

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Мельника М.І. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України

Конституційний Суд України у Висновку у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 16 червня 2015 року № 1-в/2015 (далі – Висновок) визнав таким, що відповідає вимогам 157 і 158 Конституції України, законопроект про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів (реєстр. № 1776) (далі – Законопроект).

Керуючись статтею 64 Закону України „Про Конституційний Суд України“, вважаю за необхідне висловити стосовно Висновку окрему думку. Така необхідність зумовлена насамперед тим, що Конституційний Суд України не обґрунтував належним чином основні свої твердження, не зробив застережень стосовно змістових недоліків ряду положень Законопроекту, практична реалізація яких через наявну недосконалість і юридичну контроверсійність може призвести до негативних наслідків: порушення ряду конституційних засад, обмеження прав і свобод людини і громадянина, зокрема можливостей реалізації конституційного права кожного на судовий захист.

1. Аналізуючи Законопроект на відповідність вимогам частини другої статті 157 Основного Закону України, Конституційний Суд України обмежився лише посиланням на те, що Конституція України встановлює особливий порядок введення в Україні чи на окремих її територіях воєнного або надзвичайного стану, а на момент надання ним Висновку рішення про

введення в Україні воєнного або надзвичайного стану за процедурою, визначеною Конституцією України, не прийнято.

Вважаю, що така аргументація є недостатньою для однозначного висновку про відсутність на сьогодні в Україні умов воєнного або надзвичайного стану, оскільки не забезпечує повної юридичної ясності щодо можливості внесення змін до Конституції України за умов здійснення Російською Федерацією збройної агресії проти України¹, окупації Російською Федерацією окремих територій України², вчинення на цих територіях воєнних злочинів і злочинів проти людяності як регулярними Збройними Силами Російської Федерації, так і незаконними збройними формуваннями, керованими, контрольованими і фінансованими Російською Федерацією³, проведення антитерористичної операції на територіях окремих районів Донецької та Луганської областей⁴.

Вважаю, що в нинішніх умовах наявної збройної агресії проти України та здійснення військових дій на окремих її територіях неправильно обмежуватися лише механічною перевіркою факту наявності чи відсутності відповідного указу Президента про введення воєнного або надзвичайного стану.

Конституційний Суд України мав дати відповіді на ряд важливих питань, які можуть виникнути при прийнятті Верховною Радою України запропонованих Законопроектом змін до Конституції України. Аналіз чинного законодавства України дає можливість виокремити три правові ситуації щодо воєнного/надзвичайного стану. Перша ситуація передбачає

¹ Звернення Верховної Ради України до Організації Об'єднаних Націй, Європейського Парламенту, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Парламентської Асамблеї НАТО, Парламентської Асамблеї ОБСЄ, Парламентської Асамблеї ГУАМ, національних парламентів держав світу про визнання Російської Федерації державою-агресором, затверджене Постановою Верховної Ради України від 27 січня 2015 року № 129–VIII / Відомості Верховної Ради України, 2015 р., № 10, ст. 68.

² Заява Верховної Ради України „Про відсіч збройній агресії Російської Федерації та подолання її наслідків“, схвалена Постановою Верховної Ради України від 21 квітня 2015 року № 337–VIII / Відомості Верховної Ради України, 2015 р., № 22, ст. 153.

³ Заява Верховної Ради України „Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод“, схвалена Постановою Верховної Ради України від 21 травня 2015 року № 462–VIII / Офіційний вісник України, 2015 р., № 42, ст. 1298.

⁴ Указ Президента України „Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 13 квітня 2014 року „Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності України“ від 14 квітня 2014 року № 405 / Офіційний вісник Президента України, 2014 р., № 14, ст. 745.

існування умов для введення воєнного або надзвичайного стану (стаття 4 Закону України „Про правовий режим надзвичайного стану“). Друга – пов’язана з прийняттям рішення про введення воєнного або надзвичайного стану (пункти 20, 21 частини першої статті 106 Конституції України, статті 2, 6 Закону України „Про правовий режим воєнного стану“, статті 5, 6 Закону України „Про правовий режим надзвичайного стану“). Третя – охоплює здійснення заходів правового режиму воєнного або надзвичайного стану, діяльність органів державної влади та органів місцевого самоврядування в умовах воєнного або надзвичайного стану (статті 4, 8–12, 14–17 Закону України „Про правовий режим воєнного стану“, статті 9–14 Закону України „Про правовий режим надзвичайного стану“). Ці ситуації взаємопов’язані і передбачають наявність відповідних обставин, певну послідовність рішень та дій, існування певного правового режиму.

Для того, щоб визначити, про яку з цих ситуацій йдеться у частині другій статті 157 Конституції України, потрібно, зокрема, розкрити зміст та встановити взаємозв’язок:

– конституційних понять „в умовах воєнного або надзвичайного стану“, „введення воєнного стану“, „введення надзвичайного стану“ (пункти 20, 21 частини першої статті 106, частина друга статті 157 Конституції України);

– зазначених конституційних понять та законодавчих понять „воєнний стан“, „надзвичайний стан“, „правовий режим воєнного стану“, „правовий режим надзвичайного стану“, „умови введення надзвичайного стану“, „заходи правового режиму воєнного стану“, „заходи правового режиму надзвичайного стану“ (закони України „Про правовий режим воєнного стану“ та „Про правовий режим надзвичайного стану“).

