



Калужна О. М.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального
процесу і криміналістики
Львівського національного університету
імені Івана Франка



Палух Л. М.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри кримінального
права і кримінології
Львівського національного університету
імені Івана Франка

ПРОГНОЗУВАННЯ РОБОТИ НОВОГО ВЕРХОВНОГО СУДУ: ПРОБЛЕМИ ЕФЕКТИВНОЇ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД ТА ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ СУДДІВ ЗА ПОСТАНОВЛЕННЯ ЗАВІДОМО НЕПРАВОСУДНИХ РІШЕНЬ

У статті на основі аналізу Закону України «Про судоустрій і статус суддів», чинного кримінального процесуального законодавства, а також законопроектів про внесення змін до процесуального законодавства розглянуто процесуальні гарантії забезпечення права на справедливий суд, забезпечення єдності судової практики в діяльності нового Верховного Суду. На основі цього зроблено висновки щодо ознак складу злочину, передбаченого ст. 375 КК України «Постановлення завідомо неправосудного судового рішення».

Ключові слова: Верховний Суд, процесуальні гарантії, право на справедливий суд, кримінальна відповідальність, неправосудне судове рішення.

В статті на основі аналізу Закону України «О судоустройстве и статусе судей», действующего уголовного процессуального законодательства, а также законопроектов

о внесении изменений в процессуальное законодательство рассмотрено процессуальные гарантии обеспечения права на справедливый суд, обеспечения единства судебной практики в деятельности нового Верховного Суда. На основании этого сделаны выводы относительно признаков состава преступления, предусмотренного ст. 375 УК Украины «Постановление заведомо неправосудного судебного решения».

Ключевые слова: Верховный Суд, процессуальные гарантии, право на справедливый суд, уголовная ответственность, неправосудное судебное решение.

В останнє десятиліття, як ніколи до цього часу, у вітчизняній юридичній літературі значна увага звертається на проблематику кримінальної відповідальності за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного рішення. Така наукова активність має свою комплексну соціальну обумовленість. *По-перше*, за останнє десятиліття вітчизняна судова практика не вибудувала стандарти єдності та послідовності, характеризувалась формальним ставленням судів до дотримання конституційних і встановлених законом принципів судочинства; не повною мірою була інструментом для захисту прав та інтересів осіб, які звертаються до суду. *По-друге*, внаслідок цього з кожним роком збільшувалась кількість заяв проти України у Європейському суді з прав людини (далі – ЄСПЛ). Так, наприклад, станом на 28.02.2014 Україна займала другу позицію після Туреччини за питомою вагою заяв на розгляді ЄСПЛ 15257 (15,1%) [1], а вже станом на 30.06.2017 – першу позицію з 18 700 (23,3%) заяв [2]. *По-третє*, на недосконалість судового захисту в Україні неодноразово вказував у своїх рішеннях щодо України ЄСПЛ, зазначаючи такі проблеми української судової системи, як недостатня правова визначеність, недотримання розумних строків розгляду справ, обмеження права доступу до суду, недостатнє дотримання принципів незалежності і безсторонності суду тощо. *По-четверте*, українське суспільство не бажало миритись із таким станом справ, про що свідчить вже згадуване збільшення кількості заяв проти України до ЄСПЛ, а також різнопланова активність громадських інституцій, правозахисників, журналістів, науковців

щодо подолання корупції та інших негативних явищ у судовій гілці влади, в тому числі й щодо можливостей використання з цією метою кримінально-правових засобів захисту порушеного судами суб'єктивного права. По-п'яте, у своїй поляризованості розвиток наукової доктрини щодо дискусійних аспектів кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 375 КК України, все ж є рівно збалансованим – в наукових публікаціях знаходимо підходи, що сприяють запобіганню зловживанням при застосуванні цієї кримінально-правової заборони – причому як у формі незаконного впливу на суддю за його правову позицію у справі, так і у вигляді уникнення кримінальної відповідальності у випадку постановлення суддею рішення з грубими порушеннями матеріального та (або) процесуального законодавства, які не могли не бути для нього очевидними та охоплювались його умислом.

На науковому рівні проблематику кримінальної відповідальності за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного рішення розвивали П. П. Андрушко, В. М. Бурдін, О. О. Дудоров, О. О. Кваша, О. М. Костенко, О. М. Лемешко, В. О. Навроцький, О. М. Овчаренко, Л. М. Палюх, М. А. Погорєцький, В. І. Тютюгін, М. І. Хавронюк, А. В. Щасний. Їм присвятили свої кваліфікаційні наукові праці В. М. Єднак, С. Є. Дідик і Н. Д. Квасневська. Паралельно вказана проблематика перебувала й на вістрі шпальт публіцистичних юридичних ЗМІ, обговорень у різноманітних професійних юридичних форумах, колах і групах, що виявляє щоразу нові й нові її практичні нюанси й аспекти та є хорошим інформаційним приводом

для осмислення й віднаходження теоретично обґрунтованого та збалансованого підходу щодо їх вирішення. Таким чином, диспозиція ст. 375 КК України, що встановлює кримінально-правову заборону постановлення завідомо неправосудного судового рішення, будучи бланкетною і відсилаючи для з'ясування ознак цього злочину до процесуального законодавства, разом із правозастосовною практикою є своєрідним «вічним двигуном», що стимулює й продукує безперервне і благодатне підґрунтя для гострих дискусій. Це нормально і корисно для розвитку юридичної науки і так само, мало б бути корисним для слідчої і судової практики застосування ст. 375 КК України, оскільки вона (правозастосовна практика) *de lege ferenda* має бути спрямована на досягнення мети правового регулювання і вироблення на цій основі зрозумілих збалансованих та однакових правозастосовних підходів. Однак, наразі правозастосування ст. 375 КК України таким не відзначалося, маємо протилежні й непослідовні підходи у вироках і навіть ухвалах найвищих судових інстанцій за однакових фактичних обставин кримінальних проваджень. З огляду на це науковці висловлювались про потребу Вищому спеціалізованому суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) виступити своєрідним арбітром та, узгодивши існуючі щодо кримінально-правової характеристики розглядуваного злочину спірні позиції (а якщо це неможливо – то чітко зайнявши одну з них), якомога швидше доопрацювати проект постанови Пленуму ВССУ «Про судову практику у справах про постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» та остаточно ухвалити цей документ, у край необхідний для уніфікації практики застосування ст. 375 КК України [3, с. 11; 4, с. 327].

