

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Лемака В. В.
стосовно Рішення Конституційного Суду України
у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України
щодо відповідності Конституції України (конституційності)
статті 375 Кримінального кодексу України
від 11 червня 2020 року № 7-р/2020

На підставі статті 93 Закону України «Про Конституційний Суд України» вважаю за необхідне викласти окрему думку стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 Кримінального кодексу України від 11 червня 2020 року № 7-р/2020 (далі — Рішення), оскільки не погоджуюсь з мотивувальною та резолютивною частинами Рішення, з огляду на такі аргументи.

1. Суди насправді є незахищеними

Мною не підтримано Рішення у цій справі виходячи з суті проблеми та з ужитого в тексті Рішення аргументаційного ряду. Перед поясненням цього хочу зазначити, що застосування статті 375 Кримінального кодексу України (далі — Кодекс) у діяльності органів правопорядку насправді є проблемою.

Достатньо вказати, що тільки протягом декількох останніх років судова система була атакована тисячами кримінальних проваджень за цієї підставою. Лише у 2015–2019 роках було зареєстровано 2 718 таких проваджень. Масштабність цих дій свідчить про використання статті 375 Кодексу в ролі інструменту впливу на незалежність суддів. З іншого боку, кількість проваджень, направлених до суду, вимірювалася одиницями (у 2019 році — два). Тобто проблема полягала у двох аспектах: а) внесення матеріалів до Єдиного реєстру досудових розслідувань своєю кількістю виражало засіб незадоволення та впливу уповноважених державних органів або учасників провадження (сторін у справі); б) процесуальний ефект такої практики був нікчемний, якщо не зважати на психологічний вплив на суддів у ході розгляду ними конкретних справ або ж за їх наслідками.

Варто зауважити й те, що побоювання суддів щодо реальних чи потенційних загроз стосовно гарантій їх незалежності не лише спираються на раціональні підстави, щодня підтверджені емпірично, а й на факт їх вкрай слабкої захищеності засобами кримінального права. На сьогодні чагарники в лісі від незаконної порубки захищені сильніше санкцією Кодексу, ніж судді від втручання в їх діяльність (порівняйте санкції в статті 246 і в частині першій статті 376 Кодексу).

Хочу підкреслити, що **йдеться про практику застосування статті 375 Кодексу, яка впливає з розуміння виконавчою владою (органами правопорядку) суті верховенства права та цінності незалежності судової влади, а не проблем якості змісту самої статті 375 Кодексу.**

2. Чи насправді стаття 375 Кодексу є «невизначеною»?

Твердження про те, що формулювання в статті 375 Кодексу «завідомо неправосудне рішення» є «невизначеним», не має раціональної основи. **Вимога «визначеності» в розумінні одного з аспектів верховенства права не впливає автоматично і в кожному випадку у зв'язку з використанням у тексті правового припису загальної категорії для позначення виду поведінки.** У кожній правовій нормі такі категорії використані, й право як суспільний феномен неспроможне реалізувати свій нормативний потенціал без них. Тобто не можна уникнути ситуації, коли правові приписи викладені термінами, які тією чи іншою мірою є неясними.

Це стосується і правових приписів кримінального права — практично всі статті Кодексу, якими встановлено правопорушення та покарання за них, не описують конкретні ознаки поведінки, яка є злочином; законодавець робить це через загальні терміни — для розуміння цього варто ознайомитися з диспозицією будь-якої статті Кодексу («Крадіжка», «Вимагання», «Хуліганство» тощо). У понад трьох десятках із них законодавець робить спробу через вживання уточнення (через слово «тобто») пояснити зміст поведінки, яка є злочином. Наприклад, частина перша статті 296 Кодексу передбачає: «1. Хуліганство, тобто грубе порушення громадського порядку з мотивів явної неповаги до суспільства, що супроводжується особливою зухвалістю чи винятковим цинізмом...». Уточнення законодавцем терміна «хуліганство» містить низку термінів, які потребують нового роз'яснення: «грубе порушення», «громадський порядок», «явна неповага», «суспільство» (чи окремі особи), «особлива зухвалість», «винятковий цинізм». Це означає, що і такий підхід не забезпечує абсолютної зрозумілості відповідних статей Кодексу і навіть пошук ідеальної «абсолютної ясності» правового припису є методологічно неправильним.