Такий підхід вимагав від Конституційного Суду України здійснення в межах Висновку опосередкованого („прихованого“) тлумачення вказаних положень Конституції України шляхом розкриття змісту словосполучення „в умовах воєнного або надзвичайного стану“, яке міститься у частині другій статті 157 Конституції України. У такий спосіб Конституційний Суд України

переконливо довів би відсутність правових підстав, які унеможливають внесення змін до Конституції України.

2. Констатувавши відповідність положень Законопроекту (якими пропонується виключити з чинної редакції Конституції України частини першу та третю статті 80) вимогам частини першої статті 157 Основного Закону України, Конституційний Суд України обмежився лише посиланнями на свої правові позиції щодо скасування недоторканності народних депутатів України, які зводяться до того, що депутатська недоторканність стосується лише їх спеціального статусу і не впливає на зміст конституційних прав і свобод людини і громадянина (їх скасування чи обмеження). При цьому Конституційний Суд України зазначив, що на час розгляду цієї справи немає підстав для зміни викладених ним раніше правових позицій з цього питання.

Проте у ряді своїх рішень та висновків Конституційний Суд України наголошував й на інших аспектах недоторканності народних депутатів України, яка не є, зокрема, особистим привілеєм, індивідуальним правом народного депутата України, а має публічно-правовий характер, спрямована на забезпечення народного депутата України від незаконного втручання в його діяльність, на забезпечення безперешкодного та ефективного здійснення ним своїх функцій та забезпечення належного (нормального) функціонування парламенту (Висновок Конституційного Суду України від 11 липня 2000 року № 2-в/2000; рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 1999 року № 9-рп/99, від 26 червня 2003 року № 12-рп/2003).

У Висновку варто було актуалізувати вказані правові позиції Конституційного Суду України з урахуванням розвитку теорії та практики конституційного права, а також суспільно-політичних подій, які за останні роки відбулися в Україні. З одного боку, це не суперечило б загальному висновку про відповідність законодавчої пропозиції щодо скасування депутатської недоторканності вимогам частини першої статті 157 Конституції України, а з іншого – вказувало б на необхідність при прийнятті законодавцем остаточного рішення щодо скасування депутатської

недоторканності не лише керуватися суспільними настроями та виходити з формальної відповідності вказаного положення Законопроекту вимогам Основному Закону України, але й зважати на можливі правові, політичні та суспільні наслідки такого рішення.

Те, яке суспільно-політичне та правове значення має інститут депутатської недоторканності, на мій погляд, переконливо ілюструє період президентства В. Януковича (25 лютого 2010 року – 22 лютого 2014 року), коли відбулася узурпація державної влади⁵. Можна обґрунтовано припустити, що одним із чинників, який не дозволив попередньому Президенту України повністю взяти під контроль парламент і зруйнувати парламентаризм в Україні, остаточно узурпувати державну владу, була наявність депутатської недоторканності.

Після трагічних подій кінця 2013 року – початку 2014 року, самоусунення В.Януковича від виконання конституційних повноважень⁶ та втечі його з України саме парламент вжив основних заходів з відновлення конституційного ладу в Україні, забезпечення її суверенітету та збереження незалежності, відновлення конституційних прав і свобод людини і громадянина.

Відтак прийняття рішення щодо скасування депутатської недоторканності потребувало більш комплексного аналізу, врахування як формальної його відповідності вимогам частини першої статті 157 Конституції України (що констатовано у Висновку), так і політичних, правових та соціальних наслідків такого рішення з огляду на стан правової системи України – її здатність за відсутності інституту депутатської недоторканності забезпечити безперешкодне та ефективне здійснення народними депутатами України своїх повноважень, належне (нормальне) функціонування парламенту, а також реалізацію конституційного принципу поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову.

⁵ Стаття 1 Закону України „Про очищення влади“ від 16 вересня 2014 року № 1682–VII / Відомості Верховної Ради України, 2014 р., № 44, ст. 2041.

⁶ Постанова Верховної Ради України „Про самоусунення Президента України від виконання конституційних повноважень та призначення позачергових виборів Президента України“ від 22 лютого 2014 року № 757–VII / Відомості Верховної Ради України, 2014 р., № 11, ст. 158.

Конституційний Суд України повинен оцінити це питання виходячи з того, що існування та обсяг професійного (посадового) імунітету залежить від волі держави (законодавця) і зумовлюється важливими соціальними цілями та завданнями. Скасування такого імунітету або істотна зміна його змісту також повинна зумовлюватися не менш важливими факторами, зокрема досягненням поставленої перед цим інститутом мети та виконанням ним своїх суспільних завдань.