На сьогодні чимала низка питань, які виявляє практика чи дозволяє змодельовати наукове прогнозування, ще не одержала вичерпного наукового обґрунтуван-

ня, а деякі взагалі не були ще предметом наукової уваги. Зокрема, дискусійними залишаються питання щодо: 1) видів судових рішень як предмета вказаного злочину, 2) ознак неправосудності судового рішення; 3) співвідношення постановлення завідомо неправосудного рішення зі службовими злочинами, а також з адміністративними корупційними правопорушеннями, дисциплінарними проступками тощо. Окреслюючи прогалини і напрямки науки щодо цих 3-х блоків питань конкретніше і предметно, наукова увага ще не була (і об'єктивно не могла бути) зосереджена на системі гарантій, спрямованих на забезпечення єдності судової практики нового Верховного Суду, що впроваджуватиметься внаслідок судової реформи Законом України «Про судоустрій і статус суддів», очікуваними новими процесуальними кодексами та змінами до інших нормативно-правових актів стосовно діяльності органів системи судоустрою. У зв'язку з цими законодавчими змінами новим змістом наповниться норма, визначена ст. 375 КК України, що передбачає відповідальність за постановлення завідомо неправосудного судового рішення.

Тому в даному дослідженні ставимо *еклектичну мету*: розглянути процесуальні гарантії, передбачені в проектах процесуального законодавства, забезпечення єдності судової практики Верховного Суду; на основі цього визначити чи вплинуть зазначені зміни на підставу притягнення до кримінальної відповідальності суддів касаційної інстанції за постановлення завідомо неправосудних постанов. Як видається, відповіді на ці запитання доповнять наукову розробку вищезначеної кримінально-правової проблематики.

Загальновідомо, що після Революції Гідності на суспільний запит ефективної реалізації права на справедливий суд в Україні схвалено *Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки*, закріплену Указом

Президента України від 20.05.2015, яка передбачає інституційні зміни системи судоустрою та оновлене процесуальне законодавство, покликані подолати існуючі організаційні та функціональні проблеми на заваді ефективному судовому захисту в Україні.

Відповідно до Законів України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», «Про судоустрій та статус суддів», що були прийняті у 2015–2016 роках, 07.11.2016 Вища кваліфікаційна комісія суддів України (далі – ВККС) оголосила конкурс на посади суддів у 4-х Касаційних судах у складі Верховного Суду, який тривав 9 місяців, 27.07.2017 ВККС оголосила рейтинг 120 переможців конкурсу до ВС [5]. Новий ВС, виходячи з розрахунків строків, відведених Прикінцевими та перехідними положеннями ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» [6] на підготовчі організаційні процедури щодо його діяльності, гіпотетично міг би розпочати свою роботу з жовтня–листопада. Другою умовою початку його роботи є прийняття Верховною Радою України нового процесуального законодавства і набрання ним чинності. Гіпотетично до вказаного строку це також можливо. Нагадаємо, 23.03.2017 до ВРУ Президентом України внесено законопроект № 6232 «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», прийнятий за основу 20.06.2017, а 13.07.2017 був включений в порядок денний та розглядався у другому читанні без прийнятого рішення [7].

Отже, із закладеної законодавцем парадигми діяльності Верховного Суду вбачається два висновки:

1) розроблений проект постанови Пленуму ВССУ «Про судову практику у справах про постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» (як і будь-які інші проекти постанов дію-

чих вищих судів) новим Верховним Судом схвалений не буде, хоч міг би бути ще прийнятим ВССУ до припинення його повноважень з початком роботи нового Верховного Суду;

2) виходячи з очікуваних змін у процесуальне законодавство, що регулює діяльність суддів касаційної інстанції Верховного Суду, з очевидністю виводиться висновок про те, в яких випадках постановлене суддями рішення внаслідок виходу ними за межі встановленої законом компетенції матиме ознаки неправосудного, більше того *завідомо* неправосудного, що є, відповідно, підставою притягнення судді до кримінальної відповідальності за ст. 375 КК України.

Розглянемо ці питання детальніше.

1. *Щодо першого висновку.* Новим інституційним і процесуальним законодавством передбачено кардинально відмінну парадигму діяльності Верховного Суду, що покликана забезпечити єдність правозастосовної практики, ніж теперішня. Так, Верховний Суд (ні Пленум, ні Велика палата, ні будь-який інший його підрозділ) не наділений повноваженням видавати постанови Пленуму чи будь-які інші «керівні» чи «рекомендаційні» роз'яснення щодо практики застосування законодавства (див. ч. 2 ст. 46 ЗУ «Про судоустрій та статус суддів»). Судовим прецедентом і джерелом права стають рішення Верховного Суду у конкретних справах, які ухвалюються у формі *постанов* (тут і надалі виділення наші – О.К, Л.П.).

Так, відповідно до ч. 1, 2 ст. 315 проекту ГПК, ч. 1, 2 ст. 416 проекту ЦПК, ч. 1, 2 ст. 355 проекту КАС, проекту змін до ч. 1 і 2 ст. 441 КПК «1. Суд касаційної інстанції *за наслідками розгляду касаційної скарги по суті* ухвалює судові рішення у формі *постанов*. 2. *Процедурні питання*, пов'язані з рухом кримінального провадження, клопотання та заяви учасників справи, питання про відкладення розгляду провадження, оголошення перерви, зупинення кримінального провадження, а також в інших випадках, передбачених цим Кодексом, вирішуються

судом касаційної інстанції шляхом постановлення ухвал в порядку, визначеному для постановлення ухвал суду першої інстанції» [7].

Відповідно до ч. 5, 6 ст. 13 ЗУ «Про судоустрій та статус суддів» «висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права. *Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права.* Суд має право відступити від правової позиції, викладеної Верховним Судом, тільки з одночасним наведенням відповідних мотивів». Цю ж норму продубльовано, зокрема, у ч. 6 ст. 368 проекту змін до КПК: «обираючи і застосовуючи норму закону України про кримінальну відповідальність до суспільно небезпечних діянь при ухваленні вироку, суд *враховує висновки щодо застосування відповідних норм права, викладені в постановах Верховного Суду.*»

