунок інших учасників.

Мотивація кожного процесуального рішення за критерієм превалюючого завдання законодавства – ефективного судового захисту. Під час розробки змін до процесуальних кодексів, одним із завдань було зробити так, щоб суддя керувався не лише чіткими приписами процесуального закону, але й засадами

судочинства та розумінням мети судочинства – ефективного захисту порушених прав особи. Тому до процесуальних кодексів закладено широкую дискрецію суду на кожній стадії судового розгляду і в межах усього розгляду в певній інстанції. Але ці широкі дискреційні повноваження мають реалізовуватися з чіткою мотивацією і чітким розумінням мети вчинення тих чи інших процесуальних кроків, рішень, прийнятих суддею, а також розумінням того, чи повною мірою це сприяє ефективному судовому захисту особи, яка звернулася до суду.

Процесуальними законами передбачено значне розширення способів захисту, способів забезпечення позову та доказів. Передбачена також можливість нарахування відсотків, якщо рішення прийнято про стягнення, наприклад, пені. Не потрібно звертатися додатково до суду, якщо розмір пені збільшився за час виконання рішення суду чи розгляду справи в суді.

Розширення засобів і можливостей доказування. Передбачено електронні докази, можливість залучення свідків у господарському процесі, але з урахуванням певних фільтрів, які б унеможливили затягування розгляду господарських справ саме через те, що з'явилось багато експертів. Передбачено залучення експерта з питань права, спеціаліста. До речі, цей процесуальний інститут широко використовується у процесуальному законодавстві європейських країн. Це не експерт у традиційному розумінні судового експерта. Це фахівець, який розуміється на питаннях іноземного права, коли це потрібно з урахуванням предмета доказування в конкретній справі.

Про адвокатуру. Тут ішлося про адвокатську монополію. Але ж треба враховувати, що процесуальні закони містять поняття “малозначна справа”. Хотів би зазначити, що сама концепція змін до процесуальних законів та імплементація конституційних змін щодо адвокатської монополії – все це робилося з урахуванням як певної судової статистики, так і фактичного рівня життя населення в Україні. Тому, формуючи концепцію, виходили з того, що більшість справ не повинні розглядатися з обов'язковою участю адвоката. Отже, завдяки визначенню малозначної справи, понад 60% господарських справ мають розглядатися без такої участі. Відповідно, в цивільних і адміністративних судах кількість справ без обов'язкової участі адвоката буде більшою.

Після підготовки остаточної редакції процесуальних законів, ми зверталися до європейських експертів, які, крім іншого, відповідали на питання про відповідність процесуального інституту обов'язкового представництва інтересів особи в суді адвокатом міжнародним стандартам судочинства. Ми отримали висновки про те, що втілений процесуальний механізм жодним чином не створює зайвих перешкод для особи в доступі до правосуддя. Крім того, експерти акцентували увагу на тому, що для представництва інтересів на стадії касації необхідно передбачити особливу групу адвокатів, які були б акредитовані у Верховному Суді для представництва інтересів особи на цій стадії. Однак, ми вважаємо це передчасним. Треба поступово реформувати адвокатуру, подивитись, як працює цей досить ліберальний процесуальний механізм представництва в судах адвокатом, – і вже потім поступово його розвивати.



І на завершення, дуже стисло: я підтримую тезу про те, що наука має бути більш впливовою в реформуванні судової гілки влади, оскільки воно потребує дійсно величезних інтелектуальних ресурсів. Без глибокого наукового осмислення запропонованих реформ такий складний механізм, як судовий захист, навряд чи працюватиме, як швейцарський годинник. Сподіваюся, що ці побажання будуть почуті і втілені. ■



Андрій МАГЕРА,
заступник голови
Центральної виборчої комісії

Можна багато говорити про напрацювання Конституційної комісії, про закони, якими започаткована судова реформа, але я хочу зосередити увагу на аспектах, які стосуються роботи Центральної виборчої комісії (ЦВК). Для прикладу: ст.151 Розділу XII Конституції доповнена новою частиною другою, що стосується предмета розгляду Конституційним Судом, зокрема, щодо відповідності Конституції питань, які пропонуються для винесення на всеукраїнський референдум за народною ініціативою. Зрозуміло, що з цього переліку вилучені питання, по-перше, про ухвалення законів про зміни до Конституції, по-друге, про прийняття Парламентом рішення про проведення всеукраїнського референдуму щодо зміни території України.

У цілому – це позитивна новела в Конституції, але вона має знайти відображення та розвиток у законах, зокрема, в законах “Про Конституційний Суд України” і “Про всеукраїнський референдум”. На жаль, у Законі “Про Конституційний Суд України” є лише дві статті, які в дуже загальній формі, без необхідної чіткості торкаються цього аспекту. Що ж стосується Закону “Про всеукраїнський референдум”, то змін до нього немає зовсім. Перехідні положення Закону про Конституційний Суд передбачали внесення змін до 11 законодавчих актів, але Закон “Про всеукраїнський референдум” залишається без змін. Тоді виникає питання: на якому етапі оцінювати на предмет відповідності Конституції питання, які виносяться на всеукраїнський референдум за народною ініціативою? На етапі ініціювання зборів? На етапі прийняття зборами рішень? На етапі розгляду документів ЦВК? На етапі збору підписів, перевірки цих підписів чи складення ЦВК протоколу про результати збору підписів виборців з вимогою проведення референдуму? Тобто є багато нюансів, над якими треба думати.

На мою думку, логічно було б, після складення ЦВК протоколу про результати збору підписів, коли є 3 млн. підписів і дотримані всі вимоги, встановити певний строк для звернення до Конституційного Суду Президента, народних депутатів України. Усі ці речі треба виписувати.

Виникає також інше питання: чи має сьогодні Конституційний Суд монополію на визнання конституційними чи неконституційними питань, які ініціюються для винесення на всеукраїнський референдум? Простіше кажучи, чи може ЦВК відмовити в реєстрації ініціативної групи, яка ініціює питання, наприклад, про землю (відомо, що одна з парламентських партій намагалась ініціювати це питання). То чи може ЦВК, мотивуючи своє рішення вимогами Конституції, відмовити? Цікаве питання. Думаю, все ж Конституційний Суд не може мати монопольних повноважень у цій сфері і, якщо ми говоримо про ЦВК, то вона на етапі розгляду протоколів також могла б ініціювати прийняття рішення на предмет конституційності.

Наступне важливе питання стосується головних засад судочинства. Здавалося б, як це пов'язане з виборчим процесом чи процесом референдуму? Раніше ст.129 Конституції серед таких засад містила право на апеляційне та касаційне оскарження рішення суду. Насправді, це право певною мірою віддавалося на відкуп процесуальним кодексам, тобто Кодекс адміністративного судочинства міг визначати, в яких випадках це може бути апеляційне оскарження, а в яких – касаційне. Касаційних, як правило, стосовно виборчих спорів не було, але траплялися випадки апеляцій. Наразі Конституція чітко встановлює: це має бути право на апеляційне оскарження, касаційне – лише у випадках, передбачених законом. При цьому, ми всі хочемо, щоб ЦВК встановлювала результати виборів на другий, третій, може, на п'ятий день, але не на десятий чи п'ятнадцятий. У мене виникає питання: як ЦВК має офіційно встановити результати, якщо практично будь-який етап, будь-яка стадія підрахунку голосів виборців на дільницях, будь-який етап встановлення підсумків голосування в окрузі, етап встановлення результатів виборів на рівні самої ЦВК – будь-який із цих етапів може бути предметом розгляду в суді? Я не кажу, добре це чи погано, але так є.

Як із цієї ситуації можна було б вийти? Навряд чи варто щось вигадувати. Наприклад, у Конституції Молдови зазначено, що результати виборів в обов'язковому порядку підтверджує Конституційний Суд Республіки Молдова. Незалежно від того, чи хтось хоче цього, чи не хоче, але Конституційний Суд аналізує всі обставини – і ставить крапку в цьому питанні.

Круглий стіл, 20 грудня 2017р.





Якщо в нас цього не буде, то будь-який протокол ЦВК, тобто дії членів ЦВК із встановлення результатів виборів будуть оскаржені до суду. Не знаю, як це буде визначено: чи це буде апеляційний суд, чи, можливо, апеляційна палата Верховного Суду. Але виникає наступне питання – про строк для апеляційного оскарження. Нагадаю випадок 2006р. Тоді оскаржувалися дії ЦВК із встановлення результатів парламентських виборів. У Законі був визначений п'ятиденний строк. Фактично суд розглядав позов вісім (!) днів. Якщо ми передбачаємо апеляцію, то передбачаються і строки на апеляційне оскарження, а далі – строки на розгляд апеляції...

Уявимо ситуацію-2019, не так багато часу до президентських виборів. Навряд чи Президент буде обраний у першому турі. У проміжку між днем голосування і днем повторного голосування, принаймні за чинним законом, – три тижні (раніше було два). Питання: якщо буде оскаржений до суду в апеляційному порядку протокол дій членів ЦВК із встановлення результатів виборів у першому турі, то чи зможемо ми забезпечити проведення повторного голосування? Навряд. Оскільки ніхто, сподіваюся, не думає, що виборчі бюлетені можна виготовити за день чи за п'ять днів. Отже, я веду до того, що перш, ніж приймати якісь кардинальні зміни до Конституції, треба все ж залучати фахівців, у т.ч. і з виборчих питань.

Наступне. На жаль, у Конституції, навіть у редакції 1996р., є багато неузгоджень. Для прикладу: повноваження народного депутата України можуть бути достроково припинені в разі набуття законної сили обвинувальним вироком суду. Проте надалі він зможе знову балотуватися до Ради, якщо йшлося про злочин, вчинений з необережності, – тому що заборона на балотування передбачена лише за вчинення умисного злочину.

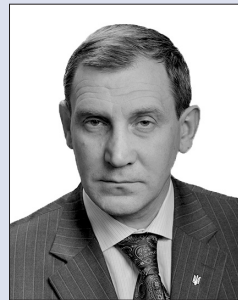
Цікавий нюанс. Повноваження народного депутата можуть бути достроково припинені в разі визнання його недієздатним. Що ж стосується повноважень судді, то згідно з новим законом, вони можуть бути достроково припинені в разі визнання його судом недієздатним або обмежено дієздатним. Мабуть, не варто розбалансовувати текст Конституції, і якщо ми запроваджуємо нові норми, то треба застосовувати їх до всіх суб'єктів, яких це стосується. Щоразу, коли вносяться якісь зміни, треба зважати на вимогу цілісності тексту Конституції.

Круглий стіл, 20 грудня 2017р.



Що стосується завантаженості судів. Сьогодні це дуже гостра проблема, але вона буде ще гострішою, коли утворяться судові округи з кількох районів. Мабуть, варто було б згадати історичний досвід і подумати про інститут мирових суддів – з тим, щоб дрібні цивільно-правові спори розглядалися на рівні громад.

Підсумовуючи, хочу сказати: конституційну реформу не можна здійснювати притьмом, одним наскоком. Я пропоную і закликаю все ж таки повернутися до теми закону про Конституційний Суд, закону про всеукраїнський референдум, а також подумати, що ми будемо робити на президентських і парламентських виборах у частині обов'язкового апеляційного оскарження рішень і дій суб'єктів виборчого процесу, зокрема ЦВК. ■



Олег БЕРЕЗЮК,
голова
ГО "Українське юридичне
товариство", адвокат

Хотів би повернутися до теми Круглого столу: "Проблеми імплементації змін до Конституції України щодо правосуддя та статусу Конституційного Суду України". Дійсно, у нас з'явилося багато новел – і ще більше запитань, що їх ці новели породжують. І шквал їх критики є, на мою думку, цілком справедливим, оскільки зміни не були системними, тому й виникає дуже багато проблем з їх імплементацією.

Боляче було чути про те, що сьогодні нормальним для студентів є дати хабар за складання іспиту. Коли я вчився – це було ненормально. Думаю, що в будь-якій країні, тим більш серед юристів, це не повинно бути нормою.

Тут також йшлося про те, що формувати правосвідомість юристів потрібно починаючи із студентської лави. Абсолютно з цим згоден. Пригадую із своїх студентських років одну з лекцій, у якій йшлося про те, що навіть у царській Росії реформи у сфері правосуддя доручалися теоретикам права, а не практикам. Чому? Тому що теоретики знають не лише як є, але й як має бути. Я переконаний, що це абсолютно правильний підхід. Без чіткого концептуального бачення змін жодної якісної реформи провести у принципі неможливо. Тому тут має бути теорія, маю на увазі насамперед – як узагальнення практики, а не лише як певна відірвана від життя філософія.

Відзначу кілька моментів. Тут ідеться про запровадження у нас інституту конституційної скарги. Розповіли, як цей інститут діє в Німеччині, які там є проблеми¹¹. Думаю, нам обов'язково потрібно було б врахувати досвід Німеччини, застосовуючи на практиці інститут конституційної скарги. Але я також

¹¹ Докладно див. статтю О.Люхтергранда "Індивідуальна конституційна скарга в Німеччині та в Україні: порівняльний аналіз", вміщену в цьому виданні.



погоджусь із тим, що у нас цей інститут є відмінним від того, який є в Німеччині. Цей інститут у нас більше схожий на касаційну скаргу – і є дуже велика небезпека, що ми створимо ще один касаційний суд. Поряд із Верховним Судом працюватиме ще Конституційний, який виконуватиме ті самі функції. Думаю, якщо ми до Конституційного Суду зараз почнемо подавати конституційні скарги (як, наприклад, у Німеччині – в рік 8-10 тис.), то можемо просто паралізувати роботу цього органу. На цей час, за моєю інформацією, до Конституційного Суду вже подано 500 скарг. Тому потрібно концептуально міняти підхід, і чим швидше ми це зробимо, тим краще.

Стосовно монополії адвокатури. Вважаю цю ініціативу позитивною, але не лише тому, що я адвокат. Я практикуючий адвокат і тому хочу сказати, що кожен адвокат хоче працювати в нормальній правовій системі і хоче, щоб ті рекомендації, які він дає своєму підзахисному чи повіреному, працювали. Сьогодні система правосуддя паралізована, сподіваюся, що з формуванням нового Верховного Суду вдасться нормалізувати роботу судових органів. Я вважаю, що беручи активну участь у судовому процесі, адвокат забезпечуватиме насамперед справедливість судового рішення через опонування прокурору. Інакше кажучи: якщо професійний юрист-адвокат опонуватиме професійному юристу-прокурору, то є більше шансів на забезпечення змагальності процесу та винесення суддями справедливих рішень. Також адвокат буде певним “фільтром”, який допоможе розвантажити судову систему, оскільки стримуватиме своїх клієнтів від безпідставних судових позовів.

Хотілося б також привернути увагу до того, що договір про надання юридичної допомоги – це не договір найму. Адвокат – складова системи правосуддя. Одна з його функцій – це забезпечення правосуддя, а не виконання доручень клієнта. Тому тут є проблема, пов’язана з оплатою роботи адвоката, оскільки він виконує публічну функцію. Думаю, що надання безоплатної юридичної допомоги потрібно було б здійснювати за принципом, який передбачав би фінансування такої допомоги з державного бюджету, але робити це не через Міністерство юстиції (тому що тоді адвокатство є залежним від органу виконавчої влади), а наприклад, через Національну асоціацію юристів. Проте, це питання дискусійне і потребує окремого обговорення.

Повертаючись до конституційної скарги: думаю, нам потрібно відмовитися від цього інституту в тому вигляді, в якому він зараз у нас є. Водночас доцільно більше уваги надати роботі Верховного Суду, виконанню однієї з його головних функцій – узагальнення судової практики і забезпечення однакового застосування законів на всій території України. Упевнений, що так ми зробимо нашу правову систему правосуддя ефективнішою.

Один лише приклад із практики. У нас із колегою є справа, що триває вже п’ять років. Справа кримінальна. Ціна питання – 540 грн. Здається, смішно. У чому суть? Конституція каже: “ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності

за одне й те саме правопорушення”¹². Є проблема тлумачення цієї норми, оскільки йдеться про юридичну відповідальність “одного виду”. Яким шляхом пішла практика? Ми проаналізували практику Бориспільського районного суду за 2013р., де розглядалися справи про незаконний перетин кордону за підробленими документами. Є стаття Адміністративного кодексу, яка передбачає адміністративну відповідальність за це правопорушення, і в порядку адміністративного судочинства особа притягується до відповідальності – як правило, це штраф у 1 700 грн. Але паралельно правоохоронні органи порушують кримінальну справу за використання підробленого документа. Отже, з одного боку, людину притягують до адміністративної відповідальності, потім за те саме правопорушення – до кримінальної. Ми не маємо складу злочину, є склад адміністративного правопорушення, це елементарні речі. Чим відрізняється адміністративне правопорушення від кримінального злочину: рівнем суспільної небезпеки. Однак, із 84 справ за 2013р., 83 закінчуються угодою з прокурором, одна – триває через наполягання адвокатів на оскарженні. Ми оскаржили рішення суду в частині кримінального судочинства. Справа дійшла до Верховного Суду, який скасував рішення, відправивши справу на розгляд до першої інстанції, і ми йдемо знову по колу. Тобто: ми маємо негативну практику, коли правоохоронні органи розслідують злочини, яких не було, прокуратура підтримує, а суди виносять неправосудні рішення. Щоб цього не було, я вважаю, що Верховний Суд має узагальнити судову практику і через таке узагальнення забезпечити однаковість застосування судами законодавства на всій території України. ■



Роман КУЙБИДА,
заступник голови Правління
Центру політико-
правових реформ

Коли йдеться про імплементацію, маємо говорити не лише про норми, але й про органи, відповідальні за їх імплементацію. Якщо з нормами в нас більшість склалося, то з органами, на жаль, не дуже. Коли говорилося про нові Вищу раду правосуддя, Вищу кваліфікаційну комісію, то, мабуть, крім слова “новий” там нічого особливо нового немає, тому що давні корупційні традиції виявилися дуже живучими та фактично відтворені в цих органах.

Кілька прикладів. Три члени Вищої ради правосуддя, в т.ч. її Голова, отримують державні нагороди з рук Президента. Голова є суддею, йому заборонено приймати державні нагороди згідно із законом, який сам же Президент ініціював. Дисциплінарна скарга,

¹² Дослівно: Конституція України, Ст.61: “Ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення”.



Круглий стіл, 20 грудня 2017р.



наскільки мені відомо, подана стосовно судді, який зараз очолює Вищу раду правосуддя, не розглядається. Ще буквально кілька місяців – і спливе строк для притягнення до дисциплінарної відповідальності. Це показові випадки, вони свідчать як про той приклад, що його подають самі органи правосуддя, так і про ступінь їх “новизни”.

Стосовно кваліфікаційного оцінювання та застосування психологічних тестів, про які сьогодні згадувалося. Один з цих тестів в оригіналі називається “тест на лояльність”. Російською мовою він перекладений як “тест на благонадежность”. Українською – “тест на доброчесність”. Але, якщо подивитися на характеристики цього тесту, який є на сайті, то він “позволяет изучить склонность исследуемого к явной или неявной конфронтации с руководством. Испытуемые с низкими результатами по этой шкале проявляют себя как непокорные свободолюбивые, часто имеющие свое собственное мнение...” і т.ін. Отже, фактично цей тест може відсіювати людей нелояльних. Хоча результати тесту закриті, але деякі з кандидатів їх оприлюднили, і ми бачимо, що один із критеріїв там чітко сформульований як “лояльність”. Низькі показники за цим критерієм психологи інтерпретували як вияв незаангажованості позиції судді під час прийняття рішень, натомість “ідеальний суддя” має показати дуже високий рівень лояльності. Це виразно свідчить про те, що під час конкурсу до Верховного Суду добирали лояльних суддів.

Внесені досить прогресивні зміни, зокрема стосовно обрання голови суду колективом. Але ми бачимо, що голови судів, як і раніше, залишаються тією ланкою, через яку здійснюється вплив на суд. І бачимо безкарність голів суду. Наприклад, звичайного суддю, який у стані сп’яніння сів за кермо, покарали звільненням з посади. Голова суду, який так само був зафіксований на камери у стані сп’яніння і навіть грубіянив поліцейським, залишається безкарним. Відразу після події він навіть використав сайт суду для того, щоб її приховати та уникнути відповідальності, стверджуючи, що начебто не він був за кермом. Дисциплінарна палата Вищої ради правосуддя все ж встановила порушення, але при цьому застосувала до голови суду такий вид стягнення, як направлення його до Національної школи суддів, повчитися. Однак, наскільки мені відомо, попри те, що рішення прийняте вже досить давно, до Національної школи суддів

досі не надійшла відповідна інформація з Вищої ради правосуддя. Другий приклад: Вища кваліфікаційна комісія вже давно внесла подання до Вищої ради правосуддя стосовно звільнення Голови апеляційного суду Черкаської області; є звукозапис розмови, в якій він намагався чинити вплив на суддю цього суду. Однак, до цього часу подання навіть не розглядалося Вищою радою правосуддя, хоча за новим законом на розгляд відводиться лише місяць.

Як підсумок, це лише кілька таких фактів, далеко не всі, їх можна наводити значно більше. І вони можуть вказувати на те, що ця реформа проводиться не з тією метою, яка декларувалася і яка гаряче підтримується суспільством, а саме – очищення й оновлення суддівського корпусу та забезпечення незалежності суддів. Навпаки, вона проводиться для того, щоб зберегти в суддівському корпусі лояльних суддів і набрати нових таких самих.



Володимир СУЩЕНКО,
голова правління
ГО “Експертний центр
з прав людини”

На жаль, ті, кому ми адресуємо свої меседжі, аналіз і рекомендації, вже покинули наше зібрання, що свідчить саме про те, що експертна думка владу не цікавить. Щоразу на таких заходах повторюється одне й те саме: представники влади приходять, відмічаються у списках запрошених, виголошують вітальні слова – і йдуть геть. Щоправда, сьогодні ми навіть почули деякі звіти, оскільки, чесно кажучи, порушене питання проблем, а вони звітували про те, що зробили, як це все добре, і як ми йдемо вперед. І пішли. І це найбільша проблема нашої комунікації експертів і влади.

Висловлю своє бачення порушених тут проблем. Перше: правова система України – в колапсі. Це моє переконання, я можу з ким завгодно дискутувати та наводити приклади того, що це саме так і є.

Друге – я повністю підтримую акценти, зроблені у вступній доповіді до нашої дискусії, це зокрема: прийняття Закону про судоустрій і статус суддів до внесення змін до Конституції; проблемне і непродумане “укрупнення” судів; монополія адвокатури; порушення принципу інстанційності у процесі створення нових спеціалізованих судів, зокрема, патентного суду; проблеми із унормуванням діяльності Конституційного Суду та запровадження інституту конституційної скарги. Це саме ті реперні точки, на які мали б звернути першочергову увагу всі причетні до ухвалення рішень. На жаль, цього не було і немає. Будемо сподіватися, що можливо, колись це станеться, колись до експертного середовища все ж будуть дослухатися.



На завершення: я представляю тут громадське середовище, юридичну громадськість і останнім часом дуже багато спілкуюся з юристами різних напрямів в Асоціації правників України – там понад 5 000 членів, і проводяться дуже цікаві заходи. Так-от: усі або майже всі, з ким я спілкувався, висловлюють негативне ставлення до цих несистемних, некомплексних, непродуманих заходів нібито реформи, яку можна назвати недореформою і яку намагаються здійснити в Україні. ■



Петро СТЕЦЬОК,
суддя Конституційного Суду
України у відставці

Колись, перед Першою світовою війною, наш співвітчизник Б.Кістяківський написав статтю “На захист права”. Оскільки тут постійно лунали справедливі зауваження, претензії до того, що називають конституційною реформою щодо правосуддя, то я зосереджуся на захисті.

Дозволю собі почати із захисту того, що ми називаємо конституційними змінами щодо правосуддя, яким лише півтора року. Не говоритиму про всі зміни, а лише про те, до чого був причетним, – до змін у частині Конституційного Суду. Очевидно, є в цих змінах незрозумілі речі, є речі негативні, є й позитивні речі.

До позитивних речей, попри все, я б відніс запровадження самого явища конституційної скарги. Її зміст, реалізація – це інше питання. До позитивних, очевидно, треба віднести вилучення з повноважень Конституційного Суду права тлумачити закони, що було неприродним для цього органу. До позитивних можна віднести і спробу запровадити конкурсні засади добору на посаду судді. Це є конституційні зміни, зміни на рівні конституційних засад. На стадії імплементації, в т.ч. в частині нормотворчості, можливо, пішло не так, як би нам хотілося. Зокрема й тому, що новий, чинний на цей час Закон “Про Конституційний Суд України”, як мені здається, не зміг розширити, вдосконалити, покращити ті конституційні зміни, які стосуються цього Суду. Є питання і до його регламенту, і до конкурсних відборів.

Можна багато говорити, що мало піти зовсім інакше, що мала бути загальнонаціональна єдина комісія з відбору кандидатів на посади суддів, що ніхто із суб’єктів призначення суддів Конституційного Суду не мав би бути причетним до її створення. Але ми все це прекрасно знаємо, ми все це проговорили у своєму середовищі. Очевидно, що Закон про Конституційний Суд не розв’язав багато проблем.

Так, на відміну від попередніх редакцій, у Законі з’явилася стаття, де розписується, яким має бути рішення Конституційного Суду. Про мотивувальну

частину, яка має міститися в рішенні, – лише один рядок, про обов’язкове зазначення положень Конституції, на яких ґрунтуються рішення. Насправді мало б бути інакше. Які претензії були попередніми роками? Говорилося, що в дуже багатьох випадках у рішеннях Конституційного Суду резолютивна частина не впливала з мотивувальної частини і залишалася незрозумілою для суспільства. Таких прикладів є дуже багато. Отже, тут законодавець мав розписати докладніше.

Інший приклад. Тут є представники наукового середовища. Я сам вийшов із університетського середовища, перед обранням до Конституційного Суду був завідувачем кафедри конституційного права. І я як рядовий завідувач кафедри писав відповіді на численні запити суддів Конституційного Суду, я навіть застав ще ці відповіді у справах Конституційного Суду. Але ж насправді – це зловживання з боку суддів Конституційного Суду. Вони, маючи сьогодні, як і раніше, повноваження витребувати, а тепер уважно – “відомості, що стосуються справи”, дають запити: “висловіть свою позицію”, а напишіть так, а зрештою, розв’яжіть нам справу. У такий спосіб вони змушують працювати на них величезне число людей і користуються їх дармовою працею. Можу навести приклад справи, відкритої Конституційним Судом приблизно у 2007р. Справа стосувалася офіційного тлумачення словосполучення “офіційний документ” ст.366 Кримінального кодексу в тогочасній редакції. Тоді суддя-доповідач надіслав понад 60(!) запитів... Скільки людей працювали, писали відповіді – а Суд заккрив це провадження. Хто поніс відповідальність за даремну працю? І таких речей є дуже багато.

Отже, на жаль, хоча Закон про Конституційний Суд запровадив певні позитивні новели, але поки що поле для вдосконалення є дуже великим. Усе, про що сьогодні йшлося, свідчить про наступне: (а) про своєчасність і потребу таких зустрічей; (б) про те, що наша дискусія, незалежно від того, хто коли її полишив, має і практичну, і теоретичну значимість; (в) про те, що наша дискусія, як на мене, це насамперед надія. Хочемо ми того чи ні, уряди, парламенти, глави, начальники приходять і йдуть, а нам жити з нашою Конституцією. Нам жити, нам треба щось робити – і в цій ситуації, я думаю, ми робимо добру справу. ■

Круглий стіл, 20 грудня 2017р.



СУДОВА ВЛАДА В ОЦІНКАХ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ¹

З метою дослідження ставлення громадян України до судової влади, оцінки ними різних аспектів діяльності судів, соціологічною службою Центру Разумкова були проведені два соціологічні опитування.

Репрезентативне опитування громадян України здійснювалося 6-11 жовтня 2017р. в усіх регіонах України за винятком Криму та окупованих територій Донецької та Луганської областей². Було опитано 2 019 респондентів віком від 18 років. Теоретична похибка вибірки не перевищує 2,3%.

Опитування учасників судових засідань на виході з приміщень судів відбувалося з 30 жовтня по 1 листопада 2017р. Вибірка формувалася як двоступенева стратифікована. На першому етапі відбиралися суди, на другому – респонденти³. На першому етапі відбору було вибрано 99 судів.

На виході з кожного з відібраних судів здійснювалося опитування осіб віком від 18 років, які приходили до суду у зв'язку з розглядом судової справи (навіть якщо ця справа того дня не розглядалася, була перенесена на інший день) як позивачі, відповідачі, обвинувачені, підозрювані, потерпілі, члени сім'ї учасника судового процесу, свідки⁴. Було опитано 829 респондентів у всіх регіонах України (крім АР Крим та Севастополя). Теоретична похибка вибірки не перевищує 3,5%.

Джерела отримання інформації про діяльність судів в Україні

Більшість (54,7%) громадян України отримують інформацію про діяльність українських судів лише із засобів масової інформації. 22,1% поєднують інформацію, отриману з досвіду родичів, друзів і знайомих, з інформацією, отриманою зі ЗМІ, 8,7% поєднують власний досвід з інформацією, отриманою з досвіду родичів, друзів і знайомих, та інформацією, отриманою зі ЗМІ. І лише 3,6% судять про діяльність судів на підставі лише власного досвіду та досвіду родичів, друзів і знайомих. Частота згадування різних джерел отримання інформації статистично значуще не відрізняється від результатів, отриманих Центром Разумкова в листопаді 2012р.⁵

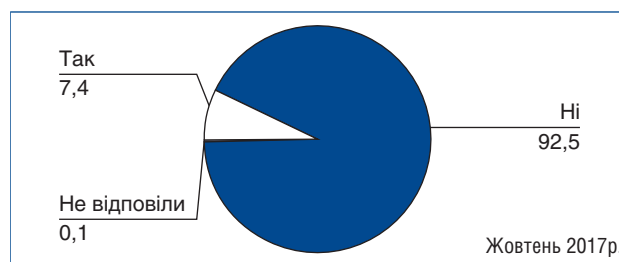
Цілком очікувано, що учасники судових засідань, опитані на виході з приміщень судів, найчастіше вибирають варіант відповіді “власний досвід, досвід родичів, друзів і знайомих, ЗМІ” (52,6%) (діаграма “Звідки Ви отримуєте інформацію про діяльність судів в Україні?”, с.71).

Оцінка діяльності судів громадянами, які мають досвід участі в судових процесах

Серед усіх респондентів 7,4% доводилося протягом останніх двох років брати участь у розгляді судових справ у якості свідка, позивача, відповідача, обвинуваченого, підозрюваного, потерпілого, експерта,

судді, адвоката, співробітника суду. Найбільше серед них тих, хто брав участь у таких засіданнях у якості позивача (3%).

Чи доводилося Вам протягом останніх двох років брати участь у розгляді судових справ у будь-якій якості (свідка, позивача, відповідача, обвинуваченого, підозрюваного, потерпілого, експерта, судді, адвоката, співробітника суду тощо)?
% опитаних



Серед тих, хто брав участь у розгляді судових справ як позивач, відповідач, обвинувачений, потерпілий, свідок чи експерт, найчастіше брали участь у розгляді цивільних справ (50,7%), 24,7% – у розгляді господарських справ, 14,5% – справ про адміністративні правопорушення, 7,2% – у розгляді кримінальних справ, 4,6% – у розгляді позовів проти органів влади, місцевого самоврядування або їх представників (діаграма “У розгляді яких справ Ви брали участь?”, с.72).

¹ Дослідження було проведено на замовлення Офісу Ради Європи в Україні.

² Результати цього опитування є репрезентативними стосовно дорослого населення територій, що перебувають під контролем органів державної влади України, за основними соціально-демографічними показниками: віком, статтю, типом поселення, регіоном проживання.

Вибірка опитування будувалася як багатоступенева, випадкова на початкових етапах відбору та із квотним відбором респондентів на останньому етапі.

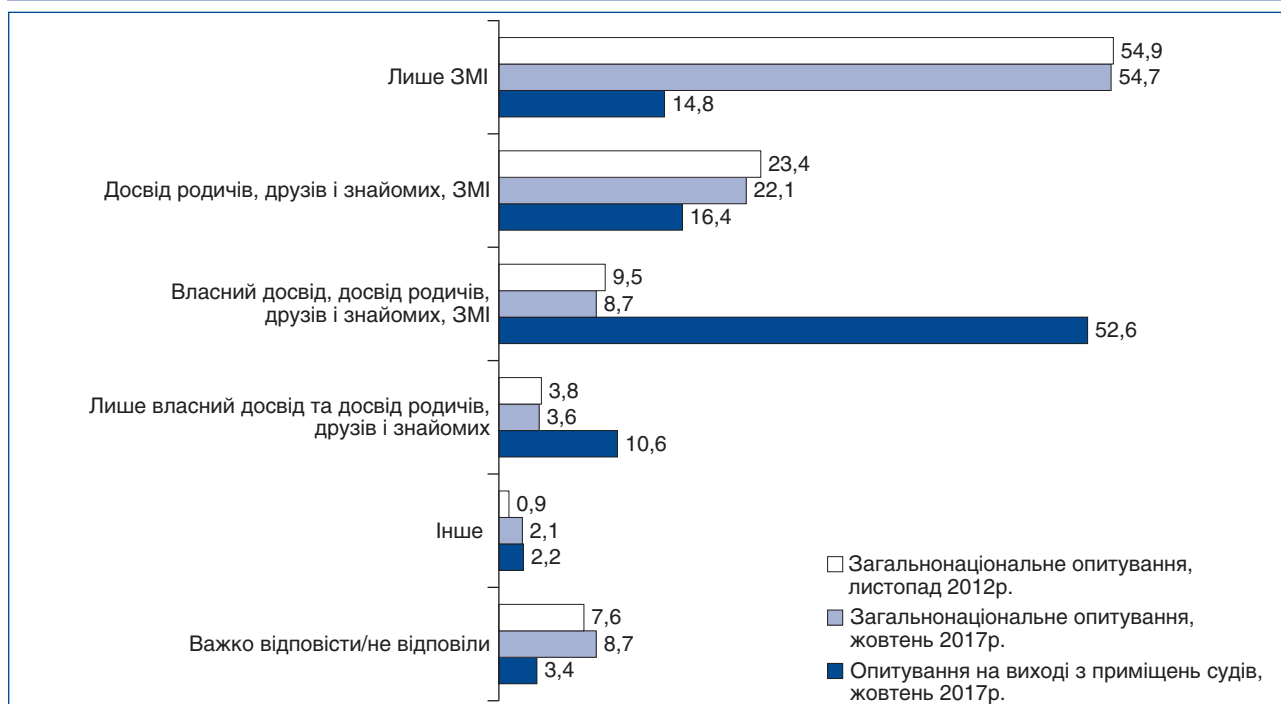
³ Стратифікація судів відбувалася відповідно до їх поділу на судові інстанції. У кожній страті із загального списку за допомогою генерації випадкових чисел була відібрана кількість судів, пропорційна частці цієї страти в загальній кількості судів.

⁴ Опитувалася кожна п'ята особа, яка належала до цієї категорії. Опитування здійснювалося безперервно з 10.00 до 16.00. Така побудова вибірки дозволила забезпечити її репрезентативність стосовно учасників судових засідань.

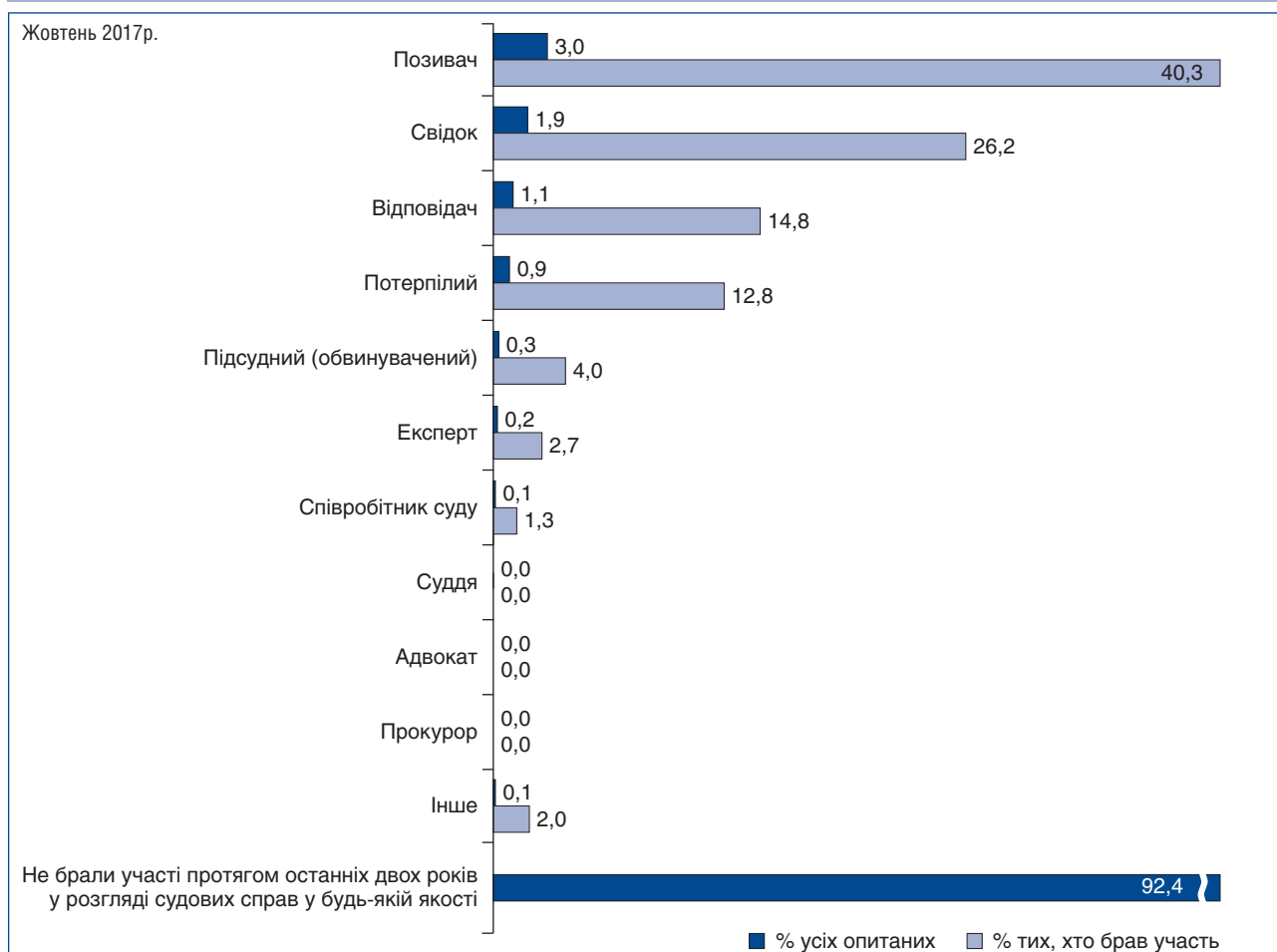
⁵ Дослідження проведено соціологічною службою Центру Разумкова в усіх регіонах України 15-20 листопада 2012р. Опитано 2 010 респондентів віком від 18 років. Теоретична похибка вибірки не перевищує 2,3%.



Звідки Ви отримуєте інформацію про діяльність судів в Україні? % опитаних



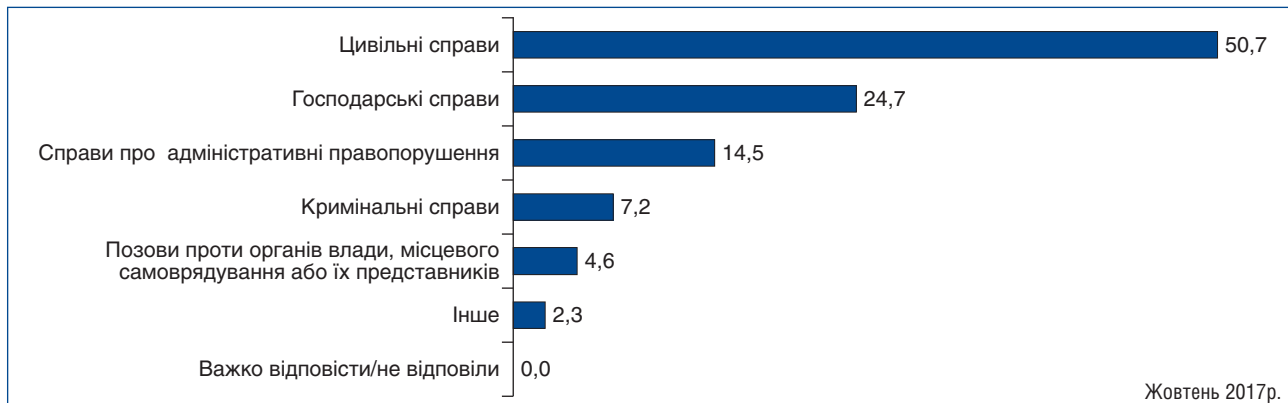
У якій саме якості Вам довелося брати участь у розгляді судової справи (справ)?* % опитаних



* Респондентам пропонувалося відзначити всі прийнятні варіанти відповіді.

**У розгляді яких справ Ви брали участь?***

% тих, хто брав участь у розгляді судових справ як позивач, відповідач, обвинувачений, підозрюваний, потерпілий, свідок чи експерт

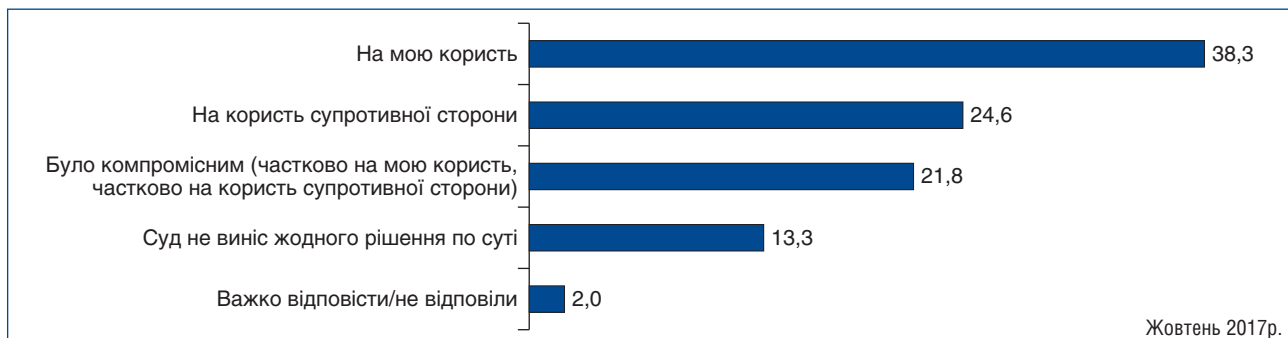


Жовтень 2017р.