Крім того, Конституційний Суд України мав узяти до уваги, що внесення змін до Конституції України в частині скасування депутатської недоторканності не обмежить конституційні права людини лише в разі відповідного удосконалення правоохоронної та судової системи з метою недопущення та запобігання стороннього тиску і протиправного впливу на народного депутата України як представника Українського народу.

3. Як і депутатська, суддівська недоторканність, з одного боку, забезпечує незалежність судді, що є необхідною передумовою захисту прав і свобод людини неупередженим і справедливим судом, з іншого – створює певні перешкоди для притягнення судді до кримінальної відповідальності. По суті, така недоторканність – це своєрідна плата суспільства за можливість мати неупереджений і справедливий суд. Тому у цьому питанні важливо забезпечити баланс суспільних інтересів: мати неупереджений і справедливий суд і унеможливити уникнення кримінальної відповідальності суддею, який вчинив злочин.

Аналіз змісту Законопроекту не дає підстав для однозначного висновку про можливість досягнення такого балансу через практичну імплементацію пропонуваніх конституційних змін. Із передбачених Законом новел не зрозуміло, як у своїй сукупності вони позначатимуться на рівні незалежності судді – зроблять його ще більш недоторканим чи посилять його вразливість у правовому сенсі.

Річ у тім, що за чинною Конституцією України зміст суддівської недоторканності становлять лише гарантії *процесуального* характеру. Така недоторканність полягає в особливому порядку затримання та арешту судді –

вказані заходи процесуального примусу стосовно судді до винесення обвинувального вироку судом можуть бути застосовані лише за згодою Верховної Ради України. Інших особливостей для притягнення судді до кримінальної відповідальності Основний Закон України не передбачає. Отже, у загальному порядку стосовно нього (судді) може бути розпочате кримінальне провадження, провадитися слідчі дії (у тому числі обшук), суд може розглядати кримінальне провадження по суті і постановляти свій вердикт. Відтак вирішення питання про кримінальну відповідальність судді за вчинений ним злочин значною мірою залежить не від наявності у нього недоторканності (особливого порядку його затримання та арешту), а від проведення кримінального провадження на засадах, визначених Конституцією України та кримінальним процесуальним законодавством.

Відповідно до Законопроекту зміст суддівської недоторканності становлять гарантії як *процесуального* (дещо змінені), так і *матеріального* характеру. Останні пропонуються новою частиною другою статті 129 Конституції України і зводяться до двох ключових моментів: визначення підстав юридичної відповідальності судді та звуження меж такої відповідальності. Відтак до імунітету судді від незаконного обмеження свободи та права вільного пересування (затримання та взяття під варту) додається функціональний імунітет, запровадження якого в Україні визначено однією з головних цілей Законопроекту.

Як наслідок, з одного боку, суддівська недоторканність звужується за рахунок модернізації існуючого імунітету, з іншого – розширюється за рахунок запровадження нового виду імунітету. При цьому Законопроект містить положення, які суперечать одне одному, є сумнівними з точки зору правової обґрунтованості. Однак Конституційний Суд України не звернув на це уваги та не зробив відповідних застережень, які б слугували правовим орієнтиром для суб'єктів подальшого конституційного правозастосування.

Зазначене вказує на наявність у Законопроекті положень, які можуть опосередковано обмежити конституційне право людини і громадянина на судовий захист.

4. На мій погляд, при обґрунтуванні конституційності змін до статі 126 Основного Закону України Конституційний Суд України не виправдано не звернув уваги на той факт, що у Законопроекті не повною мірою реалізовано загалом правильну ідею передачі права на зняття суддівського імунітету політично незалежному органу. Крім того, при розгляді цього питання він допустив низку правових помилок.

Так, даючи Висновок, Конституційний Суд України виходив із власної правової позиції, висловленої у Висновку від 19 вересня 2013 року № 2-в/2013, відповідно до якої надання згоди на затримання судді органом (Вищою радою юстиції), який складається переважно із суддів, є додатковою гарантією незалежності судової влади. При цьому Конституційний Суд України послався на Закон України „Про Вищу раду юстиції“, відповідно до якого добір кандидатів для призначення членами Вищої ради юстиції здійснюється із забезпеченням більшості суддів у складі цього органу. Проте Конституційний Суд України не взяв до уваги, що вказана правова позиція стосувалася законопроекту з іншим змістовим наповненням, який передбачав, крім передачі відповідних повноважень Вищій раді юстиції, одночасне внесення змін до статті 131 Основного Закону України, якими визначалося формування складу цього органу переважно з суддів.

Таким чином, Конституційний Суд України не надав належного значення положенню чинної статті 131 Конституції України, відповідно до якої зберігається існуючий порядок формування Вищої ради юстиції, не звернув уваги на ту обставину, що у Законопроекті не запропоновано внесення змін до вказаної статті Основного Закону України. Тому формування персонального складу Вищої ради юстиції переважно з суддів Конституцією України не передбачено, а такий стан справ (як неодноразово наголошувала Венеціанська Комісія) ставить під сумнів політичну незалежність та неупередженість Вищої ради юстиції.