Підтвердженням наведеного є розуміння «визначеності» в практиці Європейського суду з прав людини, зокрема й щодо норм кримінального права. У рішенні у справі «Jidic v. Romania» від 18 лютого 2020 року (заява № 45776/16) Європейський суд з прав людини акцентував на такому: «78. З цього випливає, що правопорушення та відповідні покарання повинні бути чітко визначені законом. **Ця вимога вважається виконаною в тих випадках, коли відповідна особа може дізнатися з формулювання відповідного положення, при необхідності скориставшись тлумаченням цього положення судом та після отримання відповідної юридичної консультації,** за які дії або бездіяльність притягують його чи її до кримінальної відповідальності та яке покарання йому чи їй загрожує у зв'язку з цим» (виділення автора).

Отже, йдеться про три аспекти принципу визначеності. По-перше, особа може дізнатися з формулювання відповідного положення про конкретний зміст її поведінки (дію чи бездіяльність), яка спричиняє для неї певні конкретні наслідки. По-друге, наступним кроком, якщо це необхідно, є отримання особою відповідних юридичних порад від фахівців, які допоможуть пояснити правовий текст. По-третє, якщо і цього виявиться недостатньо, вимога визначеності у сприйнятті формулювання правового припису досягається за допомогою його тлумачення судом.

Під час вирішення цієї справи про конституційність статті 375 Кодексу, якщо навіть перших двох кроків тесту на визначеність було недостатньо, залишалося

здійснити судове тлумачення статті 375 Кодексу, яке міг зробити Конституційний Суд України.

Судове тлумачення норми закону є необхідним у випадку, коли Конституційний Суд України розглядає питання природи цієї норми та втілення в ній конституційних принципів. В інший спосіб неможливо встановити її конституційність чи неконституційність.

Однак, на мою думку, формулювання статті 375 Кодексу не викликає серйозних претензій з огляду на принцип визначеності як складової верховенства права. На чому засновані такі уявлення? По-перше, формулювання «завідомо неправосудне рішення» виразно вказує на суб'єктивну сторону відповідного діяння — прямий умисел, який був виражений у часі до моменту постановлення такого рішення. По-друге, «неправосудне рішення» як категорія загалом не викликає сумнівів у сприйнятті об'єктивної сторони діяння: йдеться про постановлення такого судового рішення, яке не відповідає природі акту правосуддя за двома основними підставами: а) не є законним (не спирається на норми матеріального і процесуального закону); б) не є обґрунтованим (не спирається на встановлені доказами факти).

Важливо також підкреслити, що для «завідомо неправосудного рішення» необхідною є сума обох складових: і заздалегідь проявлений прямий умисел, і неправосудність.

3. В аргументації не враховано конституційних принципів поділу влади і незалежності суддів

Мотивувальна частина Рішення з огляду на формальну логіку повинна була спиратися на захист двох конституційних принципів — поділу влади (стаття 6) і пов'язаного з ним принципу незалежності суддів (статті 124, 125, 126 Конституції України). Це впливає з того, що навіть при добросовісному застосуванні слідчими і прокурорами статті 375 Кодексу (а добросовісність правозастосування повинна презюмуватися в оцінці правої норми) у зазначених посадових осіб після початку досудового розслідування за статтею 375 Кодексу виникає повноваження оцінювати постановлене «завідомо неправосудне рішення», яке ще не набрало законної сили або ж набрало законної сили, однак є проміжковим у справі (не стосується суті справи).

Наведене означає ніщо інше, як втручання виконавчої влади, до якої належать правоохоронні органи, до прерогатив судової влади. Згідно зі статтею 124 Конституції України «правосуддя в Україні здійснюють виключно суди» (частина перша); «привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускається» (частина друга). Саме зазначена конституційна вимога могла стати основною претензією до статті 375 Кодексу, яка, однак, могла бути подолана тлумаченням з боку Конституційного Суду України.