* Респондентам пропонувалося відзначити всі прийнятні варіанти відповіді.

Рішення суду було на Вашу користь чи на користь супротивної сторони?*

% тих, хто брав участь у розгляді судових справ як позивач, відповідач, обвинувачений, підозрюваний чи потерпілий



Жовтень 2017р.

* Якщо рішення було одне, респондент мав обрати один варіант відповіді, якщо кілька – всі прийнятні варіанти відповіді.

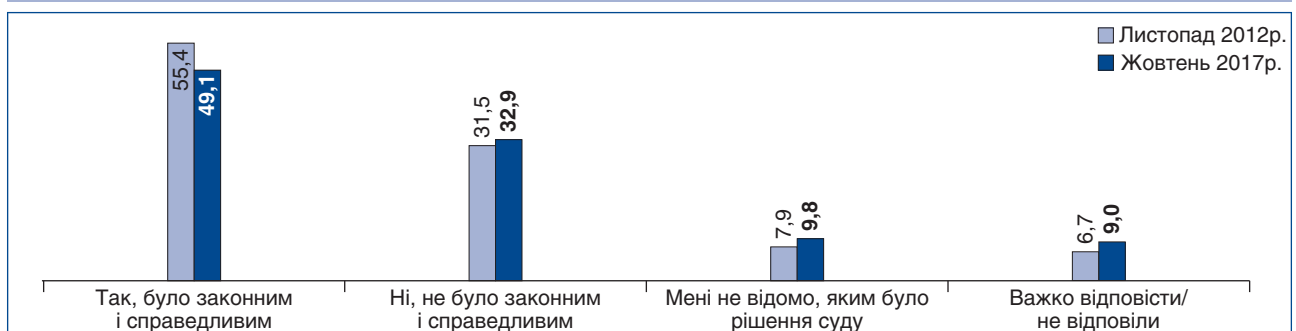
Серед тих, хто брав участь у розгляді судових справ як позивач, відповідач, обвинувачений чи потерпілий, 38,3% відповіли, що рішення суду було на їх користь, 24,6% – на користь супротивної сторони, 21,8% – що воно було компромісним, 13,3% – що суд не виніс жодного рішення.

Серед тих, хто брав участь у розгляді судових справ як позивач, відповідач, обвинувачений, потерпілий, свідок чи експерт, 49,1% відповіли, що рішення суду було законним і справедливим, 32,9% не вважають його законним і справедливим (ще 9,8% не відомо це рішення). Ці відповіді статистично значуще не відрізняються від відповідей, отриманих під час аналогічного опитування у листопаді 2012р. (щоправда, тоді респонденти - учасники судових засідань, оцінювали свій досвід не за два, а за п'ять попередніх років).

Оцінюючи різні аспекти діяльності суду, учасники судових засідань частіше схильні вважати, що дістатися суду було для них просто, часовий проміжок між повісткою до суду та слуханням справи був задовільним. Ставлення та ввічливість суддів і прокурорів були задовільними. Неупередженість суддів під час проведення усних слухань була задовільною. Меншу задоволеність респонденти висловлювали стосовно пунктуальності слухань та умов розгляду справи – 37% учасників судових засідань частіше схильні вважати їх поганими, що приблизно стільки ж, скільки і тих, хто вважає їх хорошими (38,4%). Найгірше оцінюються часові рамки для винесення судового рішення – 45,5% вважають їх занадто довгими, і лише 36,5% – обґрунтованими (діаграма “Як Ви вважаєте...?”, с.73).

Чи було рішення суду, в якому Ви брали участь, законним і справедливим?*

% тих, хто брав участь у розгляді судових справ як позивач, відповідач, обвинувачений, потерпілий, свідок чи експерт

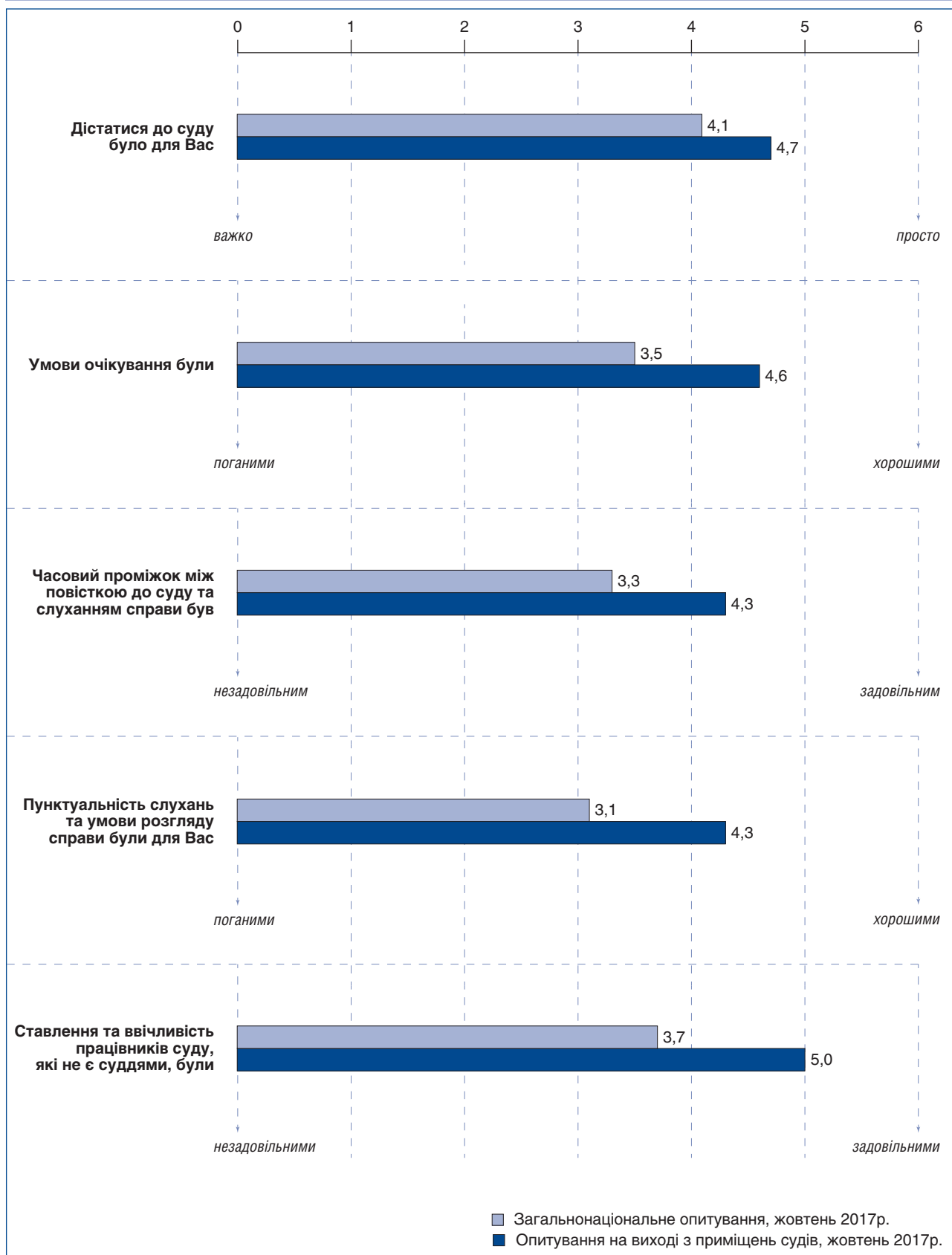


* Якщо таке рішення було одне, респондент мав обрати один варіант відповіді, якщо кілька – всі прийнятні варіанти відповіді.

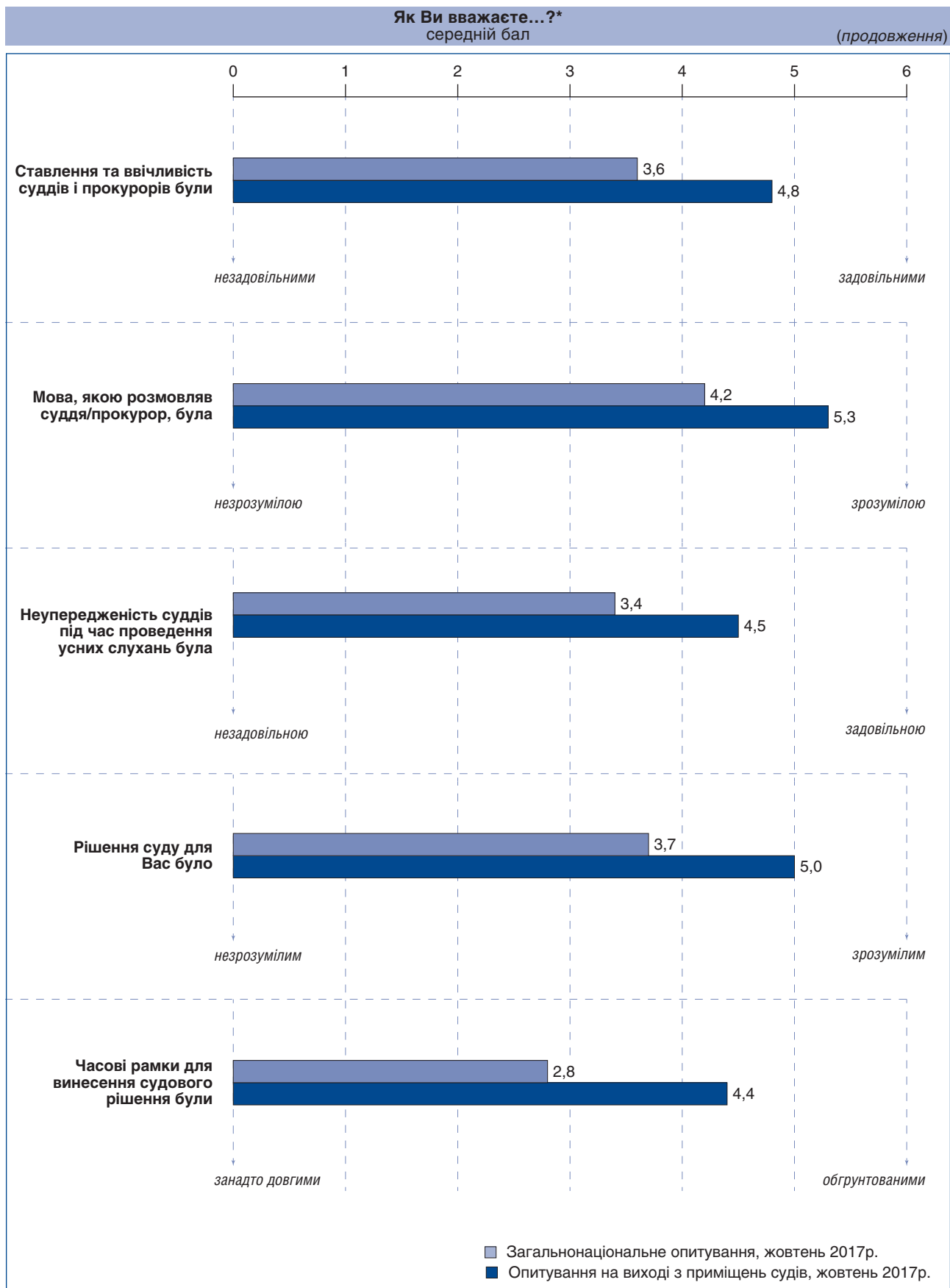


Як Ви вважаєте...?*

середній бал відповідей тих, хто брав участь у розгляді судових справ як позивач, відповідач, обвинувачений, підозрюваний, потерпілий, свідок чи експерт



* За семибальною шкалою від "0" до "6", залежно від того, яка оцінка є ближчою – та, що позначена зліва, чи та, що позначена справа.

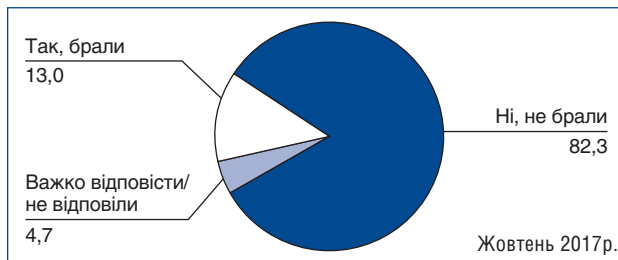


* За семибальною шкалою від "0" до "6", залежно від того, яка оцінка є ближчою – та, що позначена зліва, чи та, що позначена справа.



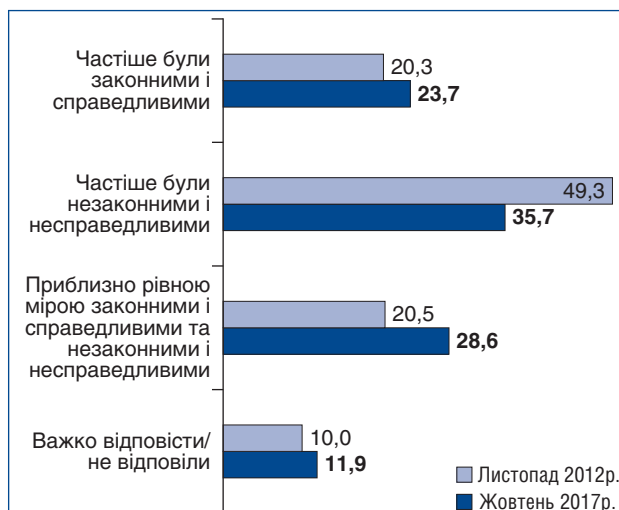
13% усіх опитаних відповіли, що протягом останніх двох років члени їх родини, близькі друзі брали участь у розгляді судових справ у будь-якій якості (свідка, позивача, відповідача, потерпілого, обвинуваченого, підозрюваного, експерта, судді, співробітника суду).

Чи брали протягом останніх двох років члени Вашої родини, близькі друзі участь у розгляді судових справ у будь-якій якості (свідка, позивача, відповідача, потерпілого, обвинуваченого, підозрюваного, експерта, судді, співробітника суду тощо)?
% опитаних



Серед тих, хто має таких родичів та друзів, лише 23,7% зазначили, що рішення судів, в яких вони брали участь, частіше були законними і справедливими, 35,7% – що вони частіше були незаконними і несправедливими, 28,6% – приблизно рівною мірою законними і справедливими та незаконними і несправедливими. Якщо порівнювати відповіді на це питання з відповідями, отриманими в листопаді 2012р. (тоді респонденти оцінювали досвід своїх знайомих і родичів не за два, а за п'ять років), то частка тих, хто вважає, що рішення судів були законними і справедливими, порівняно з 2012р., статистично значуще не змінилася, але стало менше тих, хто відповідає, що ці рішення були незаконними та несправедливими (у 2012р. таких було 49,3%), також стало більше тих, хто відповідає, що ці рішення приблизно рівною мірою були законними і справедливими та незаконними і несправедливими (у 2012р. таких було 20,5%).

За їх відгуками, частіше рішення судів, в яких вони брали участь, були законними і справедливими чи незаконними і несправедливими?
% тих, чиї родичі, близькі друзі брали участь у розгляді судових справ у будь-якій якості



Оцінка діяльності судів учасниками судових засідань, опитаними на виході з приміщень судів

Найбільше серед них тих, хто брав участь у таких засіданнях в якості позивача (43,8% усіх опитаних). 19,7% брали участь у таких засіданнях як відповідачі, 10,6% – як члени родини учасників судового процесу, 10,1% – як потерпілі, 8,7% – як свідки, 6,6% – як підсудні (обвинувачувані).

Найчастіше респонденти брали участь у розгляді цивільних справ (54,8%), 20,1% – у розгляді кримінальних справ, 10,7% – справ про адміністративні правопорушення, 9,5% – у розгляді господарських справ, 2,7% – у розгляді позовів проти органів влади, місцевого самоврядування або їх представників.

У якій саме якості Ви сьогодні були в суді?
% опитаних на виході з приміщення суду



У розгляді якої справи Ви сьогодні брали участь?
% опитаних на виході з приміщення суду





36,4% опитаних відповіли, що в день проведення опитування суд не виніс жодного рішення по справі, в розгляді якої вони брали участь, 24,2% дали відповідь, що рішення суду було на їх користь, 13,5% – на користь супротивної сторони, 10,5% – що воно було компромісним. Як свідчать результати опитування, позивачі та потерпілі частіше вказують, що суд виніс рішення на їх користь (у випадках, коли рішення суду було винесене в день проведення опитування, 57,7% позивачів і потерпілих відповідали, що рішення було винесене на їх користь, і лише 16,9% – на користь супротивної сторони), відповідачі та підсудні частіше вказують, що рішення було винесене на користь супротивної сторони (відповідно, 24,8% і 40,7%).

Як загальнонаціональне, так і опитування на виході з приміщень судів, зафіксували чисельне переважання тих, хто відповів, що рішення суду було на їх користь, порівняно з тими, хто відповів, що рішення суду було на користь супротивної сторони. Поряд з істотним чисельним переважанням серед респондентів, за даними обох опитувань, позивачів над відповідачами, це може бути пояснено або тим, що відповідачі частіше від позивачів ухилялися від участі в опитуванні, або тим, що відповідачі частіше уникають участі в судових засіданнях (або ж впливали обидва ці чинники одночасно).

Серед тих опитаних, по чийй справі було винесене судове рішення, 70,7% відповіли, що рішення суду було законним і справедливим, 18,8% не вважають його законним і справедливим (ще 2,3% не відомо це рішення, а 8,8% зазначили, що їм важко відповісти на це питання). Ці відповіді відрізняються від відповідей, отриманих під час загальнонаціонального опитування – тоді 49,1% відповіли, що рішення суду було законним і справедливим, 32,9% не вважають його законним і справедливим. Щоправда, тоді респонденти - учасники судових засідань оцінювали свій досвід за два попередні роки. У такому випадку можна висловити обережний оптимізм, що сьогоденна ситуація у кращий бік відрізняється від тієї, що спостерігалася загалом протягом двох останніх років.

Оцінка справедливості рішення суду, насамперед, залежить від того, на чью користь воно було винесене – якщо серед тих, хто відповів, що рішення суду було винесене на їх користь, 96,2% вважають його законним і справедливим, то серед тих, хто відповів, що рішення було на користь супротивної сторони – лише 28,6%, серед тих, хто відповів, що рішення було компромісним – 68,2%.

Ті респонденти, які вважають, що рішення суду не було законним і справедливим, називають такі причини цього: одна сторона найняла кращого адвоката, краще підготувалася до процесу (25,8%), суддя недостатньо добре ознайомився з матеріалами справи (24,2%), особа, яка представляла одну сторону судового процесу, має вищий соціальний статус, ніж опонент (22,6%), одна сторона пов'язана з органами влади (19,4%), вважають, що одна сторона дала хабар судді (17,7%), одна сторона в силу якихось причин не сподобалася судді (16,1%), суддя якимось чином пов'язаний з однією зі сторін (11,3%), суддя має низьку кваліфікацію (8,1%), інші причини (14,5%) (діаграма "Якщо Ви вважаєте...?", с.77).

Чи було рішення суду, в якому Ви брали участь, законним і справедливим?

% опитаних, у чийй справі було винесене судове рішення

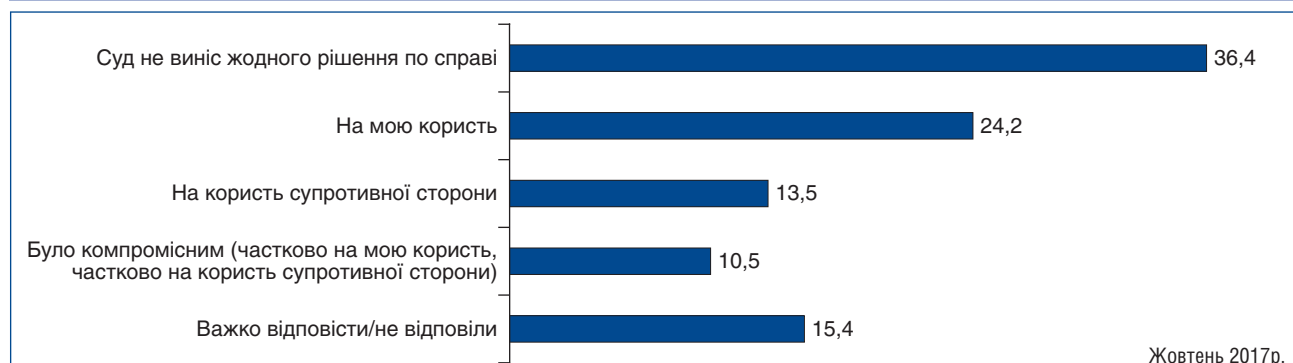


Оцінюючи різні аспекти діяльності суду, учасники судових засідань частіше схильні вважати, що дістатися суду було для них просто, умови очікування, а також пунктуальності слухань та умови розгляду справи були хорошими. Ставлення та ввічливість працівників суду були задовільними. Мова, якою розмовляв суддя/прокурор, була зрозумілою, неупередженість суддів під час проведення усних слухань була задовільною, рішення суду було зрозумілим, часові рамки для винесення судового рішення були обґрунтованими (діаграма "Як Ви вважаєте...?", с.78).

За всіма цими показниками оцінки є вищими, ніж оцінки учасників загальнонаціонального опитування, які оцінювали власний досвід участі у судових

Рішення суду було на Вашу користь чи на користь супротивної сторони?

% опитаних на виході з приміщення суду




Якщо Ви вважаєте, що рішення суду не було законним і справедливим, то які були причини цього?*

% опитаних на виході з приміщення суду, по чій справі було винесене судове рішення, і які вважають його несправедливим (чисельність групи 62 особи)



* Респондентам пропонувалося відзначити всі прийнятні варіанти відповіді.

засіданнях за останні два роки, що дозволяє висловити припущення, що діяльність суду за цими показниками останнім часом покращилася.

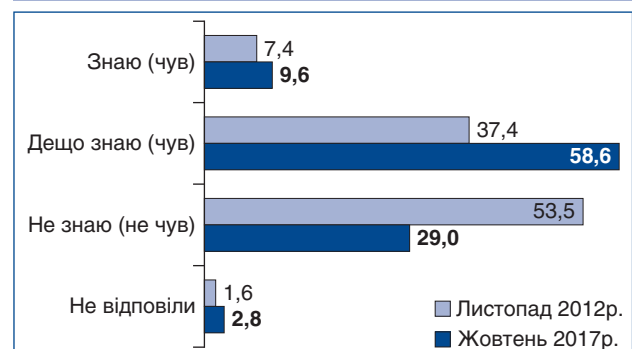
За деякими показниками жителі Східного регіону вирізняються негативними оцінками, наприклад, за такими показниками, як пунктуальність слухань та умови розгляду справи, можливість дістатися до суду, умови очікування, часовий проміжок між повісткою до суду та слуханням справи (діаграма «Як Ви вважаєте...?», с.78).

Лише 52,1% опитаних учасників судових засідань зазначають, що вони почалися вчасно, хоча більшість зволікань були невеликими – від 15 до 30 хв. (28%). 7,3% опитаних зазначили, що зволікання становило від години і більше, а 11,9% вказали, що засідання не відбулося зовсім і було перенесено на інший день (діаграма «Чи почалося сьогодні судові засідання вчасно...?»).

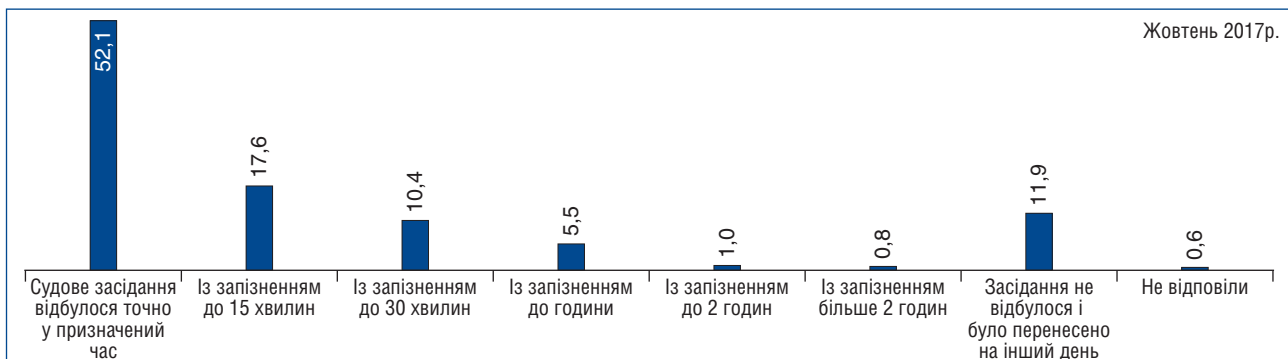
Ставлення до судової реформи

Відповідаючи на питання стосовно рівня обізнаності з судовою реформою, 9,6% респондентів відповіли, що знають про неї, 58,6% – що дещо знають,

29% – не знають про неї. Якщо частка тих, хто відповів, що знає про реформу, порівняно з листопадом 2012р., змінилася лише незначною мірою (зросла з 7,4% до 9,6%), то істотно більше стало тих, хто відповів, що дещо чув (частка таких зросла з 37,4% до 58,6%), та істотно менше стало тих, хто нічого про неї не знає (частка зменшилася з 53,5% до 29%).

Чи знаєте (чули) Ви що-небудь про судову реформу в Україні?
% опитаних

Чи почалося сьогодні судові засідання вчасно, у призначений час, чи Вам довелося чекати? Якщо так, то скільки?

% опитаних на виході з приміщення суду





Як Ви вважаєте...?*																																									
середній бал відповідей тих, хто брав участь у розгляді судових справ як позивач, відповідач, обвинувачений, потерпілий, свідок чи експерт																																									
	ЗАХІД						ЦЕНТР						ПІВДЕНЬ						СХІД																						
	0	1	2	3	4	5	6	0	1	2	3	4	5	6	0	1	2	3	4	5	6																				
Дістатися до суду було для Вас	важко						4,7	просто						4,9	важко						4,9	просто						4,4	важко						4,4	просто					
Умови очікування були	поганими						4,8	хорошими						4,8	поганими						4,5	хорошими						4,2	поганими						4,2	хорошими					
Часовий проміжок між повісткою до суду та слуханням справи був	незадовільним						4,3	задовільним						4,4	незадовільним						4,6	задовільним						3,9	незадовільним						3,9	задовільним					
Пунктуальність слухань та умови розгляду справи були для Вас	поганими						4,4	хорошими						4,5	поганими						4,3	хорошими						3,8	поганими						3,8	хорошими					
Ставлення та ввічливість працівників суду, які не є суддями, були	незадовільними						5,0	задовільними						5,1	незадовільними						5,2	задовільними						4,7	незадовільними						4,7	задовільними					
Ставлення та ввічливість суддів і прокурорів були	незадовільними						4,7	задовільними						4,9	незадовільними						5,1	задовільними						4,6	незадовільними						4,6	задовільними					
Мова, якою розмовляв суддя/прокурор, була	незрозумілою						5,2	зрозумілою						5,3	незрозумілою						5,3	зрозумілою						5,2	незрозумілою						5,2	зрозумілою					
Неупередженість суддів під час проведення усних слухань була	незадовільною						4,3	задовільною						4,6	незадовільною						4,7	задовільною						4,4	незадовільною						4,4	задовільною					
Рішення суду для Вас було	незрозумілим						4,7	зрозумілим						5,0	незрозумілим						5,7	зрозумілим						5,0	незрозумілим						5,0	зрозумілим					
Часові рамки для винесення судового рішення були	занадто довгими						4,2	обґрунтованими						4,5	занадто довгими						4,9	обґрунтованими						4,2	занадто довгими						4,2	обґрунтованими					

* За семибальною шкалою від "0" до "6", залежно від того, яка оцінка є ближчою – та, що позначена зліва, чи та, що позначена справа.



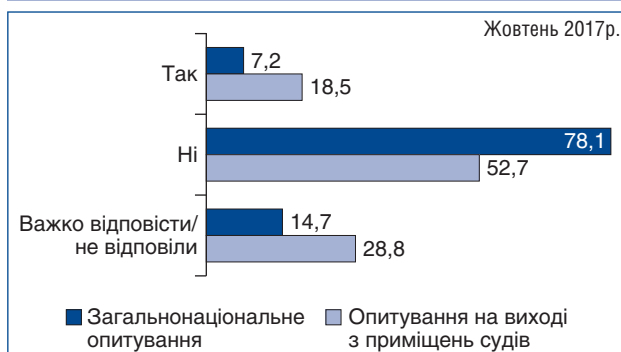
Ставлення до судової реформи є переважно негативним – позитивно до неї ставляться лише 12,6% опитаних, а негативно – 49,1%. Негативна налаштованість характерна і стосовно всіх інших реформ (земельної, медичної, пенсійної, освітньої). Негативне ставлення до судової реформи характерне не лише для тих, хто відносно добре знає про неї, але й навіть для тих, хто про неї нічого не чув – серед перших, відповідно, 21,1% і 60,3%, а серед других – відповідно, 6,5% і 39,2%, що свідчить про негативну налаштованість проти реформ загалом, упередженість проти них.

Негативне ставлення до судової реформи також пов'язано з тим, що громадяни не бачать її результатів. Так, лише 7,2% опитаних вважають, що сьогодні суди в Україні є самостійними, а судді – незалежними, тоді як протилежної точки зору дотримуються 78,1% опитаних. Навіть серед тих респондентів, які позитивно ставляться до судової реформи, лише 20% вважають, що суди в Україні сьогодні є самостійними, а судді – незалежними, а 62,7% не згодні з цим.

Серед тих, хто брав участь у судових засіданнях протягом останніх двох років, частка тих, хто вважає, що суди в Україні є самостійними, а судді – незалежними, дещо більша, ніж серед тих, хто не має такого досвіду (відповідно, 17,3% і 6,4%), хоча в обох групах переважна більшість так не вважають (відповідно, 68,7% і 78,9%).

Серед респондентів, які були опитані на виході з приміщень судів, 18,5% вважають, що сьогодні суди в Україні є самостійними, а судді – незалежними, а протилежної точки зору дотримуються 52,7%.

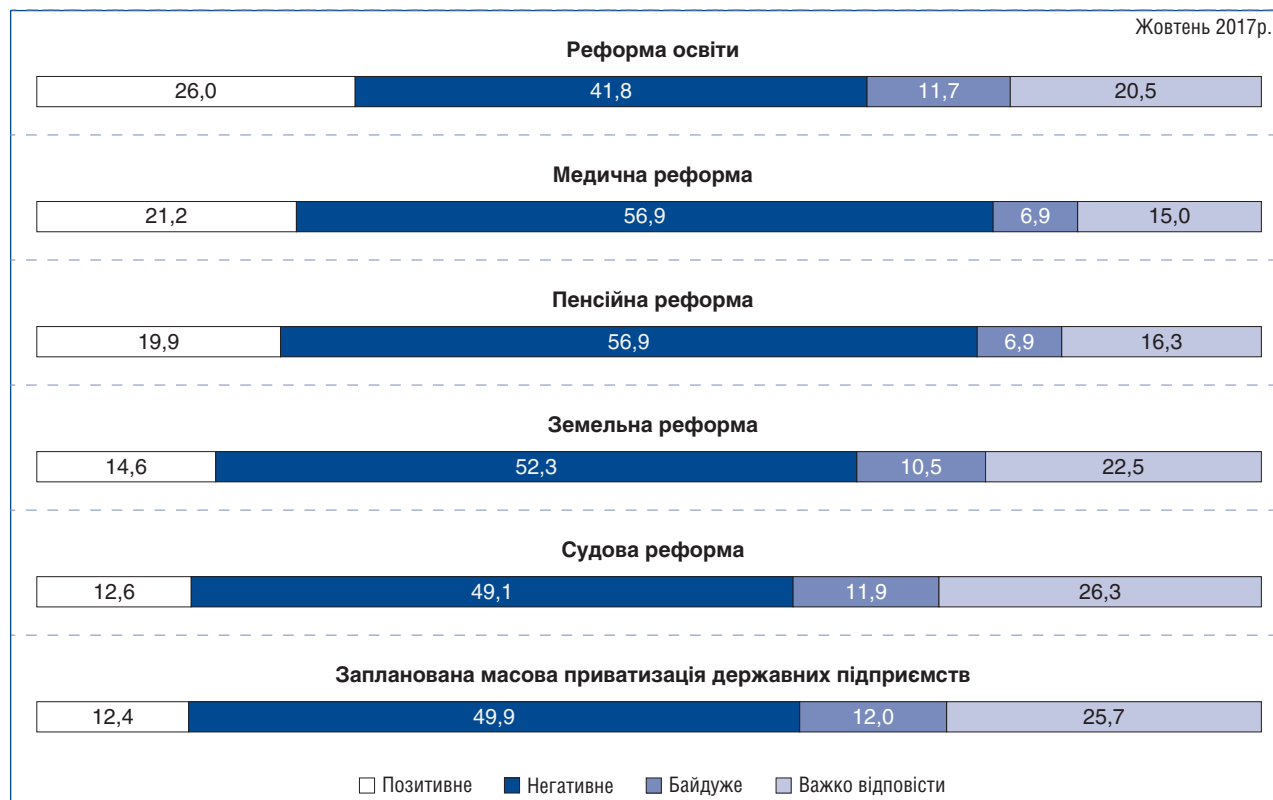
Чи є сьогодні суди в Україні самостійними, а судді – незалежними?
% опитаних

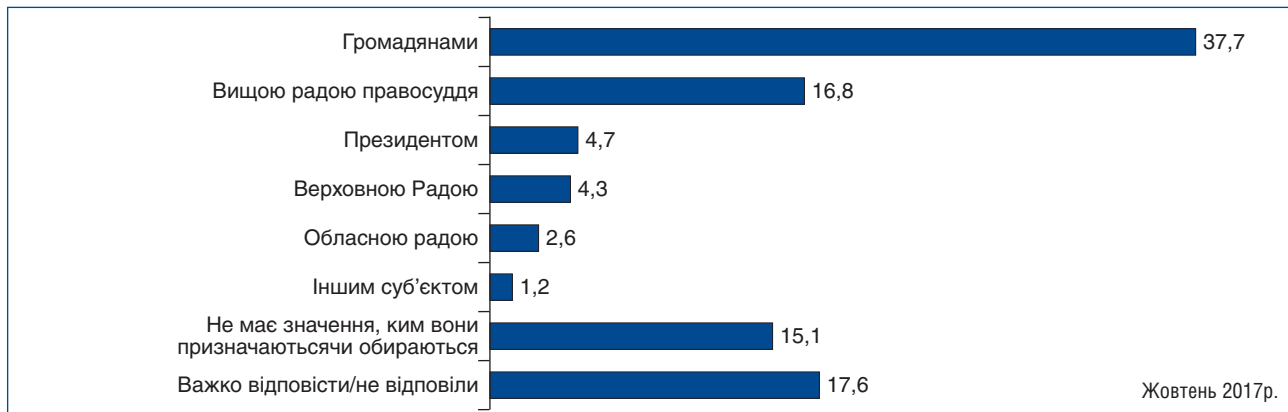


Найчастіше громадяни України вважають, що для того, щоб судді були незалежними, вони мають обиратися громадянами (37,7%). Значно менше (16,8%) вважають, що вони повинні призначатися Вищою радою правосуддя, і зовсім незначна частка дотримується думки, що вони мають призначатися Президентом (4,7%), Верховною Радою (4,3%), обласною радою (2,6%). Ще 15,1% вважають, що не має значення, ким вони призначаються чи обираються.

Серед тих, хто не вважає, що сьогодні судді є незалежними, порівняно з тими, хто дотримується протилежної точки зору, більшою є частка тих, хто виступає за обрання суддів громадянами (відповідно, 41,2% і 30,3%), і меншою є частка тих, хто виступає за їх призначення Вищою радою правосуддя, Президентом чи Парламентом.

Зараз в Україні триває проведення ряду реформ. Враховуючи ту інформацію, яку Ви маєте, яким є Ваше ставлення до таких реформ?
% опитаних



**Для того, щоб судді були незалежними, вони мають призначатися (обиратися)...?**
% опитаних

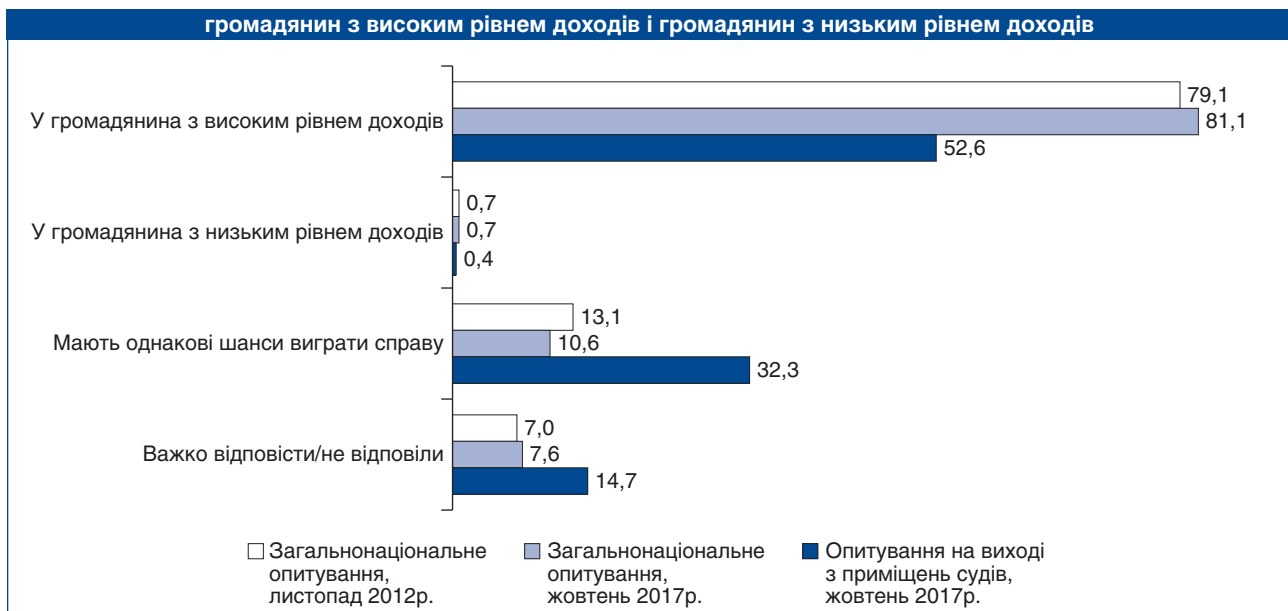
Так само частка тих, хто виступає за обрання суддів громадянами, є помітно вищою серед респондентів, які негативно ставляться до судової реформи, порівняно з тими, хто ставиться позитивно (відповідно, 42,4% і 31,9%). Ті, хто негативно ставляться до судової реформи, рідше виступають за призначення суддів Вищою радою правосуддя, Президентом чи Парламентом.

Довіра до судової влади та загальна оцінка діяльності судів громадянами

Переважає більшість українців не вважають українські суди об'єктивними та незалежними. Зокрема, якщо супротивними сторонами в суді виступають громадянин з високим рівнем доходів і громадянин з низьким рівнем доходів, то 81,1% респондентів вважають, що більше шансів виграти справу у громадянина з високим рівнем доходів. У випадку, коли супротивними сторонами виступають роботодавець і найманий працівник, переважна більшість (74,7%) опитаних вважають, що більше шансів виграти у роботодавця. Якщо сторонами в суді виступають

звичайний громадянин і представник органів влади, то понад три чверті (78,1%) опитаних вважають, що більше шансів виграти має представник влади.

Переконання громадян щодо прихильності судів до багатих та представників влади є досить сильними та усталеними. Так, громадська думка з цього приводу фактично не змінилася, порівняно з 2012р. Крім того, суттєвих відмінностей залежно від віку, статі та регіону проживання респондента з цих питань немає. До того ж, відповіді респондентів на виході з приміщень судів на аналогічне питання хоча й відрізнялися від відповідей населення в цілому, проте лише кількісно, а не якісно. Більшість (52,6%) респондентів, опитаних на виході з приміщень судів, вважають, що у громадянина з високим рівнем доходів більше шансів виграти справу в українському суді, ніж у громадянина з низьким рівнем доходів. Протилежної думки дотримуються лише 0,4% опитаних, близько третини (32,3%) респондентів вважають, що їх шанси є рівними. Решта опитаних не визначилися з відповіддю.

У кого більше шансів виграти справу в українському суді у випадку, якщо супротивними сторонами у суді виступають...?
% опитаних

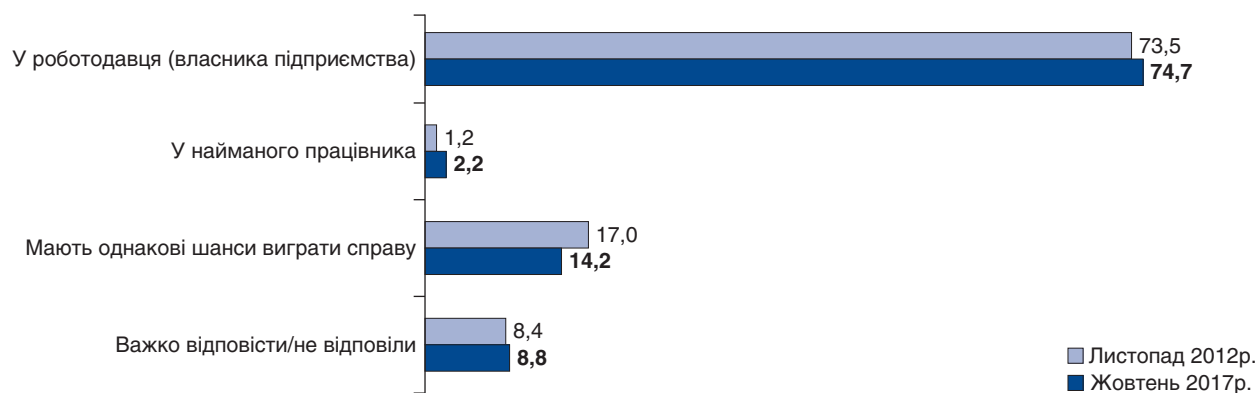


У кого більше шансів виграти справу...?