Отже, новим законодавством передбачається, що «усталена судова практика» формуватиметься і надалі розвиватиметься у конкретних судових рішеннях касаційної інстанції – постановах колегій, палат, об'єднаної палати кожного з чотирьох Касаційних судів, Великої Палати Верховного Суду. У цьому моменті модель діяльності Верховного Суду нагадуватиме модель розгляду справ і формування практики застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ) Європейським судом (ЄСПЛ). Тож як і в діяльності ЄСПЛ, в діяльності Верховного Суду відсутні такі механізми, спрямовані на забезпечення єдності судової практики нижчих інстанцій, як постанови Пленуму ВС чи навіть роз'яснення, чи узагальнення судової практики. При цьому слід правильно розуміти діяльність з узагальнення судової практики Верховним Судом. Зокрема, п. 2 ч. 2 ст. 36 ЗУ «Про

судоустрій та статус суддів» закріплює як компетенцію ВС аналіз судової статистики та узагальнення судової практики, так само відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 38 цього ж Закону суддя ВС «аналізує судову практику, бере участь у її узагальненні». Однак результати такого аналізу й узагальнення судової практики матимуть зовнішній (об'єктивований) вираз лише через здійснення правосуддя як суду касаційної інстанції у формі постанов по суті у конкретних справах. Разом з тим не виключається, що апарат Касаційних судів чи навіть палат, наприклад, публікуватиме огляди судової практики у певних категоріях справ чи з певних питань. Тим не менше, самі по собі такі узагальнення судової практики не матимуть юридичного значення в механізмі правового регулювання, на них не можна буде посилається в обґрунтуванні процесуальних рішень судам та учасникам провадження. Водночас, якщо такі узагальнення виконуватимуться й публікуватимуться як окремі зводи практики, то вони використовуватимуться судами нижчих інстанцій, професійними учасниками процесу як допоміжний пошуковий інформаційний ресурс, як підбірка правових позицій ВС для пошуку конкретних постанов – судових прецедентів, на які можна буде послатись у своєму актуальному провадженні.

Таким чином, судова практика нинішніх Вищих судів та існуючого ВСУ немов би обнуляється. Це абсолютно не означає, що новий Верховний Суд формуватиме свою абсолютно нову судову практику. Очевидно, що він братиме як такі обґрунтування, підходи, позиції (як сподіваємось, правильні з них) з постанов Пленумів Вищих Судів та ВСУ, з конкретних постанов ВСУ та ухвал вищих судів, однак не може на них посилається у своїх постановах, адже де-юре така можливість не закріплена законодавчо, зрештою, не відповідає й *de lege ferenda*. Так само, і суди першої та апеляційної інстанцій мають обов'язком враховувати тільки висновки щодо застосування норм

права, викладені у постановах Верховного Суду, при застосуванні таких норм права (ч. 6 ст. 13 ЗУ «Про судоустрій»). Принагідно уточнимо, хто ще не звернув увагу, що назва нової касаційної судової установи – «Верховний Суд», то ж про висновки існуючого «Верховного Суду України» у цій нормі мова не йде.

Відтак, проект постанови ВССУ «Про судову практику у справах про постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови», навіть у разі його схвалення Пленумом ВССУ до початку роботи нового Верховного Суду (як і будь-які інші проекти постанов чи прийняті постанови пленумів вищих судів чи ВСУ), де-юре не матиме прямого регулюючого правозастосовчого значення як для ВС, так і для судів нижчих інстанцій. Однак вироблені у них підходи можуть безпосередньо використовуватись для обґрунтування конкретних судових рішень.

Таким чином, значення законності, обґрунтованості, вмотивованості судових рішень (постанов) нового Верховного Суду у конкретних справах надзвичайно відповідальне з точки зору формування єдиної судової практики в державі (окрім вирішення конкретних касаційних проваджень по суті). Адже постанови ВС як здатні привести судову практику у впорядковану злагождену систему, так і розбалансувати її дужче, ніж зараз. До того ж, за закладеною в проектах процесуальних кодексів моделлю рішення суду у конкретній справі переглядається у касаційному порядку Верховним Судом за відповідною скаргою *лише один раз*. При цьому, Верховний Суд може діяти у складі колегії, палати, об'єднаної палати відповідного касаційного суду, Великої Палати Верховного Суду. Опції перегляду постанов касаційної інстанції з підстав неоднакового правозастосування за однакових суспільних відносин немає.

2. Щодо другого висновку слід зазначити таке. З огляду на таку вагомість постанов Верховного Суду в механізмі

кримінально-правового та кримінально-процесуального регулювання законодавець повинен був передбачити дієві процесуальні гарантії, які забезпечать єдність правозастосовчої практики, адже судді касаційної інстанції права на помилку не мають. Їх рішення є остаточними і можуть бути переглянуті тільки у зв'язку з виключними обставинами. І такі процесуальні гарантії є. Вони полягають у розмежуванні компетенції між колегією, палатою, об'єднаною палатою певного касаційного суду, Великою Палатою Верховного Суду в рамках єдиного касаційного провадження. У процесуальних кодексах створено механізм, подібний на модель діяльності ЄСПЛ. Так, за загальним правилом, Верховний Суд розглядає справи у складі колегії з трьох або більшої непарної кількості суддів. При цьому, відповідно до ч.ч. 4, 5 ст. 35 проекту змін до КПК, ч.ч. 2, 3 ст. 33 ГПК, ч.ч. 2, 3 ст. 34 ЦПК, ч.ч. 2, 3 ст. 31 КАС провадження, розгляд якого відповідно до Кодексів 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. Отже, якщо колегія у конкретному провадженні вбачає за необхідне відступити від власної усталеної практики або 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 має 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

ня прийматиметься палатою, об'єднаною палатою відповідного касаційного суду або Великою Палатою Верховного Суду.

Законопроекти (ст. 303 ГПК, ст. 404 ЦПК, ст. 346 КАС, 434–1 КПК) передбачають однакові підстави для передачі провадження на розгляд палати, об'єднаної або Великої Палати Верховного Суду. У проекті ст. 434–1 КПК зазначено:

«1. Суд, який розглядає провадження в касаційному порядку у складі колегії суддів, *передає* таке кримінальне провадження на розгляд палати, до якої входить така колегія, *якщо ця колегія вважає необхідним відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів з цієї ж палати або у складі такої палати.*

2. Суд, який розглядає провадження в касаційному порядку у складі колегії суддів або палати, *передає* таке кримінальне провадження на розгляд *об'єднаної палати, якщо ця колегія або палата вважає необхідним відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів з іншої палати або у складі іншої палати чи іншої об'єднаної палати.*

3. Суд, який розглядає провадження в касаційному порядку у складі колегії суддів, палати або об'єднаної палати *передає* таке кримінальне провадження на розгляд *Великої Палати Верховного Суду, якщо така колегія (палата, об'єднана палата) вважає необхідним відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів (палати, об'єднаної палати) іншого касаційного суду.*

4. Суд, який розглядає провадження в касаційному порядку у складі колегії суддів, палати або об'єднаної палати, *передає* таке кримінальне провадження на розгляд Великої Палати Верховного Суду, *якщо така колегія суддів (палата,*

об'єднана палата) вважає необхідним відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Великої Палати.