Конституційний Суд України у Висновку фактично перебільшив значення норм закону „Про Вищу раду юстиції“, які не узгоджуються з Конституцією України, можуть бути в будь-який час змінені чи скасовані в межах звичайної законодавчої процедури, а тому не можуть вважатися

достатньою гарантією незалежності Вищої ради юстиції. Тобто, Конституційний Суд України поставив вирішення питання конституційності Законопроекту в залежність від змісту та чинності звичайного закону.

Навіть якщо виходити з приписів вказаного Закону, то вони все одно не забезпечують відповідність складу Вищої ради юстиції вимогам міжнародних стандартів, згідно з якими у складі органу, відповідальному за формування суддівського корпусу, має бути щонайменше *половина суддів, обраних самими суддями*.

Крім того, у Висновку зроблено вибірккові посилання на окремі міжнародні акти, які закріплюють загальноприйняті демократичні стандарти у сфері забезпечення незалежності суддів, але залишено поза увагою ряд міжнародних актів, за якими до складу Вищої ради юстиції має входити *більшість суддів, обраних самими суддями*.

На мій погляд, в мотивувальній частині Висновку доцільно було б зробити акцент на більш суворих стандартах гарантування незалежності суддів, визначених як в наведених у Висновку, так і в інших міжнародних актах. Зокрема, відповідно до пункту 1.3 Європейської хартії про закон „Про статус суддів“ від 10 липня 1998 року щодо кожного рішення стосовно відбору та призначення судді на посаду, підвищення по службі або припинення його повноважень законом має бути передбачено втручання *органу, незалежного від виконавчої та законодавчої влади, у складі якого щонайменше половина членів – судді, обрані їх колегами*.

Відповідно до пункту 13 Великої хартії суддів (Основних принципів), затвердженої Консультативною радою європейських судів 17 листопада 2010 року, для забезпечення незалежності суддів кожна держава створює Раду судової влади або подібний спеціальний орган, незалежний від законодавчої та виконавчої влади, наділений широкими повноваженнями щодо всіх питань, які стосуються їхнього статусу, а також організації, функціонування та авторитету судового органу. *Рада судової влади має складатися виключно із суддів або переважної більшості суддів, обраних своїми колегами*.

У пункті 46 додатку до Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, ухваленій 17 листопада 2010 року № (2010) 12, вказано, що орган влади, який приймає рішення щодо добору та підвищення суддів по службі, повинен бути незалежним від виконавчої та законодавчої влади. *Для гарантування незалежності такого органу щонайменше половина його членів мають становити судді, обрані самими ж суддями.*

Крім того, у своїх експертних висновках Європейська комісія „За демократію через право“ (Венеціанська Комісія)⁷ послідовно звертала увагу на необхідність удосконалення принципів формування складу Вищої ради юстиції і вважала, що значну частину або більшість членів Вищої ради юстиції повинні складати судді, обрані своїми колегами. Венеціанська Комісія також вказувала, що *за відсутності конституційних гарантій збалансованого складу Вищої ради юстиції її повноваження слід скоротити, а не розширити. З огляду на цю проблему слід запровадити жорсткі правила несумісності членів Вищої ради юстиції.*

Європейський суд з прав людини в своєму рішенні у справі „Олександр Волков проти України“ наголосив, що оскільки *Конституція України не гарантує того, що більшість або значну частину Вищої ради юстиції складатимуть судді, обрані своїми колегами, внесення пропозицій щодо звільнення суддів членами, які належать до виконавчої влади, може зашкодити незалежності суддів.*

Таким чином, у Висновку лише частково враховано рекомендації міжнародних інституцій щодо необхідності дотримання загальноприйнятих демократичних стандартів у сфері гарантування незалежного та

⁷ Див., наприклад, CDL-AD(2010)026 Спільний висновок щодо Закону України „Про судоустрій і статус суддів“, підготовлений Венеціанською Комісією та Дирекцією з співпраці Генерального Директорату з прав людини та правових питань Ради Європи, ухвалений Венеціанською Комісією на 84-ому пленарному засіданні (м. Венеція, 15–16 жовтня 2010 року), CDL-AD(2013)014 Висновок щодо законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо посилення гарантій незалежності суддів та змін до Конституції, запропонованих Конституційною Асамблеєю, ухвалений Венеціанською Комісією на 95-ому пленарному засіданні (м. Венеція, 14–15 червня 2013 року), CDL-AD(2015)007 Спільний висновок щодо Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ і внесення змін до закону „Про Вищу раду юстиції“, підготовлений Венеціанською Комісією і Дирекцією з співпраці Генерального Директорату з прав людини та правових питань Ради Європи, ухвалений Венеціанською Комісією на 102-ому пленарному засіданні (м. Венеція, 20–21 березня 2015 року).