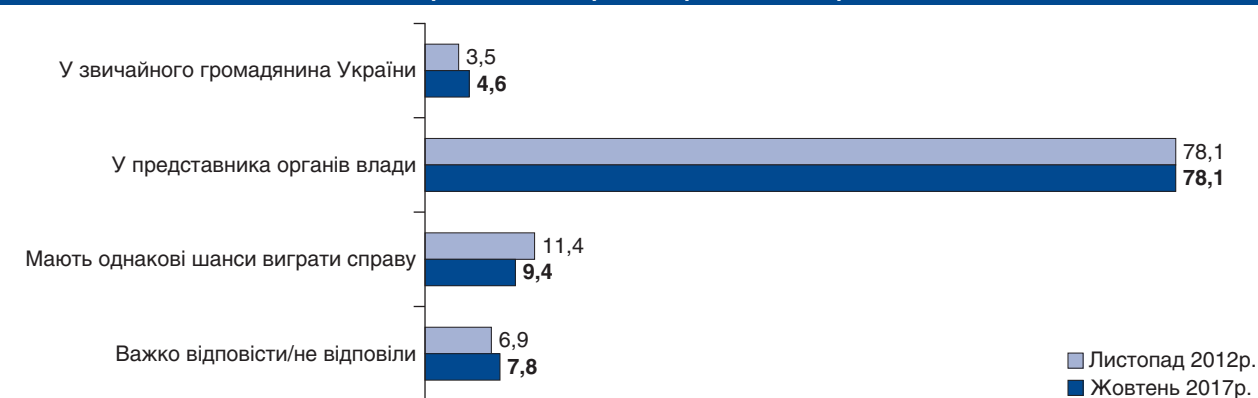
% опитаних

(продовження)

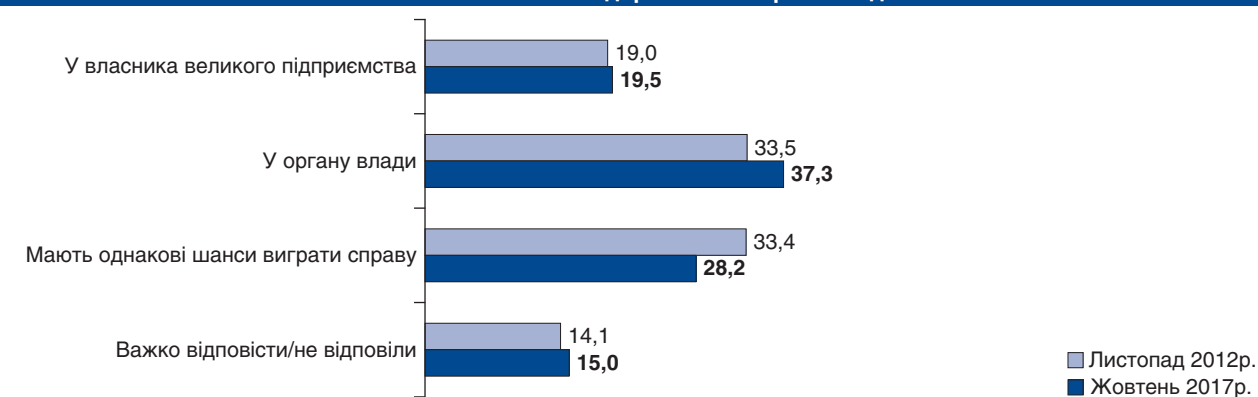
роботодавець (власник підприємства) і найманий працівник



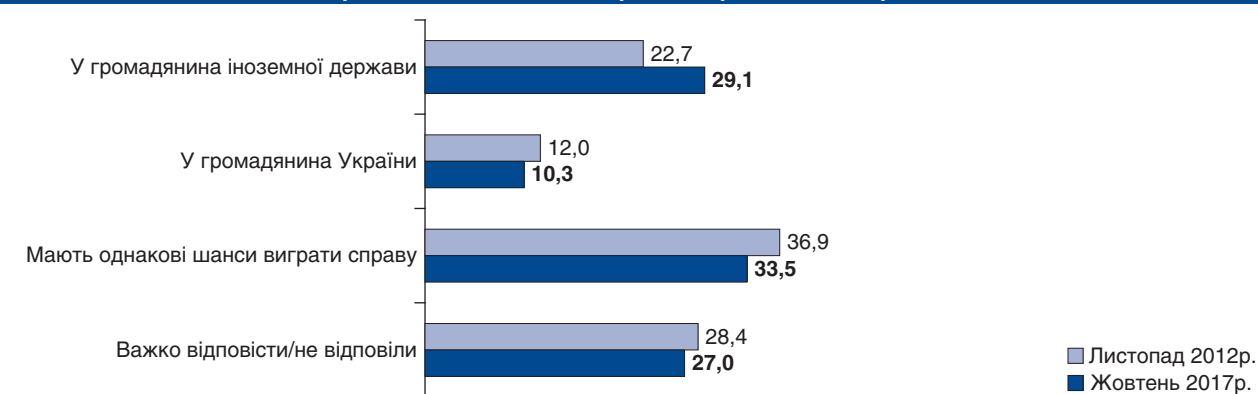
звичайний громадянин України і представник органів влади



власник великого підприємства і орган влади



громадянин іноземної держави і громадянин України





Не такими однозначними є оцінки респондентами ситуації, коли супротивними сторонами в суді виступають власник великого підприємства і орган влади. Відносна більшість (37,3%) опитаних вважають, що в цій ситуації більше шансів виграти справу має орган влади, а 19,5% – власник великого підприємства. Понад чверть (28,2%) опитаних схилиються до думки, що шанси є приблизно рівними, а решта – не визначилися з відповіддю. У разі, коли сторонами виступатимуть громадянин України і громадянин іноземної держави, третина (33,5%) опитаних вважають шанси однаковими. Дещо менше (29,1%) респондентів вважають, що шансів більше у громадянина іноземної держави, а 10,3% – що у громадянина України.

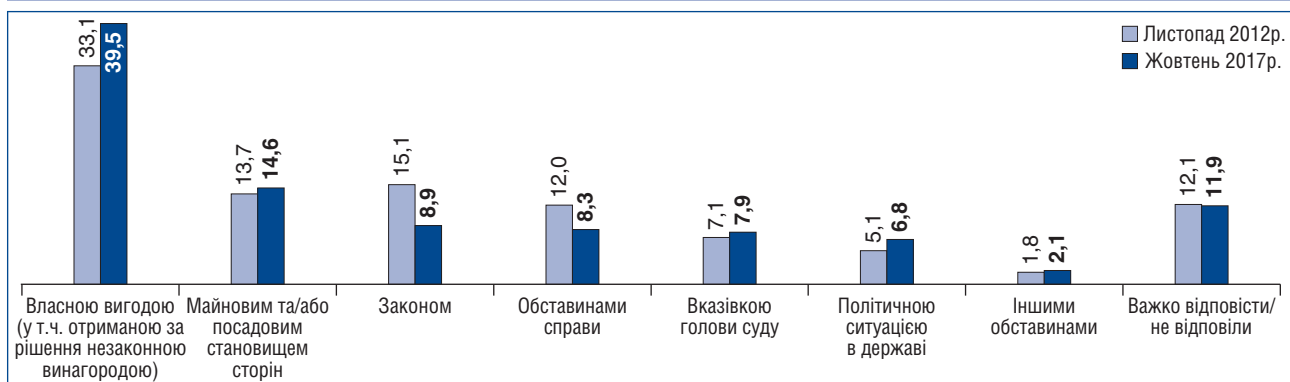
Слід зазначити, що і з цих питань громадська думка фактично не змінилася, порівняно з 2012р. Були зафіксовані окремі відмінності розподілу відповідей серед різних груп респондентів, проте вони не були значними і не спричинили відмінностей у загальному характері картини всередині групи.

Відповідаючи на питання про те, чим, на їх думку, найчастіше керуються судді під час винесення судового рішення, найчастіше респонденти вважали, що власною вигодою (39,5%). Значно рідше висловлювалася думка, що судді керуються найчастіше майновим та/або посадовим становищем сторін (14,6%).

Ще рідше громадяни відповідали, що судді керуються законом (8,9%), обставинами справи (8,3%), вказівкою голови суду (7,9%), політичною ситуацією в державі (6,8%). Порівняно з 2012р., статистично значимо зросла частка респондентів, які вважають, що судді найчастіше керуються власною вигодою (з 33,1%), та знизилася частка тих, хто вважає, що вони керуються законом (з 15,1%) та обставинами справи (з 12%).

Для більшості громадян функціонування суду в Україні є незрозумілим, вони вважають, що суди вирішують справи повільно, а витрати на доступ до правосуддя є високими. Оцінки давалися за шкалою від “0” до “6”, де оцінка “0” означала “незрозуміло”, “повільно”, “витрати високі”, відповідно, а оцінка “6” означала “зрозуміло”, “швидко”, “витрати низькі”, відповідно. Стосовно зрозумілості функціонування суду середня оцінка склала 1,9 бала, стосовно швидкості вирішення справ – 1,6 бала, стосовно витрат на доступ до правосуддя – 1,6 бала. Краще оцінили ситуацію респонденти, яким доводилося протягом останніх двох років брати участь у розгляді судових справ. Серед цієї категорії респондентів середня оцінка зрозумілості функціонування суду склала 2,8 бала (що, фактично, є середньою оцінкою), середня оцінка швидкості вирішення справ склала 2,2 бала, а середня оцінка витрат на доступ до правосуддя – 2,0 бала.

Чим найчастіше керуються судді під час винесення судового рішення?
% опитаних



Як Ви вважаєте...?
середній бал



* За семибальною шкалою від “0” до “6”, залежно від того, яка оцінка є ближчою – та, що позначена зліва, чи та, що позначена справа.



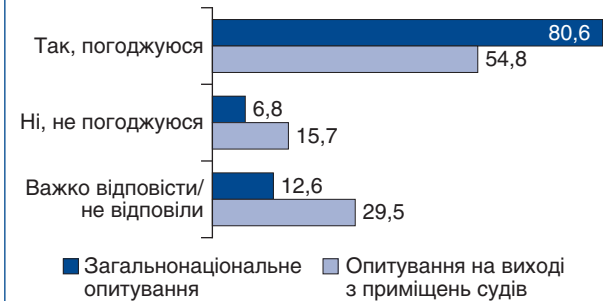
В українському суспільстві гостро дискутуються проблеми корупції у державних органах. Корупцію в усіх запропонованих органах респонденти в середньому оцінили як високу. Так, для Служби безпеки середня оцінка склала 3,8 бала, для МВС – 3,9 бала, для прокуратури – 4 бала, для податкової служби – 4,1 бала, для судів і митної служби – по 4,3 бала. Слід зазначити, що дещо кращими є середні оцінки тих респондентів, які за останні два роки брали участь у розгляді судових справ (зокрема середня оцінка корумпованості судів склала 3,9 бала).

80,6% українців погоджуються зі звинуваченнями українських судів у корумпованості, політичній залежності та необ'єктивності, не погоджуються з такою точкою зору 6,8% опитаних. Слід зазначити, що погоджуються з такими характеристиками українських судів і більшість респондентів, яких опитували на виході з приміщень судів, тобто ті, хто мав нещодавній особистий досвід спілкування з судами. Проте серед цих респондентів картина є значно оптимістичнішою: зі звинуваченнями на адресу судів згодні 54,8% опитаних на виході з приміщень судів, не згодні – 15,7%.

Понад дві третини (69%) респондентів вважають, що громадянин України має більше шансів отримати справедливе судове рішення в Європейському суді з прав людини (ЄСПЛ), ніж в українському суді. Протилежної думки дотримуються 2,7% опитаних. 12,6% респондентів вважають, що шанси в обох судах є однаковими. Серед громадян, які протягом двох останніх років брали участь у розгляді судових справ, ситуація є дещо оптимістичнішою: серед них 61,1% вважають, що більше шансів на справедливе рішення в ЄСПЛ, 7,4% – що в українському суді, а 18,8% вважають шанси однаковими.

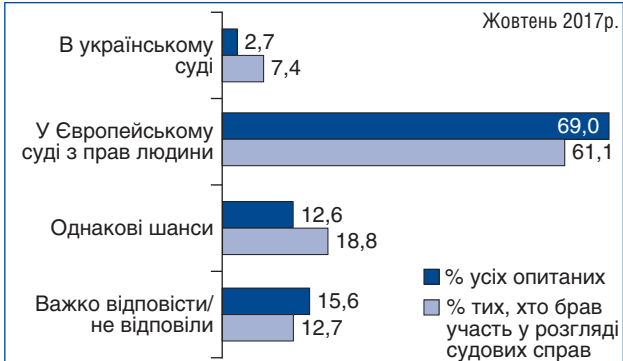
Сьогодні доволі часто вітчизняні суди звинувачують у корумпованості, політичній залежності та необ'єктивності. Чи погоджуєтеся Ви з такими характеристиками українських судів?
% опитаних

Жовтень 2017р.

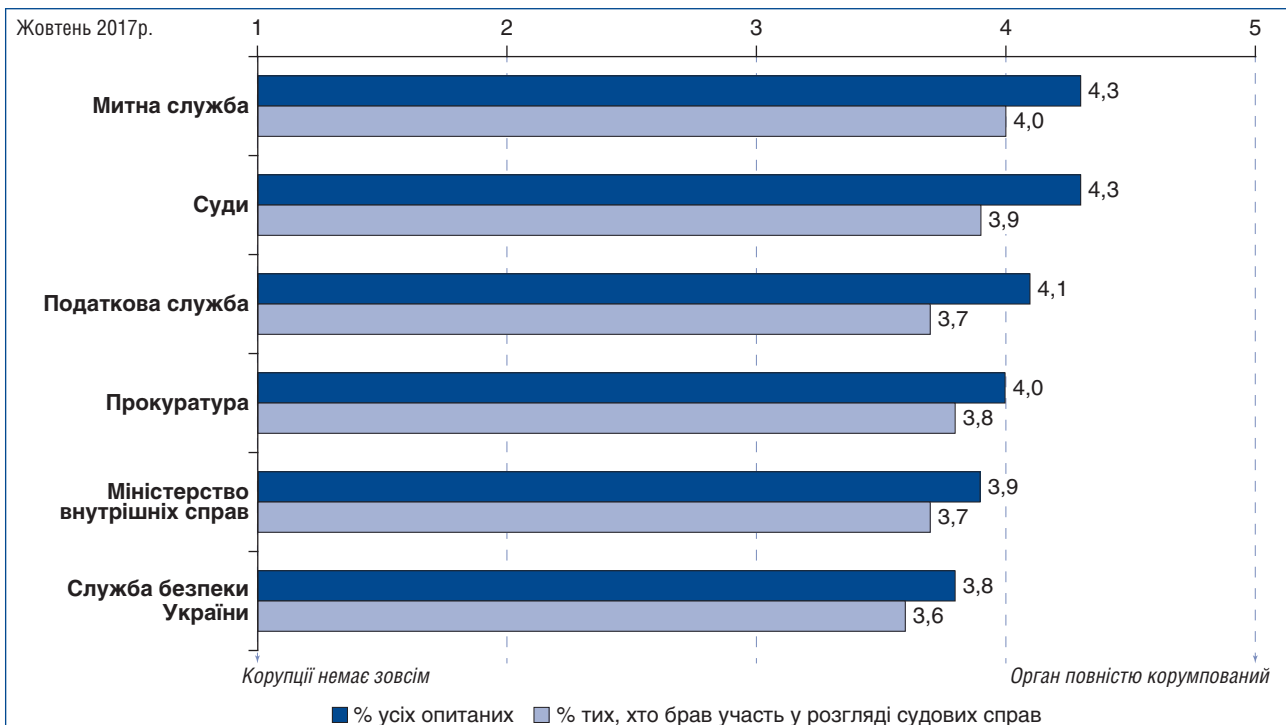


У якому суді – українському чи Європейському суді з прав людини – громадянин України має більше шансів отримати справедливе судове рішення у своїй справі?
% опитаних

Жовтень 2017р.



Оцінка рівня корумпованості наведених державних органів*, середній бал



* За п'ятибальною шкалою від 1 до 5, де "1" означає, що корупції в ньому зовсім немає, а "5" – цей орган є повністю корумпованим.



Серед респондентів, які вважають, що є більше шансів на справедливий розгляд справи в ЄСПЛ, переважна більшість називає серед причин такої думки вищий рівень незалежності та об'єктивності суддів. Серед нечисленних респондентів, які вищими оцінили шанси в українському суді, найчастіше це пояснювалося кращим знанням законодавства (29,6%).

Довіра населення України до судів і судової системи є досить складним і контроверсійним явищем. Для того, щоб краще зрозуміти ситуацію з довірою до судів в українському суспільстві, доцільно розглянути питання довіри до широкого спектра державних і громадських інституцій. Наразі є група державних і соціальних інституцій, які мають високий рівень довіри, зокрема, позитивний баланс довіри (тобто їм довіряють більше громадян, ніж не довіряють). До таких інституцій належать Церква (довіра до якої є традиційною і мало залежить від поточних подій, якщо говорити про неї як про інституцію загалом), інституції, які безпосередньо причетні до захисту України та громадські організації.

Серед інститутів держави та суспільства найбільшу довіру громадян мають волонтерські організації (їм повністю або скоріше довіряють 66,7% опитаних), Церква (64,4%), Збройні Сили (57,3%), добровольчі батальйони (53,9%), Національна гвардія (52,6%), Державна служба з надзвичайних ситуацій (50,5%), громадські організації (48%), Державна прикордонна служба (46,4%) – число респондентів, які довіряють цим інституціям, на статистично значимому рівні перевищує число тих, хто їм не довіряє (таблиця “Якою мірою Ви довіряєте наведеним соціальним інституціям?”, с.85).

Окремо варто описати ситуацію з довірою до поліції. Слід зазначити, що протягом багатьох років міліція залишалася інститутом з одним з найнижчих рівнів довіри з боку українського суспільства. Реформа і перейменування міліції на поліцію позитивно вплинули на імідж інституту. Спочатку громадяни позитивно зреагували на нову патрульну поліцію. У той

час, як довіра до поліції загалом не відрізнялася від довіри до колишньої міліції, довіра до нової патрульної поліції мала кардинально інший вигляд: баланс довіри до неї був позитивним. Після цього спостерігалася поступове зближення рівнів довіри поліції і нової патрульної поліції, причому, довіра до першої зростала, тоді як довіра до другої – знижувалася. На кінець 2017р., рівень довіри до цих двох раніше різних проявів поліції встановився майже на однаковому рівні. І цей рівень є досить високим на фоні довіри до інших державних інституцій: баланс довіри до поліції є близьким до нуля, тобто число громадян, які довіряють поліції, приблизно дорівнює числу тих, хто не довіряє.

Значно нижчим є рівень довіри до органів влади. Президенту України довіряють 24,8% опитаних, не довіряють – 68,2%, Уряду – відповідно, 19,8% і 73,1%, Верховній Раді – відповідно, 13,8% і 80,7%. Довіру до державного апарату (чиновників) висловили 11,2% опитаних, недовіру – 80,7%. Дуже низьким є рівень довіри до прокуратури: їй довіряють різною мірою 14,2% опитаних, а не довіряють – майже три чверті (74,1%) респондентів.

Низьким є рівень довіри до антикорупційних органів. Певною мірою довіряють Національному антикорупційному бюро 20,1% опитаних, Спеціалізованій антикорупційній прокуратурі – 17,6%, Національному агентству з питань запобігання корупції – 14,8%. Не довіряють кожному з цих органів близько 57,5% респондентів.

Одним з найнижчих у суспільстві є рівень довіри до судів. Про свою недовіру до судів (судової системи в цілому) повідомили 80,9% респондентів, а про довіру – 9,3%. Місцевим судам не довіряють 77,4% опитаних, довіряють – 11,9%, Верховному Суду не довіряють 72% громадян, довіряють – 13,1%, Конституційному Суду не довіряють 66,8% громадян, довіряють – 14,9%.

Крім того, під час дослідження був проведений невеликий експеримент. Громадянам пропонувалося



* Респондентам пропонувалося відзначити всі прийнятні варіанти відповіді.



Якою мірою Ви довіряєте наведеним соціальним інституціям? % опитаних						
	Довіряю	Скоріше довіряю	Скоріше не довіряю	Не довіряю	Важко відповісти	Баланс довіри*
Волонтерським організаціям	19,8	46,9	12,4	7,6	13,3	46,7
Церкві	21,7	42,7	11,2	11,3	13,1	41,9
Збройним Силам України	14,2	43,1	17,4	15,9	9,3	24,0
Добровольчим батальйонам	14,1	39,8	15,6	15,6	14,9	22,7
Національній гвардії України	12,5	40,1	17,8	16,4	13,2	18,4
Державній службі з надзвичайних ситуацій	13,5	37,0	15,3	17,3	16,9	17,9
Громадським організаціям	7,0	41,0	21,0	16,0	15,1	11,0
Державній прикордонній службі	10,1	36,3	22,7	17,9	13,0	5,8
ЗМІ України	6,4	41,9	23,4	19,3	9,0	5,6
Патрульній поліції (новій)	7,3	33,6	25,2	17,8	16,0	-2,1
Національній поліції	5,7	33,6	27,9	18,3	14,4	-6,9
Західним ЗМІ	4,4	29,7	21,2	22,6	22,1	-9,7
Службі безпеки України	5,8	29,4	24,2	22,6	17,9	-11,6
Уповноваженому Верховної Ради з прав людини (Омбудсмену)	6,4	19,0	20,1	20,6	33,9	-15,3
Профспілкам	3,3	23,2	25,7	24,9	22,8	-24,1
Національному антикорупційному бюро України	2,7	17,4	24,8	32,8	22,3	-37,5
Спеціалізованій антикорупційній прокуратурі	2,6	15,0	24,3	33,2	24,9	-39,9
Національному агентству з питань запобігання корупції	2,3	12,5	22,9	34,8	27,5	-42,9
Президенту України	4,4	20,4	30,5	37,7	7,0	-43,4
Антикорупційному суду**	2,6	11,1	24,5	36,6	25,1	-47,4
Конституційному Суду України	2,6	12,3	26,5	40,3	18,4	-51,9
Уряду України	1,8	18,0	34,0	39,1	7,1	-53,3
Верховному Суду	2,2	10,9	29,8	42,2	15,0	-58,9
Прокуратурі	2,0	12,2	34,0	40,1	11,7	-59,9
Національному банку України	2,1	13,2	30,5	44,7	9,5	-59,9
Комерційним банкам	2,4	11,5	29,5	46,0	10,6	-61,6
Політичним партіям	2,5	10,5	34,6	40,5	11,9	-62,1
Місцевим судам	1,8	10,1	32,5	44,9	10,8	-65,5
Верховній Раді України	1,3	12,5	35,9	44,8	5,6	-66,9
Державному апарату (чиновникам)	1,1	10,1	35,9	44,8	8,1	-69,5
Судам (судовій системі в цілому)	1,3	8,0	33,6	47,3	9,8	-71,6
ЗМІ Росії	0,9	3,5	25,8	57,0	12,9	-78,4

* Різниця між часткою тих, хто довіряє (повністю та скоріше), і тих, хто не довіряє (повністю та скоріше).

Жовтень 2017р.

** Зазначений варіант відповіді пропонувався в якості експерименту. Антикорупційний суд на дату проведення опитування ще не був створений.

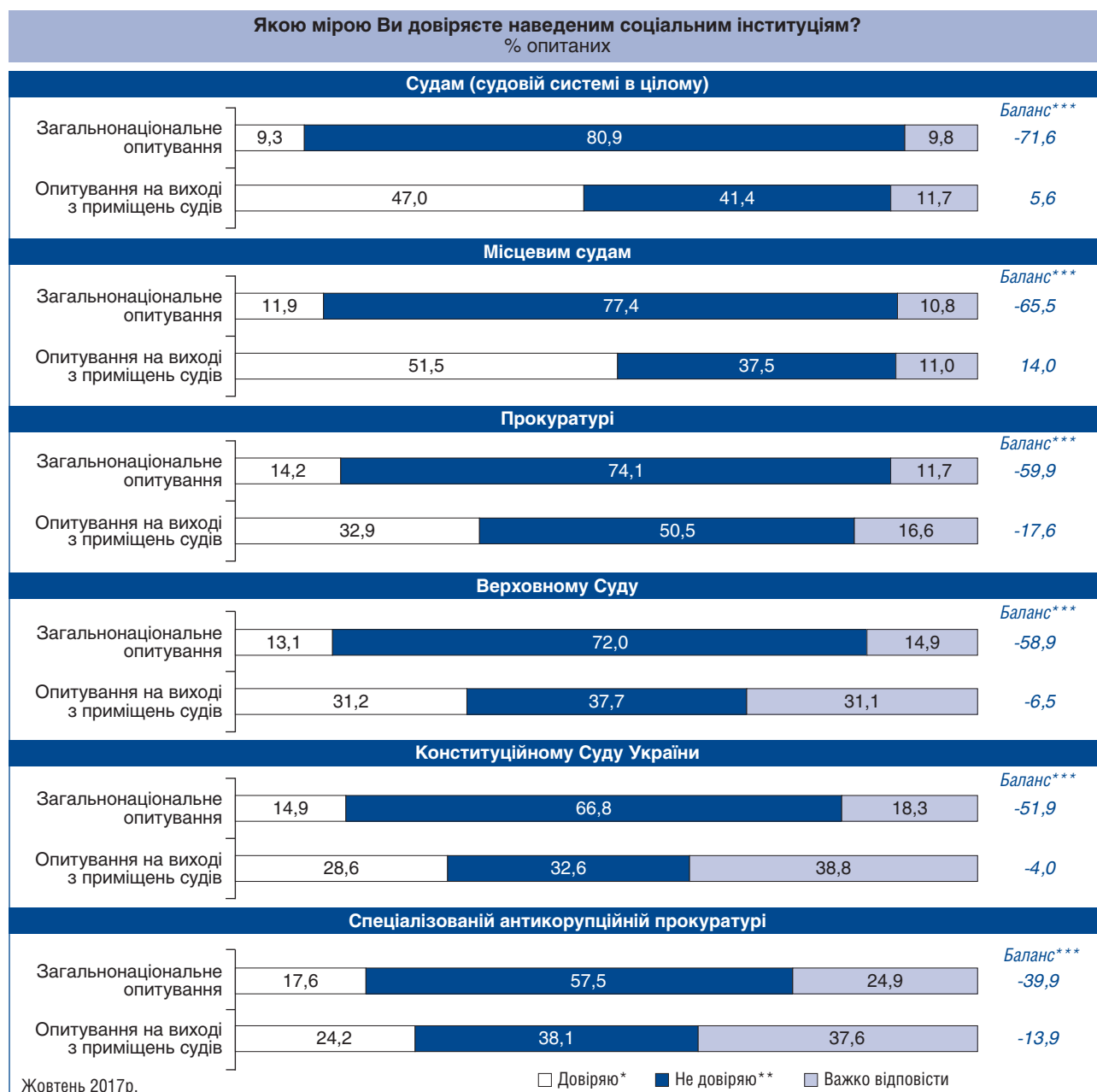


визначити рівень своєї довіри до Антикорупційного суду, якого на цей час не існує, але точаться дискусії навколо його створення. Відповіді респондентів показали, що цьому органу не варто сподіватися на кредит довіри з боку населення – рівень довіри до ще не створеного органу виявився дуже низьким. Різну ступінь довіри до Антикорупційного суду висловили 13,7% опитаних, а різну ступінь недовіри – 61,1%. Такі результати можуть свідчити про те, що рішення про довіру чи недовіру до Антикорупційного суду, а також інших судів та судової системи загалом приймаються громадянами швидше з політичних міркувань, а не на основі власного досвіду чи інших реальних фактів. З високою імовірністю можна припустити, що низький рівень довіри до судів є наслідком вкрай низького рівня довіри до державних органів у цілому (не довіряють державному апарату 80,7% опитаних).

Зокрема, підтвердженням цьому є результати опитування на виході з приміщень судів громадян, які мали безпосередній досвід спілкування з судами. Так,

можна стверджувати, що серед громадян, які мають нещодавній досвід спілкування з судами, переважає довіра до судової системи: баланс довіри до судової системи в цілому є позитивним, тобто число опитаних, які довіряють судам (47%), було вищим, ніж число тих, хто судовій системі не довіряє (41,4%). Ще більшим є рівень довіри громадян, які контактували з місцевими судами: довіру місцевим судам висловили більшість опитаних – 51,5%, недовіру – 37,5%. Дещо нижчим є рівень довіри цих респондентів до Верховного Суду та Конституційного Суду, проте ці рівні довіри є значно вищими, ніж серед населення в цілому. До того ж, респонденти, швидше за все, не мають досвіду спілкування з Верховним та Конституційним судами, тому близько третини опитаних не змогли визначити свій рівень довіри до цих судів.

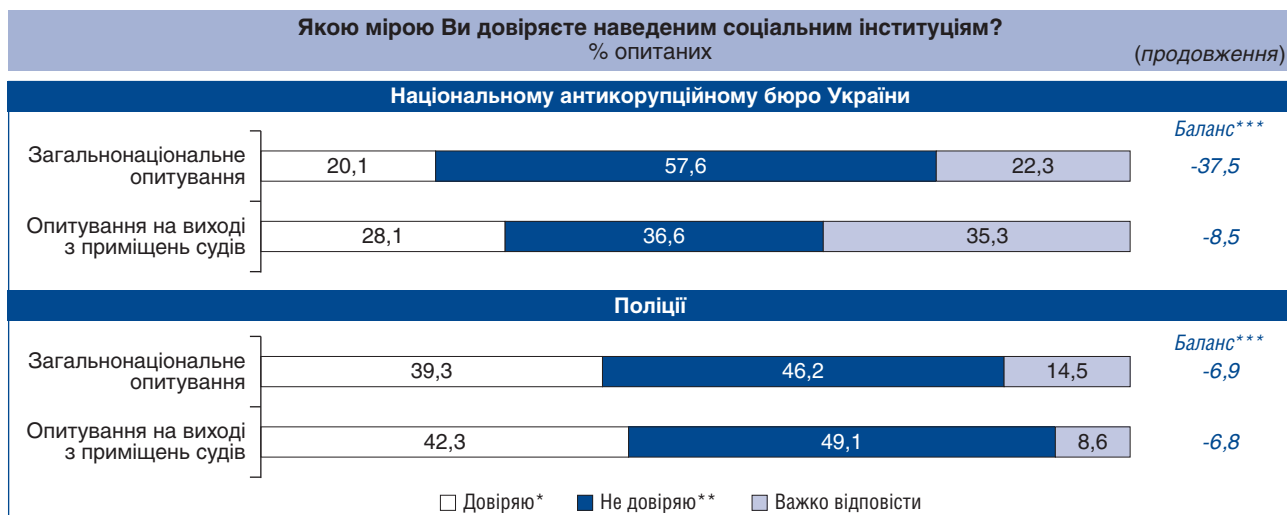
Цікавим моментом також є те, що респонденти, опитані на виході з приміщень судів, висловили практично такий же рівень довіри до поліції, як і населення в цілому.



* Сума варіантів відповіді "довіряю" та "скоріше довіряю".

** Сума варіантів відповіді "не довіряю" та "скоріше не довіряю".

*** Різниця між часткою тих, хто довіряє, і часткою тих, хто не довіряє.



* Сума варіантів відповіді "довіряю" та "скоріше довіряю".

** Сума варіантів відповіді "не довіряю" та "скоріше не довіряю".

*** Різниця між часткою тих, хто довіряє, і часткою тих, хто не довіряє.

Жовтень 2017р.

Висновки

Засоби масової інформації мають визначальне значення у формуванні громадської думки стосовно діяльності судової системи України, перебігу судової реформи, оскільки більшість громадян України отримують інформацію про діяльність українських судів лише із ЗМІ.

Порівняння результатів опитувань на виході з приміщень судів (коли респонденти оцінювали діяльність судів, справедливості винесення рішень саме в день проведення опитування) з результатами загальнонаціонального опитування (коли респонденти - учасники судових засідань оцінювали свій досвід за два попередні роки) показує, що практично за всіма аспектами (в т.ч. справедливістю судових рішень) оцінки опитаних на виході з приміщень судів є кращими, ніж оцінки учасників загально-національного опитування. Це дозволяє припускати, що сьогоденна ситуація у кращий бік відрізняється від тієї, що спостерігалася загалом протягом двох останніх років.

Оцінюючи різні аспекти діяльності суду, учасники судових засідань, опитані на виході з приміщень судів, частіше схильні вважати, що дістатися суду було для них просто, умови очікування, а також пунктуальність слухань та умови розгляду справи були хорошими, часовий проміжок між повісткою до суду та слуханням справи був задовільним. Ставлення та ввічливість суддів і прокурорів, а також працівників суду, які не є суддями, були задовільними. Мова, якою розмовляв суддя/прокурор, була зрозумілою, неупередженість суддів під час проведення усних слухань була задовільною, рішення суду було зрозумілим, часові рамки для винесення судового рішення були обґрунтованими.

Респонденти, опитані під час загальнонаціонального дослідження, оцінюючи досвід участі в судових засіданнях представників свого найближчого соціального оточення за два останні роки, частіше висловлюють негативні оцінки законності і справедливості судових рішень, хоча негативізм оцінок і зменшився, порівняно з 2012р.

Ставлення до судової реформи є переважно негативним. Негативна налаштованість характерна і стосовно всіх інших реформ (земельної, медичної,

пенсійної, освітньої). Ставлення до судової реформи, як і до реформ загалом, істотно залежить від рівня довіри до влади.

Негативне ставлення до судової реформи також пов'язано з тим, що громадяни не бачать її результатів – переважна більшість опитаних вважають, що сьогодні суди в Україні не є самостійними, а судді не є незалежними.

Відносна більшість респондентів вважають, що для того, щоб судді були незалежними, вони мають обиратися громадянами.

Оскільки більшість громадян не мають особистого досвіду спілкування з судами і визначають своє ставлення до судової системи на підставі чужого досвіду або інформації у ЗМІ, ставлення населення в цілому до судової системи є негативним, а рівень довіри є одним з найнижчих серед державних і соціальних інституцій. Проте рівень довіри громадян, які мають власний нещодавній досвід спілкування з судами, є значно вищим. Більше того, баланс довіри з боку цих громадян до місцевих судів та судової системи в цілому є позитивним, тобто число тих, хто довіряє судам, є вищим, ніж число тих, хто не довіряє.

Але є ряд питань у діяльності українських судів, до яких негативно ставляться як населення в цілому, так і громадяни, які мали нещодавній особистий досвід спілкування з українськими судами. Зокрема, опитані схильні вважати, що суди частіше стають на бік заможних громадян, органів влади та їх представників у спорах зі звичайними громадянами. Переважна більшість громадян вважають, що громадянин України має вищі шанси отримати справедливе рішення у ЄСПЛ, ніж в українському суді. Переважна більшість з тих, хто так вважає, вказали на вищий рівень незалежності та об'єктивності суддів.

Тобто, високий рівень негативного ставлення до судів значною мірою формується двома чинниками: негативним інформаційним полем та чинником фінансово-політичного впливу на суддів. Результати дослідження показали, що вплив першого чинника досить ефективно усувається під час спілкування громадян з судами. Вплив другого чинника можна зменшити, запроваджуючи заходи для підвищення реальної незалежності суддів. ■

РЕФОРМА АДВОКАТУРИ



Олег БЕРЕЗЮК,
голова громадської організації
“Українське юридичне товариство”, адвокат

У 2016р. Конституцію України було доповнено ст.131-2, якою визначено, що тільки адвокат може здійснювати представництво інтересів та захист прав особи в суді. Виняток з цього правила зроблено лише для малозначних спорів, представництва інтересів малолітніх і неповнолітніх, а також судових процесів, пов'язаних із захистом виборчих, трудових і соціальних прав.

У результаті такого нововведення у процесі кримінального провадження професійному юристу-прокурору буде опонувати професійний юрист-адвокат, а в цивільному процесі адвокат буде змагатися з адвокатом. Це має урівняти шанси сторін та сприяти реалізації двох основних принципів судочинства: рівності всіх перед законом і судом та змагальності сторін.

Очікується, що в суді адвокат діятиме більш кваліфіковано та ефективно, ніж будь-яка інша особа без практичного досвіду роботи у сфері правозахисної діяльності. Законодавець вважає, що надання виняткового права на представництво інтересів особи в судовому процесі професійним юристам-адвокатам сприятиме винесенню судами законних і обґрунтованих вироків і рішень, а також значно скоротить терміни розгляду справ у судах.

Участь у судовому процесі належним чином підготовлених фахівців дасть можливість судді економити час на роз'ясненні сторонам їх елементарних прав і обов'язків. Також судді будуть рідше

переносити розгляди справ через невідповідність сторін. Згідно з законом, прокурор і адвокат несуть персональну відповідальність за добросовісне виконання покладених на них обов'язків, а у випадку неналежного їх виконання суд може застосовувати до них передбачені законом санкції у вигляді різних дисциплінарних стягнень, включно з відстороненням від займаної посади та позбавленням права на зайняття адвокатською діяльністю. Це суттєво впливає на поведінку учасників процесу, дисциплінує їх та змушує більш відповідально ставитися до виконання своїх професійних обов'язків.



Від внесених до Основного Закону змін варто очікувати позитивних зрушень не лише у сфері правосуддя.

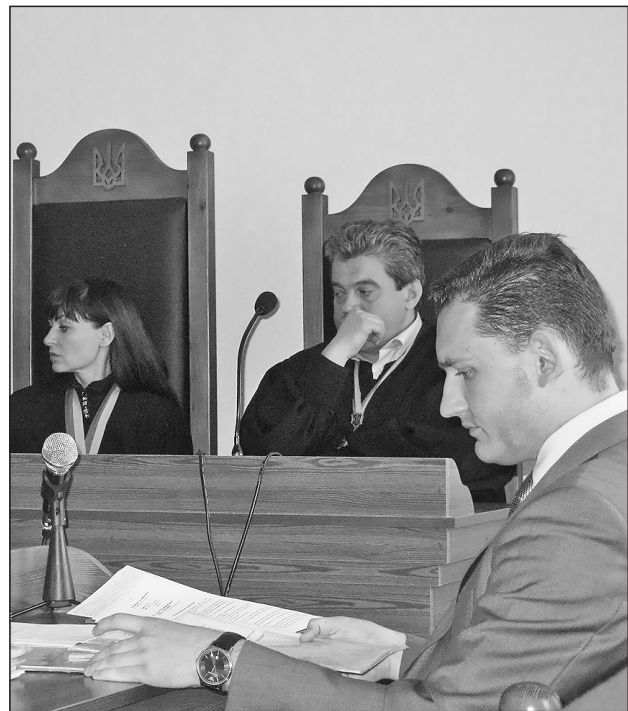
Безперечно, що обов'язкова участь адвоката в судовому процесі сприятиме більш ефективному захисту особи від несправедливого обвинувачення, що, в кінцевому результаті, має підвищувати рівень довіри громадян як до правосуддя, так і до держави в цілому. Очевидно, що обов'язкова участь адвоката в судовому процесі має сприяти винесенню судами справедливих вироків і рішень та здійсненню правосуддя, але далеко не кожна особа має змогу оплатити послуги професійного юриста. Нинішня система надання безоплатної юридичної допомоги не витримує жодної критики, адже Закон “Про безоплатну правову допомогу” передбачає, що управління системою надання такої допомоги Кабінет Міністрів і Міністерство юстиції, а її фінансування здійснюється переважно за рахунок видатків Державного бюджету, передбачених на утримання органів виконавчої влади. І тут цілком правомірно виникає питання: чи може бути неупередженим і об'єктивним адвокат, який значною мірою знаходиться в адміністративній та матеріальній залежності від органів державної влади, якщо відповідачем у суді є держава?

Є ще цілий ряд питань до цього Закону, на які немає однозначної відповіді. Відповіді на них можна пошукати в інших сферах, наприклад, у галузі медицини, та перейняти досвід лікарів, які надають безоплатну медичну допомогу. Можливо, доцільно було б більш детально вивчити законодавство іноземних країн, зокрема Швейцарії, де представляти інтереси сторін у суді закон дозволяє лише адвокатам. В Україні можна було б використати досвід цієї країни для вдосконалення власної нормативно-правової бази, що регулює аналогічні питання.

Варто ще раз наголосити на тому, що **адвокат може бути достатньо неупередженим і об'єктивним, якщо він буде максимально незалежним від органів державної влади.**

В інтересах правосуддя було б добре, якби адвокат був незалежним не лише від держави, але й від сторони, яку він представляє в суді, але, з відомих причин, це питання сьогодні можна обговорювати лише теоретично.

Разом з підвищенням ролі адвоката в судовому процесі, мають зростати і вимоги до кандидатів, які хочуть отримати ліцензію на право зайняття адвокатською діяльністю. Здійснюючи професійний добір, головну увагу потрібно було б звернути на освіту і практичний досвід роботи кандидата у правозахисній сфері. Вимоги до нього мають бути не нижчими, ніж до особи, яка претендує на посаду прокурора чи судді. У зв'язку з цим потрібно було б більш



відповідально проводити добір кандидатів та уніфікувати процедуру складання адвокатських іспитів, і робити це бажано централізовано, на базі Національної асоціації адвокатів України.

Очевидно, що після внесення відповідних змін до Конституції, нинішній Закон “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” безнадійно застарів і не відповідає вимогам часу. Сьогодні потрібна реформа адвокатури, а оскільки цей інститут є важливою складовою системи правосуддя, то реформа адвокатури має відбуватися у рамках усієї судово-правової реформи, і адвокатам потрібно брати більш активну участь у цьому процесі.