5. Суд, який розглядає 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 правозастосовчої практики.*

Проекти (ст. 304 ГПК, ст. 405 ЦПК, ст. 347 КАС, ст. 434–2 КПК) передбачають порядок передачі провадження на розгляд палати, об'єднаної палати, Великої Палати Верховного Суду. Зокрема, у проекті ст. 434–2 КПК зазначено таке:

«1. Питання про передачу кримінального провадження на розгляд палати, об'єднаної палати або Великої Палати Верховного Суду *вирішується судом за власною ініціативою або за клопотанням учасника справи.*

2. Питання про передачу кримінального провадження на розгляд палати, об'єднаної палати або Великої Палати Верховного Суду *вирішується більшістю від складу, що його розглядає.*

3. Питання про передачу кримінального провадження на розгляд палати, об'єднаної палати або Великої Палати Верховного Суду *може бути вирішене до прийняття постанови судом касаційної інстанції.*

4. Про передачу кримінального провадження на розгляд палати, об'єднаної палати або Великої Палати Верховного Суду суд постановляє ухвалу із викладенням мотивів необхідності відступлення від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у рішенні, визначеному в частинах першій-четвертій статті 434–1 цього Кодексу, або із обґрунтуванням підстав, визначених в частині п'ятій статті 434–1 цього Кодексу.

5. Суддя, не згодний з рішенням про передачу (відмову у передачі) кримінального провадження на розгляд палати, об'єднаної палати або Великої Палати Верховного Суду, письмово викладає свою окрему думку в ухвалі про передачу кримінального провадження на розгляд палати, об'єднаної палати або Великої Палати або в постанові, прийнятій за результатами касаційного розгляду.

6. Якщо Велика Палата Верховного Суду дійде висновку про відсутність підстав для передачі кримінального провадження на її розгляд, таке кримінальне провадження повертається відповідній колегії (палаті, об'єднаній палаті) для подальшого розгляду, про що постановляється ухвала. Кримінальне провадження, повернуте на розгляд колегії (палати, об'єднаної палати), не може бути передано повторно на розгляд Великої Палати Верховного Суду».

Проаналізуємо ці норми, що є і гарантіями забезпечення єдності судової практики, і гарантіями ефективної реалізації права на справедливий суд.

Виходячи з проектів процесуального законодавства, мети правового регулювання, принципів процесу, природи процесуальних гарантій, граматичне і системне тлумачення слова «*передає*» як повноваження колегії (у складі палати), палати, об'єднаної палати касаційного суду, Великої Палати Верховного Суду передати матеріали касаційного провадження на розгляд відповідно палати, об'єднаної палати касаційного суду, Великої Палати Верховного Суду слід розуміти як їхній обов'язок. Такий обов'язок виникає у колегії, палати, об'єднаної палати касаційного суду відповідно, якщо з матеріалів касаційного провадження вбачається перспектива (необхідність) відступити від усталеної практики (від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах) відповідної палати, іншої палати або об'єднаної палати касаційного суду або така необхідність підтвердиться чи з'ясується в ході касаційного розгляду.

Даний висновок ґрунтується, в тому числі й на положенні проектів ч. 3 у ст. 304 ГПК, ст. 405 ЦПК, ст. 347 КАС, ст. 434–2 КПК, що «питання про передачу провадження на розгляд палати, об'єднаної палати або Великої Палати Верховного Суду *може бути вирішене до прийняття постанови судом касаційної інстанції*». Таким чином, така передача касаційного провадження можлива на будь-якій стадії касаційного розгляду аж до наради суддів у нарадчій кімнаті, тобто у той момент, коли колегія, палата, об'єднана палата дійде висновку, що в провадженні, яке розглядається, необхідно відступити від висновку щодо застосування норм права в аналогічних правовідносинах, зробленого, відповідно, іншою колегією з цієї ж палати, іншою палатою чи об'єднаною палатою касаційного суду. Передача матеріалів касаційного провадження має бути вмотивована (з викладенням мотивів необхідності відступлення від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постановах іншої колегії, палати, іншої палати чи об'єднаної палати касаційного суду або із обґрунтуванням підстав, що справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики), і викладена в процесуальній ухвалі (ч. 4 проектів ст. 304 ГПК, ст. 405 ЦПК, ст. 347 КАС, ст. 434–2 КПК).

Причому, відповідно до ч. 3 ст. 304 проекту ГПК, ст. 405 проекту ЦПК, ст. 347 проекту КАС, проекту ст. 434–2 до КПК компетенцією *повернути касаційне провадження назад* для подальшого розгляду відповідній колегії (палаті, об'єднаній палаті) наділена тільки Велика Палата Верховного Суду, якщо вона дійде висновку про відсутність підстав для передачі кримінального провадження на її розгляд, про що вона постановляє ухвалу. Кримінальне провадження, повернуте на розгляд колегії (палати, об'єднаної палати) не може бути передано повторно на розгляд Великої Палати Верховного Суду.

Палату та об'єднану палату компетенцією повернути касаційне провадження назад законодавець не наділив. Звичайно, прогнозуючи роботу нового Верховного Суду, слід зробити похибку на те, що в перші пів року – рік спрацьовуватиме синергетика – самоорганізація в системах різної природи [8]. Тому не можна виключати з прогнозування й аналізу можливість палат та об'єднаної палати повертати касаційні провадження назад на розгляд колегій чи палат відповідно, вдавшись до аналогії. Адже дійсно, з *одного боку*, у всіх проектах процесуальних кодексів та в чинному КПК зафіксована можливість застосування судами аналогії закону, що регулює подібні за змістом відносини у ситуаціях, коли положення кодексів не регулюють або неоднозначно регулюють питання провадження (ч. 6 ст. 9 КПК, ч. 10 ст. 12 проекту ГПК, ч. 9 ст. 11 ЦПК, ч. 5 ст. 7 КАС).