неупередженого правосуддя, зокрема *забезпечення більшості суддів у складі Вищої ради юстиції.*

Виходячи з викладеного, правовий статус Вищої ради юстиції залишається таким, що не відповідає завданням, які на неї покладаються Законом, тож передача такому органу повноважень у сфері зняття недоторканності з суддів не зменшить їх залежність, що може призвести до порушення конституційного права людини і громадянина на судовий захист.

5. Із пропонуваного Законом змін до статті 126 Конституції в частині наділення Вищої ради юстиції повноваженням надавати згоду на затримання судді та застосування до нього запобіжного заходу у виді тримання під вартою до винесення обвинувального вироку судом вбачається, що вони стосуються як суддів судів загальної юрисдикції, так і Конституційного Суду України. Адже згідно зі статтею 149 Конституції України на суддів Конституційного Суду України поширюються, зокрема, гарантії незалежності та недоторканності, підстави щодо звільнення з посади, передбачені статтею 126 цієї Конституції України.

Натомість таке нововведення з урахуванням особливого значення та місця Конституційного Суду України в системі поділу влади в Україні, його місії з утвердження верховенства Конституції України видається недостатньо обґрунтованим та таким, що виходить за рамки компетенції Вищої ради юстиції.

За своїм конституційним призначенням, статусом і функціями Вища рада юстиції є органом, відповідальним за формування суддівського корпусу судів загальної юрисдикції, притягнення суддів до відповідальності тощо, а її повноваження поширюються лише на суддів цих судів (стаття 131 Конституції України).

Вища рада юстиції на різних етапах професійної діяльності суддів загальної юрисдикції з моменту внесення подання про їх призначення на посади і до моменту внесення подання про звільнення їх з посад перебуває із суддями у взаємодії задля забезпечення високого рівня здійснюваного ними правосуддя. Разом з тим, Вища рада юстиції жодним чином не дотична до

діяльності Конституційного Суду України. Це повністю узгоджується з тим, що Конституційний Суд України не входить до системи судів загальної юрисдикції, є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні, а його судді мають особливий конституційний статус (статті 125, 147, 148 Конституції України).

Крім того, судді Конституційного Суду України, на відміну від суддів судів загальної юрисдикції, позбавлені будь-яких правових засобів щодо забезпечення функціонування Вищої ради юстиції, не беруть участі у формуванні її персонального складу, а Голова Конституційного Суду України, на відміну від Голови Верховного Суду України, не входить до складу Вищої ради юстиції за посадою.

Особлива відповідальність, яка покладена на суддів Конституційного Суду України у зв'язку з розглядом найважливіших питань державного і суспільного значення, які впливають не лише на правові, а й на політичні процеси в Україні, вимагає високого рівня їх незалежності та захищеності. Повноваження обґрунтованого позбавлення недоторканності суддів Конституційного Суду України вищим представницьким колегіальним органом держави – Верховною Радою України, яка від імені Українського народу прийняла Конституцію України, повністю узгоджується з високим конституційним статусом єдиного органу конституційної юрисдикції в Україні і має залишатися органічним елементом комплексної системи стримувань і противаг. У той же час надання такого повноваження органу державної влади, склад якого формується шляхом призначення, а не обрання, до того ж не пов'язаному з конституційною юстицією, може призвести до серйозних правових наслідків у вигляді зниження рівня незалежності суддів Конституційного Суду України, що, в свою чергу, негативно відобразиться на виконанні його функцій з утвердження верховенства права та конституції в Україні.

6. Законопроектом передбачено, що суддя може бути без згоди Вищої ради юстиції затриманий *„при вчиненні або безпосередньо після вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину проти життя та здоров'я особи“*.

Вбачається, що пропоновані до статті 126 Конституції України зміни (в частині надання правоохоронним органам права без згоди Вищої ради юстиції затримувати суддю) можуть призвести до порушення принципу правової визначеності, як одного із елементів верховенства права. Йдеться, зокрема, про розуміння того, за вчинення яких саме діянь, передбачених Кримінальним кодексом України (далі – КК України), суддя може бути затриманий без згоди Вищої ради юстиції.

Так, якщо з визначенням тяжких та особливо тяжких злочинів проблеми не виникає (критерії такого визначення передбачені статтею 12 КК України), то на практиці така проблема може виникнути щодо поняття „злочин проти життя та здоров'я особи“.

КК України містить окремий Розділ II Особливої частини „Злочини проти життя та здоров'я особи“, назва якого є *тотожною* положенню щодо можливості затримання судді на місці вчинення злочину, яке пропонується закріпити у статті 126 Конституції України. У цьому Розділі злочинами проти життя та здоров'я особи є, зокрема, умисне вбивство (стаття 115), умисне тяжке тілесне ушкодження (стаття 121), які відносяться до категорії тяжких або особливо тяжких злочинів.