Українські адвокати мають значний практичний досвід у сфері захисту прав і свобод людини та представництва інтересів юридичних осіб у судах, у т.ч. за межами України. У нас є достатньо фахівців, які мають глибокі теоретичні знання та практичний досвід для того, щоб власними силами готувати проекти відповідних нормативно-правових актів та висловлювати щодо них обґрунтовані зауваження і пропозиції. Сьогодні у нас немає жодної необхідності залучати до цього процесу іноземних фахівців, тим більше завдавати зайвого клопоту Венеціанській комісії, ставлячи їй досить прості питання, відповіді на які можна отримати і від українських юристів. **Для вдосконалення національного законодавства нашим парламентарям і урядовцям потрібно лише налагодити конструктивний діалог з юридичною спільнотою та проводити більш відкриту політику у процесі здійснення судово-правової реформи.** ■

КОНКУРС ДО ВЕРХОВНОГО СУДУ: ПРОЦЕС, РЕЗУЛЬТАТ І ВИСНОВКИ



Михайло ЖЕРНАКОВ,
головний експерт з судової реформи
Реанімаційного Пакету Реформ,
доктор юридичних наук

Будь-яка державна політика твориться для досягнення певної мети. В Україні, на жаль, поки немає сталої традиції надто замислюватися над цим – системності у прийнятті навіть найважливіших рішень нам часто бракує. Та якщо ми вже вирішили рухатися до цивілізованого світового співтовариства, хотілося б і до аналізу державної політики у сфері судочинства підходити відповідно.

Для того, щоб оцінити, наскільки успішним є експеримент з формування Верховного Суду, потрібно спершу чітко зрозуміти, яку мету мало його створення.

Формування Верховного Суду, безсумнівно, є центральною частиною судової реформи на сучасному етапі. За точку відліку потрібно брати ті стратегічні документи, відповідно до яких відбувається реформа – це коаліційна угода Верховної Ради VIII скликання і Стратегія судової реформи, затверджена Указом Президента¹. Примітно, що попри те, що за Конституцією Україна є значно більше парламентською державою, ніж президентською, саме Президент і його Адміністрація фактично стали центром розробки судової реформи. Натомість, у Програмі дій Уряду питанням судової реформи приділено мізерно мало уваги – як за обсягом, так і за тематикою.

Також не варто забувати, що сама ідея створення Верховного Суду “з нуля” і в цілому перезавантаження судової влади на конкурсних засадах походила від громадянського суспільства. Вона була альтернативною ідеєю щодо люстрації судової влади на противагу первинному кваліфікаційному оцінюванню, або “переатестації” суддів на їх посадах, яку пропонувала політична влада. Зрештою, ідея створення нових судів на конкурсних засадах була прийнята нею як основна, принаймні в частині Верховного Суду і апеляційних судів.

Створення Верховного Суду також не було б можливим без змін до Конституції, яка в частині правосуддя певною мірою також є програмним документом. Тому потрібно брати до уваги також філософію і текст нового Розділу VIII Конституції.

Не вдаючись до детального аналізу цих документів і ідей щодо судової реформи, можна виокремити головні елементи, які їх об’єднують. Це (не обов’язково в порядку важливості):

- забезпечення незалежності суддів і судів;
- підвищення підзвітності суддів і судів суспільству;
- оновлення судової влади з метою формування доброчесного та підзвітного суддівського корпусу.

Створення Верховного Суду було значною мірою спрямовано на виконання усіх трьох завдань.

Але, на жаль, доводиться констатувати, що **виконати ці завдання у процесі створення Верховного Суду не вдалося.**

З точки зору процедур добору, є певні досягнення, переважно в питаннях логістики та її прозорості. Не зважаючи на велике число учасників конкурсу, планування і забезпечення процесів було задовільним, особливо, порівняно з попередніми процедурами масового добору суддів. Також було передбачено

¹ Указ Президента України “Про Стратегію реформування судустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки” №276 від 20 травня 2015р.



доступність значного обсягу матеріалів щодо кандидатів онлайн і забезпечені трансляції співбесід кандидатів. Щоправда, Вища кваліфікаційна комісія суддів далеко не з першого разу і не повною мірою виконала навіть вимоги Закону щодо розміщення і наповнення суддівського досьє.

Натомість, прозорість прийняття рішень Вищою кваліфікаційною комісією суддів залишилася на дуже низькому рівні. Безумовним кроком уперед є створення і діяльність Громадської ради доброчесності. З огляду на кризу довіри до судових інституцій, віддати частину компетенції щодо перевірки доброчесності кандидатів громадянському суспільству було правильним рішенням законодавця. Але, на жаль, дієвими механізмами впливу на результат Рада не була забезпечена. Неодноразові вимоги представників громадянського суспільства відкрити індивідуальні оцінки за кожним з критеріїв оцінювання кандидатів або персональні результати голосування щодо подолання висновків Громадської ради доброчесності залишилися без задоволення.

Ще гіршою є ситуація з урахуванням результатів роботи Ради доброчесності суддівськими органами. Подолання її висновків Вища кваліфікаційна комісія суддів обґрунтувала тим, що Рада не надала доказів про порушення кандидатів у вигляді рішень судів або рішень інших компетентних органів. Цим вона, всупереч філософії реформи, переклала тягар доказування на громадський орган, фактично давши зелене світло суддям на будь-які порушення, наявність яких не була до того констатована судом чи іншим органом. Це матиме величезні негативні наслідки також для кваліфікаційного оцінювання суддів, де стандарт, на відміну від конкурсу, має бути ще вищим.

Таке ставлення до процесу мало наслідком незадовільний результат конкурсу. Навіть з кількісної точки зору навряд чи можна назвати оновленням судової влади конкурс, на якому серед переможців – майже 80% діючих суддів², а щонайменше 25% з них не відповідають конституційному критерію доброчесності³.

З якісної точки зору, ситуація не краща. До суддів “нового” Верховного Суду були рекомендовані та опинилися в його складі, в т.ч. й судді, відповідальні

за втечу вбивці Г.Гонгадзе та ув'язнення теперішнього Генпрокурора (а тоді – опозиційного політика) Ю.Луценка. Останнє було визнано політичним переслідуванням Радою Європи, ЄС і самою Україною. Також серед переможців конкурсу судді, які не можуть пояснити свої статки (що зобов'язані робити відповідно до Конституції), судді, які ухвалювали свавільні рішення щодо активістів Майдану і судді, які їх покривали.

Усе це і багато іншого створює враження, що процедури конкурсу спеціально створювали таким чином, щоб забезпечити потрапляння до фінального списку “потрібних” політичній владі кандидатів.

Доля іронії, що відповідальні за добір до Верховного Суду суддівські ради – Вища кваліфікаційна комісія суддів і Вища рада правосуддя створені за принципом “більшість суддів, обраних суддями”, який покликаний забезпечити більшу, а не меншу незалежність судової влади. Натомість, до складу цих рад увійшло чимало осіб, залежних від політиків, насамперед, від Президента. Крім того, надання всіх важелів впливу на процес люстрації саме тій суддівській спільноті, яка є об'єктом люстрації – дуже дивне рішення, з точки зору логіки. Тому застосування цього стандарту в Україні (як, до речі, і в багатьох інших країнах перехідних демократій) не спрацювало на користь суддівській незалежності та не забезпечило доброчесності суддівського корпусу.

Політичній владі завжди було вигідно мати контрольованих суддів. Не є винятком і теперішня Адміністрація Президента. Попри певні зрушення, доводиться констатувати, що реформа відбулася винятково на папері. Не змінилося головне – судді не відчули, що можуть бути по-справжньому незалежними, і що їх справжня незалежність від усіляких впливів – мета реформи. Не відчули, насамперед, тому, що політична влада декларувала одне, а здійснювала зовсім інше.

Те саме і з доброчесністю суддів. Можна скільки завгодно апелювати до європейських стандартів, але поки на конкурсі на найвищі суддівські посади перемогатимуть судді, які займаються політичними переслідуваннями і не можуть пояснити свої статки, суспільство не повірить у жодні добрі наміри реформаторів.

Історія доводить, що без незалежної і доброчесної судової гілки влади сучасна демократична держава існувати не може. Тоді вона або ж перетворюється з демократії на тиранію, або перестає бути державою.

Щоб цього не допустити, потрібно критично оцінити те, що відбулося з конкурсом до Верховного Суду, та виправити помилки, яких припустилися. Щонайменше – потрібно змінити органи суддівського врядування, а також процедури підготовки і призначення майбутніх суддів. З цим потрібно визначитися якнайшвидше. ■

² Див. зокрема: Рощенко О. До нового Верховного Суду можуть потрапити 80% старих суддів. – Українська правда, 28 липня 2017р., <http://www.pravda.com.ua/news/2017/07/28/7150748>.

³ Див. зокрема: Рощенко О. 25% переможців конкурсу до Верховного Суду недоброчесні – РПР. – Українська правда, 28 липня 2017р., <http://www.pravda.com.ua/news/2017/07/28/7150735>.

ІНДИВІДУАЛЬНА КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА В НІМЕЧЧИНІ ТА В УКРАЇНІ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ



д-р Отто ЛЮХТЕРГАНДТ,
керівник відділу з дослідження східноєвропейського права
юридичного факультету Гамбурзького університету, професор

Права людини і громадянина, які урочисто декларуються в конституціях, – вважатимуться гарантованими з юридичної точки зору лише в тому разі, якщо реалізація цих прав захищена державою. Як відомо, найпотужнішим і найдієвішим правовим захистом, який держава може надати громадянам, є захист їх прав у незалежних судах. Зокрема це означає, що їх носій – людина і громадянин, отримує право звертатися до суду зі скаргою, якщо її права порушені органами публічної влади. Такою скаргою є (індивідуальна) конституційна скарга із зазначенням факту порушення основоположного права. Така скарга принципово не відрізняється від скарги, яку приватні суб'єкти можуть подати, наприклад, проти України до Європейського Суду з прав людини у Страсбурзі (ЄСПЛ) у зв'язку з порушенням прав, закріплених у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. У Німеччині в такому разі говорять про “конституційну скаргу”. Вона запроваджена в 1951р., тобто невдовзі після заснування Федеративної Республіки та в її найпотужнішій формі – що є проявом урахування жадливого досвіду нехтування правами людини за часів панування нацистів.

СТОСОВНО ПРОФІЛЮ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СКАРГИ В НІМЕЧЧИНІ ТА В УКРАЇНІ

Чинна в Німеччині форма конституційної скарги вважається найпотужнішою з огляду на те, що приватний суб'єкт може за її допомогою виступити, у принципі, проти *будь-якого* акта публічної влади, який неправомірно втручається в його основоположні права. Це можуть бути акти всіх трьох гілок влади: акти виконавчої влади, рішення судів і навіть прийняті парламентом закони. Вирішальним для її прийняття до розгляду має бути те, що йдеться саме про державний акт, який безпосередньо торкається основоположного права. Тобто безпосередність і суб'єктивність є важливими передумовами подання конституційної скарги¹. У випадках адміністративного акта або судового рішення, адресованих відповідному носію основоположних прав, такий підхід, звісно, не створює жодних проблем.

У випадку закону ситуація є дещо іншою. У цьому разі безпосередність порушення основоположного права не буде викликати жодних проблем, якщо закон (причому йдеться про окрему норму певного закону!), погрожуючи покарати громадянина або накласти на нього грошовий штраф (наприклад, за порушення громадського порядку), зобов'язує його утримуватися від певних дій: наприклад, брати участь у демонстрації із закритим обличчям (заборона приховування обличчя). У такому випадку громадянин у Німеччині потенційно отримує можливість безпосереднього звернення з конституційною скаргою до Федерального Конституційного суду. Щоправда, треба додати, що успіх такої скарги залежатиме від відповіді на питання, чи відповідає або ж чи суперечить законодавча заборона маскувати обличчя реалізації громадянином його основоположного права на свободу [мирних] зібрань? Інакше кажучи: чи вважається заборона закривати обличчя обмеженням свободи зібрань і, таким чином,

¹ Суб'єктивність – акт стосується суб'єктивних прав особи: право і можливість для особи подати скаргу **безпосередньо** до Суду. – Ред.



чи вважатиметься маскування обличчя під час демонстрації легітимним з точки зору конституційного права? До речі, в Німеччині легітимність такої заборони не викликає жодних сумнівів.

Якщо йдеться про захід публічної влади у формі **адміністративного акта**, який, на думку громадянина, порушує його основоположне право, то він, як правило, спершу повинен звернутися з відповідним позовом до адміністративного суду. Лише після того, як він вичерпав усі можливості адміністративного судочинства або ж іншої судової юрисдикції в інших справах, допускається подання конституційної скарги. Лише в тих випадках, коли довгий шлях судового оскарження з певних причин та обставин є неприйнятним для громадянина, закон дозволяє одразу подати конституційну скаргу.

Скарга може бути спрямована як проти остаточного рішення вищої судової інстанції (як правило), прийнятого стосовно цього громадянина, так і проти спірного адміністративного акта, який є предметом судового розгляду.

Звісно, є ще ціла низка процесуальних норм, які мають бути дотримані для подачі конституційної скарги, наприклад, строки. Але тут вони не розглядаються. Завданням є приділити увагу питанню про те, яким є юридичний профіль врегулювання індивідуальної конституційної скарги в Україні, порівняно з Німеччиною.

Україна передбачила можливість подання конституційної скарги у прийнятих на початку червня 2016р. змінах до Конституції України (ст.151-1):

Стаття 151-1. Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано.

Докладніше врегульована процедура розгляду конституційної скарги також в оновленому Законі України “Про Конституційний Суд України” від 13 липня 2017р. (зокрема, ст.55 і 56, а також ст.77 і 78).

При цьому, український законодавець вирішив запровадити таку модель конституційної скарги, яка вже тривалий час діє в багатьох посткомуністичних державах Східної і Південної Європи та в цілому непогано себе там зарекомендувала. Таким чином, на відміну від Німеччини, окремі акти виконавчої влади (адміністративні акти тощо) або судової влади (судові рішення) не можуть бути **безпосереднім** предметом конституційної скарги, а **лише закони**. Хоч аж ніяк не всі закони, а лише ті, на які спирається рішення, прийняття якого вища судова інстанція України завершила розгляд правового спору громадянина².

Тобто йдеться про модель конституційної скарги, яка поєднує т.зв. “конкретний контроль норм” та скаргу про порушення основоположного права. Спільність цієї моделі з конкретним контролем норм проявляється в її зв’язку з розглядом правового спору у спеціалізованому суді. Спільність з індивідуальною скаргою демонструє право носія основоположного права **самостійно** подавати **безпосередньо** до Конституційного суду заяву про здійснення ним контролю норми. Для цього він має строк, який становить три місяці з моменту набуття рішенням спеціалізованого суду законної сили. Тому можна констатувати, що український конституцієдавець (і законодавець) обрав таку модель конституційної скарги, яку радше можна віднести до (конкретного) контролю норми, який тепер в Україні може ініціювати не лише (спеціалізований) суд, але й носій основоположного права. У такому виборі спостерігається певна обережність, порівняно з т.зв. “скаргою проти конкретного акта”, яка діє в Німеччині. До цієї обережності українського конституцієдавця можна поставитись із розумінням, з огляду на дві наступні причини:

- **по-перше**, в разі поширення конституційної скарги на окремі акти публічної влади завжди виникають більш-менш серйозні проблеми з розмежуванням компетенцій спеціалізованого судочинства, з одного боку, та компетенцій конституційного суду – з іншого (про це свідчить, щонайменше, міжнародний досвід), унаслідок чого між ними потенційно можуть виникати конфлікти;
- **по-друге**, кількість конституційних скарг, що підлягають розгляду, була б значно більшою, порівняно з тими тенденціями, які спричинить обране врегулювання в Конституції України.

Якщо взяти до уваги, що Конституційний Суд України спершу повинен набути досвіду з вирішення та з’ясування особливостей розгляду конституційних скарг, то така обережність може вважатися цілком розумною і виправданою. Незаперечним фактом є те, що запровадження індивідуальної скарги призводить до значного збільшення числа заявників, які звертаються до суду з відповідними поданнями. Наслідком цього буде **перевантаження суду**. У Німеччині така ситуація виникла вже невдовзі після запровадження конституційної скарги. Тому німецький законодавець для розв’язання проблеми перевантаження Федерального Конституційного суду змушений був удатися до кількох законодавчих заходів, хоч і досі ця проблема не вважається повністю вирішеною. Це наочно демонструють результати аналізу відповідної статистики: вже багато років поспіль до Федерального Конституційного суду за рік подається приблизно від 8 000 до 9 000 звернень, які їх відправники без винятків позначають як конституційні скарги. Наступні два показники також є досить виразними: понад 96% усіх проваджень у Федеральному Конституційному суді є провадженнями з розгляду індивідуальних скарг, за якими лише 2% скаржників досягають успіху³!

² Йдеться про т.зв. *нормативну* конституційну скаргу, тоді як у Німеччині діє модель *повної* конституційної скарги – що, за визначенням Венеціанської комісії, “дає можливість всеохопного індивідуального доступу до конституційного правосуддя”, оскільки “особа може оскаржити будь-який акт державної влади”. – Ред.

³ Статистика успішності незвично підвищилася лише в рік об’єднання Німеччини (1990р.) – до 17%, але згодом, до завершення того ж 1990р., вона знову знизилася до майже 2% і залишається такою й до сьогодні.



Така значна диспропорція логічно наштовхує на питання, як можна зменшити велику кількість подання безнадійних і марних конституційних скарг? Які правові інструменти для цього має суд?

МОЖЛИВОСТІ, ЯКІ ДОПОМАГАЮТЬ ПОПЕРЕДИТИ ПЕРЕВАНТАЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ МАРНИМИ СКАРГАМИ ПРО НАЧЕБТО ПОРУШЕННЯ ОСНОВОПОЛОЖНИХ ПРАВ

Ураховуючи досвід Німеччини, питання, як можна уникнути або попередити перевантаження Конституційного Суду України після запровадження конституційної скарги, доцільно ставити завчасно, тобто вже зараз. Із посиланням на досвід конституційного судочинства в Німеччині дозволю собі звернутися до стислого аналізу лише **п'яти процесуальних елементів**, які стали в нагоді Федеральному Конституційному суду:

1. реєстрація конституційних скарг спершу в "Загальному реєстрі" суду та лише після цього – в "Реєстрі проваджень", якщо скажник на цьому наполягатиме після спілкування із Секретаріатом суду;
2. дотримання формальної процедури прийняття скарги до розгляду;
3. вимога дотримання скажником не лише встановленого порядку подання конституційної скарги, але й її ретельного і кваліфікованого обґрунтування;
4. створення колегій у складі трьох суддів, які, замість сенату з восьми суддів, перевіряють конституційні скарги та, за наявності певних передумов, навіть мають компетенцію приймати остаточне рішення по суті;
5. запровадження збору за зловживання правом.

⁴ Федеральний Конституційний суд Німеччини складається з двох сенатів по вісім членів Суду в кожному. Власне конституційні скарги з приводу порушення прав людини і громадянина розглядає перший сенат; другий – переважно спори між державними органами, між федеральним центром і землями, питання про визнання результатів виборів і заборони політичних партій, позови проти Президента Німеччини та суддів. – *Ред.*

⁵ Ідеться про адміністративний або судовий розсуд, в рамках якого суб'єкт розсуду (у цьому випадку – Секретаріат ФКС) не має особистих інтересів у процесі правозастосування, а здійснює покладені на нього посадові повноваження в межах посадових обов'язків, тобто вправі діяти на власний розсуд у межах закону. – *Ред.*

1. Загальний реєстр

Загальний реєстр передбачений та запроваджений нормами Регламенту Федерального Конституційного суду (§§63-65). Реєстрації в Загальному реєстрі підлягають дві різні категорії "звернень", які надходять до поштової канцелярії ФКС:

1. усі звернення, які не належать до компетенції ФКС, також **мають реєструватися**;
2. усі конституційні скарги, які **очевидно** є недопустимими або які **очевидно** не мають шансів на успішне їх задоволення, **можуть** бути зареєстровані в Загальному реєстрі.

Усі інші конституційні скарги, тобто ті, безуспішність яких не вважається очевидною, реєструються безпосередньо в **Реєстрі проваджень** Федерального Конституційного суду. Структура Реєстру проваджень відповідає структурі компетенцій сенатів ФКС⁴.

До **Загального реєстру**, наприклад, вносяться всі звернення, у змісті яких не можна встановити жодного клопотання громадянина, спрямованого до суду (наприклад, такі звернення можуть містити [лише] образливі висловлювання на адресу ФКС чи його окремих суддів або ж критику його окремих рішень). Водночас, реєструються звернення зі скаргами загального характеру на будь-які акти держави, іноді навіть без зазначення конкретного акта або державного органу, який їх прийняв. Також це можуть бути заяви або клопотання, виконання яких не належить до компетенції Федерального Конституційного суду, наприклад, прохання громадянина надати йому певну правову інформацію або інформацію про певні триваючі в суді провадження або ж заяви про відшкодування шкоди чи виплату грошової суми для компенсації порушень прав цієї особи тощо.

Реєстрація конституційних скарг у Загальному реєстрі хоч і не є обов'язковою (вона належить до права розсуду Секретаріату ФКС⁵), але фактом є те, що понад 50% поданих до Федерального Конституційного суду конституційних скарг реєструються не відразу в Реєстрі проваджень, а саме (щонайменше, спочатку) в Загальному реєстрі. Підставою для цього є те, що в Секретаріаті ФКС працюють кваліфіковані юристи, які їх перевіряють і визначають, чи має скарга шанси на успіх, чи ні. Оскільки їм добре відома усталена судова практика Федерального Конституційного суду, то вони, як правило, можуть без ускладнень встановити наявність або відсутність у конституційної скарги шансів на успішне задоволення. Про результати такої перевірки співробітники Секретаріату ФКС повідомляють відправника конституційної скарги. У такий спосіб, ще до того, як безпосередньо сам суд займатиметься зверненням, між громадянином і Секретаріатом ФКС виникає діалог. Результатом такого діалогу в багатьох випадках може бути згода



громадянина з правовою оцінкою його скарги Секретаріатом ФКС та, як наслідок, її відкликання. У такому випадку скарга видаляється із Загального реєстру.

Якщо ж громадянин наполягає на тому, щоб його скарга була розглянута саме Федеральним Конституційним судом, то вона **повинна бути** зареєстрована в Реєстрі проваджень. Тобто “звернення”, ідентифіковане Секретаріатом як конституційна скарга, повинно бути передане ФКС навіть у випадку, якщо Секретаріат вважає його таким, що не має шансів на задоволення. Отже, фільтр у вигляді Секретаріату не спрацьовує абсолютно в усіх випадках, особливо, якщо скажчик є наполегливим і бажає розгляду його “звернення” саме суддями ФКС. Хоч у такому разі його можуть попередити про потенційний ризик сплати ним збору за зловживання правом.

Як уже зазначалося, поряд із Загальним реєстром є також Реєстр проваджень, до якого вносяться звернення, ідентифіковані як конституційні скарги. Це приблизно від 5 000 до 6 000 скарг на рік. Цифри цієї статистики наочно свідчать про те, що Секретаріат Федерального Конституційного суду, який добре функціонує, може бути ефективним і важливим фільтром для документів, що надходять до суду, оскільки впродовж року йому вдається відфільтровувати до 3 000 звернень на їх шляху до Реєстру проваджень і в такий спосіб істотно розвантажити суд і суддів.

2. Найважливіший фільтр: процедура прийняття звернення до розгляду

Якщо конституційна скарга внесена до Реєстру проваджень, то надалі настає черга другого важливого фільтра в рамках її опрацювання: процедура прийняття скарги до розгляду. Вона запроваджена в 1963р. і відтоді кілька разів ускладнювалася. Процедура прийняття до розгляду є обов’язковою. Треба наголосити на тому, що конституційна скарга приймається Федеральним Конституційним судом для більш детальної перевірки лише у двох випадках:

1. якщо скарга має “принципове конституційно-правове значення”. Принципове значення вона матиме в тому разі, якщо її вирішення не впливає вже просто із змісту самого Основного закону Німеччини, а є потреба в ретельному та додатковому конституційно-правовому розгляді з прийняттям відповідного рішення; інакше кажучи – якщо справа є, з цієї точки зору, досить складною;

2. якщо прийняття рішення Федеральним Конституційним судом у справі вважається конче потрібним для реалізації [відновлення] скажником його порушеного основоположного права, і він зазнає суттєвих негативних наслідків, якщо скарга не буде прийнята до розгляду та не вирішена судом.

Якщо обох зазначених ознак немає, то суд може відмовитися від прийняття справи до (більш детального) розгляду.

У рамках процедури прийняття скарги до розгляду важливу роль відіграють наступні два важливі фактори, кожен з яких виконує відчутну роль фільтра та істотно сприяє розвантаженню Федерального Конституційного суду в цілому:

1. рішення про прийняття конституційної скарги до розгляду приймається колегією у складі трьох суддів (а не всіма вісьмома суддями сенату) та
2. наявність жорстких вимог до обґрунтування конституційної скарги, тобто до ретельного та аргументованого представлення позиції скажника стосовно факту порушення його основоположного права (права людини або громадянина) протиправним актом публічної влади і доведення, що таке переконання скажника ґрунтується в т.ч. й на судовій практиці Федерального Конституційного суду.

3. Колегії в обох сенатах

В обох сенатах Федерального Конституційного суду – з урахуванням розподілу компетенцій між ними – створені відповідні колегії. Вони, насамперед, вирішують питання про прийняття конституційних скарг до розгляду, причому одностайно. Це, зокрема, означає: якщо всі три судді колегії голосують проти прийняття скарги до розгляду, то вона вважається відхиленою. Таке рішення колегії не підлягає оскарженню, тобто воно є остаточним. Якщо колегія одностайно дійде висновку, що конституційна скарга є цілком обґрунтованою та узгоджується із судовою практикою Федерального Конституційного суду, то в такому разі колегія самостійно задовольняє конституційну скаргу. Тобто колегія приймає рішення не лише про прийняття скарги до розгляду, але й вирішує її по суті. Якщо ж три судді колегії не досягають єдності за жодною з описаних можливостей рішення, то конституційна скарга передається на розгляд питання про її прийняття до розгляду в тому сенаті, до якого належить колегія. Якщо три члени відповідного сенату голосують за прийняття скарги до розгляду, то вона вважається прийнятою і надалі розглядається сенатом у рамках звичайного провадження: сенат спершу перевіряє конституційну скаргу на її допустимість та обґрунтованість.

4. Ретельне обґрунтування конституційної скарги

Федеральний Конституційний суд багато років напрацьовував практику та поступово посилював вимоги до якості та детальності обґрунтування конституційної скарги. Згідно з ними, скажчик повинен надати обґрунтоване пояснення його позиції та довести, що його право було порушене зазначеним



ним конкретним актом публічної влади (органом держави, органом місцевого самоврядування; установою, фондом або корпорацією публічного права). Якщо він не здатен цього зробити або ж його обґрунтування є надто поверховим, то, скоріш за все, у прийнятті скарги до розгляду буде відмовлено.

Причина надання Федеральним Конституційним судом такого великого значення обґрунтуванню конституційної скарги є досить простою: чим ретельніше скарга буде обґрунтована, тим легше суду цілеспрямовано і швидко розпочати аналіз описаних у ній правових проблем, перевірити їх та прийняти рішення. У такий спосіб ретельне обґрунтування скарги також істотно сприяє розвантаженню Федерального Конституційного суду.

5. Збір за зловживання правом

Закон про Федеральний Конституційний суд передбачає для процедур розгляду конституційних скарг і скарг щодо перевірки результатів виборів можливість застосування т.зв. “карального збору” (тобто фінансової санкції), якщо до нього свідомо подаються скарги, які цілком очевидно не матимуть жодних шансів на їх позитивне вирішення. Запровадження такої санкції обґрунтоване наступним чином: (1) правовий інститут конституційної скарги спрямований на створення для особи, права якої були порушені, можливості домогтися їх відновлення та усунення неправомірної ситуації; (2) оскільки лише така ціль виправдовує використання громадянином фінансованих державою (тобто платниками податків) органів юстиції, то свідоме подання явно безпідставних та очевидно безуспішних скарг законодавець не вважає розумним, раціональним і належним способом використання зазначеної можливості. Йдеться про ситуацію зловживання правовим інститутом – і саме з огляду на це збір був названий “збором за зловживання правом”; його максимальний розмір наразі сягає €2 600 (ст.34 Закону про ФКС).

Принагідно треба зазначити, що Федеральний Конституційний суд схильний вдаватися до стягнення такого збору також у тих випадках, коли зміст конституційної скарги сформульований у грубій, необ’єктивній, образливій або принизливій формі або ж спрямований на те, щоб образити конкретних осіб чи навіть зашкодити їм.

Практика Федерального Конституційного суду щодо стягнення збору за зловживання правом є досить мінливою. У деякі роки випадків стягнення можна нарахувати понад 300, а в інші – не більше 12. Загалом, можна зазначити, що ФКС досить стримано користується таким його правом. Тому значення цієї санкції та її ефективність є досить помірними. Таке становище пов’язане, зокрема з тим, що санкція застосовується вже після того, як скарга подана до суду. Тобто стримуюча дія збору за зловживання правом є досить незначною.

ПРОПОЗИЦІЇ ДЛЯ УКРАЇНИ

1. Досвід Німеччини свідчить про те, що завчасний, професійний, серйозний **контакт і діалог** між Секретаріатом суду і приватною особою,

яка звертається до суду, відіграє дуже важливу роль з точки зору фільтра. Для того, щоб забезпечити функціонування цього інструмента, не обов’язково має бути задіяний законодавець. Конституційний суд сам може врегулювати ці питання через внутрішні процедури та відповідну внутрішню побудову своєї адміністрації. Корисною також може бути добре опрацьована, юридично бездоганна і зрозуміло викладена інформаційна брошура суду з поясненнями процедури подання та розгляду конституційної скарги, яка, звичайно, має бути доступною також і в Інтернеті.

2. Оскільки конституційна скарга в Україні врегульована у вигляді модифікованого контролю за нормами і в такий спосіб поєднана з передуючим їй судовим провадженням, яке, як правило, має бути завершене прийняттям рішення по суті справи вищою судовою інстанцією загального судочинства або відповідного спеціалізованого суду, то не вбачається нагальної потреби в запровадженні **формальної процедури прийняття скарги до розгляду**. Обмеження предмета скарги лише законом, покладеним в основу судового рішення, робить запровадження такої процедури зайвим. Отже, конституційний суд, на підставі діючого в ньому плану розподілу справ, може відразу перейти до перевірки допустимості конституційної скарги.
3. Завдяки утворенню менших (за чисельністю суддів) складів, які прийматимуть (проміжні) рішення у складі “колегій”, Конституційний суд України також діє в напрямі розвантаження його сенатів і схожий в такому підході зі структурою Федерального Конституційного суду.
4. Важливою вимогою до змісту конституційної скарги має бути вимога її ретельного та кваліфікованого **обґрунтування** скаржником. Тут постає питання про залучення юридичної допомоги з боку адвоката або науковця-правника – на цей важливий аспект процедури подання конституційної скарги особливу увагу потенційного скаржника має звертати згадана в п.1 інформаційна брошура.
5. Також немає заперечень проти можливого запровадження **збору за зловживання правом**, зокрема, коли йдеться про приватну особу, яка в рамках розгляду спірного провадження вже прогнала в кількох інстанціях загального судочинства. Тому наявність такого збору, можливо, стримуватиме від подальших легковажних скарг до Конституційного суду стосовно норм певного закону, конституційність якого є очевидною і підтверджена попередніми рішеннями. Можна поміркувати лише над питанням про можливість застосування збору за зловживання правом до юридичного радника скаржника, оскільки головна відповідальність за подання легковажної конституційної скарги проти певного закону до конституційного суду може лежати саме на ньому. ■

КОЛІЗІЇ У ВИЗНАЧЕННІ БЕЗСТОРОННОСТІ ТА НЕУПЕРЕДЖЕНОСТІ У ПРОЦЕСІ ФОРМУВАННЯ ВЕРХОВНОГО СУДУ



Василь ГОР,
професор, завідувач кафедри
кримінального процесу
і криміналістики
Львівського національного
університету ім.І.Франка,
доктор юридичних наук



Оксана КАЛУЖНА,
доцент кафедри
кримінального процесу
і криміналістики
Львівського національного
університету ім.І.Франка,
кандидат юридичних наук

*Довіру до влади визначають не помилки в управлінні,
а спосіб реагування влади на них
(автор невідомий)*

Правнича спільнота, принаймні певна її частина, спостерігала за перебігом конкурсу до нового Верховного Суду (ВС) та розглядом Вищою радою правосуддя (ВРП) рекомендацій Вищої кваліфікаційної комісії суддів (ВККС) про призначення суддями ВС та внесення Президентів України відповідних подань. Одним з найбільш резонансних питань під час цих процесів, особливо під час розгляду ВРП рекомендацій ВККС, до якого була прикута увага різних ЗМІ, юридичних професійних спільнот, були питання про конфлікт інтересів, самовідводи, наявність підстав для відводів.

Не могло не привернути уваги одне з засідань ВРП, під час якого доповідач щодо одного з рекомендованих ВККС кандидатів до Верховного Суду у своїй доповіді озвучив, що він пропрацював з кандидатом тривалий період в одному суді (близько 10 років), тривалий час грав з ним у футбол в одній футбольній команді суддів, але не перебуває з кандидатом у дружніх стосунках, і вказані факти не вважає такими, що можуть перешкоджати йому бути об'єктивним і безстороннім під час підготовки доповіді та прийняття рішення ВРП про внесення подання Президентів про призначення цього кандидата суддею ВС.

Ця та аналогічні ситуації не могли не спонукати до аналізу щодо наявності (відсутності) конфлікту інтересів, підстав для відводів (самовідводів) та шляхів їх вирішення. Аналіз цих ситуацій переконував, що це не просте юридичне питання, а юридична проблема, причому колізійного і навіть світоглядно-соціального характеру, і довів потребу пошуку шляхів її розв'язання. Звичайно, йдеться про шляхи вирішення цієї проблеми в ідеалі, теоретично, адже в реальному житті ці питання уже вирішені ВРП. Однак пошук найоптимальнішого, найправильнішого вирішення будь-якого юридично непростого питання ніхто не забороняє. Радше навпаки, це саме і є завданням юридичної науки.

На засіданні 5 вересня 2017р. ВРП вирішувала питання щодо врегулювання конфлікту інтересів членів ВРП А.Лесько та А.Олійник. При цьому, було прийнято рішення, що вони не братимуть участі в розгляді ВРП та одноособово матеріалів стосовно осіб, щодо яких ВККС внесені рекомендації про призначення

на посаду судді ВС, та ухваленні відповідних рішень. Таке рішення ВРП прийняла за результатом розгляду заяв членів ВРП А.Лесько та А.Олійник від 21 серпня 2017р. про можливість потенційного конфлікту інтересів у зв'язку з їх перемогою в конкурсі на посади суддів Касаційного цивільного суду у складі ВС.

За інформацією на офіційній Інтернет-сторінці ВРП, напередодні на запит ВРП Національне агентство з питань запобігання корупції (НАЗК) у своєму листі №45-10/28335/17 від 14 серпня 2017р., який надійшов на адресу ВРП 19 серпня 2017р., повідомило, що “члени ВРП, які стали переможцями конкурсу на зайняття вакантних посад суддів Верховного Суду, не мають права брати участь у розгляді та прийнятті ВРП рішень стосовно розгляду рекомендацій ВККС України призначення їх на посади Верховного Суду”¹. Більше інформації про призначення суддів та щодо внесення (відмови у внесенні) Президентові подання з цього питання офіційний сайт ВРП не повідомляє, тексту листа НАЗК від 14 серпня 2017р. у відкритому доступі не розміщено. Водночас, член ВРП А.Лесько публічно на своїй сторінці у Facebook 6 вересня 2017р. в доповнення до викладеного вище написала: “... на запит ВРП Національне агентство з питань запобігання корупції у листі від 14 серпня 2017р. №45-10/28335/17, який надійшов на адресу Вищої ради правосуддя 19 серпня 2017р., повідомило, що **факт спільної роботи членів Вищої ради правосуддя в одному з кандидатом на посаду судді підприємств, установі, організації (в суді, прокуратурі, адвокатурі, науковій установі/навчальному закладі тощо) не може свідчити про наявність у членів Вищої ради правосуддя приватного інтересу як обов’язкової складової конфлікту інтересів**. Зазначене дає можливість чинному складу ВРП ухвалювати рішення щодо внесення (відмови у внесенні) Президентові України подання про призначення мене на посаду судді Верховного Суду”².

Гіпотетично не складно дійти висновку, що за іншої, протилежної, відповіді НАЗК – “факт спільної роботи членів ВРП в одному з кандидатом на посаду судді підприємств, установі, організації (в суді, прокуратурі, адвокатурі, науковій установі/навчальному закладі тощо) може свідчити про наявність у членів Вищої ради правосуддя приватного інтересу як обов’язкової складової конфлікту інтересів”, – для усіх інших членів ВРП як фактично теперішніх співробітників А.Лесько та А.Олійник в одному органі засадничо унеможливує брати участь у розгляді рекомендації ВККС про призначення самих А.Лесько та А.Олійник на посади суддів Верховного Суду. Отже, за змодельованої відповіді НАЗК А.Лесько та А.Олійник фактично позбавлялися б можливості бути внесеними поданням ВРП Президенту України для видання указу про призначення їх суддями ВС, бо апріорі неможливо було б сформувати повноважний склад ВРП для розгляду рекомендацій щодо них як кандидатів до ВС. Змодельована відповідь НАЗК, свою чергою, фактично унеможливувала б реалізацію А.Лесько та А.Олійник їх права стати суддями

нового ВС. Тобто їх участь у конкурсі до ВС була б наперед приреченою на неуспіх, недоцільною, бо не мала б шансів увінчатись у перспективі можливістю обійняти посади суддів у новому ВС. А отже, такий шлях обмежував би цих двох кандидаток до ВС (а також гіпотетично й інших членів ВРП) у реалізації як мінімум двох конституційних прав: права на вільний вибір професійної діяльності та права на рівність (стосовно інших суддів Вищих судів).

Слушно відзначила й сама А.Лесько: “Я є суддею Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Рішенням з’їзду адвокатів України призначена (шляхом обрання за процедурою таємного голосування) членом Вищої ради юстиції (Вищої ради правосуддя), у зв’язку з чим відряджена для роботи у зазначеному органі на чотири роки. При цьому залишаюся суддею ВССУ. Тому, відповідно до п.14 Розділу XII Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, я мала право брати участь у конкурсі на посаду судді Верховного Суду у порядку, визначеному цим Законом”³. Зрештою, для ствердження цього права не обов’язково було посылатися на п.14 Розділу XII Закону “Про судоустрій і статус суддів”, який є уточнюючою нормою-гарантією, що чітко закріплює право суддів Вищих судів України та ВСУ брати участь у конкурсі до ВС. Якщо змодельовати інші ситуації, наприклад, якби член ВРП був суддею у відставці або представником наукового юридичного товариства чи адвокатури, але відповідав би одній з вимог ст.38 Закону “Про судоустрій і статус суддів”, – у нього було б право брати участь у конкурсі до Верховного Суду в силу норми цієї основної загальної статті.

Отже, на фоні ситуації з А.Лесько та А.Олійник – членів ВРП та переможців конкурсу до Верховного Суду – з теоретичної точки зору цілком очевидно є колізія у правовому регулюванні (**правова колізія №1**), а саме:

1) з одного боку, норм Закону “Про судоустрій і статус суддів”, що визначають підстави участі в конкурсі до ВС, а також конституційних норм гарантій “Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непогнурними” (ст.21 Конституції), “Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками” (ст.24), “Кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується” (ст.43);

¹ А.Олійник та А.Лесько не братимуть участі у розгляді ВРП, її органами та одноособово матеріалів стосовно кандидатів на посади суддів Верховного Суду, – рішення Вищої ради правосуддя. – Вища рада правосуддя, новини та повідомлення від 6 вересня 2017р., <http://www.vru.gov.ua/news/2656>.

² Алла Лесько. Щодо врегулювання конфлікту інтересів. – https://www.facebook.com/permalink.php?story_fbid=264884417338147&id=100014497717045.

Тут і далі всі виділення авторські.

³ Там само.

2) з іншого – норм законів “Про запобігання корупції”, “Про судоустрій і статус суддів”, “Про Вищу раду правосуддя”, що визначають гарантії неупередженості, безсторонності членів ВККС та ВРП як органів суддівського самоврядування, зокрема під час конкурсів на зайняття посад суддів та кваліфікаційного оцінювання суддів. Законодавче регулювання окресленого кола питань підпорядковується вищим (конституційним) нормам і вищій, глобальній меті – належно сформованому суддівському корпусу. Так, ст.3 Конституції проголошує “людину, її життя і здоров’я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищими соціальними цінностями в Україні. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов’язком держави”. На виконання цієї стержневої конституційної аксіоми ст.6 Конституції гарантує: “державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову”. “Правосуддя в Україні здійснюють виключно суди” (ст.124). “Правосуддя здійснюють судді. ... На посаду судді може бути призначений громадянин України, не молодший тридцяти та не старший шістдесяти п’яти років, який має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше п’ять років, є компетентним, добросовісним та володіє державною мовою. Законом можуть бути передбачені додаткові вимоги для призначення на посаду судді” (ст.127). “Незалежність і недоторканність судді гарантуються Конституцією і законами України” (ст.126). “Суд ухвалює рішення іменем України. Судове рішення є обов’язковим до виконання” (ст.129-1). Як видно, вказані конституційні положення в силу важливості правосуддя в механізмі державної влади визначають спрямованість законодавства та діяльності всіх інституцій держави щодо максимально прозорого, чесного, неупередженого (безстороннього) формування суддівського корпусу.

Як бачимо, на шальках терезів розмістились однаково конституційні цінності. Причому для виваженого вирішення цієї колізії – які з цінностей є істотнішими, – потрібне глибоке системне й доктринальне правотлумачення, співставлення пропорційності інтересів – інтересу приватних осіб й інтересу суспільного – права на належний справедливий суд, і довіру до нього всієї української спільноти. Означена колізія правових норм у жодному випадку не є простою, поверхневою “задачкою на одну дію”, як може *prima facie* видатись із тексту зазначеного листа НАЗК. Насправді, за вказаним у листі НАЗК рішенням має стояти не озвучений у самому листі ланцюжок умовиводів. Хотілося б сподіватись, що такий мав місце. А чи так це?