Однак, з *іншого боку*, застосування аналогії закону допускається не в будь-якому випадку подібних правовідносин (як суб'єктам процесу, в тому числі і судам, подобається, вбачається, визнається за доцільне). Правила застосування аналогії зобов'язують це робити із застосуванням загальних засад відповідного судочинства та завдань відповідного судочинства, які превалюють над будь-якими іншими міркуваннями в судовому процесі (ч. 2 ст. 2 проектів усіх кодексів). А завданням судочинства кожного виду визначається *«справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів (проваджень) з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб»* (ч. 1 ст. 2 проектів усіх кодексів), *«забезпечення швидкого і повного судового розгляду»* (ст. 2 КПК).

Тож чи відповідатиме завданням судочинства, принципам верховенства права, законності, пропорційності гіпотетична можливість застосування палатами, об'єднаною палатою певного касаційного суду за аналогією ч. 4 проектів ст. 304 ГПК, ст. 405 ЦПК, ст. 347 КАС, ст. 434–2

КПК щодо повноваження Великої Палати повернення справи назад.

По-перше, таке повернення завжди буде спричиняти більші витрати часу на розгляд касаційного провадження по суті. А це, своєю чергою, має наслідком недотримання процесуального принципу розумних строків, а також не відповідає одному із завдань судочинства – своєчасному розгляду справи, швидкому вирішенню провадження. Так само, за усталеною практикою ЄСПЛ така практика розглядається як доручення ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ – «права на справедливий суд впродовж розумного строку», адже «розумний строк» є однією з гарантій справедливого судового розгляду і стосується всіх судових розглядів і процедур. У цивільних справах швидкістю, якої вимагають від суду, прагнуть запобігти становищу затягнутої неясності, яке можна витлумачити як відмову у правосудді. У кримінальних справах ця вимога набуває ще більшого значення з огляду на наслідки, яких зазнає будь-яка особа, що притягається до кримінальної відповідальності [9, с. 274]. Конвенція примушує держави-учасниці вжити всіх відповідних заходів, що дозволило б їхнім судам відправляти правосуддя швидко. Держава відповідає за швидкість усіх процедур всіх її структур. Усе державне управління має бути поставлене на службу правосуддю.

По-друге, як відомо, і для повноти картини це слід відзначити, ЄСПЛ у своїй практиці не керується будь-якими шаблонами, а у кожній справі з'ясовує пропорційність і виправданість втручання (обмеження) охоронюваних Конвенцією прав. Тому розумність тривалості провадження оцінюється, виходячи з усіх обставин справи, за такими критеріями: а) складність справи; б) поведінка заявника і відповідних державних органів (судових і адміністративних); в) важливість предмета спору для заінтересованої особи. Отже, для того, щоб з'ясувати пропорційність втручання у право на справедливий суд в розумні строки, треба розглянути, якими з цих груп аргументів повернення касацій-

ного провадження колегії чи палаті може бути виправдане. Насамперед привертає увагу підстава «б», зокрема поведінка державних органів. Як можна спрогнозувати, чи не найбільш очікуваним аргументом для повернення касаційного провадження колегії чи палаті могла б бути надмірна завантаженість палати чи об'єднаної палати. Хоча не виключається, що дійсним мотивом повернення касаційного провадження колегії чи палаті може бути просте небажання розглядати це провадження. Водночас ЄСПЛ у своїй практиці вказав, що надмірна завантаженість суддів не може виправдати надмірну тривалість процесу, оскільки саме на державу покладено обов'язок організувати роботу своєї правової системи так, аби гарантувати право отримати судові рішення упродовж розумного строку (рішення ЄСПЛ у справі *Vocatur v. Italy* від 24.05.1991) [10]. Водночас, власне для таких випадків Українська держава й встановлює процесуальним регулюванням, що палата всім складом або об'єднана палата діє як суд. Крім того, передача касаційного провадження палаті чи об'єднаній палаті має бути вмотивованою, тобто із зазначенням, аналізом й обґрунтуванням причин необхідності відступу від усталеної практики колегії, іншої колегії у складі палати чи інших палат касаційного суду. А, отже, якщо такі причини і їх обґрунтування наведені, то очевидно немає підстави формально не визнавати, що дилема застосування законодавства до даних конкретних правовідносин є. До того ж з логіки речей і здорового глузду вбачається, що увесь склад палати, розглядаючи таке касаційне провадження більш всебічно, підійде до його вирішення і знайде повніше коло аргументів для обґрунтування постанови по суті справи, і навіть якщо і визнає, що підстав для відходження від «до того часу усталеної» практики немає, то повинен так додатково обґрунтувати таке своє рішення, щоб у майбутньому з цієї підстави провадження на її розгляд не передавалося. Так само об'єднана палата (а до неї відповідно до ч. 9 ст. 35 проекту змін до КПК,

ч. 9 ст. 33 ГПК, ч. 9 ст. 34 ЦПК, ч. 9 ст. 31 КАС входять по два судді, що обираються зборами суддів Касаційного суду, зі складу кожної із судових палат Касаційного суду та голова Касаційного суду), потенційно є більш професійним судом, має кращі можливості комплексно підійти до аналізу всіх проблемних моментів застосування закону в даному касаційному провадженні. І навіть, якщо й об'єднана палата у своєму рішенні не відступить від усталеної практики палат, вона повинна додатково обґрунтувати такий правовий висновок, бо це матиме значення для майбутніх подібних дилемних проваджень і майбутньої судової практики. Власне в такій парадигмі і полягає суть формування і розвитку судової практики вищої судової інстанції, і власне тільки таким алгоритмом досягатиметься єдність судової практики, зрозумілість для всіх судових рішень та довіра до правосуддя. Відтак, у зазначеному ключі розгляд касаційного провадження, щодо якого є дискусійність з приводу застосування до нього законодавства відповідно до усталеної практики колегій, саме усією палатою або об'єднаною палатою (у другому випадку виявляється дискусійність правозастосування у конкретному провадженні з точки зору усталеної практики інших палат) є оптимальним варіантом, спеціально продуманим для таких випадків. Палата та/чи об'єднана палата у таких ситуаціях є найкращим, найбільш професійним складом суду. Отже, виходячи з принципу пропорційності та глобальної мети формування єдиної судової практики, повертати касаційне провадження назад на розгляд відповідної колегії чи палати підстав немає.