Водночас чинний КК України в інших розділах Особливої частини передбачає відповідальність за посягання на життя або умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень певним категоріям осіб – посягання на життя, погроза або насильство щодо державного чи громадського діяча (статті 112, 346), посягання на життя працівника правоохоронного органу, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця (стаття 348), погроза або насильство щодо працівника правоохоронного органу (стаття 345), погроза або насильство щодо журналіста (стаття 345¹), погроза або насильство щодо службової особи чи громадянина, який виконує громадський обов'язок (стаття 350), погроза або насильство щодо судді, народного засідателя чи присяжного (стаття 377), терористичний акт (стаття 258) тощо.

За певних обставин вказані злочини, які **посягають** на життя і здоров'я особи (як і злочини, передбачені розділом II Особливої частини КК України),

також визнаються тяжкими або особливо тяжкими злочинами. Однак, відповідно до положень КК України, у строгому юридичному значенні вони **не** є злочинами проти життя та здоров'я особи, такими є лише діяння, передбачені Розділом II Особливої частини КК України. Так, посягання на життя державного чи громадського діяча є злочином проти основ національної безпеки України (Розділ I Особливої частини КК України), посягання на працівника правоохоронного органу – злочином проти авторитету органів державної влади (Розділ XV Особливої частини КК України). З огляду на наведене на практиці можуть виникати ситуації правової невизначеності стосовно затримання судді, який вчинив такі злочини, зумовлені неоднаковим розумінням поняття „злочин проти життя та здоров'я особи“.

Уникнути таких ситуацій, а саме, з одного боку, зловживань щодо суддів з боку працівників правоохоронних органів, з іншого – безпідставного уникнення суддями затримання при вчиненні тяжкого або особливо тяжкого злочину, можна шляхом зміни формулювання пропонованого Законопроектом положення, передбачивши можливість затримання судді без згоди Вищої ради юстиції „при вчиненні або безпосередньо після вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину, пов'язаного з посяганням на життя чи здоров'я особи“. За такого формулювання під вказану категорію злочинів підпадатиме будь-який злочин, пов'язаний з посяганням на вказані цінності, незалежно від того, у якому розділі Особливої частини КК України передбачено відповідальність за його вчинення.

На необхідності забезпечення правової визначеності законодавчих положень, особливо тих, які стосуються обмеження чи позбавлення свободи, неодноразово наголошували Конституційний Суд України та Європейський суд з прав людини. Так, Конституційний Суд України, зокрема, у Рішенні від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005 вказав, що із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у

правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини).

У Рішенні від 18 грудня 2008 року у справі „Новік проти України“ Європейський суд з прав людини зазначив, що „коли йдеться про позбавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення загального принципу юридичної визначеності. Вимога „якості закону“ у розумінні пункту 1 статті 5 Конвенції означає, що коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні – для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля“ (пункт 19).

7. У Висновку Конституційний Суд України зазначив, що неврахування у запропонованій Законопроектном редакції частини третьої статті 126 Конституції України такого виду запобіжного заходу, як домашній арешт, та такого виду адміністративного стягнення, як адміністративний арешт, може призвести до необґрунтованого обмеження свободи та права вільного пересування судді у разі необхідності застосування до нього домашнього або адміністративного арешту.

Таке застереження є цілком обґрунтованим, оскільки після прийняття Законопроекту застосування домашнього та адміністративного арешту до суддів зможе відбуватися у звичайному порядку, без необхідності отримання додаткових санкцій, у тому числі від Вищої ради юстиції. Однак при цьому Конституційний Суд України не зазначив, що можливість необґрунтованого обмеження свободи та права вільного пересування судді при застосуванні до нього домашнього або адміністративного арешту знизить рівень гарантій незалежності суддів, а в деяких випадках – унеможливить здійснення ними правосуддя. На мій погляд, такий висновок у даному випадку (як і в ряді інших наведених випадках) видається доцільним з огляду необхідності логічного завершення зазначеного застереження тим, що необґрунтоване обмеження свободи та права вільного пересування судді тягне за собою зниження рівня незалежності суддів. А це, як зазначив Конституційний Суд України, опосередковано може призвести до обмеження можливостей

реалізації права громадян на судовий захист (абзац п'ятий підпункту 4.3 пункту 4 мотивувальної частини Рішення від 1 грудня 2004 року № 19-рп/2004).

8. Дослідивши пропоновану Законопроектом зміну до статті 129 Конституції України, Конституційний Суд України у Висновку звернув увагу лише на одну юридичну ваду цієї законодавчої новели – на недостатню визначеність поняття „порушення присяги“, яке може тлумачитися надмірно широко і неточно при вирішенні питання про юридичну відповідальність судді. Разом з тим положення пропонованої Законопроектом частини другої статті 129 Конституції України містять ряд інших суттєвих юридичних недоліків, які зумовлені правовою необґрунтованістю та неоднозначністю цих положень.

Так, пропонована зміна містить положення, згідно з яким „*притягнення суддів до юридичної відповідальності здійснюється на загальних підставах*“. У теорії права загальноприйнятою є позиція, відповідно до якої підставою юридичної відповідальності є наявність в діянні особи складу відповідного правопорушення⁸.