Найперше, варто звернути увагу, що роз’яснення НАЗК: “члени ВРП, які стали переможцями конкурсу на зайняття вакантних посад суддів Верховного Суду, не мають права брати участь у розгляді та прийнятті Вищою радою правосуддя рішень стосовно розгляду рекомендацій Вищої кваліфікаційної комісії суддів України про призначення суддів та



щодо внесення (відмови у внесенні) Президентом України подання про призначення їх на посади суддів Верховного Суду” – є недосконалим з токи зору техніки його викладу, оскільки допускає двочитання, і тому не є остаточно визначеним. З формулювання витікає двозначність: члени ВРП, які стали переможцями конкурсу до ВС, не мають права (а) брати участь у розгляді та прийнятті Вищою радою правосуддя рішень стосовно розгляду рекомендацій Вищої кваліфікаційної комісії суддів України про призначення усіх суддів - переможців конкурсу рекомендованих ВККС і щодо себе в т.ч.; чи (б) не мають права брати участь у розгляді та прийнятті Вищою радою правосуддя рішень стосовно розгляду рекомендацій Вищої кваліфікаційної комісії суддів України про призначення суддями та щодо внесення (відмови у внесенні) Президентом України подання про призначення на посади суддів Верховного Суду тільки їх – членів ВРП, переможців конкурсу.

Разом з тим, на основі цього листа НАЗК, ВРП прийняла рішення, що А.Лесько та А.Олійник не братимуть участі в розгляді ВРП всіх рекомендацій ВККС про призначення суддями та внесення подань Президенту України. Вважаємо, таке рішення є правильним. Адже воно ґрунтується на класичній підставі для відводу, відомій і студентам-юристам, які лише починають вивчати процесуальне право, – “ніхто не може бути суддею у власній справі”. У силу ч.4 ст.37 Закону “Про вищу раду правосуддя” ВРП може ухвалити рішення про відмову у внесенні Президенту подання про призначення судді на посаду відповідно до п.1 ч.19 ст.79 Закону “Про судоустрій і статус суддів” тільки на підставі обґрунтованих відомостей, які були отримані Вищою радою правосуддя в передбаченому законом порядку, якщо: (1) такі відомості не були предметом розгляду Вищої кваліфікаційної комісії суддів України; (2) Вища кваліфікаційна комісія суддів України не дала належної оцінки таким відомостям у межах процедури кваліфікаційного оцінювання щодо відповідного кандидата.

Отже, ВРП здійснює оцінку законності процедури і результатів конкурсу, дій (бездіяльності) ВККС, тобто, по суті, виконує функцію суду в межах участі ВРП у

процедурах формування суддівського корпусу. А відтак, цілком логічно і передбачувано, що члени ВРП, які самі пройшли конкурсну процедуру на посади суддів Верховного Суду, не мають права у статусі арбітра оцінювати законність процедури конкурсу ні щодо себе самих, ні щодо інших учасників конкурсу. Принагідно варто змодельовати – якби члени ВРП, які були учасниками конкурсу до ВС, не стали переможцями конкурсу і їх участь була б припинена, – чи вплинув би такий факт на наявність підстав для відводу та конфлікту інтересів? Видається, що ні. Підставою для відводу та наявності конфлікту інтересів є факт проходження конкурсу, незалежно від його результатів. Власне внаслідок цього факту особа не може вважатися безстороннім арбітром, якому доручено вирішувати питання законності рекомендацій ВККС про призначення переможців суддями ВС. Для більш доступного сприйняття такого висновку можна навести аналогію випадок: чи вплине факт розлучення судді на його можливість розглядати справу за позовом його колишньої дружини до будь-якої особи. Думається, відповідь очевидна та однозначна.

Однак, питання про можливість/неможливість розгляду членами ВРП, які перемогли в конкурсі до ВС, рекомендацій ВККС про призначення суддями ВС усіх 120 кандидатів – це лише один бік (аверс) монети у проблемі колізії правового регулювання забезпечення безсторонності й неупередженості ВРП як юрисдикційного органу, до підвідомчості якого Конституцією віднесено внесення рекомендацій Президенту про призначення суддями. Інших бік монети (реверс) у цій колізії становить питання: чи могла ВРП розглядати рекомендації ВККС про призначення суддями членів ВРП переможців конкурсу? Адже всі члени діючого складу ВРП є співробітниками, і ні для кого не секрет, що для зовнішнього спостерігача це сприймається як “колеги рекомендували колегу”, про що було чимало публікацій у ЗМІ. Питання дуже непросте.

Як відомо з подальшого розвитку подій, роз’яснення НАЗК, що **“факт спільної роботи членів Вищої ради правосуддя в одному з кандидатом на посаду судді підприємстві, установі, організації (в суді, прокуратурі, адвокатурі, науковій установі/навчальному закладі тощо) не може свідчити про наявність у членів Вищої ради правосуддя приватного інтересу”** лягло в основу прийнятих ВРП 12 вересня 2017р. рішень за результатами розгляду заяв членів ВРП про самовідводи під час розгляду питання про внесення подання Президенту про призначення кандидатів на посади суддів касаційних судів у складі Верховного Суду⁴. З ознайомлення з повідомленням на офіційній Інтернет-сторінці ВРП вбачається, що члени ВРП заявили самовідводи переважно з причини попередньої спільної роботи з рекомендованими ВККС кандидатами на посади

суддів ВС в одному суді, вузі, а також й з інших причин⁵. Посилаючись на статті 33, 34 Закону “Про Вищу раду правосуддя”, ВРП ухвалила відмовити в задоволенні переважної більшості заяв членів ВРП про самовідвід під час розгляду питання щодо внесення подання Президенту про призначення суддів ВС. Як видно з приведеного повідомлення, спільна робота члена ВРП з кандидатом на посаду судді в одному органі, установі, організації не трактована ВРП як підстава для задоволення заяв про самовідвід. З перегляду трансляцій засідань ВРП⁶ стає відомою додаткова мотивація таких рішень: “не перебування члена ВРП з кандидатом до ВС у дружніх чи інших особистих стосунках”.

Не можна не зауважити, що інший результат вирішення заяв про самовідводи членів ВРП під час розгляду рекомендацій ВККС щодо кандидатів до ВС, з якими вони мали спільний досвід праці в одному органі, підприємстві, установі, організації, порушував би принцип рівності стосовно всіх рекомендованих ВККС кандидатів до ВС, як і щодо членів ВРП, та був би прикладом неоднакового, вибіркового застосування співвідносно з застосованим підходом щодо можливості розгляду ВРП рекомендацій її членів А.Лесько та А.Олійник. З цієї точки зору, рішення ВРП про нерозцінення факту колишнього співробітництва кандидата до ВС з членом/ами ВРП, як підстав для відводу, є логічно взаємопов’язаними та послідовними.

Так само, слід відзначити, що у процедурі розгляду рекомендацій ВККС під час призначення суддів та внесення подань Президенту, вимоги антикорупційного законодавства щодо врегулювання конфлікту інтересів ВРП повністю дотримано. Для зрозумілості цього висновку необхідно (а) привести мінімальні законодавчі та теоретичні положення щодо конфлікту інтересів та (б) прослідкувати відповідність їм дій ВРП.

Конфлікт інтересів – це конфлікт між публічно-правовими обов’язками і приватними інтересами державної посадової особи, за якого її приватні інтереси, котрі впливають з її положення як приватної особи, здатні неправомірним чином вплинути на виконання цією державною посадовою особою її офіційних обов’язків або функцій. Тобто конфлікт інтересів – це ситуація, за якої службова особа, виконуючи свої обов’язки, має приватний інтерес (особисту заінтересованість), який хоча і не обов’язково призводить до прийняття неправомірного рішення або вчинення неправомірного діяння, але здатний до цього призвести⁷.

Приватний інтерес не обмежується фінансовими чи матеріальними інтересами або тими інтересами, які дають службовій особі пряму особисту вигоду,

⁴ Рада розглянула заяви членів ВРП про самовідвід при розгляді питання про внесення подання Президенту України про призначення на посади суддів Верховного Суду. – Вища рада правосуддя, новини та повідомлення від 13 вересня 2017р., <http://www.vru.gov.ua/news/2699>.

⁵ Там само.

⁶ Відеотрансляція засідання Вищої ради правосуддя 14-25 вересня 2017р. – <https://www.youtube.com/watch?v=r2F90PezReM>.

⁷ Посібник з питань врегулювання конфліктів інтересів на державній службі. – <https://www.kadrovik01.com.ua/article/198-metodichn-rekomendats-z-pitan-zapobgannya-ta-vregulyuvannya-konfliktu-nteresv>.

в т.ч. неправомірну. Це означає, що конфлікт інтересів може бути пов'язаний із цілком правомірними діями службовця як приватної особи, його належністю до громадських організацій, сімейними інтересами тощо, за умови, що ці інтереси здатні з певною вірогідністю реально спричинити неналежний вплив на виконання цієї службовою особою своїх службових повноважень. Таким чином, незважаючи на те, що далеко не кожен конфлікт між службовими повноваженнями і приватним інтересом здатен призвести до неправомірних рішень чи діянь, кожен із конфліктів інтересів здатен створити таку ситуацію у випадку, якщо не буде вчасно та належним чином задекларований, оцінений та врегульований⁸.

Конфлікт інтересів сам по собі не є корупцією і не утворює складу корупційного делікту, однак, залишаючись не врегульованим, він створює передумови для зловживання владою, відхилення від суспільних очікувань, корупції. За порушення вимог антикорупційного законодавства в частині запобігання та врегулювання конфлікту інтересів передбачено адміністративну та дисциплінарну відповідальність.

Закон “Про запобігання корупції” від 14 жовтня 2014р. виділяє два види конфлікту інтересів: *реальний конфлікт інтересів* (абз. 12 ч.1 ст.1 Закону) та *потенційний конфлікт інтересів* (абз. 8 ч.1 ст.1 Закону).

Реальний конфлікт інтересів – це суперечність між приватним інтересом особи та її службовими чи представницькими повноваженнями, що впливає на об'єктивність або неупередженість прийняття рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених повноважень. Для національного терміну реального конфлікту інтересів характерна наявність трьох об'єктивних компонентів: приватний інтерес; службове повноваження, представницьке повноваження; протиріччя між ними, що впливає на об'єктивність або неупередженість рішення, діяння службової особи⁹. *Приватний інтерес* – будь-який майновий чи немайновий інтерес особи, в т.ч. зумовлений особистими, сімейними, дружніми чи іншими позаслужбовими стосунками з фізичними чи юридичними особами, в т.ч. ті, що виникають у зв'язку з членством або діяльністю у громадських, політичних, релігійних чи інших організаціях. Важливо підкреслити, що законодавцем використано словосполучення “в тому числі”, тобто в дефініції окреслено лише найбільш типові форми стосунків, які можуть зумовлювати наявність майнового чи немайнового інтересу, а отже перелік самих стосунків не є вичерпним. Практично це означає, що кожен службовець під час виконання своїх повноважень повинен брати до уваги весь спектр своїх не лише правових (юридичних), але й соціальних (приватних) відносин, які зумовлюють виникнення майнового чи немайнового інтересу. Законом не встановлюється заборон чи обмежень на



наявність приватного інтересу (приватного життя) як такого. Йдеться про дотримання правил етичної поведінки службовця та відповідну оцінку приватних інтересів через призму можливого їх негативного впливу на об'єктивність прийняття рішень чи діянь службовця під час реалізації своїх службових чи представницьких повноважень.

Наявність протиріччя між інтересом та повноваженням встановлюється в кожному окремому випадку виконання доручення, розгляду листа, здійснення контрольного заходу тощо, шляхом порівняння повноважень та існуючого у особи приватного інтересу з подальшим визначенням можливості (неможливості) такого інтересу вплинути на об'єктивність чи неупередженість прийняття рішення, вчинення діяння службовою особою. Важливо розуміти, що *конфлікт інтересів існуватиме в усіх випадках, коли у особи є приватний інтерес, здатний вплинути на об'єктивність чи неупередженість рішення. Навіть тоді, коли прийняті нею рішення за наявності приватного інтересу є об'єктивними та неупередженими і відповідають закону. У цьому випадку буде мати місце втрата суспільної довіри до службової особи та органу влади, в якому вона працює.* Крім того, коли приватний інтерес “не спровокував” прийняття незаконного рішення, окремому розгляду підлягатиме питання наявності/відсутності в рішеннях, діяннях службової особи фактів зловживання службовими повноваженнями, одержання неправомірної вигоди чи інших корупційних правопорушень¹⁰.

Потенційний конфлікт інтересів – тобто наявність у особи приватного інтересу у сфері, в якій вона виконує свої службові чи представницькі повноваження, що може вплинути на об'єктивність чи неупередженість прийняття нею рішень, або на вчинення чи невчинення дій під час виконання зазначених

⁸ Методичні рекомендації з питань запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, затверджені рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції №2 від 14 липня 2016р. – <https://www.kadrovik01.com.ua/article/198-metodichn-rekomendats-z-pitan-zapobgannya-ta-vregulyuvannya-konfliktu-nteresv>.

⁹ Там само.

¹⁰ Там само.

повноважень. Як видно з визначення, різниця з реальним конфліктом інтересів полягає в тому, що у випадку потенційного конфлікту приватний інтерес може вплинути на об'єктивність прийняття службовцем рішення чи вчинення діянь лише в майбутньому під час настання певних обставин. Фактично, йдеться про різний проміжок часу виникнення та, відповідно, виявлення конфлікту інтересів, що дозволяє запобігти на більш ранній стадії прийняттю неправомірних рішень чи вчиненню діянь.

При цьому, важливо розуміти, що вплив приватного інтересу може означати два типи наслідків і обидва свідчитимуть про його наявність:

1. приватний інтерес не призводить до прийняття службовою особою незаконного рішення чи вчинення неправомірного діяння, проте його ухвалення в умовах реального конфлікту інтересів підриває суспільну довіру до нього та органу, в якому він працює ... ;
2. приватний інтерес призводить до прийняття незаконного рішення чи вчинення неправомірного діяння (п.3 Методичних рекомендацій з питань запобігання та врегулювання конфлікту інтересів у діяльності осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та прирівняних до них осіб, затверджених рішенням НАЗК №2 від 14 липня 2016р.)¹¹.

Отже, як видно з наведеного, у членів ВРП не виключалась наявність *реального конфлікту інтересів*, що міг мати негативний вплив на об'єктивність прийняття рішень членів ВРП під час реалізації своїх службових повноважень при розгляді рекомендацій ВККС про призначення судьями ВС своїх колишніх співробітників, із якими вони мали досвід спільної праці в одному органі, установі, вузі тощо.

Здавалось б, загальноочевидним уявляється факт, що за час спільної праці в одному органі, підприємстві, установі, організації у співробітників складаються не лише вузькопрофесійні службові стосунки, але й певною мірою неформальні. У кожного співробітника формується власна думка про інших колег, і не тільки про рівень їх компетентності, ставлення до праці, виконавчість, ретельність тощо, але й про їх людські якості – порядність, принциповість, лояльність, гнучкість тощо. Врешті-решт, унаслідок співпраці у колег формується й внутрішнє взаємне ставлення (суб'єктивні оцінки) один до одного, на яке впливали ті ж робочі моменти – вчасне чи невчасне, якісне чи неякісне (і на скільки) виконання колегією свого обсягу роботи в рамках спільних проектів, вміле чи невміле, етичне чи неетичне вирішення колегією конфліктів, і навіть прозаїчна ввічливість, приязність, людяність, взаємодопомога, об'єктивність людей щодень, їх орієнтаційні цінності, кругозір, хобі, зацікавлення, смаки і навіть почуття гумору або навпаки виняткова серйозність. Усе це в комплексі впливає та

формування взаємного ставлення й оцінок співробітників один одного – повагу, посередність або й неприязнь, чи навпаки захоплення. Доречі, при виборах сторонами процесу журі присяжних враховуються якраз усі ці та подібні фактори (ціннісні орієнтації). Тому в ситуаціях, коли від рішення одного співробітника залежить просування по службі іншого його співробітника (в нашому випадку – колишнього), конфлікт інтересів скоріше є, ніж його немає.

В Україні з введенням у дію у 2015р. нового Закону “Про запобігання корупції” почала функціонувати система, що має чітко виражений превентивний характер і орієнтована на створення ефективних механізмів запобігання корупції на публічній службі. **Результативна політика запобігання конфліктам інтересів має за безпосереднє завдання підтримання доброчесності та об'єктивності офіційних політичних і адміністративних рішень і системи державного управління в цілому.** Тому сучасна система запобігання конфліктам інтересів або їх врегулювання спрямована на: пошук балансу між приватним і публічним інтересом через виявлення ризиків для доброчесності службових осіб; заборону неприйнятних форм конфліктів; управління конфліктними ситуаціями; врегулювання конфліктних ситуацій. Хоча конфлікт інтересів не слід ототожнювати з корупцією *ipso facto* (в силу, власне, факту), зростає розуміння того, що неадекватне врегулювання конфліктів між приватними інтересами та державними обов'язками службових осіб стає джерелом корупції.

За порушення вимог Закону “Про запобігання корупції”, в частині запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, передбачено адміністративну та дисциплінарну відповідальність. Разом з тим, Закон “Про запобігання корупції” передбачає механізм запобігання та врегулювання конфлікту інтересів за участі спеціально уповноваженого державного органу – Національного агентства з питань запобігання корупції (НАЗК). Враховуючи, що головною метою превенції конфліктів інтересів є, насамперед, недопущення їх виникнення, Закон встановлює вимогу до службових осіб вживати відповідних заходів (п.1 ч.1 ст.28 Закону). Положення цієї норми, насамперед, направлені на заборону практики свідомого створення службовцем обставин конфлікту інтересів, а в подальшому – вжиття ним заходів з його врегулювання. З моменту, коли особи, зазначені у пунктах 1, 2 ч.1 ст.3 Закону, дізналися чи повинні були дізнатися про наявність у них реального чи потенційного конфлікту інтересів, вони зобов'язані:

1. повідомити не пізніше наступного робочого дня безпосереднього керівника, а якщо особа перебуває на посаді, яка не передбачає наявності у неї безпосереднього керівника, або в колегіальному органі – Національне агентство чи інший визначений законом орган або колегіальний орган, під час виконання повноважень, в якому виник конфлікт інтересів, відповідно. НАЗК в

¹¹ Методичні рекомендації з питань запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, затверджені рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції №2 від 14 липня 2016р. – <https://www.kadrovik01.com.ua/article/198-metodichn-rekomendats-z-pitan-zapobgannya-ta-vregulyuvannya-konfliktu-nteresv>.

силу положення абзацу 2 ч.3 ст.28 Закону впродовж семи робочих днів зобов'язане роз'яснити такій особі порядок її дій щодо врегулювання конфлікту інтересів;

2. не вчиняти дій та не приймати рішень в умовах реального конфлікту інтересів;
3. вжити заходів щодо врегулювання реального чи потенційного конфлікту інтересів.

Частини 5 і 6 ст.28 Закону “Про запобігання корупції” передбачають, що в разі існування у особи сумнівів щодо наявності у неї конфлікту інтересів, вона зобов'язана звернутися за роз'ясненнями до територіального органу НАЗК. У разі ж якщо особа не отримала роз'яснення про відсутність конфлікту інтересів, вона діє відповідно до вимог, передбачених у розділі V “Запобігання та врегулювання конфлікту інтересів” Закону. *Якщо особа отримала роз'яснення про відсутність конфлікту інтересів, вона звільняється від відповідальності, якщо в діях, щодо яких вона зверталася за роз'ясненням, пізніше було виявлено конфлікт інтересів.*

Отже, тепер маємо змогу пересвідчитись, що антикорупційне законодавство в діяльності ВРП щодо процедури розгляду рекомендацій ВККС про призначення суддів ВС дотримано. Адже ВРП звернулася із запитом до НАЗК та отримала у відповідь згаданий вище лист¹² про відсутність конфлікту інтересів між колишніми співробітниками - членами ВРП і кандидатами у судді ВС. А отже, члени ВРП звільняються від адміністративної відповідальності за ст.172-7 КпАП України (порушення вимог щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів), якщо в діях, щодо яких ВРП зверталася за роз'ясненням, пізніше буде виявлено конфлікт інтересів. Частина членів ВРП висловилися публічно про наявність підстав для висновку про реальний конфлікт інтересів у формі заяв про самовідводи, чим продемонстрували не лише власну добросовісність та етичність, але й професійну та соціальну компетентність – адже в такий спосіб вони виявили своє усвідомлення значущості для суспільства демонстрування об'єктивності та безсторонності прийнятих ВРП рішень у такій, без перебільшення, історично важливій, державотворчій процедурі, як розгляд рекомендацій ВККС та внесення подань Президенту України про призначення на посади суддів Верховного Суду.

Антикорупційне законодавство – це ще не все, чим має керуватись ВРП у своїй діяльності, вирішуючи питання про наявність або відсутність обставин, що перешкоджають члену ВРП брати участь у розгляді нею відповідних питань. Таким чином, виявилася **правова колізія №2**, а саме:

- 1) з одного боку, антикорупційного законодавства,
- 2) а з іншого – процедурного (адміністративно-юрисдикційного, процесуального) законодавства.

Причому, вони не співвідносяться як ціле та частина. Це два самостійних, паралельних напрями правового регулювання і правозастосування, кожен з яких має свою відповідну мету правового регулювання, а виходячи з неї, і конкретні норми, і таким самим має бути й їх правозастосування. І питання конфлікту інтересів водночас є і питанням про підстави для відводу, тобто про обставини, що виключають участь посадової особи під час прийняття рішень з певного питання. Тобто в цих питаннях ці два напрями правового регулювання і правозастосування пересікаються. Однак, вони не взаємопоглинаються, а йдуть паралельно, причому у правозастосовному аспекті кожен з них матиме свої юридичні наслідки:

1) неналежне врегулювання конфлікту інтересів тягне за собою адміністративну відповідальність за ст.172-7 КпАП України (порушення вимог щодо запобігання та врегулювання конфлікту інтересів);

2) неналежне вирішення відводів тягне за собою процесуальну (процедурну) відповідальність у формі безумовної підстави для скасування ухваленого рішення за наявності підстав для відводу. Адже тут діє загальновідоме процесуальне правило про “незаконний склад суду” (“незаконний склад арбітра, компетентного юрисдикційного органу”), яке є безумовною, обов'язковою підставою для перегляду і скасування прийнятого таким складом суду рішення.

Принагідно варто розставити всі крапки над “і” у питанні правозастосування антикорупційного законодавства ВРП і НАЗК, вирішуючи питання про конфлікт інтересів її членів. Як уже не раз згадувалось, ВРП звернулася із запитом до НАЗК з приводу надання роз'яснення щодо конфлікту інтересів її членів. НАЗК надало роз'яснення у своєму листі, що конфлікт інтересів відсутній. *Але тут слід розрізнити два факти, два складники як самостійні: (1) процедуру врегулювання конфлікту інтересів дотримано, члени ВРП звільняються від адміністративної відповідальності за ст.172-7 КпАП України; (2) факт перший жодним чином не є категоричною гарантією, що роз'яснення НАЗК є правильним по суті, справедливим.*

До такого висновку можна дійти бодай з положення ч.6 ст.28 Закону “Про запобігання корупції”: “якщо особа отримала підтвердження про відсутність конфлікту інтересів, вона звільняється від відповідальності, якщо у діях, щодо яких вона зверталася за роз'ясненням, *пізніше було виявлено конфлікт інтересів*”. Отже, фактично цією нормою сам законодавець допустив, що роз'яснення НАЗК може бути не завжди правильним або не цілком правильним, не враховувати на момент його надання всіх факторів та їх значущості, або й бути цілком помилковим. Однак для цілей антикорупційного правозастосування достатнім є сам факт звернення до НАЗК за роз'ясненням, його отриманням й діяльністю відповідно до нього. Як

¹² А.Олійник та А.Лесько не братимуть участі у розгляді ВРП, її органами та одноособово матеріалів стосовно кандидатів на посади суддів Верховного Суду, – рішення Вищої ради правосуддя. – Вища рада правосуддя, новини та повідомлення від 6 вересня 2017р., <http://www.vru.gov.ua/news/2656>.

видно зі ст.28 Закону “Про запобігання корупції”, в механізмі врегулювання конфлікту інтересів правильність/неправильність по суті роз’яснень НАЗК значення не має, та аналізу особою, яка звернулася за роз’ясненням, не підлягає. Адже відповідно до п.4 ч.1, ч.5 ст.28 цього Закону, якщо особа не отримала від НАЗК підтвердження про відсутність конфлікту інтересів, вона повинна діяти відповідно до приписів ст.ст.29-36 вказаного Закону. Хоча неясно, як би мало виглядати “виявлення конфлікту інтересів пізніше”. І ким можливе таке “виявлення пізніше” конфлікту інтересів – судом чи внаслідок перегляду власного роз’яснення самим НАЗК? Якщо судом, значить певна особа оскаржила дію чи рішення посадової особи (держоргану) з мотивів його заангажованості через конфлікт інтересів.

Якщо ж пробувати аналізувати відповідь НАЗК по суті, то це не просто, адже лист НАЗК – не мотивувально-аналітичний документ, у ньому міститься лише висновок НАЗК, констатація факту відсутності конфлікту інтересів в умовах попереднього спільного досвіду роботи в одному підприємстві, установі тощо. У вільному доступі його в повному обсязі немає. Можна лише припустити, чим зумовлений такий висновок. А зумовлений він, очевидно, тим, що НАЗК розцінило факт публічного озвучення членами ВРП про можливий конфлікт інтересів та звернення до Агентства за роз’ясненням як використаний ВРП передбачений законом механізм врегулювання конфлікту інтересів. Адже, як відзначило НАЗК у п.2 своїх Методичних рекомендацій від 14 липня 2017р., “незважаючи на те, що далеко не кожен конфлікт між службовими повноваженнями і приватним інтересом здатен призвести до неправомірних рішень чи діянь, **кожен із конфліктів інтересів здатен створити таку ситуацію у випадку, якщо не буде вчасно та належним чином задекларований, оцінений та врегульований**”¹³. Крім того, **навіть тоді**, коли приватний інтерес “не спровокував” прийняття незаконного рішення, окремому розгляду підлягатиме питання наявності/відсутності в рішеннях, діяннях службової особи фактів зловживання службовими повноваженнями, одержання неправомірної вигоди чи інших корупційних правопорушень (п.3 рекомендацій)¹⁴.

Таким чином, можна вважати, що аналіз антикорупційного напрямку правового регулювання на цьому вичерпаний.

Щодо процедурного напрямку (процесуального, адміністративно-юрисдикційного), то загальновідомо, що інститут “відводів” або ж “обставин, що виключають участь особи у провадженні”, є міжгалузевим правовим інститутом (усіх процесуальних галузей права, а також адміністративного права в частині

юрисдикційної діяльності), спрямованим на реалізацію принципу рівності всіх перед законом і судом (п.1 ч.1 ст.129 Конституції), змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості (п.3 ч.1 ст.129 Конституції).

Не вдаючись до аналізу поняття відводу (самовідводу) та його підстав, відзначимо, в переважній більшості ознак у визначеннях цих понять у науці, вони є подібними, і, оскільки це не є безпосереднім предметом нашого дослідження, наведемо найповніші з них.

Так, А.Комзюк, В.Бевзенко, Р.Мельник вважають, що підставою для відводу (самовідводу) судді слід вважати такі фактичні обставини, за наявності яких можна висловлювати сумніви щодо об’єктивності цього судді під час розгляду та вирішення ним конкретної адміністративної справи. Такими фактичними обставинами вони вважають суспільні та правові відносини, учасником яких свого часу був, чи навіть досі виступає суддя адміністративного суду¹⁵.

Отже, підстава відводу (самовідводу) не обов’язково повинна свідчити про наявність фактичної необ’єктивності ініціатора самовідводу, оскільки це обставини, які викликають лише сумнів у його об’єктивності, навіть у разі його добросовісності та відсутності бажання проявити упередженість. Крім цього, підставою для відводу можуть бути не лише відносини, учасником яких був або є ініціатор самовідводу, які врегульовані нормами права (правовідносини), але й інші суспільні відносини, які врегульовуються іншими соціальними нормами (традиціями, звичаями, нормами моралі, релігійними, корпоративними нормами тощо), наприклад, дружні відносини тощо.

Н.Нікітенко залежно від проваджень, що належать до адміністративно-юрисдикційного процесу, виділяє: (1) підстави відводу (самовідводу) в адміністративно-деліктному провадженні; (2) підстави відводу (самовідводу) у провадженні по скаргах осіб; (3) підстави відводу (самовідводу) у дисциплінарному провадженні; (4) підстави відводу (самовідводу) у провадженні по розгляду справ у порядку адміністративного судочинства¹⁶.

Відзначимо, що підстави для відводу особи, яка веде провадження, фактично є аналогічними для усіх наведених груп адміністративних юрисдикційних процесів, однак для перших двох – вони не завжди мають повне нормативне закріплення. Розгляд ВРП рекомендацій ВККС про призначення суддями, зрештою, як і провадження у ВККС з конкурсних справ за приведеною класифікацією слід віднести до третього виду підстав для відводу за схожістю процедури, і цю класифікаційну групу підстав доцільно укрупнити й уточнити його назву: “підстави для відводу (самовідводу) у дисциплінарних, конкурсних, тендерних та інших подібних провадженнях”.

¹³ Методичні рекомендації з питань запобігання та врегулювання конфлікту інтересів, затверджені рішенням Національного агентства з питань запобігання корупції №2 від 14 липня 2016р. – <https://www.kadrovik01.com.ua/article/198-metodichn-rekomendats-z-pitan-zapobgannya-ta-vregulyuvannya-konfliktu-nteresv>.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Комзюк А. Адміністративний процес України (навчальний посібник). – К.: Прецедент, 2007, с.128.

¹⁶ Нікітенко Н. Підстави відводу (самовідводу) в адміністративно-юрисдикційному процесі. – Вісник Запорізького національного університету (Юридичні науки), 2010, №3, с.89-95, <http://www.stationline.org.ua/pravo/76/12448-pidstavi-vidvodu-samovidvodu-v-administrativno-yurisdikciynomu-procesi.html>.



Так, згідно зі ст.33 Закону “Про Вищу раду правосуддя”, член Вищої ради правосуддя не може брати участі в розгляді питання і підлягає відводу, якщо буде встановлено, що він особисто, прямо чи побічно заінтересований у результаті справи, є родичем особи, стосовно якої розглядається питання, або якщо будуть встановлені інші обставини, що викликають сумнів у його неупередженості. За наявності таких обставин член Вищої ради правосуддя повинен заявити самовідвід. Відповідно до ч.1 ст.100 Закону “Про судова устрій і статус суддів”, член ВККС України не має права брати участь у розгляді питання та ухваленні рішення і підлягає відводу (самовідводу), якщо наявні дані про конфлікт інтересів або обставини, що викликають сумнів у його безсторонності. Як видно, *по-перше*, визначення підстав для відводу члена ВККС є тавтологічним. *По-друге*, всі вказані підстави об’єднує одне: вони є “обставинами, що викликають сумнів у неупередженості члена ВККС чи ВРП”.

Таким чином, нас цікавлять наступні питання: (а) значення відводів/самовідводів членів ВККС та ВРП під час розгляду ними питань, віднесених до їх компетенції; (б) чи є, тобто чи мав би бути *de lege ferenda* факт спільної праці в одному підприємстві, установі, організації тощо з кандидатом у судді чи суддею підставою для відводу члена ВККС та ВРП?

Отже, (а) значення відводів/самовідводів членів ВККС та ВРП. Загальновідомо, що в конкурсних процедурах і дисциплінарних провадженнях ВККС та ВРП відповідно за підходами ЄСПЛ є судом в розумінні ст.6 ЄКПЛ (наприклад, п.83, 86-90 Рішення ЄСПЛ у справі “Олександр Волков проти України” (заява №21722/11)¹⁷. То ж, з усією очевидністю впливає, що вимоги щодо неупередженості та об’єктивності членів цих органів суддівського врядування мають відповідати стандартам незалежності та неупередженості суддів та довіри до їх рішень. Відповідно до ч.1 ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (яка підлягає застосуванню відповідно до ст.9 Конституції, ст.17 Закону

“Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”), кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку *незалежним і безстороннім судом*, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов’язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення.

Логічний висновок з приводу питання (б) “чи є, тобто чи має бути *de lege ferenda* факт спільної праці в одному підприємстві, установі, організації тощо підставою для відводу членів ВККС та ВРП?” є багатозначною логічною операцією, що включає поетапно розмірковування і відповіді на такі підпитання:

- 1) чи є факт спільної праці з учасником провадження (конкурсантом, особою, стосовно якої здійснюється дисциплінарне провадження) обставиною, що дозволяє сумніватись в об’єктивності прийнятого рішення судді, члена ВРП, ВККС?
- 2) чи був би факт спільної праці члена ВККС чи ВРП з конкурсантом або особою, стосовно якої здійснюється дисциплінарне провадження, трактований ЄСПЛ як обставина їх безсторонності, якщо так, то яка і за яких умов?

Відповідно до своєї сталої і послідовної прецедентної практики, відображеної в десятках своїх рішень¹⁸, ЄСПЛ уже традиційно виходить з того, що “наявність *безсторонності* має визначатися для цілей п.1 ст.6 ЄКП за допомогою *суб’єктивного* та *об’єктивного критеріїв*. За *суб’єктивним критерієм* оцінюється особисте переконання та поведінка конкретного судді, тобто чи виявляв суддя упередженість або безсторонність у цій справі. Відповідно до *об’єктивного критерію* визначається, серед інших аспектів, чи забезпечував суд як такий та його склад відсутність будь-яких сумнівів у його безсторонності”¹⁹. “У кожній окремій справі слід вирішувати, чи мають стосунки, що розглядаються, таку природу та ступінь, що свідчать про безсторонність суду”²⁰.

¹⁷ Рішення ЄСПЛ у справі “Олександр Волков проти України”, заява №21722/11. – http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_947.

¹⁸ Див.: Рішення ЄСПЛ у справі “Персак (Piersack) проти Бельгії” від 1 жовтня 1982р., заява №8692/79. – http://european-court.eu/uploads/ECHR_Piersack_v_Belgium_01_10_1982.pdf; Рішення ЄСПЛ у справі “Фей (Fey) проти Австрії” від 24 лютого 1993р., заява №14396/88. – [http://hudoc.echr.coe.int/rus#{"itemid":\["001-125736"\]](http://hudoc.echr.coe.int/rus#{); Рішення ЄСПЛ у справі “Булут (Bulut) проти Австрії” від 22 лютого 1996р., заява №17358/90. – [http://hudoc.echr.coe.int/rus#{"tabview":\["document"\],"itemid":\["001-57971"\]](http://hudoc.echr.coe.int/rus#{); Рішення ЄСПЛ у справі “Пуллар (Pullar) проти Сполученого Королівства” від 10 червня 1996р., заява №22399/93. – [file:///C:/Users/USER/Downloads/CASE%20F%20PULLAR%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20-%20\[Russian%20Translation\].pdf](http://www.echr.coe.int/Case%20F%20PULLAR%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20-%20[Russian%20Translation].pdf); Рішення ЄСПЛ у справі “Томан (Thomann) проти Швейцарії” від 10 червня 1996р., заява №17602/91. – [http://hudoc.echr.coe.int/rus#{"tabview":\["document"\],"itemid":\["001-57996"\]](http://hudoc.echr.coe.int/rus#{); Рішення ЄСПЛ у справі “Фіндлі (Findlay) проти Сполученого Королівства” від 25 лютого 1997р., заява №22107/93. – [file:///C:/Users/USER/Downloads/CASE%20F%20FINDLAY%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20-%20\[Russian%20Translation\].pdf](http://www.echr.coe.int/Case%20F%20FINDLAY%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20-%20[Russian%20Translation].pdf); Рішення ЄСПЛ у справі “Кастільо Альгар (Castillo Algar) проти Іспанії” від 28 жовтня 1998р., заява №28194/95. – [http://hudoc.echr.coe.int/rus#{"tabview":\["document"\],"itemid":\["001-58256"\]](http://hudoc.echr.coe.int/rus#{); Рішення ЄСПЛ у справі “Есой Кііскінен (Esa Kiiskinen) і Мікко Ковалайнен (Mikko Kovalainen) проти Фінляндії” від 1 червня 1999р., заява №26323/95. – [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"docname":\["Kiiskinen v. Finland"\],"appno":\["26323/95"\],"itemid":\["001-4627"\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{); Рішення ЄСПЛ у справі “Дактарас (Daktaras) проти Литви” від 24 листопада 2000р., заява №42095/98. – http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_005; Рішення ЄСПЛ у справі “Ветшттайн (Wettstein) проти Швейцарії” від 21 грудня 2000р., заява №33958/96. – [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-59102"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{); Рішення ЄСПЛ у справі “Грієвс (Grieves) проти Сполученого Королівства” від 16 грудня 2003р., заява №57067/00. – [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"docname":\["Grieves v. the United"\],"itemid":\["001-61550"\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{); Рішення ЄСПЛ у справі “Кіпріану (Kyrianiou) проти Кіпру” від 15 грудня 2005р., заява №73797/01. – [http://hudoc.echr.coe.int/rus#{"tabview":\["document"\],"itemid":\["001-169233"\]](http://hudoc.echr.coe.int/rus#{); Рішення ЄСПЛ у справі “Фархі (Farhi) проти Франції” від 16 січня 2007р., заява №17070/05. – https://www.lawmix.ru/abrolaw/4046_european-court.eu/europeancourt.ru; Рішення ЄСПЛ у справі “Білуха проти України” від 9 листопада 2006р., заява №33949/02. – http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_272; Рішення ЄСПЛ у справі “Мироненко і Мартенко проти України” від 10 грудня 2009р., заява №4785/02. – http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_567.

¹⁹ Див., зокрема, п.27, 28 і 30 рішення у справі “Фей проти Австрії” (Fey v. Austria), рішення від 24 лютого 1993р.; п.42 “Ветшттайн проти Швейцарії” (Wettstein v. Switzerland), заява №33958/96; п.49 рішення у справі “Білуха проти України” від 9 листопада 2006р., заява №33949/02; п.66 рішення у справі “Мироненко і Мартенко проти України” від 10 грудня 2009р., заява №4785/02.

²⁰ Див. п.38 рішення у справі “Пуллар проти Сполученого Королівства” (Pullar v. United Kingdom), від 10 червня 1996р.; п.49 рішення у справі “Білуха проти України” від 9 листопада 2006р., заява №33949/02; п.66 рішення у справі “Мироненко і Мартенко проти України” від 10 грудня 2009р., заява №4785/02.



Отже, **об'єктивний критерій** безсторонності суду (судді, колегії), що розглядає справу, стосується організаційно-функціонального аспекту діяльності суду, тобто, чи забезпечував суд та його склад відсутність будь-яких сумнівів у його безсторонності. Для оцінки об'єктивного критерію неупередженості треба визначити, чи є факти, які не залежать від поведінки судді, які можуть бути встановлені та можуть змусити сумніватися в його неупередженості.

Повертаючись до розгляду ВРП рекомендацій ВКСУ про призначення суддями ВС і внесення подань Президенту, із трансляцій засідань у *YouTube* можна пересвідчитись, що (а) не всі члени ВРП, які мали у своєму досвіді факт спільної праці з переможцем конкурсу до ВС, самовідводи заявляли і вважали, що мають для цього підстави; (б) заявлені самовідводи інших членів ВРП не були задоволені ВРП.

Аргументом, що найчастіше лунав, було те, що у дружніх стосунках з кандидатом до ВС член ВРП не перебуває, і перешкод бути об'єктивним і безстороннім під час розгляду подання щодо колишнього колеги по роботі не вбачає.

Отже, якщо подивитись на цю ситуацію крізь призму об'єктивного та суб'єктивного критеріїв для відводу у практиці ЄСПЛ, стає зрозуміло, що міркування, якими керувались члени ВРП, вирішуючи самовідводи і підстави для їх заявлення, збігаються з розумінням суб'єктивного критерію безсторонності суду у практиці ЄСПЛ, тобто "чи виявляв (виявлятиме) суддя упередженість або безсторонність у цій справі", "особиста безсторонність презюмується, допоки не надано доказів протилежного". І суб'єктивно члени ВРП зі всією щирістю могли бути самопереконалими, що ніщо не заважає їм бути безсторонними під час виконання конституційного повноваження з внесення подань Президенту про призначення суддями ВС.

Водночас, з проаналізованих більше десятка рішень ЄСПЛ, де оскаржувалася небезсторонність суду, вбачається, що уряди держав доводили, що немає підстав ставити під сумнів безсторонність національних судів

у цих справах, оскільки судді, які розглядали справу, не виявили жодної упередженості стосовно заявників, задовольняли повністю або частково різні процесуальні клопотання, подані ними тощо. Однак, у всіх випадках ЄСПЛ не вважав за необхідне досліджувати питання суб'єктивної безсторонності, оскільки він дійшов висновку, що в цих справах мала місце безсторонність суду за об'єктивним критерієм. При цьому, як об'єктивний критерій безсторонності ЄСПЛ визнавав найрізноманітніші обставини (факти), які, з точки зору стороннього спостерігача, об'єктивно обґрунтовано дозволяли ставити під сумнів безсторонність суду. Наприклад, у справі "*Wettstein v. Switzerland*", заява №33958/96 ЄСПЛ визнав наявність щодо двох суддів колегії адміністративного суду Цюрихського кантону об'єктивного критерію безсторонності на основі того, що судді-адвокати Р. і Л. ділили (мали) офісне приміщення в одній будівлі з адвокатом В. (який представляв відповідача у справі). Закон про процедуру адміністративного судочинства, який діяв на той час, не містив положень щодо несумісності такого юридичного представництва з судовими діями, і в судах багатьох кантонів Швейцарії адміністративний суд складався з суддів, які працюють як повний робочий день, так і неповний робочий день. Останні могли працювати як законні представники (п.45-49)²¹.