І, по-третє, з формальної, легалістичної точки зору застосовування аналогії у судочинстві для поширювального тлумачення компетенції суду суперечить принципу законності. Адже, суд, інші службові особи органів державної влади зобов'язані неухильно додержуватися вимог Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою Украї-

ни. Так, ч. 2 ст. 19 Конституції України встановлює, 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*. Так само, у практиці ЄСПЛ вихід суду за межі передбаченої законодавством компетенції трактується як порушення права на справедливий суд, *встановлений законом* (ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ). Поняттям «суд» ЄСПЛ позначає орган, що наділений роллю (компетенцією) відправляти правосуддя на основі закону та підпорядковуючись принципу верховенства права. У справі *Zand v. Austria* ЄСПЛ вказав, що словосполучення «встановлений законом» поширюється не лише на правову основу існування самого «суду», а й на дотримання таким судом певних норм, які регулюють його діяльність. Термін «суд, встановлений законом» у ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ, передбачає «усю організаційну структуру судів, включно з питаннями, що належать до юрисдикції певних категорій судів» [9, с. 221]. Не вважається «судом, встановленим законом» орган, який, не маючи юрисдикції (повноважень), судить осіб на підставі своєї ж практики, яка не передбачена законом (*Coeme and Others v. Belgium*). У справах *Sokurenko and Strygun v. Ukraine* від 20.07.2006 *Veritas v. Ukraine* 13.11.2008 ЄСПЛ не визнав «судом, встановленим законом» Верховний Суд України, який залишив в силі постанову апеляційного суду, тоді як відповідно до норм ГПК зобов'язаний був скасувати постанову Вищого господарського суду, повернути справу на новий судовий розгляд до нижчого суду або припинити провадження в справі. Для повноти картини варто відзначити, що ЄСПЛ визнавав, що найвищий судовий орган, уповноважений тлумачити закон, міг ухвалювати рішення, яке не було чітко визначене законом. Однак таке застосування закону мало винятковий характер, і зазначений судовий орган навів чіткі й переконливі підстави для такого

виняткового відступу від застосування своїх визначених повноважень (*Jyllo Bou Gibert and El Hogar Y La Moda J.A. X. F. v. Spain* 13.05.2003). У наведених вище справах проти України Верховний Суд України жодних аргументів щодо прийняття таких постанов не навів і вийшов за межі своїх повноважень шляхом свідомого порушення ГПК, й ухвалення такого роду рішень стало звичайною практикою Верховного Суду України. Крім того, ЄСПЛ неодноразово зазначав у своїй практиці, що при тлумаченні ст. 6 ЄКПЛ ключовими є принципи верховенства права, правової певності та належного [9, с. 223] відправлення правосуддя. Одним із основних аспектів принципу верховенства права є принцип правової певності (визначеності), який серед іншого вимагає, щоб рішення судів не могли бути поставлені під сумнів. З огляду на цей, вже третій, аспект повернення касаційного провадження назад на розгляд колегії чи палати виправдати й обґрунтувати тяжко.

Разом з тим не варто випускати з уваги, що можливі й ситуації передачі касаційного провадження на розгляд палати чи об'єднаної палати без належного обґрунтування або з помилковим обґрунтуванням. Скасовувати процедурні ухвали колегії чи палати, відповідно, палата чи об'єднана палата процесуальним повноваженням законом не наділені. Але й ухвали про передачу касаційного провадження на розгляд палати чи об'єднаної палати без належного й підставного обґрунтування є виходом колегії/палати за межі встановленої законом компетенції. Очевидно, якщо такі ситуації виникатимуть (а вони виникатимуть), відповідно, палата та об'єднана палата у своїх остаточних рішеннях в справі мали б формувати і викладати відповідні правові висновки щодо процедури розгляду в касаційному суді, що стануть новими стандартами, прецедентами для практики організації діяльності самого ж Верховного Суду.

Ось, ми підійшли до розгляду ще одного важливого питання – про юридич-

ну відповідальність суддів за діяння, що полягають у виході ними за межі компетенції всупереч розглядуваним вище положенням процесуального законодавства. Зокрема, самостійний відступ колегії у своїй постанові від усталеної власної судової практики, практики іншої колегії зі своєї палати, інших палат є перевищенням компетенції відповідного складу касаційного суду. Такий відступ від усталеної практики не допускається проектами процесуальних кодексів, а охороняється така заборона ст. 375 КК України «постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови». Неважко зрозуміти, що у цьому разі постановлення завідомо неправосудного рішення здійснюється шляхом перевищення влади і службових повноважень, тобто вчинення дій, які явно виходять за межі наданих колегії, палаті повноважень. Хоча в даному випадку не може йти мова про конкуренцію між нормами, передбаченими ст. ст. 365 та 375 КК України, оскільки суб'єктом злочину, передбаченого ст. 365 КК України, є працівник правоохоронного органу, що чітко визначено в диспозиції цієї статті.

Суспільна небезпека таких рішень колегій, палат, об'єднаних палат із відступленням від усталеної практики всупереч їх компетенції безумовно досягає рівня суспільної небезпеки злочину. Адже провадження в касаційній інстанції розглядається лише один раз, рішення касаційного суду по суті провадження є остаточним, повторному перегляду не підлягає. Без сумніву, що такі дефектні судові рішення колегій, палат приведуть вибудовану законодавцем піраміду касаційного провадження з метою забезпечення єдності судової практики у дисбаланс. Крім цього, це рішення найвищої судової інстанції, тому про формування такими рішеннями довіри до судової влади, авторитету судової влади говорити тут взагалі не доводиться. Навіть, якщо припустити, що такі рішення із відступом від усталеної практики поза межами

компетенції відповідного складу касаційного суду були б постановлені із правильним застосуванням матеріального та всього іншого процесуального законодавства та були б справедливими по своїй суті, тим не менше вони де-юре є незаконними, свавільними і заподіюють шкоду інтересам правосуддя. При цьому, будь-який учасник касаційного провадження, невдоволений таким рішенням, матиме всі підстави розраховувати при оскарженні його до ЄСПЛ на визнання Європейським судом порушення права на «справедливий суд, встановлений законом в межах компетенції встановленої законом» (ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ). А це, своєю чергою, надалі позначатиметься на негативному іміджі України в сфері правозастосування, і матиме ще й той негативний наслідок, що нівелюватиме судову реформу в Україні як таку. Тому в організаційному плані держава має використати всі можливі й різнопланові засоби (в тому числі й кримінально-правові) для того, щоб таких судових рішень касаційної інстанції не допускати.

Такі судові рішення можуть бути переглянуті лише за виключними обставинами з підстав, передбачених п. 2 і 3 ч. 3 ст. 459 КПК, встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом; встановлення вини судді у вчиненні злочину або зловживання слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду під час кримінального провадження, внаслідок якого було ухвалено судові рішення. Як видно з наведеного, за умови використання міжнародного (оскарження до ЄСПЛ) та дієвості внутрішньодержавного правових механізмів запобігання таким свавільним рішенням для їх перегляду за виключними обставинами може спрацьовувати сукупно комплекс із обох цих підстав.