Таке ж розуміння підстав юридичної відповідальності закріплено у вітчизняному законодавстві. Наприклад, у статті 2 КК України встановлено, що підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом. Конституційний Суд України також наголосив на тому, що підставою притягнення особи до юридичної відповідальності є склад правопорушення (абзац шостий пункту 2 мотивувальної частини Рішення від 30 травня 2001 року № 7-рп/2001).

Виникає питання щодо змісту, який вкладав суб'єкт законодавчої ініціативи у поняття „загальні підстави юридичної відповідальності“, яке міститься у наведеному положенні, а також щодо існування „спеціальних підстав“ такої відповідальності. Зрештою, це породжує сумніви стосовно,

⁸ Див., наприклад: Скакун О.Ф. Теорія держави і права: Підручник / Пер. з рос. – Харків: Консум, 2001. – 656 с. – С. 431.

по-перше, юридичної правильності вказаного положення, по-друге, практичної необхідності закріплення його на конституційному рівні. До того ж, це положення певною мірою суперечить іншому положенню запропонованої новели, яке само по собі також викликає певні застереження.

Ідеться про друге речення запропонованої Законопроектом нової частини статті 129 Конституції України, згідно з яким *„судді не можуть бути притягнуті до юридичної відповідальності за діяння, вчинені у зв’язку зі здійсненням правосуддя, крім випадків ухвалення завідомо неправосудного судового рішення, порушення присяги судді або вчинення дисциплінарного правопорушення“*.

Зазначеним положенням Законопроекту пропонується визначити в Основному Законі України загальне правило, за яким *„судді не можуть бути притягнуті до юридичної відповідальності за діяння, вчинені у зв’язку зі здійсненням правосуддя“*. Це правило обмежує суддівський імунітет власне сферою службової діяльності суддів – здійсненням правосуддя. При цьому у наведеному положенні передбачається й виняток із цього правила, який має місце у трьох випадках, а саме у разі: 1) ухвалення завідомо неправосудного судового рішення; 2) порушення присяги судді; 3) вчинення дисциплінарного правопорушення.

Отже, у законопроекті визначено **вичерпний** перелік діянь, у разі вчинення яких „у зв’язку зі здійсненням правосуддя“ суддю може бути притягнуто до юридичної відповідальності. У свою чергу, це означає, що за вчинення **усіх** інших діянь „у зв’язку зі здійсненням правосуддя“ суддя звільняється від юридичної відповідальності.

Разом з тим існує багато суспільно небезпечних діянь, які можуть вчинятися суддею „у зв’язку зі здійсненням правосуддя“, до яких належать, наприклад, службове підроблення процесуальних документів (у тому числі судового рішення), отримання неправомірної вигоди (хабара), порушення права на захист. Із буквального тлумачення запропонованих змін до статті 129 Конституції України випливає, що у випадку, коли суддя за неправомірну винагороду ухвалив завідомо неправосудне судове рішення, він нестиме кримінальну відповідальність лише за ухвалення завідомо неправосудного

судового рішення, а за отримання неправомірної винагороди – ні. У випадку ж отримання неправомірної вигоди за законне (правосудне) рішення він не нестиме кримінальної відповідальності взагалі, оскільки цей вид злочину не вказано у переліку діянь, вчинених у зв'язку зі здійсненням правосуддя, за які згідно із Законопроектом судді мають нести кримінальну відповідальність.

Безперечно, вчинення таких злочинів, як одержання неправомірної винагороди, службове підроблення, порушення права на захист тощо, може інкримінуватися судді як порушення присяги чи вчинення дисциплінарного правопорушення, що буде підставою для звільнення судді з посади чи застосування до нього відповідного дисциплінарного стягнення (попередження, догани, тимчасового відсторонення від здійснення правосуддя, переведення до суду нижчого рівня). Однак у такому випадку матиме місце неадекватне правове реагування на вчинення злочину у зв'язку зі здійсненням правосуддя у результаті безпідставної заміни одного виду юридичної відповідальності на інший: з кримінальної відповідальності – на дисциплінарну відповідальність чи звільнення з посади судді за порушення присяги.

З огляду на це виникає сумнів стосовно правової обґрунтованості вказаної новели, оскільки відсутність реагування чи неадекватне правове реагування на вчинення суддею злочину у зв'язку зі здійсненням правосуддя (крім ухвалення завідомо неправосудного судового рішення) може призвести до обмеження права громадян на судовий захист, гарантованого статтею 55 Конституції України. Адже неупереджене, безстороннє і справедливе правосуддя неможливе у разі, коли воно здійснюється суддею, який, наприклад, отримав незаконну винагороду і не був притягнутий за це до кримінальної відповідальності.

9. На мій погляд, Прикінцевим положенням (пункти 2, 3) Законопроекту притаманні два концептуальні недоліки, на які Конституційному Суду України слід було окремо звернути увагу.