Отже, **встановлення об'єктивного критерію безсторонності завжди є достатнім для визнання втручання у право на справедливий суд і пріоритетним стосовно критерію суб'єктивного**. "При визначенні наявності у відповідній справі законних підстав сумніватися в безсторонності певного судді позиція судді має важливе, але не вирішальне значення. Вирішальне значення при цьому матиме можливість вважати такі сумніви об'єктивно обґрунтованими"²². Для замикання аналізу, цілісного та завершеного бачення підходу ЄСПЛ щодо безсторонності суду якнайкраще підходить такий його прецедентний висновок: "навіть видимі ознаки можуть мати певне значення" або, іншими словами, "має не лише здійснюватися правосуддя – ще має бути видно, що воно здійснюється"²³. "Адже йдеться про необхідність забезпечення довіри, яку суди в демократичному суспільстві повинні вселяти у громадськість"²⁴.

Отже, практика ЄСПЛ наводить на **висновок**: якщо ЄСПЛ за наведеними вище критеріями визнає доручення ч.1 ст.6 ЄКПЛ, а держави-учасниці Ради Європи, що ратифікували ЄКПЛ, взяли на себе обов'язок (ст.1 ЄКПЛ) виконувати її, то за приведених ситуацій судді мають не лише задовольняти заяви про відвід, але й навіть, якщо таких не було подано, заявляти самовідвід. Адже обов'язок забезпечити право на справедливий суд лежить на державі, в особі її уповноважених органів – судів (і не тільки), інакше держава не виконуватиме Конвенцію.

²¹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі "Ветштайн (*Wettstein*) проти Швейцарії" від 21 грудня 2000р., заява №33958/96. – [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#f{"itemid":\["001-59102"\]}.](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#f{)

²² Див. згадане вище рішення у справі Веттштайна (*Wettstein*), п.44, та рішення у справі "Феррантеллі та Сантанджело проти Італії" (*Ferrantelli and Santangelo v. Italy*) від 7 серпня 1996р., Reports 1996-III, с.951-952, п.58.

²³ Див. рішення у справі "Де Куббер проти Бельгії" (*De Cubber v. Belgium*) від 26 жовтня 1984р., серія А, №86, с.14, п.26).

²⁴ Див. згадане вище рішення у справі Веттштайна (*Wettstein*), "Кастільо Альгар проти Іспанії" (*Castillo Algar v. Spain*), від 28 жовтня 1998р., п.45.



Отже, факт спільної праці члена ВККС чи ВРП з конкурсантом або особою, стосовно якої здійснюється дисциплінарне провадження, міг би бути трактований ЄСПЛ як обставина об'єктивного критерію їх неупередженості, без необхідності доказування суб'єктивного критерію.

Зрештою, такий правовий підхід – не новина й для українського законодавства. **Частина 2 ст.32 КПК України** містить правило: “кримінальне провадження щодо обвинувачення судді у вчиненні кримінального правопорушення не може здійснюватися тим судом, у якому обвинувачений обіймає чи обіймав посаду судді. Якщо згідно правил територіальної підсудності кримінальне провадження стосовно судді має здійснюватися тим судом, у якому обвинувачений обіймає чи обіймав посаду судді, кримінальне провадження здійснює суд, найбільш територіально наближений до суду, в якому обвинувачений обіймає чи обіймав посаду судді, іншої адміністративно-територіальної одиниці (АР Крим, області, міста Києва чи Севастополя)”. Оскільки у процесуальних галузях права можливе застосування закону за аналогією, це законодавче правило варто екстраполювати у правозастосуванні щодо всіх аналогічних правовідносин. Зрештою, не зайвим було б його продублювати у відповідних редакціях у всіх процесуальних кодексах, щоб на випередження зняти можливі судові спори з подібних питань.

Крім цього, такий правовий підхід узгоджується і з **ч.1 ст.15 Кодексу суддівської етики**: “суддя має право заявити самовідвід ... у випадку, якщо судді з його власних джерел стали відомі докази чи факти, які можуть вплинути на результат розгляду справи”²⁵, а одним з таких випадків саме і є факт спільної праці з однією зі сторін провадження (у нашому випадку з кандидатом до ВС), адже очевидним є те, що в такому випадку суддя (член ВРП, член ВККС) знає про кандидата до ВС значно більше, ніж це можна почерпнути з досє кандидата та інших документів і матеріалів за результатами конкурсу до ВС, і, за потребою, може довідатись значно більше з власних джерел.

На додачу, **п.2.5. Бангалорських принципів поведінки суддів** також виражає міжнародну домовленість, що “суддя заявляє самовідвід від участі в розгляді справи в тому випадку, ... коли у стороннього спостерігача могли б виникнути сумніви в неупередженості судді”²⁶.

Отже, за умови спільної роботи суддів (суддів у розумінні ст.6 ЄКПЛ, і членів ВРП та членів ВККС у т.ч.) зі сторонами провадження (в нашому випадку, кандидатами до ВС у процедурах формування нового ВС) належало б заявляти самовідвід. Разом з тим, очікуємо, що багато представників юридичної спільноти поставили б цілком слушне зустрічне питання: а чи не паралізували б самовідводи членів ВРП роботу самої ВРП через відсутність повноважного кворуму для вирішення питання про внесення подань Президенту України про призначення суддями Верховного Суду?

Вбачається, у цьому випадку у пригоді стало б скористатись правилом того ж п.2.5 Бангалорських принципів поведінки суддів: “суддя не може бути відсторонений від участі у розгляді справи в тому випадку, коли жодний інший суд не може бути призначений для розгляду даної справи”. В інших випадках, якщо самовідвід одного чи навіть двох членів ВРП під час розгляду подання Президенту про призначення суддею ВС певного кандидата на кворум для прийняття рішення ВРП не впливав, самовідвід належало заявляти і його задовольняти. Адже довіра до правосуддя – річ тонка, як і її відновлення. Відновленням довіри до правосуддя просякнута вся ідея впроваджуваної судової реформи і формування нового Верховного Суду зокрема. Зважаючи на цю не просто високу мету, а необхідну вітчизняному суспільству данність – відновлення довіри до правосуддя, – **трактувати питання самовідводів у процесі формування нового Верховного Суду як дрібницю навряд чи виправдано, якщо це можна було зробити задля краси права в дії**.

Уявляється, що озвучення приведених аргументів під час розгляду заяв про самовідвід і їх задоволення мало б тільки позитивний ефект і для сприйняття процедури ВРП з внесення подань Президенту України, і для відновлення довіри до правосуддя, і для довіри до новосформованого Верховного Суду, і для розвінчування домислів скептиків судової реформи. Зрештою, пропонуваній алгоритм мав би й важливий деонтологічний ефект для усього суддівського корпусу, адже найкращий метод виховання – це власний приклад, а в повноваженнях ВРП є розгляд дисциплінарних проваджень щодо суддів, однією з підстав для яких може бути недотримання суддівської етики, в т.ч. щодо незаявлення самовідводу за об'єктивно існуючих для цього підстав.

На наш погляд, варто керуватися бажанням пишати рівнем і якістю вітчизняного правозастосовця. І не тільки в особі найвищих органів суддівського врядування. Тому й шукали ідеальну модель вирішення цього питання. Звичайно, “підказувати” чи критикувати постфактум завжди легше, ніж знайти вчасно адекватне правове рішення ситуації у вирі подій. Однак, як видається, ВРП все ж мала достатньо часу, організаційних і фахових людських ресурсів для аналізу підстав для самовідводів, і пошуку найоптимальнішого їх вирішення.

Право на сьогоднішній рівень розвитку суспільних відносин, законодавства, його різноаспектності та різноаспектності правозастосування не є і не може бути простим, прямолінійним. Право і його застосування завжди є балансом різних інтересів. Тоді воно є “мистецтвом добра і справедливості”. І застосувати право означає не стільки стати на сторону чийогось інтересу, передавши імпульс внутрішнього переконання шалькам терезів, як баланс таких інтересів (приватних і публічних) знайти. ■

²⁵ Кодекс суддівської етики. Затверджений XI черговим з'їздом суддів України 22 лютого 2013р. – <http://court.gov.ua/userfiles/Kodex%20sud%20etiki%281%29.pdf>.

²⁶ Бангалорські принципи поведінки суддів від 19 травня 2006р., схвалені Резолюцією Економічної та Соціальної Ради ООН 27 липня 2006р., №2006/23. – http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_j67.

ОСНОВНІ КОНСТИТУЦІЙНІ НОВЕЛИ СУДОВОЇ РЕФОРМИ: ЧИ ВСЕ ТАК ДОБРЕ?



Володимир ПОСПОЛІТАК,
завідувач кафедри
гуманітарного розвитку
ПВНЗ “Міжнародний інститут
менеджменту”,
кандидат юридичних наук,
доцент



**Роксолана
ХАНИК-ПОСПОЛІТАК**,
завідувач кафедри
приватного права
Національного університету
“Києво-Могилянська академія”,
кандидат юридичних наук,
доцент

Держава зробила важливий крок у напрямі підвищення довіри до судової системи та покращення судочинства в цілому. Чергові зміни до Конституції України, ухвалені 2 червня 2016р., та прийняття у новій редакції Закону “Про судоустрій та статус суддів” оцінюють у суспільстві по-різному, однак намагання “прибрати” наявні проблеми можна оцінювати позитивно.

Отже, які ж основні зміни відбулись або мають відбутися відповідно до конституційних змін 2016р.?

У ст.124 можна побачити наступні новели.

Перша новела, на яку чомусь не звертають увагу, аналізуючи зміст реформи, *це можливість у законах визначати обов’язковий досудовий порядок врегулювання спорів*. В історичній ретроспективі як обов’язкове досудове врегулювання спору трактувалися положення статей 5-11 Розділу II “Досудове врегулювання господарських спорів” Господарського процесуального кодексу України 1991р.

Закріплення цього положення означає відхід від позиції, викладеної у рішенні Конституційного Суду ще у 2002р. У резолютивній частині рішення прямо вказувалося, що навіть у законі не може бути обмежено право особи звертатися до суду за вирішенням спору¹. Це рішення ґрунтувалося на тлумаченні ст.124 Конституції у редакції 1996р. Безумовно, суди первантажнені справами, необхідність створення дієвої та ефективної системи альтернативного вирішення спорів в Україні є вкрай необхідною. Однак, у цьому випадку йдеться не про можливе альтернативне

вирішення спорів, а про **обов’язкове** досудове врегулювання спору у випадках, визначених законом. А це дещо різні підходи.

Обмеження у праві особи одразу звернутися до суду неоднозначно сприймається з точки зору ст.6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Також ця норма ст.124 не узгоджена зі ст.55 Конституції України, якою закріплено, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Як зазначено в одному з науково-практичних коментарів до Конституції: “У достатньо розвинутій і розгалуженій сфері захисту прав і свобод людини, ст.55 Конституції України є стрижневою. Частина перша ст.55 закріплює право на судовий захист, яке в міжнародній практиці отримало назву “право на суд”, або “право на правосуддя”². Так, “право на суд” та “право на доступ”, закріплені у ст.6 Конвенції, не є абсолютними, але ці права можуть бути обмежені лише таким способом та такою мірою, що не порушують зміст цих прав³. Проти запровадження досудового врегулювання спору виступав Вищий господарський суд України⁴. Поки випадків обов’язкового досудового врегулювання спорів законами не

¹ Рішення КСУ у справі за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю Торговий Дім “Кампус Коттон клуб” щодо офіційного тлумачення положення ч.2 ст.124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) №15 від 9 липня 2002р. – Офіційний веб-сайт Конституційного Суду України, <http://www.ccu.gov.ua/docs/464>.

² Конституція України. Науково-практичний коментар. – Харків, 2011, <https://coolib.com/b/340418/read#t56>.

³ Див., наприклад, *Philis v. Greece* (Філіс), §59; *De Geouffre de la Pradelle v. France* (Де Жуфр де ла Прадель проти Франції), §28; *Stanev v. Bulgaria* (Станев проти Болгарії), §229. Посібник зі ст.6. Право на справедливий суд (цивільна частина). – Рада Європи, Європейський Суд з прав людини, 2013, с.14.

⁴ ВГСУ проти обов’язкового досудового врегулювання спорів. – Закон і Бізнес, 2 червня 2015р., http://zib.com.ua/ua/116613-vgsu_proti_obovyazkovogo_dosudovogo_vregulyuvannya_sporiv.html.



передбачено. Вважасмо, що в Конституції України доцільно передбачати можливість досудового врегулювання спорів, передавши процедурні питання на врегулювання законом. Робити досудове врегулювання обов'язковим, на нашу думку, було не варто. Сторонам спору слід довіряти. Вони самі спроможні вирішити питання застосування чи не застосування досудового врегулювання спору. Це їх час йде на вирішення спору та їх права та інтереси порушені, тому доцільно було б залишити саме їм право вирішувати, як долати проблему. Тим більше, що за звернення до суду сторони платять судовий збір, який повністю чи частково компенсує затрати держави на вирішення спору.

Наступна новела, на нашу думку, є більше редакційною, “косметичною”: вилучення з судових процесів народних засідателів як учасників, через яких народ міг брати безпосередню участь у здійсненні правосуддя. Наявність такого інституту, як “народні засідателі”, в Конституції України до 2016р. була свого роду даниною радянським традиціям.

Варто вказати, що на цей час участь присяжних у судовому процесі часто є формальною, на відміну від західних моделей журі присяжних, від думки яких може залежати доля людини. Участь журі присяжних більш характерна для кримінального провадження, а не інших видів судочинства. Для України – характерним є участь присяжних і в інших видах провадження, що підтверджується ч.5 ст.124 Конституції. До останнього часу це були деякі справи окремого провадження в цивільному процесі. Проаналізувавши проекти трьох нових редакцій процесуальних кодексів, прийнятих 3 жовтня 2017р., можна стверджувати: ситуація не змінилася. Випадки участі присяжних у господарських та адміністративних справах не передбачені. У цивільному процесі перелік справ і вид провадження, де братимуть участь присяжні, залишився без змін.

На нашу думку, присяжні можуть брати участь у всіх видах процесу, що відповідає ч.5 ст.124 Конституції. Тому доцільно подумати над запровадженням цього інституту до господарського та адміністративного судочинства. Проте, їх участь повинна мати конкретну мету, зокрема необхідну у відносинах, що мають значне суспільне значення або потребують контролю суспільства за правосуддям. Виходити треба саме з цих аспектів, а не механічно впроваджувати інститут присяжних до процесуальних відносин.

Зміни до Конституції, закріплені у ч.6 ст.124, відкривають шлях до ратифікації Україною Римського статуту міжнародного кримінального суду, підписаного ще 20 січня 2000р. Конституційний Суд України 11 липня 2001р. у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про

Римський Статут)⁵ такого змісту: “Визнати Римський Статут Міжнародного кримінального суду, підписаний від імені України 20 січня 2000р., який вноситься до Верховної Ради України для надання згоди на його обов'язковість, таким, що не відповідає Конституції України, в частині, що стосується положень абзацу десятого преамбули та статті 1 Статуту, за якими “Міжнародний кримінальний суд ... доповнює національні органи кримінальної юстиції””.

Сподіваємося, що після внесення змін до ст.124 Конституції, ратифікація Верховною Радою цього документа не забариться, а після цього відбудеться передача відповідної ноти МЗС України країні-депозитарію. В умовах “гібридної війни”, можливість України долучитися до цієї системи правосуддя дозволить судити воєнних злочинців, які беруть участь у конфлікті на Донбасі та сприяли анексії Криму.

Наступні істотні новели, закріплені у ст.125 Конституції і потім розвинуті в положеннях Закону “Про судоустрій та статус суддів”, *стосуються системи судоустрою в Україні*.

Знову Верховному Суду повернуто статус найвищого суду в системі судоустрою України. Натомість ліквідовуються три вищі спеціалізовані суди – цивільний та кримінальний, господарський, адміністративний. Тобто зникає проміжна ланка між апеляційними та Верховним Судом. І тим самим прибирається “подвійна касація” у всіх видах судочинства. Наявність чіткої трьохланкової судової системи є характерним, напевно, для усіх демократичних держав світу. Таку новелу слід сприйняти позитивно як з точки зору прискорення розгляду спорів, так і з точки зору оптимізації витрат державного бюджету.

Незважаючи на ліквідацію вищих спеціалізованих судів, не можна говорити про їх зникнення в повному сенсі цього слова. Такі суди, хоч і з іншим змістом своєї діяльності, відповідно до ч.3 ст.125 Конституції, все таки можуть діяти відповідно до закону. Такими є визначені в Законі “Про судоустрій і статус суддів” Вищий суд з питань інтелектуальної власності та Вищий антикорупційний суд. Вважасмо, що створення таких судів є позитивним фактом.

Якщо створення Вищого антикорупційного суду має своє обґрунтування, то до кінця не зрозумілим залишається створення окремого суду щодо відносин з інтелектуальною власністю. Логічним є питання, а чому в такій ситуації не виділено окремо суду з питань захисту права власності, ювенального суду, вирішення корпоративних спорів, податкових спорів і т.ін.⁶ У пояснювальній записці до проекту Закону “Про судоустрій і статус суддів” було скуповано, що “створення зазначених судів відповідає позитивному досвіду європейських країн і дасть змогу швидко та оперативно розглядати спори, віднесені до

⁵ Справа №1-35, висновок №3 від 11 липня 2001р. – Офіційний веб-сайт Конституційного Суду України, <http://www.ccu.gov.ua/docs/350>.

⁶ Таку думку поділяють й деякі юристи-практики. Див.: Кучерук Н. В чому проблема Вищого суду з інтелектуальною власністю. Думка юриста. – Інтернет-портал “Еспресо”, 5 жовтня 2017р., https://espreso.tv/news/2017/10/05/v_chomu_problema_vyschogo_sudu_z_intelektualnoyi_vlasnosti_dumka_yurista.



їх юрисдикції, висококваліфікованими суддями відповідної спеціалізації⁷. Безумовно, справи в цих сферах є складними, але це не може бути абсолютним аргументом для їх виділення в окрему частину судової системи України. У цілому, створення спеціалізованих судів є світовою практикою. Зокрема, існують спеціалізовані суди, наприклад, з розгляду трудових спорів (Велика Британія, Франція, Австрія, Бельгія, Фінляндія, Японія, Ізраїль).

Однак, судова реформа в цій частині породжує низку питань:

- 1) чому такі суди отримали назву “Вищий”, якщо вони є судом першої інстанції?
- 2) хто виконуватиме функції апеляційної інстанції?

Виходячи з норм нового Господарського процесуального кодексу України (ч.3 ст.26), у рамках цього ж Вищого суду буде створюватися апеляційна палата, яка матиме право переглядати в апеляційному порядку судові рішення, ухвалені Вищим судом з питань інтелектуальної власності. Проте, вимоги до суддів апеляційного суду є зовсім іншими, ніж до суддів першої інстанції. Та й не зовсім коректним буде, якщо судді одного суду переглядатимуть рішення своїх суддів-колег того ж суду. Видається, що в цій ситуації можна буде говорити про наявність певних корупційних ризиків, пов’язаних хоча б із службовою залежністю всіх цих суддів від їх керівництва.

Також може виникнути проблема з реалізацією на практиці такого важливого принципу судочинства, як доступність правосуддя. До створення спеціалізованого суду такі справи розглядали місцеві загальні та господарські суди, рівномірно розміщені в усій Україні. Тепер розгляд усіх цих спорів зосереджуватиметься у вказаному Вищому суді з розташуванням у Києві. А це може слугувати додатковою перепорою в доступності до правосуддя для громадян з віддалених від Києва населених пунктів.

Одним з головних недоліків судової реформи 2016-2017рр., на нашу думку, є побоювання зробити ще один кардинальний крок – ліквідувати господарські суди, як певний пережиток радянської епохи, пов’язаний з діяльністю державного арбітражу, а потім арбітражних судів. Якщо поглянути на досвід наших західних сусідів (зокрема, Польщі, Німеччини, Франції, Великої Британії), то відомо, що там немає “господарських” судів. І це зрозуміло, оскільки за наявності єдиних матеріальних відносин, які регулюються одним матеріальним правом для фізичних та юридичних осіб, не може бути різних процесів. Ліквідація господарських судів усунула б одвічну проблему розмежування юрисдикції між цивільними та господарськими судами. Ми розуміємо, що така позиція має як прихильників, так і супротивників. Але не вбачаємо жодних аргументів щодо конституційності чи доцільності існування господарських судів. У ч.5 ст.125 Конституції йдеться лише про створення адміністративних судів: “З метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди”. Вимоги створення господарських судів у Конституції немає. Щодо доцільності існування господарських судів, то не йдеться про звільнення всіх суддів. Повинно йтися про об’єднання суддів, які спеціалізуються на розгляді цивільних і господарських спорів в одній інституції. Ці суди можуть називатися цивільними. Головним залишається не назва, а реалізація необхідності розгляду всіх майнових приватно-правових відносин за єдиними процесуальними правилами. Сподіваємося, що в Україні все-таки відбудеться справжня реформа з цього питання.

Певні зміни в Конституції стосуються суб’єкта скасування недоторканості суддів. До змін 2016р. суддю не можна було затримати навіть на місці злочину, доки Верховна Рада не дасть згоди на його арешт. Тепер без згоди Вищої ради правосуддя суддю не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину (ч.3 ст.126 Конституції).

З одного боку, це позитив, оскільки прискориться прийняття рішень щодо конкретного судді. З іншого – багато залежатиме від складу Вищої ради правосуддя. Наявність у її складі людей, пов’язаних з судовою професією, може викликати почуття “кругової поруки”. Причому, така ситуація може виникати або зникати, залежно від конкретного складу цієї ради у конкретний час.

Важливою є норма ст.126 Конституції про обіймання посади суддею безстроково. Суддів більше не призначатимуть на випробувальний п’ятирічний строк, а одразу безстроково після відкритого конкурсу. Ця норма підсилить незалежність суддів, оскільки під час випробувального строку судді могли бути залежні від різних органів влади, які в подальшому

⁷ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про судоустрій та статус суддів”. – Інтернет-портал “Ліга Закон”, http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GH3N00A.html.



вирішували питання про призначення судді безстроково. Крім того, цим питанням займається новий орган – Вища рада правосуддя, що може прискорити процес призначення судді від моменту оголошення конкурсу на посаду судді до моменту видання Указу Президентом про призначення конкретної особи, яка пройшла всі етапи відбору.

У контексті зазначеного вище, *змінені вимоги до осіб, які можуть претендувати на посаду судді*. Тепер на посаду судді може бути призначений громадянин України, не молодший 30 та не старший 65 років, який має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше п'ять років, є компетентним, доброчесним та володіє державною мовою. Законом можуть бути передбачені додаткові вимоги для призначення на посаду судді (ст.127 Конституції). Якщо про громадянство, вік, стаж роботи, володіння державною мовою все є досить чітким та зрозумілим, то норми, що містять т.зв. оціночні критерії щодо вимог до суддів, а саме “компетентність” та особливо “доброчесність” викликають дискусії. Поки немає чітких критеріїв визначення того, яка особа є “доброчесною”, оскільки це набір певних моральних якостей людини. Можна погодитися з думкою С.Глушенка, що “доброчесність – це глибока категорія, яка містить усі сторони моральності та, по суті, є трансформацією добра у професійну етичну сферу. Поєднання моральності та добра дає можливість окреслити площину доброчесності особи, яка здійснює функції держави, зокрема: компетентність, вимогливість до себе, безкорисливість, чесність, твердість, добросовісність... На нашу думку, доброчесність судді (кандидата на посаду судді) у розумінні обов'язку особи, яка є суддею або має намір ним стати, а також через усвідомлення особою свого реального морально-психологічного портрету є багатовекторною”⁸.

Згідно з законодавством, Громадська рада доброчесності⁹ має допомагати Вищій кваліфікаційній комісії суддів України перевіряти відповідність кандидатів критеріям доброчесності. Саме неповна визначеність терміну “доброчесність” викликала у Громадській раді доброчесності сумніви щодо окремих осіб, які пройшли відбір та були призначені на посаду судді Верховного Суду України указом Президента України №357 від 10 листопада 2017р.

Питання “компетентності” та “доброчесності” оціночні та підлягають часто порівнянню цих критеріїв кандидатів на посаду судді з такими ж критеріями інших людей. Вирішити, що конкретний кандидат є компетентнішим, ніж інший чи доброчесніший, ніж інший повинні люди, які мають свої уявлення про компетентність чи доброчесність. Вважаємо, що певні єдині підходи з цього приводу повинні бути вироблені та формалізовані.

З метою забезпечення незалежності суддів від політичного впливу інших гілок влади у ст.131 Конституції передбачається функціонування Вищої ради правосуддя. Механізм її діяльності передбачений в Законі “Про Вищу раду правосуддя”. Цей орган відтепер вирішує всі питання щодо конкретного судді, зокрема: вносить подання про призначення на посаду; розглядає скарги на рішення відповідного органу про притягнення до дисциплінарної відповідальності судді чи прокурора; ухвалює рішення про звільнення судді з посади тощо.

Однак, чи можна Вищу раду правосуддя вважати повністю такою, що забезпечує безсторонність у прийнятті рішень? Таке питання пов'язане з тим, хто формує склад цієї ради, з кого вона формується, а також порядок прийняття рішень цією радою. Значна частина осіб, які входять до складу Вищої ради правосуддя, що здійснює контроль над суддями, формується самими суддями. Також для прийняття рішення Вищою радою правосуддя необхідна проста більшість голосів (ч.1 ст.34 Закону “Про Вищу раду правосуддя”). Заручившись підтримкою одного члена ради, 10 суддів можуть прийняти майже будь-яке рішення. Проте, Вища рада правосуддя не є органом суддівського самоуправління. Тому вважаємо, що варто було б передбачити меншу чисельність представників від судової влади та більшу – представників у складі Вищої ради правосуддя від юридичних вищих навчальних закладів та наукових установ як незалежних від усіх гілок влади. Це б урівноважило кількість голосів від органів державної влади, зокрема, судової, а отже – забезпечило прийняття більш виважених рішень.

Ст.128 Конституції вперше запроваджує важливе правило, відповідно до якого призначення на посаду судді кандидата здійснюється за конкурсом. При цьому, Конституція дозволяє в певних випадках, визначених не в самій Конституції, а в законі, відхід від загального правила призначення на посаду судді. Це, на нашу думку, абсолютно протирічить самій ідеї добору до судової системи дійсно компетентних і професійних суддів.

Щодо норм про захист прав та інтересів особи в суді. Згідно з ч.3 ст.131-2, винятково адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Винятки можуть бути у трудових, соціальних, виборчих і малозначних справах, де право представництва мають особи без свідомості на право заняття адвокатською діяльністю. Частина експертів назвали таку новацію “монополією адвокатів” та обмеженням прав простих громадян, які не завжди можуть найняти професійного адвоката. Інші – посилаються на європейський досвід і вказують, що норма про адвокатів дасть можливість отримати кращий захист¹⁰.

⁸ Глушенко С. Новели судової реформи: поняття професійної етики та доброчесності в контексті кваліфікаційного оцінювання судді (кандидата на посаду судді). – Часопис цивільного і кримінального судочинства, №6 (33), 2016, с.76, 77.

⁹ Ст.87 Закону “Про судоустрій і статус суддів”.

¹⁰ Див., наприклад: Монополізація адвокатури: що нас чекає? – Юридика Газета, 30 травня 2016р., <http://jur-gazeta.com/publications/practice/inshe/monopolyia-advokaturi-shcho-na-nas-chekae.html>; Представництво адвоката у суді з 2017р. – Офіційний сайт адвоката О.Кучерявого, 5 січня 2017р., <http://kucheriayvi.com/predstavnictvo-advokata-u-sudi-z-2017-roku>; “Адвокатська монополія” судової реформи: думка правозахисника. – Інтернет-портал “Новинарня”, 9 червня 2016р., <https://novynarnia.com/2016/06/09/advokatska-monopolyia-sudovoyi-reformi-dumka-pravozahisnika>.



Питання настільки важливе, що з цього приводу вже навіть з'являються офіційні роз'яснення. Так, Пленум Вищого адміністративного Суду у своїй постанові "Про правовий висновок щодо порядку здійснення представництва органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах, запровадженого Законом України від 2 червня 2016р. №1401-VIII "Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)" №5 від 13 березня 2017р. вказує, що представництво такого органу в судах здійснюється через прокурора¹¹.

Надавши право представництва в суді лише адвокатам, законодавець забув про інтереси юридичних осіб. Оскільки, якщо чітко трактувати норму Конституції (ст.131-2), то там нічого окремо не сказано про представництво фізичних і юридичних осіб. І як у цій ситуації бути з юрисконсультами юридичних осіб?

ДФС України дала наступне роз'яснення ситуації з представництвом адвокатами юридичних осіб у судах: "Згідно з підпунктом 14.1.226 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України, незалежна професійна діяльність – це діяльність адвокатів, за умови, що такий адвокат не є працівником у межах такої незалежної професійної діяльності. Фізична особа, яка здійснює незалежну адвокатську діяльність, може бути найманим працівником у юридичної особи та/або фізичної особи - підприємця на посаді, яка не передбачає здійснення адвокатської діяльності та надання адвокатських послуг. Тому дана особа не може представляти свого роботодавця як адвокат. При цьому адвокат може здійснювати адвокатську діяльність індивідуально або в організаційно-правових формах адвокатського бюро або адвокатського об'єднання (відповідно до ч.3 ст.4 Закону України "Про адвокатуру та адвокатську діяльність")"¹².

Отже, виходить так, що тепер юридичній особі необхідно для представництва своїх інтересів у суді наймати додатково до юрисконсультів, які навіть мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, ще й інших адвокатів. Це, на нашу думку, є невірним та недоцільним.

Якщо подивитися всі нові редакції процесуальних кодексів, то в них передбачається, що "Юридична особа бере участь у справі через свого керівника або члена виконавчого органу, уповноваженого діяти від її імені відповідно до закону, статуту, положення (самопредставництво юридичної особи), або через представника" (ч.3 ст.57 ГПК України). Отже, законодавець, на нашу думку, намагається уточнити норму Конституції шляхом надання права представництва члену виконавчого органу. Тобто ввівши юрисконсульта до складу виконавчого органу, комерційна юридична особа може уникнути необхідності наймати адвоката для представництва в суді. Однак, при

цьому новими процесуальними кодексами не враховано особливостей окремих юридичних осіб, наприклад, вищих навчальних закладів (університет, інститут тощо), у яких не створюється виконавчий орган.

Конституцією України прямо не передбачено поступове "перезавантаження" складу судів усіх ланок на конкурсній основі. Проте, на нашу думку, такий крок є правильним. Добір суддів Верховного Суду вже відбувся на конкурсній основі. Не всі кандидати "витримали" цей процес, і неоднозначною є думка про усіх кандидатів на цю важливу посаду. Але в цьому випадку до судочинства значною мірою залучаються юристи, які не мали досвіду роботи в судовій системі, наприклад, науковці та адвокати. Сподіваємося, що "свіжа кров" та відсутність негативного попереднього суддівського досвіду у частини нових суддів різних ланок на цей раз сприятиме поверненню довіри суспільства до суду.

На завершення слід зазначити, що з внесенням змін до Конституції та прийняттям у новій редакції Закону "Про судоустрій і статус суддів" реформа судової системи України не закінчується. Цей процес тривалий і складний. У продовження судової реформи 3 жовтня 2017р. були прийняті Верховною Радою в новій редакції три процесуальні кодекси – Цивільний процесуальний, Господарський процесуальний та Кодекс адміністративного судочинства. Одразу з перших статей усіх кодексів можна помітити уніфікацію процедур розгляду справ у судах різних юрисдикцій. Така уніфікація може сприяти виробленню усталеної практики в застосуванні та розумінні норм процесуального права. Також внесені значні зміни до Кримінального процесуального кодексу та Кодексу про адміністративні правопорушення. Прийняття усіх законодавчих актів є логічним продовженням змін до Конституції та інших актів у сфері здійснення правосуддя.

Крім того, для повного завершення судової реформи необхідно прийняти ще низку підзаконних нормативно-правових актів, наприклад, у сфері запровадження електронного правосуддя, формування складу суду з розгляду справ у сфері інтелектуальної власності та антикорупційного суду. Також важливим є якнайшвидше проведення переатестації суддів усіх ланок та, відповідно, доукомплектування значної кількості судів, де на цей час подекуди немає жодного судді.

Тому стверджувати, що чергова судова реформа в Україні відбулася повною мірою, наразі не можна. Основна реформа – це не зміни в законодавстві, а нові підходи та розуміння у здійсненні правосуддя всіма, хто до неї причетний: суддями, чистими від корупційних діянь, суспільством, яке не провокує на корупційні дії владою, яка не здійснює тиск на суддів чи правоохоронні органи. ■

¹¹ Постанова Пленуму ВАСУ №5 від 13 березня 2017р. – Офіційний веб-сайт ВАСУ, http://www.vasu.gov.ua/plenum/post_plenum/postanova_plenumu_5_13-03-2017.

¹² Штатний адвокат не може представляти свого роботодавця. Роз'яснення ДФС України від 15 серпня 2017р. №1603. – Портал "Ти і Право", <http://tuipravo.info/novyny/646-shtatnyi-advokat-ne-mozhe-predstavlyati-svoho-robotodavtsia.html>.

ЗАКОН ПРО КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ: ТРЕТЯ СПРОБА



Петро СТЕЦЬОК,
суддя Конституційного Суду України у відставці,
кандидат юридичних наук,
доцент, доктор права

Тільки через рік часу, після набуття чинності конституційних змін щодо правосуддя 2016р.¹, які, за оцінками вітчизняних експертів, суттєво “скорегували” правові основи функціонування інституту конституційного контролю в Україні², Парламентом було прийнято новий Закон “Про Конституційний Суд України”.

Він став третім “з черги” законом про Конституційний Суд України, прийнятим за роки її незалежності. Так, ще у 1992р. було ухвалено “перший” закон “Про Конституційний Суд України”, який, однак, не був реалізований на практиці. Натомість, прийнятий через кілька років “другий” закон “Про Конституційний Суд України” діяв понад 20 років. Прийняттю кожного з цих законів, як правило, передували відповідні конституційні зміни, які здебільшого “уточнювали” порядок формування Конституційного Суду, обсяг його повноважень, особливості розгляду ним окремих категорій справ і т.ін. Іноді законодавець намагався “уточнити” також і сам конституційно-правовий статус цього органу як такого загалом.

Ухвалюючи 3 червня 1992р. “перший” Закон “Про Конституційний Суд України”, тогочасний Парламент (який менше року перед тим називався ще Верховною Радою Української РСР, був обраним до проголошення незалежності України та складався переважно з представників т.зв. радянської партійної та господарської номенклатури) діяв радше політично інтуїтивно, ніж певним чином юридично вмотивовано. Адже, на час ухвалення цього Закону належної конституційної основи для запровадження повноцінного інституту конституційного контролю в Україні не було створено. Зміни до Конституції (Основного Закону) Української РСР, прийняті в 1990-1991рр., які містили окремі положення про Конституційний Суд Української РСР³, так само як і конституційні зміни I половини 1992р.⁴, – цього питання не вирішували. Особливо проблемною була ситуація з визначенням змісту та обсягу повноважень майбутнього органу конституційного контролю. Тим не менше, ухвалюючи Закон України “Про Конституційний Суд України” 1992р., Парламент визначив Конституційний Суд “незалежним органом у системі судової влади, покликаним забезпечувати відповідність законів, інших

нормативних актів органів законодавчої і виконавчої влади Конституції України, охорону конституційних прав та свобод особи”. Він мав складатися з Голови, двох заступників Голови та 12 членів КСУ. При цьому, всіх їх мав би обирати той же Парламент за персональними пропозиціями Голови Верховної Ради та Президент.

Конституційний Суд мав здійснювати свої повноваження “шляхом розгляду в судовому засіданні справ щодо конституційності законів та інших нормативних актів”, а також надання відповідних висновків. Він мав приймати до свого провадження справи з питань невідповідності Конституції:

- (1) чинних законів України та інших актів, прийнятих Верховною Радою України;
- (2) прийнятих, але не введених в дію законів та інших актів Верховної Ради України.

Передбачалося, що КСУ розглядатиме також справи про невідповідність Конституції і законам України:

- (1) указів і розпоряджень Президента;
- (2) постанов Президії Верховної Ради;

¹ Закон України “Про внесення змін до Конституції України” (щодо правосуддя) від 2 червня 2016р.

² Докладно див.: Зміни до Конституції стосовно правосуддя: оцінки фахівців. – Національна безпека і оборона, 2016, №5-6, с.42.

³ Закон Української РСР “Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) Української РСР”.

⁴ Закон України “Про зміну частини першої статті 112 Конституції (Основного Закону) України”.



(3) законів та інших актів, прийнятих Верховною Радою Республіки Крим та її Президією;

(4) постанов і розпоряджень Кабінету Міністрів та Ради Міністрів Республіки Крим.

Крім того, до повноважень Конституційного Суду було віднесено розгляд справ, пов'язаних з:

(1) порушенням компетенції органами та особами державної влади, зазначеними в Конституції;

(2) порушенням розподілу встановленої Конституцією України та Конституцією Республіки Крим компетенції місцевих Рад різного рівня, а також компетенції місцевих Рад і органів державної виконавчої влади;

(3) законністю призначення виборів і референдумів.

КСУ також мав би розглядати справи про невідповідність Конституції України та міжнародним актам, визнаним Україною, будь-якого закону або іншого нормативного акта, що порушує конституційні права і свободи людини, справи про спори між національно-територіальними і територіальними утвореннями України, даватиме висновок про додержання Президентом, Прем'єр-міністром та іншими членами Уряду, Головою Верховного Суду, Головою Вищого арбітражного суду, Генеральним прокурором України, а також дипломатичними та іншими представниками України Конституції і законів України в разі порушення питання про дострокове припинення їх повноважень, розглядати питання про конституційність діяльності і примусовий розпуск (ліквідацію) політичних партій, міжнародних і всеукраїнських громадських організацій, що діють в Україні⁵.

Очевидно, що передача такого великого та надзвичайно вагомого обсягу державно-владних повноважень новостворюваному органу була просто не реальною в тогочасних українських політико-правових реаліях. Можливо саме через це, персональний склад Конституційного Суду, крім обрання Головою Конституційного Суду Л.Юзькова, в ті роки так і не було сформовано, а сам орган не приступив до виконання своїх повноважень.

Згодом, прийнятою 28 червня 1996р. Конституцією України, встановлювалося, що “судочинство [в Україні] здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції” (ч.3 ст.124 Конституції). Натомість, Конституційний Суд визначався вже як “єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні”, і тільки він міг вирішувати “питання про відповідність законів та інших правових актів Конституції України”, давати “офіційне тлумачення Конституції України та законів України”, а також давати висновки “про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість”, про “додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи

про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту” (ст.147, ст.151 Конституції) і т.ін.

Відповідно, в Законі “Про Конституційний Суд України”, ухваленому Верховною Радою 16 жовтня 1996р., містилися положення про те, що Конституційний Суд “приймає рішення та дає висновки у справах щодо:

(1) конституційності законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим;

(2) відповідності Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість;

(3) додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпичменту в межах, визначених статтями 111 та 151 Конституції України;

(4) офіційного тлумачення Конституції та законів України;

(5) відповідності проекту закону про внесення змін до Конституції України вимогам статей 157 та 158 Конституції України;

(6) порушення Верховною Радою Автономної Республіки Крим Конституції України або законів України”⁶.

Згодом, більш ніж 20-літня практика функціонування Конституційного Суду у визначених законодавцем нормативно-правових рамках проявила всі її “сильні” та “слабкі” сторони, свідченням чого стали прийняті ним численні акти 1997-2016рр.

Конституційні зміни 2016р. щодо правосуддя, в той чи інший спосіб фактично торкнулися майже кожного положення Основного Закону держави, яке стосувалося інституту конституційного контролю як такого. Ці зміни внесли суттєві корективи як щодо змісту та обсягу повноважень Конституційного Суду, так і щодо безпосереднього порядку організації його роботи. Крім того, в частині формування персонального складу КСУ ними було закладено чітку вимогу конкурсного добору кандидатур на посаду судді Конституційного Суду.

На відміну від конституційних приписів 1996р., на Конституційний Суд більше не покладалося “здійснення судочинства разом із судами загальної юрисдикції”, з Основного Закону було вилучено положення про те, що Конституційний Суд є “єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні”, в нього більше не було права офіційного тлумачення законів України. Однак, цими ж конституційними змінами 2016р. запроваджується інститут конституційної скарги, Суд отримує можливість надавати висновок про

⁵ Закон України “Про Конституційний Суд України” 1992р.

⁶ Там само.



відповідність Конституції України питань, які пропонуються для винесення на всеукраїнський референдум за народною ініціативою і т.ін.

Майже безспірними в позитивному плані вважаються конституційні новели щодо спроб запровадження в Україні інституту конституційної скарги, вилучення з повноважень КСУ, як невластивого для органу конституційного контролю, права офіційного тлумачення законів, підсилення гарантій незалежності та недоторканості суддів Конституційного Суду.

Водночас, частина прийнятих конституційних змін викликали в експертному середовищі різні оцінки та почуття: від “легкого здивування” до серйозного занепокоєння щодо наслідків практичної реалізації прийнятих конституційних змін⁷. Саме тому така велика увага в суспільстві була прикута до підготовки та появи нового Закону “Про Конституційний Суд України”. Адже, ст.153 Конституції (в редакції Закону “Про внесення змін до Конституції України” (щодо правосуддя)), чітко визначила, що “порядок організації та діяльності Конституційного Суду України, статус суддів Суду, підстави і порядок звернення до Суду, процедура розгляду ним справ і виконання рішень Суду визначаються Конституцією України та законом”.