При цьому, з огляду на принцип публічності кримінально-процесуальної діяльності, внутрішньодержавний механізм запобігання таким рішенням повинен

спрацьовувати обов'язково, адже відповідно до ст. 25 КПК прокурор, слідчий зобов'язані в межах своєї компетенції розпочати досудове розслідування в кожному випадку безпосереднього виявлення ознак кримінального правопорушення, а також вжити всіх передбачених законом заходів для встановлення події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила. Причому дієвість внутрідержавних правових механізмів (кримінально-правового в тому числі) запобігання і протидії постановленню свавільних рішень касаційної інстанції пропорційно рівноважлива як і соціальна шкода від них. У вітчизняних умовах всі компетентні посадові особи правоохоронних органів, судді, юридична спільнота загалом мають розуміти: іншого шляху привести у вибудований порядок судову правозастосовну діяльність немає. Потурання дефектним судовим рішенням закріплюватиме й надалі дисбаланс в судовій практиці, на здолання якого затіяна судова реформа.

Предмет злочину. Отже, а які саме види судових рішень, постановлених з описаними вище порушеннями законодавства, є предметом злочину, передбаченого ст. 375 КК України: необґрунтована безпідставна ухвала про передачу провадження на розгляд палати (об'єднаної палати чи Великої Палати Верховного Суду); постанова Верховного Суду, що вирішує справу по суті, постановлена із відступом від усталеної практики поза межами компетенції відповідного складу касаційного суду? Це питання лежить у ширшій площині, – які за змістом види судових рішень є предметом злочину, передбаченого ст. 375 КК України: ті, що вирішують справу по суті чи також рішення з процедурних питань, – ті, що стосуються руху справи?

З цього приводу науковці в галузі кримінального права висловлюють різні позиції. Н. Д. Квасневська та Л. Є. Виноградова вважають, що неправосудне судове рішення в контексті ст. 375 КК України – це лише той незаконний і необґрунтований процесуальний акт, яким

справа вирішується по суті [11, с. 74, 12, с. 11]. Натомість С. Є. Дідик зазначає, що відповідальність за постановлення завідомо неправосудного судового акта настає не лише, якщо останній вирішує справу по суті (на думку автора, такі властивості неправосудного акта можуть застосовуватися лише щодо ч. 1 ст. 375 КК України), а й у випадку, коли він не вирішує справу по суті, але спричинив тяжкі наслідки або був вчинений з корисливих мотивів чи в інших особистих інтересах (автор наводить приклад постановлення завідомо неправосудної ухвали про зупинення провадження у справі з продовженням дії заходів забезпечення позову, що може суттєво порушувати права відповідача). В останньому випадку, на думку науковця, такі діяння слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 375 КК України [13, с. 10; 14, с. 236]. Такої ж думки О. Л. Польовий: підставою для притягнення судді до кримінальної відповідальності є постановлення будь-якого неправосудного рішення незалежно від того, вирішує воно справу по суті чи ні, якщо це рішення спричинило тяжкі наслідки чи постановлено з корисливих або інших мотивів [15, с. 11].

В даному випадку, як видається, слід виходити не лише з того, чи вирішує певне судове рішення справу по суті, а з того, чи заподіює (здатне заподіяти) постановлення такого судового рішення істотну шкоду охоронюваним законом суспільним відносинам. У модельованій нами ситуації видається, що постановлення необґрунтованої безпідставної ухвали про передачу провадження на розгляд палати (об'єднаної палати чи Великої Палати Верховного Суду), або ухвали про повернення провадження на розгляд колегії чи палаті хоч і призведе до процесуальної тяганини і фактично буде порушенням права на справедливий суд у контексті ст. 6 ЄКПЛ, однак, як видається, не досягає такої властивості (ознаки) злочину, як суспільна небезпека (здатність заподіювати чи створювати загрозу заподіяння істотної шкоди охо-

ронюваним законом суспільним відноси́нам). Для цього в розглядуваних проектах процесуального законодавства і передбачено наступну процедуру розгляду й вирішення справи, відповідно, палатою, об'єднаною палатою чи Великою Палатою суддів Верховного Суду. Вище вже зазначалося, що така процедура мінімізує, ускладнює можливість відходу від усталеної в Верховному Суді практики. Крім того, в п. 2 ч. 1 ст. 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено таку підставу притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, як безпідставне затягування або невжиття суддею заходів щодо розгляду заяви, скарги чи справи протягом строку, встановленого законом. Отже, завідоме постановлення такої ухвали є підставою притягнення винних осіб до дисциплінарної відповідальності. Водночас ухвалення *постанови* Верховного Суду із відступом від усталеної практики, всупереч своїм попереднім позиціям, з очевидністю характеризується підвищеним ступенем суспільної небезпеки і матиме для всього судочинства в межах держави вкрай негативні наслідки, про що зазначалося вище, тому є предметом злочину, передбаченого ст. 375 КК України.

Вина – також один із ключових моментів проблем, що стосуються кримінальної відповідальності за постановлення неправосудного судового рішення. Вважаємо помилковими пропозиції доповнити КК України, включивши в нього кримінальну відповідальність за постановлення неправосудного рішення суду з необережності. Судді мають право на помилку. Суддівські помилки, як і помилки в будь-якій іншій професійній діяльності, не можна виключати апріорі. Для виправлення судових помилок власне й існує система апеляційного та касаційного перегляду судових рішень. Крім того, як слушно звернув увагу В. М. Бурдін, далеко не кожна судова помилка повинна розглядатися через призму складу злочину, передбаченого ст. 375 КК України. Більше того: не кожна судова

помилка містить ознаки якогось правопорушення, зважаючи на динаміку законодавчих змін, складність і неузгодженість законодавства. Тому в ст. 375 КК України законодавець чітко розмежував неправосудні рішення, які були зумовлені помилками, і неправосудні рішення, зумовлені свідомо неправильним застосуванням законодавства. Для цього законодавець обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони відповідного складу злочину визнає наявність вини у виді прямого умислу, про що можна зробити висновок із вказівки на «завідомість», використаної у диспозиції ч. 1 ст. 375 КК України [3, с. 11]. Таким чином, злочином можуть бути визнані лише ті неправосудні рішення, незаконність яких наперед відома судді, який їх постановив. Група держав проти корупції Ради Європи (GRECO) у п. 114 Звіту 2017 звертає увагу на стандарти Ради Європи, які чітко зазначають, що «тлумачення закону, оцінювання фактів або доказів, які здійснюють судді для вирішення справи, не повинні бути приводом для кримінальної відповідальності, *крім випадків злочинного наміру*» [16, с. 33]. Отже, вітчизняне законодавство (ст. 375 КК України) відповідає стандартам РЄ.