На мою думку, Конституційний Суд України міг витлумачити цю норму конституційно-конформним шляхом, указавши, що її слід сприймати як таку, що безумовно втілює конституційні принципи, зокрема гарантії відповідно до частин першої, другої статті 126 Основного Закону України того, що «незалежність і недоторканність судді гарантуються Конституцією і законами України», а «вплив

на суддю у будь-який спосіб забороняється». Як я зазначав в Окремій думці до Рішення Конституційного Суду України від 11 березня 2020 року № 4-р/2020, ці норми свідчать, що законодавець зобов'язаний втілювати наведені конституційні гарантії щодо суддів, а конституційна формула про «будь-який вплив» стосується не лише певних зразків поведінки людей (їх вистачає), а й змісту закону. Іншими словами, насправді зазначені **конституційні гарантії прямо забороняють уживання закону як інструменту впливу на незалежність судді**. Можна сказати по-іншому: з указаних конституційних норм випливає прямий обов'язок законодавця втілити в законі конституційні гарантії щодо заборони вчинення у будь-який спосіб впливу на суддю з боку як парламенту, так і інших суб'єктів.

З цього випливає, що норми Кодексу також не можуть виступати інструментом впливу на суд і суддю. Отже, в процесі конституційно-конформного тлумачення статті 375 Кодексу міг бути отриманий результат, за якого стаття 375 Кодексу могла бути застосована лише після розгляду справи по суті й набрання судовим рішенням законної сили, тобто завершення правосуддя у цій справі.

4. Верховенство права неможливе без обґрунтування

Окремо хочеться акцентувати на проблемі аргументації Рішення. Конституційний Суд України повинен застосовувати весь арсенал джерел обґрунтування, а не окремі їх сегменти. Верховенство права починається з належного обґрунтування судових рішень.

Інколи по суті правильна резолютивна частина судового рішення не сприймається суспільством внаслідок його слабкої аргументації. Передусім орган конституційної юрисдикції повинен спиратися на декілька аспектів аргументації його рішень, а саме: 1) текст конституції; 2) офіційна конституційна доктрина (його усталена попередня практика); 3) міжнародне право; 4) правова доктрина. Хоча Конституційний Суд України не покликаний захищати міжнародне право, однак міжнародні договори (і насамперед — конвенційна система і заснований нею Європейський суд з прав людини) є важливим (хоч і додатковим) джерелом тлумачення матерії Конституції України, зокрема змісту і меж прав людини та принципу верховенства права.

У Рішенні, з одного боку, арсенал можливих джерел аргументації не застосовано, а з іншого боку, деякі вжиті аргументи не можуть бути підтримані. Про «невизначеність» статті 375 Кодексу як головний аргумент Рішення уже було зазначено. Окрім того, й низка інших аргументів є недоречними, зокрема:

а) щодо «радянського» походження цієї норми у підпункті 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення (окрім іншого, термін «неправосудний» щодо судових вироків містить Конституція України в статті 62, а отже, давати оцінку її положенням некоректно з боку Конституційного Суду України);

б) положення в підпункті 2.4 пункту 2 мотивувальної частини Рішення щодо «функційного імунітету суддів» з посиланням на частину четверту статті 126 Конституції України та Доповідь Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеційська Комісія), схвалену на її 82-му пленарному засіданні, яке відбулось 12–13 березня 2010 року, де-факто підтверджують конституційність статті 375 Кодексу;

в) у підпункті 2.5 пункту 2 мотивувальної частини Рішення міститься посилання на Рекомендацію Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки від 17 листопада 2010 року № СМ/Рес (2010) 12, в якій йдеться про «перегляд» та «скасування» судових рішень з боку виконавчої та законодавчої влади за межами процедур судочинства, однак стаття 375 Кодексу таких повноважень не надає відповідним органам державної влади ні прямо, ні опосередковано.

Висновки

Конституційний Суд України повинен обережно й зважено оцінювати норми кримінального права на предмет їх конституційності, визнаючи неконституційними лише ті з них, які очевидно й обґрунтовано порушують принципи і норми Конституції України, а не на підставі аналізу їх невдалого практичного застосування.

У цій справі навіть якби Конституційний Суд України з'ясував проблемність у питанні якості статті 375 Кодексу, він мав можливість здійснити конституційне конформне тлумачення, зокрема встановивши умови конституційного розуміння її змісту, яке забезпечувало би судову владу від втручання виконавчої влади, а суддів — від загроз щодо їх незалежності. Підтвердження цьому — у досвіді інших держав, заснованих на верховенстві права, де подібна норма має місце в кримінальних кодексах. У цій же справі Конституційний Суд України, подібно до його Рішення від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019 у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368² Кодексу, відмовився від тлумачення як інструменту надання правової визначеності в процесі правової аргументації, тобто віднайдення конституційного контенту в статті 375 Кодексу.

Суддя
Конституційного Суду України

В. ЛЕМАК