Прийнятий Верховною Радою 13 липня 2017р. Закон “Про Конституційний Суд України” за формально зовнішніми характеристиками є значно відмінним від своїх “попередників” (1992р., 1996р.). Він є об’ємнішим у своїй текстовій частині, місцями надмірно деталізований як для свого рівня правового регулювання суспільних відносин, містить значну кількість т.зв. бланкетних норм до нормативних актів “нижчого” рівня (Регламенту Конституційного Суду України), має явно переобтяжену “чужими” нормами (приписами, які прямо не стосуються безпосереднього предмету правового регулювання Закону) свою заключну частину (Розділ III. Прикінцеві положення). При цьому, сам текст Закону структурно поділений на два основні розділи – “Розділ I. Конституційний Суд України” та “Розділ II. Конституційне провадження”. Прикметним є те, що назва першого розділу Закону є ідентичною його назві в цілому (“Розділ I. Конституційний Суд України”; Закон України “Про Конституційний Суд України”). Останнє, очевидно, є не найкращим прикладом техніко-юридичного вирішення цього питання. Водночас, змістовне наповнення першого і другого розділів Закону, їх обсяг, внутрішня структура, зрештою, самі назви цих розділів і т.ін. – свідчать про те, що мала місце спроба поєднання в одному нормативному акті двох самостійних документів, які можливо і готувалися як окремі закони.

Наведене вище положення ст.153 Конституції подає повний перелік нормативних актів, якими має визначатися “порядок організації та діяльності Конституційного Суду України, статус суддів Суду, підстави і порядок звернення до Суду, процедура



розгляду ним справ і виконання рішень Суду”. Водночас законодавець, ухвалюючи на розвиток цього конституційного припису відповідні норми в новому Законі “Про Конституційний Суд України” вдався до явного перевищення своїх конституційних повноважень і фактично порушив припис ч.2 ст.8 Конституції, за яким “закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй”. Адже, ч.2 ст.3 Закону “Про Конституційний Суд України” (назва статті “Нормативна основа діяльності Суду”) говорять, що “організацію внутрішньої роботи Суду та відповідні правила процедури розгляду ним справ установлює згідно з цим Законом Регламент Конституційного Суду України”. Конституційний Суд може приймати Регламент Конституційного Суду України. Однак, цей документ (Регламент Конституційного Суду України) жодним чином не може підміняти Закон “Про Конституційний Суд України”, оскільки лише “Конституцією України та законом” визначаються “порядок організації та діяльності Конституційного Суду України ... процедура розгляду ним справ і виконання рішень Суду” (ст.153 Конституції). Якщо ж законодавець вважає, що серед іншого, Регламент Конституційного Суду України міг би визначати ту ж саму процедуру розгляду Конституційним Судом України справ і виконання його рішень, то такий документ (Регламент Конституційного Суду України) мав би затверджуватися законом України (за аналогією з Законом України “Про Регламент Верховної Ради України”).

Положеннями ст.148 Конституції визначено, що “до складу Конституційного Суду України входять 18 суддів Конституційного Суду України. Президент України, Верховна Рада України та з’їзд суддів України призначають по шість суддів Конституційного Суду України. Відбір кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України здійснюється на конкурсних засадах у визначеному законом порядку”.

Усе це мало б стимулювати законодавця розмістити в новому Законі “Про Конституційний Суд України”

⁷ Див. зокрема: Стецюк П. Зміни до Основного Закону України щодо правосуддя (конституційно-юрисдикційний зріз). – Вісник Конституційного Суду України, 2016, №4-5, с.194-201.

положення щодо створення в Україні спеціальної єдиної загальнонаціональної Конкурсної комісії по добору кандидатур на посаду суддів Конституційного Суду. При цьому, виходячи з розуміння необхідності забезпечення неупередженого, високопрофесійного та морально-етичного рівня роботи цього органу, він не мав би створюватись жодним із суб'єктів формування персонального складу суддів Конституційного Суду. З іншого боку, до процесу формування персонального складу такої Конкурсної комісії широкий доступ мала б мати громадянська, зокрема науково-юридична спільнота України. Перевагами під час добору кандидатів у члени цієї Конкурсної комісії могли б бути досвід безпосередньої роботи на посаді судді КСУ, наукові здобутки в галузі конституційного права, наявність загальнонаціонального авторитету тощо.

Частиною 7 ст.148 Конституції передбачено, що “суддя Конституційного Суду України набуває повноважень з дня складення ним присяги на спеціальному пленарному засіданні Суду”. Ця новела з'явилася в результаті конституційних змін 2016р. Питання складення присяги суддею Конституційного Суду попередніми роками регулювалося винятково нормами Закону “Про Конституційний Суд України” (1996р.), ч.3 ст.17 якого говорила, що “суддя Конституційного Суду України складає присягу на засіданні Верховної Ради України, яке проводиться за участю Президента України, а також Прем'єр-міністра України, Голови Верховного Суду України або осіб, які виконують їх повноваження”. Тепер, на виконання наведеного вище припису ч.7 ст.148 Конституції, законодавцем у новому Законі “Про Конституційний Суд України” розміщено наступне положення: “суддя Конституційного Суду набуває повноважень з дня складення ним на спеціальному пленарному засіданні Суду ... 2. Спеціальне пленарне засідання Суду відбувається за скликанням Голови Суду або судді Конституційного Суду, який виконує його обов'язки, не пізніше п'ятого робочого

дня з дня призначення Судді на посаду. 3. Урочиста церемонія складення суддею Конституційного Суду присяги на спеціальному пленарному засіданні відбувається в Залі засідань Суду. Порядок урочистої церемонії встановлюється Регламентом [Конституційного Суду]” (ст.17 Закону “Про Конституційний Суд України”). Тут же законодавцем було встановлено текст присяги судді КСУ наступного змісту: “Я (ім'я та прізвище), вступаючи на посаду судді Конституційного Суду України, урочисто присягаю на вірність Україні, бути незалежним, чесним і сумлінним при виконанні високих обов'язків судді Конституційного Суду України, забезпечувати верховенство Конституції України, захищати конституційний лад держави, утверджуючи права та свободи людини”.

Таке бачення законодавцем реалізації конституційного припису ч.7 ст.148 Конституції видається не до кінця продуманим. Адже, виникає логічне питання: “Перед ким власне складатиме присягу, зокрема і “на вірність Україні”, новопризначений суддя Конституційного Суду України?”, “Хто представлятиме на цьому спеціальному пленарному засіданні Конституційного Суду України Українську державу як таку?”. Не зрозумілою є і ситуація з фактичним обмеженням у часі новопризначеного судді Конституційного Суду щодо складення ним присяги. Крім того, виникає також і питання – “Чому законодавець ставить складення присяги новопризначеним суддею Конституційного Суду в залежність від змісту внутрішнього документа Суду?”

Обґрунтованість наведених питань підтверджується практикою вже першого випадку складення присяги новопризначеним суддею Конституційного Суду після набуття чинності новим Законом “Про Конституційний Суд України”. Адже, без жодної вини новопризначеного судді КСУ, процедура складення ним присяги містила кілька порушень приписів ст.17 Закону “Про Конституційний Суд України”.

По-перше, саме складення присяги відбулося пізніше “п'ятого робочого дня з дня призначення Судді на посаду”⁸. *По-друге*, на час складення присяги новопризначеним суддею Конституційного Суду в Регламенті КСУ не було жодних положень, які б “встановлювали порядок урочистої церемонії” складення присяги суддею Конституційного Суду⁹.

Можливо, найбільш вагомим досягненням конституційної реформи 2016р. (щодо правосуддя) є запровадження в Україні конституційної скарги. Варто одразу ж зазначити, що сама ідея запровадження конституційної скарги в Україні була не тільки прогресивною із самого свого початку, але й такою, що безпосередньо відповідала основному призначенню інституту конституційного контролю сучасної демократичної держави – всебічному захисту прав і свобод людини. Останнє визначальним було і для України, оскільки



⁸ Відбулася урочиста церемонія складення присяги судді Конституційного Суду України. – Офіційний веб-сайт Конституційного Суду України, <http://www.ccu.gov.ua/novyna/vidbulasya-urochysta-ceremoniya-skladennya-prysyagy-suddi-konstytuciynogo-sudu-ukrayiny>.

⁹ Регламент Конституційного Суду України. – Там само, <http://www.ccu.gov.ua/docs/177>.

завданням Конституційного Суду (на час прийняття конституційних змін щодо правосуддя 2016.) було “гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій території України” (ст.2 Закону “Про Конституційний Суд України”), а самі “права і свободи людини та їх гарантії” повинні визначати зміст і спрямованість діяльності Української держави (ч.2 ст.3 Конституції). Звідси, цілком логічними було як безпосереднє закріплення права на конституційну скаргу у ст.55 Основного Закону (“кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та у порядку, визначеному законом”), так і виклад змісту конституційної скарги в Розділі XII Конституції України (ст.151-1 Конституції “Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано”).

Однак, якість реалізації конституційних приписів дуже часто залежить від викладу відповідних положень на законодавчому рівні. Однією з явних вад у цьому напрямі вважається т.зв. “надмірна регламентація” законодавчих приписів. Останнє може суттєво ускладнити практичну реалізацію конституційних положень загалом, а у випадку, коли ці положення стосуються безпосередньо конституційних прав і свобод людини, може стати реальною перешкодою у їх реалізації. Подібна ситуація, як видається, може мати місце і з реалізацією права на конституційну скаргу. Адже, викладаючи вимоги до змісту конституційної скарги, законодавець у ч.2 ст.55 Закону “Про Конституційний Суд України” передбачив, що “у конституційній скарзі зазначаються:

- (1) прізвище, ім'я, по батькові (за наявності) громадянина України, іноземця чи особи без громадянства, адреса зареєстрованого місця проживання особи (для іноземця чи особи без громадянства – місця перебування) або повна назва та місцезнаходження юридичної особи, а також номер засобу зв'язку, адреса електронної пошти, якщо такі є;
- (2) відомості про уповноважену особу, що діє від імені суб'єкта права на конституційну скаргу;
- (3) стислий виклад остаточного судового рішення, в якому було застосовано відповідні положення закону України;
- (4) опис перебігу розгляду відповідної справи в судах;
- (5) конкретні положення закону України, які належить перевірити на відповідність Конституції України, та конкретні положення Конституції України, на відповідність яким належить перевірити закон України;

- (6) обґрунтування тверджень щодо неконституційності закону України (його окремих положень) із зазначенням того, яке з гарантованих Конституцією України прав людини, на думку суб'єкта права на конституційну скаргу, зазнало порушення внаслідок застосування закону;
- (7) відомості про документи і матеріали, на які посилається суб'єкт права на конституційну скаргу, із наданням копій цих документів і матеріалів;
- (8) перелік документів і матеріалів, що додаються. Копія остаточного судового рішення у справі суб'єкта права на конституційну скаргу має бути засвідчена в установленому порядку судом, що його ухвалив”.

Видається, що певна частина передбачених Законом “Про Конституційний Суд України” вимог до змісту конституційної скарги є надмірними (зокрема п.п.3, 4, 6 ч.2 ст.55 Закону “Про Конституційний Суд України”) і такими, що з об'єктивних причин можуть бути утруднені для виконання кожним, хто захоче реалізувати своє конституційне право на конституційну скаргу. Крім того, встановлена Законом вимога подавати до Конституційного Суду копію остаточного судового рішення у справі суб'єкта права на конституційну скаргу “засвідчену в установленому порядку судом, що його ухвалив”, за можливих сучасних варіантах надання фотокопії судового рішення, копії його видруку з Єдиного реєстру судових рішень і т.ін., – видається проявом явного бюрократизму.

Наведені вище приклади явно “слабких місць” нового Закону “Про Конституційний Суд України”, напевно, є далеко не повним переліком останніх. З іншого боку, новий (“третій”) Закон “Про Конституційний Суд України” містить цілу низку прогресивних положень, несе в собі ознаки суспільного поступу і намагається системно врегулювати надзвичайно важливий сегмент суспільних відносин, пов'язаних з функціонуванням інституту конституційного контролю. І це є надзвичайно важливим, оскільки без належного, сучасного, прогресивного конституційного контролю майбутнє України як конституційної держави є непередбачуваним. ■



ІНСТИТУТ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО КЕРІВНИЦТВА ДОСУДОВИМ РОЗСЛІДУВАННЯМ У СИСТЕМІ ОРГАНІВ ПРОКУРАТУРИ¹



Володимир СУЩЕНКО,
голова правління
ГО “Експертний центр з прав людини”,
кандидат юридичних наук, доцент

Цьогоріч виповнилось п'ять років з дня набуття чинності Кримінальним процесуальним кодексом, яким була запроваджена концепція процесуального керівництва прокурорами України досудовим розслідуванням вчинених кримінальних правопорушень.

Міжнародні стандарти прокурорської діяльності в цілому та виконання функції процесуального керівництва у досудовому кримінальному провадженні, відповідно до змісту Керівних принципів ООН щодо ролі обвинувачів (прокурорів)² суворо відмежовують повноваження державного обвинувача (прокурора) від виконання судових функцій.

Публічні обвинувачі, за цими стандартами, відіграють активну роль у кримінальному провадженні, включаючи обвинувачення, і, коли це дозволяється законом або відповідає місцевій практиці, в розслідуванні злочину, а також нагляді за законністю цих розслідувань та за виконанням рішень суду, здійсненні інших функцій як представників інтересів держави.

Саме на ролі прокурора (обвинувача) фактично в якості процесуального керівника досудовим розслідуванням наголошується також у Рекомендаціях ПАРЄ “Про роль служби публічних обвинувачів у демократичному суспільстві, заснованому на верховенстві права”³.

Верховною Радою за ініціативою Президента України 2 червня 2016р. були прийняті зміни до Конституції (в частині правосуддя), якими був також змінений перелік конституційних функцій прокуратури, яка знайшла своє місце в розділі Конституції “Правосуддя”. Зокрема, в якості однієї з основних функцій прокуратури, згідно зі ст.131-1 оновленої Конституції, є **“організація і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження, нагляд за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку”**. Отже, це положення Конституції, з одного

боку, поєднує дві функції прокурора – “процесуальне керівництво та організацію” досудового розслідування, а з іншого – відмежовує їх від функції “нагляду” за діяльністю органів правопорядку в цілому. Це не додає чіткості та однозначності сприйняття цих функцій на практиці та створює додаткові складнощі в їх реалізації.

Аналіз положень теорії конституційного права, кримінального процесуального права і прокурорської діяльності, а також законодавчої і нормативно-правової бази, що розкривають сутність основних функцій діяльності прокуратури та органів досудового розслідування, дозволяє дійти висновку, що сьогодні

¹ За результатами дослідження ролі прокурора - процесуального керівника досудовим розслідуванням, проведеного групою експертів Міжнародним фондом “Відродження” у п'яти регіонах України у 2016-2017рр. Докладно див.: Прокурор: Керує? Координує? Наглядає? Розслідує? – http://ecpl.com.ua/wp-content/uploads/2017/10/prokuror_infografic.pdf.

² Керівні принципи, що стосуються ролі осіб, які здійснюють судові переслідування (прийняті восьмим Конгресом Організації Об'єднаних Націй з профілактики злочинності і поводження з правопорушниками, Гавана, Куба, 27 серпня - 7 вересня 1990р.). Російською мовою див.: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_859; переклад українською Центру політико-правових реформ: http://pravo.org.ua/files/oon_com_split_1.pdf.

³ Рекомендація ПАРЄ 1604 (2003) “О роли прокуратуры в демократическом обществе, основанном на верховенстве закона”. – Сайт Ради Європи, [https://www.coe.int/T/r/parliamentary_assembly/\[russian_documents\]/\[2003\]/Rec1604.asp](https://www.coe.int/T/r/parliamentary_assembly/[russian_documents]/[2003]/Rec1604.asp).

існують такі взаємопов'язані поняття, як-то: “кримінальне переслідування”; “кримінальне провадження”; “прокурорський нагляд за дотриманням законності в діяльності органів досудового слідства, дізнання і оперативно-розшукової діяльності”; “процесуальне керівництво досудовим розслідуванням злочинів” та “публічне (державне) обвинувачення”. Практика їх розуміння і застосування протягом усіх років чинності Кримінального процесуального кодексу (2012р.) та внесення змін до Конституції (2016р.) потребує додаткового тлумачення їх взаємозв'язку та особливостей.

Слід зауважити, що більшість країн романо-германської правової сім'ї дотримуються моделі прокуратури, яка виступає переважно як орган “кримінального переслідування”, тобто виконує функцію розшуку та викриття осіб, які вчинили злочинне діяння, підтримання публічного (державного) обвинувачення цих осіб у суді, а також нагляду за законністю досудового розслідування злочинів, включно з триманням осіб у місцях позбавлення волі. Цей термін широко застосовується в зарубіжному законодавстві та практичній діяльності органів кримінальної юстиції Білорусі, Італії, Росії, Франції, Німеччини та інших держав Європи.

У законодавстві України в контексті функцій та повноважень органів прокуратури використовуються ТРИ терміни-словосполучення, а саме:

- (а) організація та процесуальне керівництво досудовим розслідуванням;
- (б) прокурорський нагляд за дотриманням законності в діяльності органів дізнання, оперативно-розшукової діяльності та досудового слідства;
- (в) публічне (державне) обвинувачення особи у вчиненні кримінального правопорушення у судовому провадженні.

Зазначені терміни за своїм змістом загалом є тотожними з поняттям “кримінальне переслідування”, хоча й дещо більш об'ємні.

Термін “кримінальне провадження” розкриває зміст діяльності всіх сторін та учасників кримінально-процесуальних відносин та охоплює дві основні його стадії: досудове розслідування кримінальних правопорушень і судовий розгляд матеріалів кримінальної справи/кримінального провадження. Суд не має функції кримінального переслідування, а виконує лише функцію судового контролю за дотриманням усіма сторонами кримінального провадження конституційних прав і свобод людини і громадянина на стадії досудового розслідування кримінальних правопорушень.

Законодавство України не містить жодного визначення поняття “організація і процесуальне керівництво” досудовим розслідуванням. У Законі України “Про прокуратуру” цей термін згадується лише один раз у контексті заборони притягувати до дисциплінарної відповідальності прокурора, який здійснював **процесуальне керівництво**, у випадках виправдання особи або закриття стосовно неї судом кримінального

провадження⁴. Єдиний раз цей термін згадується й у Кримінальному процесуальному кодексі, зокрема в ч.2 ст.36 КПК, у якій йдеться про повноваження прокурора *при здійсненні нагляду за додержанням законів у формі процесуального керівництва досудовим розслідуванням*.

Таким чином, можна констатувати, що законодавець розуміє під “**процесуальним керівництвом**” форму здійснення прокурорського нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування. Разом з тим, у законодавстві чітко не визначено, в чому саме полягає зміст цієї форми, а також її відмінність від інших форм прокурорського нагляду. Крім того, ні в КПК, ні в чинному Законі “Про прокуратуру” не розкривається поняття “**прокурорський нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування**”. Це, своєю чергою, також не сприяє розумінню сутності процесуального керівництва як його форми.

Відсутність однозначного чіткого визначення терміну “процесуальне керівництво” в законодавстві призводить до певної невизначеності й ролі процесуального керівника у кримінальному провадженні. Тобто не зрозуміло: чи виконує прокурор власне роль керівника у розслідуванні, беручи на себе всю відповідальність за його ефективність та результати, чи він лише здійснює нагляд за дотриманням законності в діях інших процесуальних осіб (оперативного працівника, слідчого), залишаючись при цьому до певного часу стороннім спостерігачем.

Разом з тим, аналізуючи повноваження прокурора під час здійснення нагляду у формі процесуального керівництва, визначені ч.2 ст.36 КПК, можна дійти висновку про зміщення акцентів, порівняно з попереднім КПК, щодо ролі прокурора у кримінальному провадженні з власне нагляду за дотриманням законності на безпосередню участь у досудовому розслідуванні. Так, з більш ніж 20 повноважень прокурора, визначених у зазначеній статті КПК, **лише сім можна тією чи іншою мірою віднести до наглядових**, які стосуються, насамперед:

- повного доступу до матеріалів, документів та інших відомостей, що стосуються досудового розслідування;
- скасування незаконних і необґрунтованих постанов слідчих;
- ініціювання перед керівником органу досудового розслідування відсторонення слідчого від проведення досудового розслідування та призначення іншого слідчого за наявності підстав для його відводу;
- погодження або відмови в погодженні клопотань слідчого до слідчого судді про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій;
- погодження запиту органу досудового розслідування про міжнародну правову допомогу, передавання кримінального провадження;

⁴ Ст.43 Закону України “Про прокуратуру”.

- затвердження чи відмови в затвердженні обвинувального акта, клопотань про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру;
- перевірки перед направленням прокурору вищого рівня документів органу досудового розслідування про видачу особи (екстрадицію) тощо.

Таким чином, з аналізу цих положень КПК випливає, що більшість прокурорських повноважень пов'язані з **керівництвом процесом розслідування**, а саме: надання різного роду доручень на проведення слідчих (розшукових) дій слідчому, органу досудового розслідування, відповідним оперативним підрозділам, або ж із безпосереднім проведенням прокурором тієї чи іншої слідчої (розшукової), чи процесуальної дії. Так, зокрема, прокурор фактично наділений і тими повноваженнями, **що традиційно віднесені до повноважень слідчого**, а саме:

- починати досудове розслідування;
- особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії;
- повідомляти особі про підозру;
- самостійно складати обвинувальний акт.

Крім зазначених вище, прокурор - процесуальний керівник користується також правами, що є **прерогативою саме інституту прокуратури в цілому**, зокрема:

- пред'являти цивільний позов в інтересах держави та громадян, які через фізичний стан чи матеріальне становище, недосягнення повноліття, похилий вік, недієздатність або обмежену дієздатність неспроможні самостійно захистити свої права;
- звертатися до суду з обвинувальним актом, клопотанням про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотанням про звільнення особи від кримінальної відповідальності;
- оскаржувати судові рішення та ін.

Таким чином, функції процесуального керівника і слідчого часто-густо на практиці є змішаними і не дозволяють оптимізувати процес досудового розслідування.

Слід зазначити, що термін **“організація і процесуальне керівництво”** однозначно потребує чіткого законодавчого визначення, що дозволило б уникнути його різних тлумачень як у теорії, так і, що більш важливо, у практичній діяльності прокурорів, слідчих і оперативних працівників органів забезпечення правопорядку.

Практика досудового розслідування кримінальних правопорушень складається таким чином, що переважна більшість прокурорів - процесуальних керівників не усвідомлюють повною мірою свою нову функцію. Одні з них – продовжують виконувати “наглядові повноваження” за діяльністю слідчих та оперативних працівників, намагаючись усіляко уникати безпосередньої участі в організації та управлінні досудовим розслідуванням, інші – навпаки намагаються будь-що

постійно втручатись в організаційну та процесуальну діяльність слідчого, з метою впливати своїми вказівками на весь процес збору доказової інформації.

Водночас, при ухваленні таких важливих процесуальних рішень, як-то: “процесуальне затримання підозрюваного”, “вручення підозри” або “обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою”, багато процесуальних керівників не хочуть брати (“боятися”) на себе відповідальність або ж навмисно ускладнюють процедуру погодження такого рішення.

Практика процесуального керівництва прокурами досудовим розслідуванням кримінальних правопорушень свідчить, що його важливим підґрунтям є дотримання базових принципів, до яких слід віднести: процесуальну **незалежність, незмінність, безсторонність та об'єктивність** у діяльності прокурора.

Аналізуючи дотримання процесуальними керівниками принципу **“процесуальної незалежності”**, слід підкреслити, що міжнародні організації встановлюють певні стандарти діяльності національних прокуратур держав-учасниць таких організацій, приділяючи вагому увагу формуванню змісту принципу “незалежності” прокурора як державного обвинувача та як процесуального керівника досудовим розслідуванням – зокрема.

Чинні **Керівні принципи ООН щодо ролі обвинувачів (прокурорів)** передбачають, що держави забезпечують такий стан діяльності прокуратури, щоб обвинувачі могли виконувати свої професійні обов'язки в обстановці, вільній від загроз, перешкод, залякування, непотрібного втручання або невинного притягнення до цивільної, кримінальної або іншої відповідальності. Такі ж самі гарантії незалежності прокурора містяться в Рекомендаціях ПАРЄ **“Про роль служби публічних обвинувачів в демократичному суспільстві, заснованому на верховенстві права”**.

Законодавство України також закріплює гарантії “незалежності прокурора”, що передбачено ст.16 Закону “Про прокуратуру”. Відповідно до ч.1 ст.16 Закону, **незалежність прокурора забезпечується**:

- 1) особливим порядком його призначення на посаду, звільнення з посади, притягнення до дисциплінарної відповідальності;
- 2) порядком здійснення повноважень, визначеним процесуальним та іншими законами;
- 3) заборонаю незаконного впливу, тиску чи втручання у здійснення повноважень прокурора;
- 4) установленим законом порядком фінансування та організаційного забезпечення діяльності прокуратури;
- 5) належним матеріальним, соціальним та пенсійним забезпеченням прокурора;
- 6) функціонуванням органів прокурорського самоврядування;
- 7) визначеними законом засобами забезпечення особистої безпеки прокурора, членів його родини, майна, а також іншими засобами їх правового захисту.

Здійснюючи функції прокуратури, прокурор є **незалежним від будь-якого незаконного впливу, тиску, втручання** і керується у своїй діяльності лише Конституцією та законами України (ч.2 ст.16 цього ж Закону).

Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, інші державні органи, їх посадові та службові особи, а також фізичні та юридичні особи та їх об'єднання **зобов'язані поважати незалежність прокурора та утримуватися від здійснення у будь-якій формі впливу на прокурора** з метою перешкоджання виконанню службових обов'язків або прийняття ним незаконного рішення.

Прокурор має право звернутися з повідомленням про загрозу його незалежності до Ради прокурорів України, яка зобов'язана **невідкладно перевірити і розглянути таке звернення за його участю та вжити в межах своїх повноважень**, передбачених цим Законом, необхідних заходів для усунення загрози (ч.6 ст.16).

Статтею 17 Закону “Про прокуратуру” регламентовані питання **підпорядкування прокурорів та виконання ними наказів і вказівок**, що також має важливе значення в контексті забезпечення гарантій незалежності та безсторонності процесуального керівника. Частиною 1 ст.17 прямо визначено, що прокурори здійснюють свої повноваження у межах, визначених законом, і **підпорядковуються своїм безпосереднім керівникам винятково в частині виконання письмових наказів адміністративного характеру**, пов'язаних з організаційними питаннями діяльності прокурорів та органів прокуратури. Адміністративне підпорядкування прокурорів **не може бути підставою для обмеження або порушення незалежності прокурорів** під час виконання ними своїх повноважень.

Під час здійснення повноважень, пов'язаних з реалізацією функцій прокуратури, **прокурори є незалежними, самостійно приймають рішення про порядок здійснення таких повноважень**, керуючись при цьому положеннями закону, а також зобов'язані виконувати лише такі вказівки прокурора вищого рівня, що були надані з дотриманням вимог цієї статті (ч.3 ст.17).

Прокурори вищого рівня мають право давати вказівки прокурору нижчого рівня, погоджувати прийняття ним певних рішень та здійснювати інші дії, що безпосередньо стосуються реалізації цим прокурором функцій прокуратури, **винятково в межах та порядку, визначених законом**. Прокурор **не зобов'язаний виконувати накази та вказівки прокурора вищого рівня, що викликають у нього сумнів у законності**, якщо він не отримав їх у письмовій формі, а також явно злочинні накази або вказівки.

Разом з тим, попри зазначені вище достатньо чіткі нормативні приписи, що мають забезпечувати незалежність прокурорів у кримінальному провадженні від будь-якого втручання, КПК містить положення, що ставлять незалежність прокурора під сумнів, а в

окремих випадках – під загрозу. Так, зокрема, ч.6 ст.36 КПК визначено, що “Генеральний прокурор України, керівник регіональної прокуратури, керівник місцевої прокуратури, їх перші заступники та заступники **при здійсненні нагляду за додержанням законів під час проведення досудового розслідування мають право скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови слідчих та прокурорів нижчого рівня у межах строків досудового розслідування, передбачених статтею 219 КПК**. Про скасування таких постанов повідомляється прокурор, який здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення відповідного досудового розслідування”.

Подібне формулювання норми КПК фактично ставить прокурора в повну залежність від прокурора вищого рівня, якому надано право втручатися у процесуальну діяльність, при тому, що Закон “Про прокуратуру” це прямо забороняє, залишаючи прокурорам вищого рівня право давати доручення прокурорам нижчого рівня лише з адміністративних питань.

Необхідно підкреслити, що Закон “Про прокуратуру” містить **додаткові гарантії незалежності** прокурорів Спеціалізованої антикорупційної прокуратури⁵.

Дотримання принципу “**незмінності**” прокурора в кримінальному провадженні спрямоване на забезпечення його сталості та персональної відповідальності процесуального керівника за результати кримінального провадження.

Відповідно до законодавства України, прокурор, який здійснюватиме повноваження прокурора в конкретному кримінальному провадженні (*процесуальний керівник*), визначається керівником відповідного органу прокуратури після початку досудового розслідування. У разі необхідності, керівник органу прокуратури може визначити групу прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному провадженні, а також старшого прокурора такої групи, який керуватиме діями інших прокурорів⁶.

Процесуальний керівник здійснює повноваження прокурора у кримінальному провадженні, яке включає в себе як досудове розслідування, так і судове провадження, з його початку до завершення⁷.

При цьому, слід мати на увазі, що прокурор признається на посаду **безстроково** та може бути звільнений з посади, або його повноваження на посаді можуть бути припинені лише з підстав та в порядку, передбачених Законом “Про прокуратуру” (ч.3 ст.16). У ч.2 ст.37 КПК підкреслено, що “*Прокурор здійснює свої повноваження у кримінальному провадженні з його початку до завершення. Здійснення повноважень прокурора в цьому самому кримінальному провадженні іншим прокурором можливе лише у випадках, передбачених частинами четвертою та п'ятою статті 36, частиною третьою статті 313, частиною другою статті 341 цього Кодексу та частиною третьою цієї статті*”.

⁵ Частина 5 ст.8-1 Закону України “Про прокуратуру”.

⁶ Частина 1 ст.37 Кримінального процесуального кодексу України.

⁷ Частина 2 ст.37 Кримінального процесуального кодексу України.

Разом з тим, практика призначення прокурорів на посади, включаючи призначення в якості процесуального керівника, свідчить, що цей принцип далеко не завжди дотримується, що призводить до серйозних недоліків і прорахунків на всіх етапах кримінального провадження.

Принципи “безсторонності” та “об’єктивності” процесуального керівництва закріплені в положеннях ч.1 ст.36 КПК, що розкривають повноваження прокурора у кримінальному процесі та передбачають, що: *“Прокурор, здійснюючи свої повноваження відповідно до вимог цього Кодексу, є самостійним у своїй процесуальній діяльності, втручання в яку осіб, що не мають на те законних повноважень, забороняється. Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації, службові та інші фізичні особи зобов’язані виконувати законні вимоги та процесуальні рішення прокурора”*.

Практика реалізації таких повноважень процесуальним керівником свідчить, що прокурори не завжди дотримуються приписів законодавства.

Виявилися такі ключові проблеми як в організації процесуального керівництва всередині структури органів прокуратури, так і в його нормативно-методичному забезпеченні, зокрема⁸:

1. функція процесуального керівництва в ГПУ штучно розподілена між окремими підрозділами та підпорядкована різним заступникам Генпрокурора. Це призводить до порушення управлінських процесів усередині та до неефективної взаємодії між різними структурними підрозділами так само, як і до створення зайвих бюрократичних процедур щодо узгодження процесуальних рішень;
2. основний обсяг роботи прокурорів підрозділів “нагляду у кримінальному провадженні ГПУ і регіональних прокуратур” полягає у здійсненні т.зв. “зонального контролю” за роботою прокурорів нижчого рівня, що часто стає втручанням у діяльність процесуальних керівників, яке прямо заборонене кримінальним процесуальним законом;
3. в органах прокуратури немає обґрунтованого підходу щодо визначення необхідної кількості прокурорів на кожному рівні (місцевому та регіональному), забезпечення балансу навантаження між ними, крім того, так само немає уніфікованого визначення критеріїв для обсягів навантаження на окремого прокурора - процесуального керівника;
4. формуються місцеві розрізнені практики реалізації функції процесуального керівництва досудовим розслідуванням кримінальних правопорушень;

5. існуюча система обліку та аналізу діяльності органів прокуратури у сфері керівництва кримінальним провадженням базується на формуванні статистичних даних “у ручному режимі”, механічному зведенні показників, характеризується неповнотою, фрагментарністю збирання даних, а також низьким рівнем застосування електронних засобів формування статистичної звітності⁹.

Наявна нагальна потреба у вдосконаленні функціонування інституту процесуального керівництва¹⁰, оскільки:

1. на практиці є різне розуміння прокурорами функції процесуального керівництва, її змісту та форм реалізації. Термін “процесуальне керівництво” міститься в законодавстві в різних контекстах, що не сприяє єдності розуміння значення і ролі цієї функції органів прокуратури;
2. Конституція України визначає організацію досудового розслідування як одну з функцій прокуратури, водночас КПК покладає її в т.ч. на керівника органу досудового розслідування. Як наслідок, на практиці функції цих двох суб’єктів суттєво перетинаються, що часто заважає ефективній взаємодії цих двох інституцій. На місцевому рівні практика взаємодії між органом розслідування та органами прокуратури часто вибудовується на основі персональних контактів керівників та із застосуванням “неформального” узгодження спільних дій та рішень;
3. попри наявність досить чітких законодавчих гарантій незалежності процесуального керівника, практика свідчить про його певну залежність від рішень свого безпосереднього керівництва та прокурорів прокуратур вищого рівня, які здійснюють “зональний контроль”. Діапазон можливого втручання керівництва органів прокуратури у процесуальну діяльність прокурора надзвичайно широкий, починаючи від доступу до матеріалів кримінального провадження через ЄРДР й закінчуючи позбавленням премії та передачею справи іншому прокурору – за результатами лише розгляду стану справ під час оперативних нарад за участі керівництва;
4. принцип “незмінності прокурора” у кримінальному провадженні дотримується не завжди. Поширеними є випадки заміни прокурора на різних етапах досудового розслідування. Інструмент створення груп прокурорів використовується не як винятковий, а майже у кожному провадженні. Хоча на практиці з матеріалами провадження, як правило, ознайомлений лише старший прокурор - керівник групи, решта ж групи використовується переважно ситуативно;

⁸ Дослідження “Роль прокурора на досудовій стадії кримінального процесу”, с.18, http://ecpl.com.ua/wp-content/uploads/2017/10/prokuror_info-grafic.pdf.

⁹ Там само.

¹⁰ Там само, с.7-8.

5. у діяльності прокуратури наявна практика застосування заходів відповідальності для прокурорів за ухвалені судами “виправдувальні вирoki” та інші законні дії, що пом’якшують становище підозрюваної особи (звільнення затриманої особи без оголошення повідомлення про підозру, ініціювання заміни запобіжного заходу на більш м’який та ін.). Це нерідко тягне недотримання прокурорами принципу об’єктивності та неупередженості у кримінальному провадженні, фактичної відмови від збору доказів, що виправдовують підозрювану особу.

Викладене дозволяє запропонувати такі рекомендації як щодо розуміння сутності функції процесуального керівництва, так і щодо вдосконалення структурно-функціональної будови органів прокуратури у цьому напрямі, а також запропонований варіант “типової моделі” діяльності процесуального керівника, а саме¹¹:

1. на рівні законодавства виключити не характерні для процесуального керівництва елементи нагляду, залишивши єдину функцію прокуратури у кримінальному провадженні на досудовій стадії – процесуального керівництва розслідуванням;
2. розмежувати функції керівника органу досудового розслідування та процесуального керівника в частині організації досудового розслідування, розділивши організаційні та процесуальні функції та наділивши першого винятково організаційними;
3. розробити індикатори ефективності здійснення прокурорами функції процесуального керівництва та впровадити систему її регулярної оцінки;
4. впровадити систему управління якістю роботи прокурора, яка б базувалась на мінімальних вимогах до здійснення процесуального керівництва, регулярних внутрішніх оцінках з боку найбільш досвідчених колег (*peer review*), оцінці потреб у навчанні та підвищенні кваліфікації прокурорів - процесуальних керівників, а також регулярних навчальних заходах;
5. привести структуру органів прокуратури у відповідність до основних функцій, забезпечивши єдність процесу реалізації кожної функції, зокрема уникнення дублювань та перетинів одних і тих самих функцій і завдань у різних структурних підрозділах;
6. ліквідувати в органах прокуратури вищого рівня функцію зонального контролю і перерозподілити людські та фінансові ресурси з метою підсилення ланки місцевих прокуратур;
7. розробити належним чином обґрунтовані критерії для розрахунку навантаження на прокурорів - процесуальних керівників та оптимального числа прокурорів - процесуальних керівників на різних рівнях органів прокуратури;

8. з урахуванням міжнародного досвіду використання досє прокурора, проаналізувати доцільність існування застарілого інституту наглядового провадження. Розглянути можливість інтеграції такого досє у майбутньому в систему електронного кримінального провадження;

9. вжити заходів щодо забезпечення належної процесуальної незалежності прокурора, зокрема шляхом: припинення практики різного роду заслуховувань перебігу розслідування на оперативних та інших нарадах; заборони надання керівниками прокуратури письмових та усних вказівок щодо процесу розслідування; припинення практики “неформального покарання” прокурорів за законні заходи, які правомірно пом’якшують становище затриманої \ підозрюваної \ обвинуваченої особи; заборони погоджень процесуальних документів у керівництва;

10. переглянути зміст відомих наказів у частині реалізації функції процесуального керівництва, обмеживши предмет регулювання питаннями організації діяльності органів прокуратури та управління, без втручання у процесуальну діяльність прокурорів.

Модель процесуального керівництва досудовим розслідуванням можна представити у структурно-логічній послідовності (матриці), коли процесуальні керівники з моменту надходження заяви чи повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення повинні перевіряти обґрунтованість підстав для внесення такої інформації до ЄРДР, а також підстав:

- фізичного та процесуального затримання підозрюваної особи;
- вручення особі повідомлення про підозру та обрання запобіжного заходу у вигляді арешту (позбавлення свободи пересування) особи;
- проведення обшуку житла, виїмки та накладення арешту на засоби зв’язку і кореспонденцію;
- погодження та особистої участі у слідчих діях лише щодо/або за участі неповнолітніх та хронічно хворих осіб, вагітних та багатодітних жінок;
- особистого складання Обвинувального акта та виконання функції публічного обвинувача у кримінальному провадженні, в якому прокурор був процесуальним керівником.

Водночас, слідчі органів досудового слідства повинні мати більшу самостійність у прийнятті процесуально-криміналістичних рішень щодо планування та здійснення окремих слідчих дій, тактичних операцій і комбінацій, спрямованих на збір доказової інформації щодо події та складу вчиненого кримінального правопорушення. Вони повинні узгоджувати з процесуальним керівником ті слідчі та оперативно-розшукові дії, які передбачають примусове втручання у конституційні права і свободи людини і громадянина. ■

¹¹ Дослідження “Роль прокурора на досудовій стадії кримінального процесу”, с.18, http://ecpl.com.ua/wp-content/uploads/2017/10/prokuror_infografic.pdf, с.14-15.

КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА І КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО



Микола ХАВРОНЮК,
професор кафедри кримінального та
кримінального процесуального права
Національного університету
“Кієво-Могилянська академія”,
доктор юридичних наук, професор

В останні п'ять років суди України щороку виносили вироки стосовно 95-150 тис. осіб, а 70-80 тис. осіб отримували статус потерпілих у кримінальних провадженнях. Отже, протягом лише п'яти останніх років понад 1 млн. осіб безпосередньо потрапили у сферу дії закону про кримінальну відповідальність як підсудні чи потерпілі. Не погодившись з результатами вирішення кримінально-правових конфліктів судами першої інстанції, щороку понад 50 тис. осіб подавали апеляційні скарги на вироки судів першої інстанції, а тисячі осіб – касаційні скарги¹. Ще сотні скористались правом на звернення до Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) та іншими способами правового захисту.

Відповідно до Закону “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” від 2 червня 2016р. з'явився ще один такий спосіб – конституційна скарга. Поки що конституційних скарг саме з питань конституційності закону про кримінальну відповідальність не багато. На диво, адже Кримінальний кодекс України (КК) перенасичений положеннями, сумнівними під кутом зору конституційності. Часто кримінально-правові конфлікти виникають штучно – саме через вади закону про кримінальну відповідальність. Але наслідки винесення обвинувального чи виправдувального вироку суду для конкретної людини, забезпечення її прав і свобод надзвичайно важливі. З цього випливає необхідність дослідження питань, пов'язаних з можливістю використання інституту конституційної скарги як для захисту інтересів конкретної особи, яка є стороною кримінального провадження, так і для удосконалення КК.

Перша конституційна скарга надійшла до Конституційного Суду 10 жовтня 2016р.², а станом на 14 листопада 2017р. їх було 410. З цих скарг 12, судячи з їх назви, можуть стосуватися закону про кримінальну відповідальність, але в назві лише однієї з них прямо йдеться про неконституційність певних положень КК, а ще однієї – Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП).

Що ж до інших 10 скарг, очевидно, існують передбачені ст.62 Закону “Про Конституційний Суд України” (далі – Закон) підстави для відмови у відкритті конституційного провадження. Річ у тім, що згідно з ч.1 ст.55 Закону, конституційна скарга – це клопотання щодо перевірки на відповідність Конституції (конституційність) закону України чи його окремих положень, а вже із самих назв зазначених скарг випливає, що вони не є конституційними скаргами, оскільки в них міститься клопотання щодо “перегляду кримінальної справи засудженої заявниці (засудженого заявника)”, “скасування вироку”, “визнання висновків суду, прокуратури, слідчого по застосуванню законодавства у кримінальному провадженні такими, що порушують права особи та суперечать Конституції України”, або щодо конституційності “постанови Верховної Ради України” та “Ухвали колегії суддів Судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України” (які, як загальновідомо, не є ні законом, ні окремим положенням закону).