Перший з них полягає у тому, що Законопроектом пропонується новими конституційно-правовими засобами розв'язати штучну практичну проблему, зумовлену не конституційними чи навіть не законодавчими прогалинами, а причинами організаційного характеру та невиконанням відповідних приписів статті 131 Конституції України та Закону України „Про Вищу раду юстиції“. Нефункціонування Вищої ради юстиції упродовж тривалого періоду (майже півтора року) обумовлено невиконанням відповідними суб'єктами своїх повноважень щодо призначення членів цього конституційного органу після припинення повноважень попередніх членів Вищої ради юстиції, зокрема на підставі Закону України „Про відновлення довіри до судової влади в Україні“. Для того, щоб Вища рада юстиції відновила свою повноцінну діяльність, суб'єкти її формування мали призначити членів цього органу за квотою, яка визначена для кожного з них Конституцією України.

Штучність вказаної проблеми, як і неналежність запропонованих Законопроектом засобів її розв'язання, стала очевидною після недавнього виконання суб'єктами формування Вищої ради юстиції своїх обов'язків – більшість членів Вищої ради юстиції вже призначено, вона відновила свою повноважність без будь-яких конституційних змін.

Другий концептуальний недолік Прикінцевих положень Законопроекту зумовлений тим, що дію норм статті 131 Конституції України поставлено в залежність від положень закону та від призначення відповідними суб'єктами членів Вищої ради юстиції.

Відповідно до частини третьої статті 8 Конституції України норми статті 131 Конституції України є нормами прямої дії, а отже, для відновлення діяльності Вищої ради юстиції не потрібні жодні додаткові законодавчі приписи. З огляду на це Конституційний Суд України у Висновку констатував, що „положення пунктів 2, 3 цього розділу Законопроекту не можуть бути предметом регулювання закону про внесення змін до Конституції України, оскільки вони не узгоджуються з вимогами статті 8 Конституції України“. Однак для ясності цієї позиції у Висновку необхідно було вказати, що Законопроект в цій частині містить умову набрання

чинності Законом, яка не передбачена Конституцією України. Після майже двадцятирічної діяльності Вищої ради юстиції законодавче визначення такої умови дії нової норми статті 126 Конституції України, як формування повноважного складу Вищої ради юстиції, видається необґрунтованим.

З огляду на викладене вважаю, що Конституційний Суд України не належним чином мотивував Висновок у цій справі, чим поставив під сумнів його обґрунтованість.

Конституційний Суд України формально підійшов до визначення наявності/відсутності в Україні особливих умов, які унеможливають внесення змін до Основного Закону України, а саме умов воєнного або надзвичайного стану, обмежившись лише механічною перевіркою факту наявності чи відсутності відповідного указу Президента України про введення воєнного або надзвичайного стану. Аналіз вітчизняного законодавства дає можливість стверджувати про існування нормативних підстав для введення в Україні воєнного або надзвичайного стану, тобто про фактичне його існування. При цьому прийняття рішення про введення такого стану значною мірою є питанням політичного характеру, яке за Конституцією України має вирішуватися главою держави, а відповідне рішення – затверджуватися Верховною Радою України. Тому Конституційний Суд України зобов'язаний був аргументовано довести відсутність перешкод для внесення змін до Основного Закону України в умовах фактичного ведення військових дій на території України. Не виходячи за межі предмета справи, Конституційний Суд України мав би дати оцінку умовам, які не підпадають під визначення „умов воєнного або надзвичайного стану“ (частина друга статті 157 Конституції України), але можуть впливати на реалізацію змін до Конституції України, і навести більш переконливі аргументи свого твердження щодо недопустимості конституційних змін саме у разі введення воєнного або надзвичайного стану.

Хоча Законопроект в частині скасування депутатської недоторканності прямо не передбачає скасування і обмеження прав і свобод людини і громадянина, не спрямований на ліквідацію незалежності чи на порушення

територіальної цілісності України, Конституційний Суд України повинен був всебічно та більш уважно перевірити і проаналізувати можливі наслідки скасування депутатської недоторканності в нових суспільно-політичних умовах гострих загроз національній безпеці України, а також пересвідчитись, що вони не зможуть негативно вплинути на: утвердження парламентаризму в Україні; функціонування державної влади відповідно до конституційних принципів її поділу на законодавчу, виконавчу та судову; суверенність, незалежність та територіальну цілісність України; державну систему захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина; демократичний розвиток України.

Конституційному Суду України слід було чітко констатувати, що реалізація на практиці змін, запропонованих Законом-проектом, може призвести до зниження рівня незалежності суддів, а це, у свою чергу, – до опосередкованого обмеження можливостей реалізації права на судовий захист, гарантованого статтею 55 Конституції України. Крім того, ризиком такої реалізації є створення правової невизначеності у питаннях притягнення суддів до юридичної відповідальності, їх затримання та взяття під варту, наслідком чого може стати порушення конституційних принципів верховенства права, законності та рівності кожного у своїй гідності, правах та перед законом, закріплених у статтях 6, 8, 19, 21, 24 Конституції України.

Суддя
Конституційного Суду України

М. І. МЕЛЬНИК