Зареєстрована конституційна скарга Гирі І.Л. №18/3010 (17) від 14 серпня 2017р. – щодо відповідності Конституції України положення пункту “б” статті 254-2 Кримінального кодексу України 1960р., що застосоване в ухвалі Військового суду Центрального регіону України від 29 серпня 2000р. у

¹ У 2016р. на розгляді суддів судової палати у кримінальних справах ВССУ перебувало майже 15,7 тис. касаційних скарг, справ, заяв, клопотань і матеріалів кримінального провадження, з яких по суті розглянуто 12,8 тис. справ і матеріалів кримінального провадження. Див.: У ВССУ проаналізовано результати роботи судів цивільної і кримінальної юрисдикцій у 2016р. та окреслено завдання на 2017р. – Офіційний сайт Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, 3 лютого 2017р., http://sc.gov.ua/ua/novini_zh_i_pivrichchja_2017roku/u_vssu_proanalizovano_rezultati_roboti_sudiv_civilnoji_i_kriminalnoji_jurisdikcij_u_2016_roci_ta_okr.html.

² Див.: Конституційні скарги, що надійшли до Конституційного Суду України, за станом на 14 листопада 2017р. – Офіційний веб-сайт Конституційного Суду України, <http://www.ccu.gov.ua/novyna/konstytuciyni-skargy-shcho-nadiyshly-do-konstytuciynogo-sudu-ukrayiny-za-stanom-na-14-2>.



кримінальній справі по обвинуваченню заявника та гр. Коробки Ю.П., – ймовірно має бути визнана неприйнятною з двох причин: (1) у ній йдеться про давні рішення судів, а згідно з п.3 Прикінцевих положень Закону, “конституційну скаргу може бути подано, якщо остаточне судове рішення у справі особи набрало законної сили не раніше 30 вересня 2016р.”; (2) Конституційний Суд не схоче змінити свою юридичну позицію, яку він сформулював в Ухвалі від 30 червня 2004р. №55-у/2004 про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним зверненням громадянина Гирі І.Л. про офіційне тлумачення положення пункту “б” статті 254-2 Кримінального кодексу України 1960р.

Більш цікавою може бути конституційна скарга Свечкарьова О.В. №18/4833 (17) від 9 листопада 2017р. щодо відповідності Конституції України положень ч.1 ст. 33, ч.10 ст.294, частин 1, 2 ст.268, ст.130 КУпАП. У ній, судячи з номерів статей цього Кодексу, йдеться про судові рішення, якими особу засуджено за керування транспортним засобом у стані сп’яніння. На жаль, без оприлюднення самої конституційної скарги її аналіз здійснити неможливо.

Таким чином, наразі конкретних конституційних скарг, у яких би вказувалося на неконституційність положень закону про кримінальну відповідальність, ще немає. Проте, можна стверджувати, що підстави для їх внесення існують, а їх розгляд Конституційним Судом може бути пов’язаний із низкою питань, що потребують, насамперед, теоретичного осмислення й наступної апробації. Йдеться про такі питання.

1. Що саме означають слова “закон України” в контексті поняття “конституційна скарга”, яке міститься у ст.151-1 Конституції та в ч.1 ст.55 та інших положеннях Закону, і що саме є “законом України про кримінальну відповідальність (його окремими положеннями)”, застосованим в остаточному судовому рішенні у справі?

Слова “закон України” в Законі вжито в усіх випадках, де згадується про конституційну скаргу. Відповідно до Конституції України, законом є нормативно-правовий акт, який приймає Верховна Рада з визначених у Конституції питань, та підписує, беручи до виконання, і офіційно оприлюднює Президент України. Це ніби не повинно залишити сумнівів у тому, що не можуть бути визнані предметом розгляду інші акти, крім тих, що відповідають зазначеним ознакам. Але сумніви є.

По-перше, у ч.3 ст.57 Конституції визначено: “Закони та інші нормативноправові акти, що визначають права і обов’язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними”³.

Як відомо, порядок оприлюднення законів наразі регламентується Указом Президента “Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності” №503 від 10 червня 1997р.

Оскільки цей Указ, як і інші укази, не є законом, то і всі закони, що визначають права і обов’язки громадян, доведені до відома населення у порядку, встановленому цим Указом, *а не законом*, є нечинними. Іншими словами, на сьогодні в Україні не існує чинних законів, за винятком тих, положення яких не визначають права і обов’язки громадян.

Щоб виправити це становище, необхідно прийняти закон про порядок доведення нормативно-правових актів, що визначають права і обов’язки громадян, до відома населення, на підставі якого опублікувати всі відповідні закони – лише після цього вони можуть вважатися чинними.

По-друге, незважаючи на те, що в Законі йдеться не просто про “закон”, а про “закон України”, законами України слід вважати також і міжнародні договори, ратифіковані Верховною Радою. Такий висновок випливає з ч.1 ст.9 Закону “Про міжнародні договори України”, згідно з якою текст міжнародного договору України визнається *невід’ємною частиною закону* про ратифікацію. Це має значення в контексті кримінального права, оскільки ст.7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ЄКПЛ) передбачає: “Нікого не може бути визнано 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*”. Тут треба згадати, що, наприклад, за ст.438 КК караються “інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою”, за ст.439 – “застосування зброї масового знищення, забороненої міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою”, а за ст.440 – “розроблення, виробництво, придбання, зберігання, збут, транспортування зброї масового знищення, забороненої міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою”. Це означає, що національні суди можуть безпосередньо застосувати положення відповідних ратифікованих Україною міжнародних договорів як положення закону України про кримінальну відповідальність.

По-третє, не можна вважати законом України практику ЄСПЛ, незважаючи на положення ст.17 Закону “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”, згідно з яким суди застосовують під час розгляду справ Конвенцію та практику Суду як *джерело права*. Адже поняття “закон України” і “джерело права”, очевидно, не є тотожними, закон України не є єдиним джерелом права і поняття “закон України” не охоплює собою поняття “практика Суду”. ЄСПЛ у своїй практиці враховує національне законодавство, в т.ч. закони України, а в ході законопроектної діяльності та під час застосування законів України враховується практика ЄСПЛ⁴. Наприклад, у ч.5 ст.9 Кримінального

³ Тут і далі курсив автора.

⁴ Див.: Шевчук С. Узгодженість практики Європейського суду з прав людини та Конституційного Суду України. – Вісник Конституційного Суду України, №4-5, 2011.



процесуального кодексу України (КПК) вказано: “Кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини”. Отже, можна говорити лише про взаємний вплив цих двох джерел права.

По-четверте, так само не можна вважати законами України ані декрети Кабінету Міністрів, які були видані в період з 18 листопада 1992р. до 21 травня 1993р. на підставі Закону “Про тимчасове делегування Кабінету Міністрів України повноважень видавати декрети в сфері законодавчого регулювання” від 18 листопада 1992р., ані укази Президента, які видавалися протягом трьох років після набуття чинності Конституцією на підставі її п.4 розділу XV “Перехідні положення”. Хоча деякі з цих актів досі є чинними, але ніколи ні декрети, ні вказані укази не приймалися в порядку, властивому для законів, і не визнавалися законами України. Вони є *підзаконними* актами.

По-п’яте, у частинах 1 і 2 ст.3 КК вказано, що “законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України...; закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набрання чинності цим Кодексом, включаються до нього після набрання ними чинності”. З цього, на перший погляд, випливає, ніби слова “законодавство України про кримінальну відповідальність”, “закони України про кримінальну відповідальність” та “Кримінальний кодекс України” означають одне і те саме: адже не існує ані відповідного законодавства, ані відповідних законів, які б функціонували поза межами Кримінального кодексу України.

Проте, тут слід згадати Рішення Конституційного Суду у справі про тлумачення терміну “законодавство” №12 від 9 липня 1998р., де зазначено: “Термін “законодавство”... вживається в різних значеннях: в одних маються на увазі лише закони; в інших, передусім кодифікованих, в поняття “законодавство” включаються як закони та інші акти Верховної Ради України, так і акти Президента України, Кабінету Міністрів України, а в деяких випадках – також і нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади” (п.3 мотивувальної частини). У п.1 резолютивної частини Конституційний Суд дещо уточнив цю позицію, згадавши також чинні міжнародні

договори України, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою, і не згадавши розпорядження Президента і Кабінету Міністрів та нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади.

Оскільки, крім назви і ч.1 ст.3 КК, термін “законодавство України про кримінальну відповідальність” більше у КК не застосовується, водночас термін “закон (закони) про кримінальну відповідальність” застосовується багаторазово, то можна припустити, що перший з цих термінів вжито помилково і насправді законодавець не мав на увазі підзаконні акти як складову КК.

Далі, у ст.3 КК не враховано існування законів (їх окремих положень), прийнятих у розвиток положень КК, але з тих чи інших причин не включаються до нього після набуття ними чинності. Йдеться про три групи таких законів:

- 1) закони, які визначають порядок реалізації кримінальної відповідальності в тих чи інших формах або звільнення від неї. Це закони “Про реабілітацію жертв політичних репресій на Україні”, “Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі”, “Про застосування амністії в Україні”, відповідні закони про амністію, що приймалися неодноразово в різні роки, низка положень КПК, Кримінально-виконавчого кодексу України, КУпАП, Кодексу законів про працю України, а також інші закони чи їх окремі положення (зокрема ті, в яких йдеться про обов’язок звільнити з роботи засуджених осіб та заборону їх працевлаштування на певних посадах);
- 2) прикінцеві та перехідні положення законів, якими вносились зміни до КК. Так, нічим іншим не можуть бути “Прикінцеві та Перехідні положення” Закону від 5 квітня 2001р., згідно з якими набув чинності КК 2001р., або “Прикінцеві положення” Закону від 15 квітня 2008р., якими визначені особливості застосування положень КК в контексті гуманізації кримінальної відповідальності;
- 3) окремі положення інших законів, у разі зміни чи скасування положень яких може фактично відбутися криміналізація або декриміналізація того чи іншого діяння або посилення чи пом’якшення кримінальної відповідальності. Так, з прийняттям у 2001р. нового КК було декриміналізоване таке діяння, як контрабанда валютних цінностей. Але у 2002р. в Митному кодексі України валютні цінності були визначені як вид товарів, у зв’язку з чим їх контрабанда була фактично знову криміналізована – аж до того часу, доки у 2011р. зі ст.201 КК не була вилучена згадка про товари як предмет контрабанди. Інший приклад: той факт, чи є посягання на власність злочином, визначається не КК, а Податковим кодексом України (п.5 підрозділу 1 розділу XX). Саме шляхом змін до податкового законодавства неодноразово відбувалася штучна криміналізація і декриміналізація поширених видів посягань на власність (зокрема, крадіжки і шахрайства).



Усі три групи зазначених законів (їх окремих положень) можуть бути перевірені на відповідність конституційності, якщо вони були застосовані в остаточному судовому рішенні у кримінальній справі.

По-шосте. Хоча закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набуття чинності КК, включаються до нього після набуття ними чинності (ч.2 ст.3 КК), законодавець іноді діє у супереччя ним же встановленому правилу: закони України про кримінальну відповідальність, прийняті після набуття чинності КК, хоча і включаються до нього після набуття ними чинності, але не діють. Наприклад, закон від 14 жовтня 2014 р., яким КК України доповнено статтею 366-1, набув чинності 26 жовтня 2014р., але в дію його введено лише 26 квітня 2015р. Подібні колізії слід вирішувати на користь особи, яка притягується до відповідальності, і не поширювати чинність статті на діяння, вчинені в період до введення її в дію, виходячи з положення ч.2 ст.58 Конституції, згідно з яким “ніхто не може відповідати за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення”.

По-сьоме, окремими положеннями закону України про кримінальну відповідальність слід вважати його окремі структурні елементи (норми): розділи, статті, частини статей, примітки до статей, пункти, абзаци, речення, словосполучення, слова і цифри. Кожен з цих елементів може бути визнаний неконституційним.

2. Чи може бути визнано “законом України про кримінальну відповідальність” КК 1960р. і чи можуть бути його положення перевірені на відповідність Конституції України на підставі конституційної скарги?

Втрата з 1 вересня 2001р. чинності КК 1960р. є відносною. Положення попереднього КК, демонструючи феномен ультраактивної дії кримінального закону, можуть застосовуватися самостійно в порядку зворотної дії закону про кримінальну відповідальність, а також застосовуватись у поєднанні з приписами чинного КК, наприклад, під час встановлення специфічного кримінальноправового змісту окремих форм множинності злочину⁵.

Таким чином, положення КК 1960р. можуть перевірятися на відповідність Конституції України на підставі конституційної скарги, навіть незважаючи на те, що згідно з п.3 Розділу III “Прикінцеві положення” Закону, “конституційну скаргу може бути подано, якщо остаточне судове рішення у справі особи набрало законної сили не раніше 30 вересня 2016р.”. Слід також враховувати положення ч.2 ст.77 Закону, згідно з яким, як виняток, конституційна скарга може бути прийнята і тоді, коли з дня набуття законної сили остаточним судовим рішенням, у якому застосовано закон України (його окремі положення), сплинуло більше трьох місяців, – якщо Суд визнає її розгляд необхідним з мотивів суспільного інтересу, а також положення ч.3 ст.63 Закону, згідно з яким Суд може відмовити у

припиненні розгляду такої скарги навіть у разі подання суб’єктом права на конституційну скаргу заяви про її відкликання, якщо Сенат чи Велика палата вважає, що порушені в конституційній скарзі питання мають особливе суспільне значення для захисту прав людини.

Ця система винятків практично надає Конституційному Суду широку дискрецію для того, щоб права людини були захищені з максимальною гарантією.

3. Про які саме “права людини” йдеться в п.6 ч.2 ст.55 Закону в контексті обов’язкового зазначення, яке з гарантованих Конституцією України прав людини, на думку суб’єкта права на конституційну скаргу, зазнало порушення внаслідок застосування закону? Чи мають бути ці права винятково конституційними і чи йдеться лише про перелік прав, визначених в її Розділі II “Права, свободи та обов’язки людини і громадянина”?

Згідно зі ст.151-1 Конституції, Конституційний Суд вирішує питання про відповідність Конституції закону України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції. Отже, в цій статті йдеться не про суперечність закону правам людини, а про його суперечність Конституції України. Так само і в Законі йдеться про “гарантовані Конституцією України права людини” (п.6 ч.2 ст.55). Тому немає сумнівів у тому, що під зазначеними правами слід розуміти винятково конституційні права і не можна розуміти права людини, гарантовані, наприклад, ЄКПЛ або Цивільним кодексом України, – звисно, крім тих прав людини, які водночас гарантуються Конституцією України.

Що стосується другої частини питання, то очевидно, що права людини визначаються не лише в Розділі II Конституції, а і в інших її розділах. Такої ж думки і Конституційний Суд⁶. Зокрема, йдеться про розділи I, III, IV, VIII.

У ст.8 проголошено, що в Україні визнається і діє принцип верховенства права, а також міститься гарантія звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції, у ст.19 – що правовий порядок в Україні є таким, що ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Ст.14 гарантує право власності на землю, а ст.17 – що Збройні Сили та інші військові формування ніким не будуть використані для обмеження прав і свобод громадян. Ст.13 закріплює право кожного громадянина користуватися природними об’єктами права власності народу відповідно до закону.

Ст.70 та деякі інші статті гарантують громадянам право голосу на виборах і референдумах і що вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права з гарантіями вільного волевиявлення виборців.

⁵ Докладно див.: Дудоров О., Хавронюк М. Кримінальне право (навч. посібн.). – Ваїте, 2014, с.22.

⁶ Див., зокрема, п.1 резолютивної частини Рішення у справі про рівність сторін судового процесу №9 від 12 квітня 2012р.



У ст.92 встановлено, що права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод, а також права корінних народів і національних меншин визначаються винятково законами України.

Ст.129 передбачає основні засади судочинства, які можна розглядати як права, тобто певні гарантовані можливості: рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом; забезпечення доведеності вини; змагальність сторін та свобода в наданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їх переконливості; забезпечення обвинуваченому права на захист; забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення. Тут же визначено, що суддя, здійснюючи правосуддя, керується верховенством права, а у ст.147 – що діяльність Конституційного Суду ґрунтується на принципі верховенства права.

Таким чином, під “правами людини” в п.6 ч.2 ст.55 Закону слід розуміти *всі* без винятку конституційні права. Це важливо, адже, наприклад, підставою конституційної скарги за Конституцією Королівства Іспанія або за Основним Законом Німеччини є захист лише обмеженого кола конституційних прав і свобод⁷.

4. Які саме положення закону України про кримінальну відповідальність є сумнівними під кутом зору їх відповідності Конституції України?

Таких положень чимало.

По-перше, це всі положення КК, які передбачають кримінальну відповідальність за діяння, за які іншими законами України, насамперед КУпАП, передбачено адміністративну відповідальність.

Проблема в тому, що КУпАП в українській правовій системі насправді є не кодексом про адміністративні проступки, а кримінально-адміністративним кодексом, тобто, в розумінні ст.61 Конституції, законом, що передбачає *відповідальність одного виду* з тією, що передбачена КК. Така його природа визначається принаймні трьома факторами, а саме тим, що:

- 1) в Особливій частині КУпАП, поряд з адміністративними проступками (тобто проступками проти встановленого порядку управління в різних сферах, які полягають у порушенні уповноваженими

особами певних правил, порядків тощо), передбачена відповідальність за діяння кримінального характеру, тобто, пов’язаними з насильством одних осіб проти інших, розкраданням і знищенням власності, порушенням громадського порядку тощо (насильство в родині, дрібне викрадення чужого майна, дрібне хуліганство, заняття проституцією, доведення неповнолітнього до стану сп’яніння, незаконне виробництво наркотичних засобів або психотропних речовин, посів або вирощування снотворного маку чи конопель та багато інших);

- 2) за передбачені КУпАП проступки можуть бути застосовані санкції кримінально-правового характеру (зокрема, арешт, виправні роботи, громадські роботи), при цьому КУпАП не передбачає можливості звільнення від відповідальності чи покарання та заміни покарання більш м’яким;
- 3) під час розслідування проступків, що мають назву адміністративні, застосовуються примусові заходи, характерні для *кримінального* провадження (затримання особи, особистий огляд та огляд речей, вилучення речей і документів тощо). КУпАП передбачає суто інквізиційний процес без якихнебудь елементів змагального, і ці заходи здійснюються без будь-якого судового контролю, без належного гарантованого права на захист, водночас, за їх допомогою можуть бути отримані докази, важливі для певного кримінального провадження. На те, що адміністративний арешт заявника був безпосередньо пов’язаний з його затриманням як підозрюваного у кримінальній справі та триманням його під вартою, звернено увагу, зокрема, в Рішенні ЄСПЛ у справі “Доронін проти України” від 19 лютого 2009р. КУпАП уповноважує складати протоколи про правопорушення й ухвалювати юридично значимі рішення, що обмежують права людини (адміністративне затримання – до трьох діб, стягнення у виді позбавлення спеціального права тощо), посадовим особам, більшість з яких не мають юридичної освіти.

При цьому, згідно з ч.2 ст.9 КУпАП, адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо вони за своїм характером не тягнуть за собою, відповідно до закону, кримінальної відповідальності. Аналогічне положення міститься в ч.2 ст.458 Митного кодексу України. Проте, існують непоодинокі випадки, коли і КК, і КУпАП чи Митний кодекс або інший закон передбачають відповідальність буквально за одні і ті самі діяння, які неможливо відмежувати одне від одного за будь-якими кількісними чи якісними показниками. Отже, якщо виходити з припису ст.62 Конституції, згідно з яким “усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь”, у таких випадках особу слід притягувати, навпаки, до відповідальності, яка є найбільш м’якою для особи.

⁷ Гультай М. Конституційна скарга у механізмі доступу до конституційного правосуддя (монографія). – Право, с.62, 88.



Так, передбачають відповідальність за однакові діяння:

- ст.172 КК (грубе порушення законодавства про працю) і ст.41 КУпАП (порушення вимог законодавства про працю);
- ст.220-2 КК (фальсифікація фінансових документів з метою приховування ознак банкрутства чи стійкої фінансової неспроможності) і ст.166-16 КУпАП (фальсифікація документів, які відображають фінансову діяльність, у період провадження у справі про банкрутство);
- ст.204 КК (збут незаконно виготовлених алкогольних напоїв) і ст.177-2 КУпАП (реалізація фальсифікованих алкогольних напоїв);
- ст.245 КК (знищення або пошкодження лісових масивів вогнем) і ст.77 КУпАП (знищення або пошкодження лісу внаслідок необережного поводження з вогнем, порушення вимог пожежної безпеки в лісах, що призвело до виникнення лісової пожежі або поширення її на значній площі);
- ст.252 КК (умисне знищення або пошкодження шляхом підпалу об'єктів природно-заповідного фонду) і ст.77-1 КУпАП (випалювання рослинності в межах об'єктів природно-заповідного фонду);
- ст.269 КК (незаконне перевезення на повітряному судні вибухових або легкозаймистих речовин) і ст.133 КУпАП (порушення правил перевезення небезпечних речовин або предметів на повітряному транспорті);
- ст.277 КК (дії, спрямовані на приведення шляхів сполучення, споруд на них, рухомого складу у непридатний для експлуатації стан, якщо це могло спричинити аварію поїзда) і ст.109 КУпАП (підкладання на залізничні колії предметів, які можуть спричинити порушення руху поїздів);
- ст.283 КК (самовільне без нагальної потреби зупинення поїзда) і ст.109 КУпАП (самовільне без потреби зупинення поїзда);
- ст.304 КК (втягнення неповнолітніх у пияцтво) і ст.180 КУпАП (доведення неповнолітнього до стану сп'яніння);
- ст.307 КК (передача наркотичних засобів чи психотропних речовин у місце позбавлення волі) і ст.188 КУпАП (прихована від огляду передача особам, яких тримають в установах виконання покарань, засобів, що викликають одурманювання);
- ст.333 КК і ст.212-4 КУпАП (порушення порядку здійснення міжнародних передач товарів, що підлягають державному експортному контролю);
- ст.334 КК і ст.113 КУпАП (порушення правил міжнародних польотів);
- ст.351-1 КК (невиконання службовою особою законних вимог Рахункової палати, члена Рахункової палати, створення штучних перешкод у їх роботі, надання їм завідомо неправдивої інформації) і ст.188-19 (невиконання законних вимог Рахункової палати, члена Рахункової палати, створення перешкод у їх роботі під час здійснення ними своїх повноважень, надання неправдивої або неповної інформації);
- ст.395 КК і ст.187 КУпАП (порушення правил адміністративного нагляду).

Цей перелік не є вичерпним.

У п.22 ч.1 ст.92 Конституції зазначено, що діяння, які є злочинами або адміністративними правопорушеннями, та відповідальність за них визначаються винятково законами України. Це означає, зокрема, що конкретні склади злочинів та адміністративних проступків повинні змістовно відрізнятися між собою, не можуть збігатися і мають бути визначені в різних законах. У випадках, коли одне і те саме діяння згідно з КК є злочином, а згідно з КУпАП – адміністративним проступком, виходить, що КК називає злочином діяння, яке не є таким. Це порушує конституційний припис, згідно з яким “кожному гарантується право знати свої права і обов’язки” (ст.57 Конституції).

Проблема стосується не лише фізичних осіб, але й юридичних осіб приватного права: з одного боку, вони також можуть бути суб'єктами подання конституційної скарги, з іншого – до них можуть застосовуватися заходи кримінальноправового характеру (ст.ст.96-3 - 96-11 КК). Одночасно з притягненням до кримінальної відповідальності на фізичних осіб - підприємців та уповноважених представників юридичних осіб за аналогічні діяння можуть накладатися адміністративні санкції відповідно до законів: “Про захист економічної конкуренції” (ст.ст.50, 52) і “Про захист від недобросовісної конкуренції” (ст.21), “Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції” (ст.44), “Про охорону праці” (ст.43) та ін. Наприклад, ст.203-2 КК передбачає відповідальність за зайняття гральним бізнесом (максимальне покарання – штраф до 50 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян), а ст.3 Закону “Про заборону грального бізнесу в Україні” – за організацію чи проведення азартної гри (максимальне стягнення – штраф у розмірі 8 000 мінімальних зарплат).

По-друге, відповідно до ч.1 ст.57 Конституції, кожному гарантується право знати свої права і обов’язки. Це означає, що не можна інкримінувати особі порушення нею положення КК, яке сформульоване всупереч положенню ч.3 ст.3 самого ж КК: “Злочинність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом”. У цьому контексті слід згадати, що існує кілька десятків статей Особливої частини КК, у бланкетних диспозиціях яких йдеться про порушення правил, порядку, законодавства тощо, тобто про порушення вимог, що містяться, серед іншого, і в підзаконних нормативно-правових актах. Саме у КК мають бути описані всі конкретні діяння, за які встановлюється кримінальна відповідальність. Наприклад, якщо відповідальність встановлено за порушення правил протипожежної безпеки, то безпосередньо у КК має бути вказано, за які саме, і де ці правила містяться (тут важливо уточнити: якщо Правила дорожнього руху є загальновідомим актом, то “чинні на транспорті правила, що забезпечують рух”, про які згадано у ст.291 КК, не є таким).

Крім того, згідно з ч.2 ст.74 КК, “особа, засуджена за діяння, караність якого законом усунена, підлягає негайному звільненню від призначеного судом покарання”. Отже, непоодинокими є та можуть бути випадки, коли особа відбуває покарання за діяння, яке полягало в порушенні правил, які скасовано, – без зміни норм відповідної статті КК, за якою цю особу засуджено (наприклад, певна речовина, за виготовлення якої особу засуджено, більше не визнається наркотичною).

Положення ч.2 ст.68 Конституції, згідно з яким *незнання законів* не звільняє від юридичної відповідальності, в сукупності з положенням ч.1 ст.19 Конституції, згідно з яким нікого не можна примусити робити те, що не передбачено законодавством, можна тлумачити так, що незнання особою іншого, крім закону, нормативно-правового акта, взагалі не може бути підставою для застосування до неї юридичної відповідальності. Ті або інші правила особа повинна знати лише тому, що це впливає з її службових, професійних, батьківських чи інших обов'язків, які їй були роз'яснені відповідно до законодавства. Тому сумнівним може бути притягнення звичайної особи до кримінальної відповідальності, наприклад, за порушення правил охорони вод, яке було викликане незнанням особою положень певних підзаконних актів. У всіх випадках, коли діяння полягає в порушенні правил, вимог законодавства або спеціальних обов'язків особи, у відповідних диспозиціях статей КК має міститися характеристика спеціального суб'єкта злочину.

Неможливість особи знати свої обов'язки також може бути пов'язана і з тим, що КК перенасичений оціночними поняттями, які характеризують, як правило, діяння і наслідки злочину. Іноді із статті КК незрозуміло, заподіяння якої саме шкоди тягне за собою кримінальну відповідальність (коли йдеться про такі її визначення, як “значна шкода інтересам громадянина, державним або суспільним інтересам чи інтересам власника”, “шкода інтересам України”, “істотна шкода здоров'ю” або “шкода зонам лікування і відпочинку”). При цьому, в різних статтях КК один і той самий наслідок може бути тяжким або особливо тяжким, або належить до істотної чи значної шкоди. Наприклад, у ч.1 ст.137 КК йдеться про *“істотну шкоду здоров'ю потерпілого”*, в ч.2 ст.137 КК як про обтяжуючу ознаку – про *“смерть неповнолітнього або інші тяжкі наслідки”*, а в ч.4 ст.323 КК – про *“істотну шкоду здоров'ю потерпілого або інші тяжкі наслідки”*, з чого випливає, ніби істотна шкода здоров'ю і смерть неповнолітнього – це наслідки одного порядку. У ст.242 КК наслідками однакового характеру та тяжкості визнаються “загибель людей” і “масова загибель об'єктів тваринного і рослинного світу”. У деяких статтях КК згадується про такі тяжкі наслідки, як “нещасні випадки з людьми”, “масове захворювання людей”, “аварія”, “пожежа”, “значне забруднення довкілля” тощо, а в інших тяжкими наслідками визнається заподіяння матеріальної шкоди в розмірі меншому, ніж вартість найдешевшого автомобіля. У більшості статей КК поняття “тяжкі наслідки” не визначається зовсім, і лише в кількох статтях воно визначається для випадків, коли ці наслідки полягають у заподіянні матеріальних збитків.

Такий підхід свідчить про відсутність будь-якої градації соціальних цінностей, взятих під охорону КК, та ігнорування у КК положення ст.3 Конституції: “Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю”.

По-третє, такими, що є дискримінаційними та суперечать статтям 8, 21, 24, 129 Конституції (“В Україні визнається і діє принцип верховенства права”; “Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах”; “Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом”; “Основними

засадами судочинства є... рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом”), слід вважати всі ті численні положення КК, згідно з якими за одне і те саме діяння окремі категорії осіб несуть відмінну від інших осіб відповідальність. Наприклад, крадіжка чужого (військового) майна військовослужбовцем карається – без обтяжуючих обставин – позбавленням волі на строк від 3 до 8 років, а такий самий злочин, вчинений цивільною особою – штрафом або виправними роботами, або позбавленням волі на строк до 3 років; службова недбалість, яка заподіяла матеріальні збитки, вчинена цивільною службовою особою, є кримінально караною, якщо шкода у 100 і більше разів перевищила неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а такий самий злочин, вчинений військовою службовою особою, – якщо шкода у 250 і більше разів перевищила вказаний мінімум. Відповідно до статей 133 і 134 Кодексу законів про працю, працівники за зіпсуття через недбалість виданих їм підприємством у користування інструментів, приладів, спеціального одягу та інших предметів несуть лише матеріальну відповідальність у розмірі заподіяної шкоди, але не більше свого середнього місячного заробітку, а військовослужбовці за такі самі діяння – сувору кримінальну відповідальність.

Те саме стосується деяких корупційних злочинів, коли відповідальність за аналогічне діяння (наприклад, одержання неправомірної вигоди чи зловживання службовим становищем) є різною, залежно від того, працює службова особа на підприємстві, у статутному фонді якого державна частка становить 51% або 49%.

У деяких випадках закон встановлює за однакові діяння для одних осіб дисциплінарну чи адміністративну відповідальність, а для інших – кримінальну. Прикладом цього є ст.390 КК, згідно з якою злісне ухилення від робіт, систематичне порушення громадського порядку чи встановлених правил проживання, вчинені особою, яка відбуває покарання у виді обмеження волі, карається позбавленням волі на строк до 3 років. Так само карається особа, яка вчинила злісну непокору законним вимогам адміністрації установи покарань (ст.391 КК), при цьому судові вироки підтверджують, що сотні осіб в Україні засуджені до позбавлення волі просто за кількаразову відмову прибрати постіль чи вимити посуд.

Так само дискримінаційними – але стосовно потерпілих від злочинів та їх родин – є положення КК, згідно з якими по-різному карається вбивство певних категорій осіб чи їх близьких родичів у зв'язку з виконанням цими особами службового або громадського обов'язку. Наприклад, судячи з санкцій відповідних статей, життя судді, присяжного чи адвоката є менш цінним, ніж життя державного діяча, керівника політичної партії чи військового начальника. Те саме стосується трьох статей КК, які передбачають різну відповідальність за захоплення різних категорій заручників, багатьох статей про різну відповідальність за втручання у діяльність або насильство щодо різних категорій службових осіб тощо.

По-четверте, відповідно до ст.12 КК критерієм класифікації злочинів є ступінь їх тяжкості, а роль формального класифікатора за таким критерієм виконують санкції статей Особливої частини КК. Відтак,



порівнюючи між собою склади злочинів, за вчинення яких КК передбачає повністю однакові, *ідентичні санкції*, мусимо дійти висновку, що цілком однаковим є ступінь тяжкості таких злочинів, як умисне тяжке тілесне ушкодження, що спричинило смерть потерпілого, та незаконне придбання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації, що заподіяло істотну шкоду державним інтересам, або згвалтування неповнолітньої і незаконне заволодіння автомобілем вартістю понад \$8 000. З такого порівняння видно, яке місце в ієрархії соціальних цінностей насправді посідають життя і здоров'я людини, її честь і гідність, недоторканність і безпека, які у ст.3 Конституції проголошені найвищою соціальною цінністю. Невже з цього погляду санкції відповідних статей КК можна вважати пропорційними?

По-н'яте, окремі положення Особливої частини КК встановлюють кримінальну відповідальність за діяння, які є дозволеніми Конституцією і навіть соціально корисними.

Наприклад, ст.279 КК передбачає відповідальність за блокування транспортних комунікацій шляхом влаштування перешкод чи іншим способом, яке порушило нормальну роботу транспорту, а ст.293 КК – за організацію групових дій, що призвели до грубого порушення громадського порядку або суттєвого порушення роботи транспорту, підприємства, установи чи організації, а також активну участь у таких діях. При цьому не враховано (наприклад, у примітках до цих статей, – за аналогією з ч.3 ст.204-1 КУпАП), що відповідно до ст.39 Конституції України чинність цих статей КК не може поширюватися на випадки, пов'язані зі здійсненням громадянами гарантованого Конституцією України права збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про які завчасно були сповіщені органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування і щодо яких судом відповідно до закону не було встановлено обмежень. Іншими словами, блокування дороги або суттєве порушення роботи транспорту може відбуватися лише через те, що число учасників масового зібрання перевищує можливості інфраструктури. Так само жодна особа не може нести кримінальну відповідальність за дії, пов'язані із захистом нею від смертельної небезпеки свого життя чи життя інших людей або свого житла, – це прямо випливає зі змісту статей 27 і 30 Конституції. Те саме стосується ситуацій, коли вчинене особою діяння є реакцією на порушення її конституційного права, яке не може бути обмежене, наприклад: опір представникові влади у відповідь на порушення останнім гідності людини чи незаконне порушення її права на свободу, або викрадення майна власника у відповідь на безпідставну не виплату ним заробітної плати, або знищення певного об'єкта власності, який порушував право людини на безпечне довкілля.

По-шосте, сумнівними під кутом зору їх конституційності є усі положення КК, які не відповідають принципам законності та юридичної визначеності, оскільки в такому випадку вони не відповідають і принципу верховенства права, який, згідно зі ст.8 Конституції, визнається і діє в Україні. Згідно з Доповіддю “Верховенство права”, схваленою

Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25-26 березня 2011р.), “доступність закону означає, що закон має бути зрозумілим, чітким і передбачуваним”, “юридична визначеність вимагає, щоб юридичні норми були чіткими і точними та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишалися передбачуваними”, а “парламентові не може бути дозволено зневажати основоположні права [людини] внаслідок ухвалення нечітких законів”; хоча “потреба у визначеності не означає, що органи, який ухвалює рішення, не повинні надаватися дискреційні повноваження (де це необхідно) за умови наявності процедур, що унеможливають зловживання ними. У цьому контексті закон, яким надаються дискреційні повноваження певному державному органу, повинен вказати чітко і зрозуміло на обсяг такої дискреції. Не відповідатиме верховенству права, якщо надана законом виконавчій владі дискреція матиме характер необмеженої влади. Отже, закон повинен вказати на обсяг будь-якої такої дискреції та на спосіб її здійснення із достатньою чіткістю, аби особа мала змогу відповідним чином захистити себе від свавільних дій [влади]”⁸.

Юридична невизначеність суперечить також положенню ст.57 Конституції, згідно з яким кожному гарантується право знати свої права і обов'язки, та положенню ст.62 Конституції, згідно з яким “обвинувачення не може ґрунтуватися на припущеннях”, а “всі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь”.

Наприклад, про яку юридичну визначеність можна говорити у випадку відповідальності за т.зв. “хуліганство”, коли диспозицію ч.1 ст.296 КК сформульовано з використанням винятково оціночних ознак – “грубе порушення громадського порядку”, “мотив явної неповаги до суспільства”, “особлива зухвалість”, “винятковий цинізм”? Між тим, за цією статтею КК лише у 2016р. засуджено 1 065 осіб, стосовно дій яких суди “припустили”, що мали місце саме *грубе* порушення або *особлива зухвалість*.

Свідченням існування випадків помилкового тлумачення судами положень КК є, наприклад, Рішення Конституційного Суду №10 від 18 квітня 2012р. у справі щодо застосування кваліфікуючої ознаки “працівник правоохоронного органу” до працівника державної виконавчої служби. Згідно з цим Рішенням, у супереч традиційним уявленням юристів країни, положення ст.2 Закону “Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів”, у якому визначено поняття “працівник правоохоронного органу”, непридатне для застосування при тлумаченні відповідної статті КК.

5. Яка саме конституційна скарга є неприйнятною в розумінні п.4 ч.1 ст.62 Закону?

Згідно із п.4 ч.1 ст.62 Закону, однією з підстав для відмови у відкритті конституційного провадження у справі є неприйнятність конституційної скарги. У ч.4 ст.77 Закону встановлено, що Суд відмовляє у відкритті конституційного провадження, визнавши конституційну скаргу неприйнятною, якщо зміст і вимоги конституційної скарги є очевидно необґрунтованими або наявне зловживання правом на подання скарги.

⁸ “Верховенство права”, доповідь, схвалена Венеційською комісією на 86-му пленарному засіданні. – Венеційська комісія, 25-26 березня 2011р., [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-ukr).

Для з'ясування підстав неприйнятності слід відповісти на два питання: (1) які зміст і вимоги конституційної скарги є *очевидно* необґрунтованими і (2) що означає *зловживання правом* на подання скарги. Відповідь на перше з цих питань міститься в частинах 1-3 ст.77 Закону, де передбачено критерії *прийнятності* конституційної скарги. З них випливає, що скарга може бути непринятною:

- (а) за оформленням (якщо в ній не дотримано встановлених у ст.55 Закону вимог щодо змісту скарги, додатків до неї, порядку засвідчення копії остаточного судового рішення у справі суб'єкта);
- (б) за суб'єктом (якщо суб'єктом є особа, яка не була стороною провадження, або недієздатна особа, або юридична особа публічного права);
- (в) за критерієм невичерпаності національних засобів захисту (якщо немає ухваленого в порядку апеляційного оскарження судового рішення, або це рішення ще не набуло законної сили, або немає судового рішення, винесеного в порядку касаційного перегляду, коли його передбачено законом);
- (г) за давністю (якщо з дня набуття законної сили відповідним остаточним судовим рішенням сплинуло більше трьох місяців, – за винятками, передбаченими частинами 2 і 3 ст.77 Закону).

Що ж до зловживання правом на подання скарги, то це поняття є оціночним і означає, скоріше за все, що особі може бути відмовлено в розгляді конституційної скарги, якщо вона вдруге скаржитися з того самого предмету, хоча Суд вже приймав рішення по суті скарги або ухвалу про відмову у відкритті провадження чи про його закриття. Не може розглядатись як зловживання правом на подання скарги повторне подання після її повернення суб'єкту керівником Секретаріату Конституційного Суду, оскільки Закон прямо встановлює: "Повернення конституційної скарги не перешкоджає повторному зверненню до Суду з дотриманням вимог цього Закону" (ч.3 ст.57).

Існує певна колізія між положеннями частин 2 і 3 ст.57 Закону, згідно з якими попередню перевірку звернень до Суду здійснює Секретаріат і якщо конституційна скарга за *формою* не відповідає вимогам цього Закону, керівник Секретаріату повертає її суб'єкту права на конституційну скаргу, та положеннями частин 2-6 ст.37, ч.3 ст.61, ч.2 ст.63, ч.1 ст.67, частин 1 і 4 ст.77 Закону, згідно з якими питання про неприйнятність конституційної скарги за її *формою* (оформленням) віднесено до компетенції Суду, а не його Секретаріату. Зі ст.50 Закону випливає, що Секретаріат може повернути конституційну скаргу суб'єкту її подання лише в очевидних випадках помилки у формі (наприклад, коли суб'єкт подав конституційну скаргу, але помилково назвав її касаційною скаргою, конституційним поданням або конституційним зверненням, або коли вже в самій назві скарги вимагається скасування вироку тощо).

6. Якими є правові наслідки встановленої Конституційним Судом неконституційності положення закону України про кримінальну

відповідальність у контексті визнання її виключною обставиною (ч.3 ст.459 КПК)?

3 жовтня прийнято і 30 жовтня 2017р. направлено на підпис Президенту Закон "Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів" (реєстр. №6232 від 23 березня 2017р.). Станом на 19 листопада 2017р., цей Закон Президентом не підписано.

Зазначеним Законом внесені зміни до КПК, у т.ч. у частині правових наслідків встановленої Конституційним Судом неконституційності положення закону (статті 459-467 КПК).

Якщо цей Закон набуде чинності, то стане реальним наступний алгоритм.

Встановлена Конституційним Судом неконституційність положення закону України про кримінальну відповідальність, застосованого судом під час вирішення справи, визнається виключною обставиною. Така обставина є підставою для перегляду судових рішень будь-якої інстанції, які набули законної сили, але ще не виконані. Відповідна особа має право подати заяву за формою, визначеною у ст.462 КПК, про перегляд судового рішення протягом 30 днів з дня офіційного оприлюднення відповідного рішення Конституційного Суду. Заява подається до суду тієї інстанції, який першим допустив помилку внаслідок незнання факту неконституційності положення закону.

Надалі заява про перегляд судового рішення розглядається судом протягом двох місяців з дня її надходження згідно з правилами, передбаченими КПК для кримінального провадження в суді тієї інстанції, яка здійснює перегляд. При цьому, суд своєю ухвалою має право зупинити виконання судового рішення, яке переглядається, до закінчення перегляду, а також має право не досліджувати докази щодо обставин, встановлених у судовому рішенні, яке переглядається, якщо вони не оспоруються. Розглянувши справу з урахуванням рішення Конституційного Суду, суд має право скасувати вирок чи ухвалу та ухвалити новий вирок чи постановити ухвалу або залишити заяву про перегляд судового рішення без задоволення.

Судове рішення за наслідками кримінального провадження за виключними обставинами може бути знову оскаржене в порядку, передбаченому КПК для оскарження судових рішень суду відповідної інстанції. З набуттям законної сили новим судовим рішенням втрачають законну силу судові рішення інших судів у цьому кримінальному провадженні. Якщо стаття Особливої частини КК, за якою особу було засуджено, визнана неконституційною, то відповідні положення закону України про кримінальну відповідальність втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом рішення про їх неконституційність, – і в цьому випадку вирок та відповідні рішення інших судів, що цей вирок підтверджують, підлягають скасуванню.

Таким чином, інститут конституційної скарги, якщо його вміло використовувати, здатен позитивно вплинути як на стан захисту прав засуджених, так і на якість закону України про кримінальну відповідальність. ■