Термін «неправосудність» стосовно судового рішення, крім ст. 375 КК України, вживається в ч. 4 ст. 64 Конституції України щодо такого виду судового рішення, як вирок: «У разі скасування вироку суду як неправосудного держава відшкодовує матеріальну і моральну шкоду, завдану безпідставним засудженням». Однак зміст поняття неправосудності ні вироку, ні будь-якого іншого судового рішення у законодавстві не розкривається. Певні орієнтири з цього питання дав ВСУ у постанові від 18.06.2015 у справі № 5–56кц15: поняття «неправосудне судове рішення» у поєднанні з вказівкою на «завідомість» його постановлення підкреслює цілеспрямований характер злочинних дій судді, його свідоме прагнення та бажання всупереч матеріальному чи процесуальному закону та (або) фактич-

ним обставинам, встановленим у справі, постановити судові рішення, яке за своєю суттю не може бути і не є актом правосуддя. Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 375 КК України, характеризується прямим умислом: суддя достовірно знає, переконаний в тому, що діє всупереч вимогам закону і справедливості [17].

О. М. Лемешко, О.М. Овчаренко зазначають, що ознака «завідомості», як правило, використовується при характеристиці інтелектуального моменту умисної форми вини, застосовується для інформування про особливе психічне ставлення винного до окремих фактичних ознак злочину і допускає достовірну обізнаність, знання особи про ці визначені обставини. У такому випадку достовірність стосується знання про факт винесення неправосудного рішення, порушення закону при відправленні правосуддя. Відсутність такого усвідомлення або його невстановлення можуть свідчити про відсутність складу злочину і вчинене може розглядатися лише в межах дисциплінарного проступку судді або як судова помилка [18, с. 38].

Отже, «завідомість» у ч. 1 ст. 375 КК означає, що винний а) усвідомлює, що постановляє неправосудний судовий акт, усвідомлює, яке рішення за даної конкретної ситуації є правосудним, однак не робить цього, керуючись при цьому будь-якими мотивами, за винятком корисливих та інших особистих інтересів (ч. 2 ст. 375); б) бажає постановити неправосудне рішення (якщо постановив, значить бажав постановити, в іншому разі необхідно встановлювати наявність обставин, що викликають злочинність діяння, наприклад, крайню необхідність у відповідь на погрози насильством чи насильство щодо судді чи його близьких родичів).

Суддя, який постановив судовий акт, однак не усвідомлював його неправосудності, не несе відповідальності за розглядуваною нормою КК. А.М. Бойко, М.І. Хавронюк уточнювали, що у разі, якщо мала місце добросовісна судова помилка, коли суддя виніс незаконне

рішення, будучи переконаним стосовно доведеності, чи, навпаки, недоведеності фактів і висновків, викладених у судовому рішенні, внаслідок недбалості, недостатньої кваліфікації, недоліків у законодавстві тощо, кримінальна відповідальність за ст. 375 КК України виключається [19, с. 1100; 20, с. 801]. Крім того, у ч. 5 проекту ст. 434–2 КПК передбачено: «Суддя, не згодний з рішенням про передачу (відмову у передачі) кримінального провадження на розгляд палати, об'єднаної палати або Великої Палати Верховного Суду, письмово викладає свою окрему думку в ухвалі про передачу кримінального провадження на розгляд палати, об'єднаної палати або Великої Палати або в постанові, прийнятій за результатами касаційного розгляду». Викладення суддею своєї окремої думки є свідченням відсутності вини і виключає кримінальну відповідальність судді – члена колегії (палати).

Скасованих рішень немало, проте незаконне і завідомо неправосудне рішення – це зовсім різні поняття. Тому найбільшою проблемою, пов'язаною із застосуванням ст. 375 КК України, «наріжним каменем» є процесуальне доказування того, що судові рішення є не просто незаконним, а завідомо неправосудним (прямого умислу), тобто таким, що фактично не може вважатися судовим рішенням [3, с. 11; 21].

Отже, а) *чи є завідомість у постановях колегій та палат, у яких вони відступлять від власної усталеної практики, практики інших колегій свої палати, інших палат Касаційного суду і б) чи складно її встановити?* Проаналізуємо чинне законодавство, а також положення розглядуваного проекту закону. Відповідно до ч. 4 ст. 37 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» у кожному касаційному суді утворюються судові палати з розгляду окремих категорій справ з урахуванням спеціалізації суддів. Кількість та спеціалізація судових палат визначаються рішенням зборів суддів касаційного суду з урахуванням вимог частин

п'ятої та шостої цієї статті та судового навантаження. Наприклад, відповідно до ч. 5 ст. 37 цього ж Закону у Касаційному адміністративному суді обов'язково створюються окремі палати для розгляду справ щодо: 1) податків, зборів та інших обов'язкових платежів; 2) захисту соціальних прав; 3) виборчого процесу та референдуму, а також захисту політичних прав громадян. Відповідно до проекту 4 ст. 35 КПК, ч. 2, 3 ст. 33 проекту ГПК, ч. 2, 3 ст. 34 проекту ЦПК, ч. 2, 3 ст. 31 проекту КАС 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 суду ВС) строком на один рік. Відповідно до п. 12 Перехідних і прикінцевих положень ЗУ «Про судоустрій та статус суддів» не пізніше ніж через 10 днів з дня початку роботи Верховного Суду судді кожного касаційного суду проводять збори для вирішення питань внутрішньої діяльності касаційного суду відповідно до цього Закону та обрання суддів до Великої Палати Верховного Суду. Згідно з ч. 2 ст. 38 ЗУ «Про судоустрій та статус суддів» суддя Верховного Суду: 1) здійснює правосуддя в порядку, встановленому процесуальним законом; 2) бере участь у розгляді питань, що виносяться на засідання Пленуму Верховного Суду; 3) *аналізує судову практику, бере участь у її узагальненні*; 4) бере участь у розгляді питань, що виносяться на збори суддів відповідного касаційного суду, та здійснює інші повноваження, визначені законом. Чи допускає закон ситуацію, що суддя ВС може не знати практики власної колегії і як мінімум власної палати? Очевидно, що ні. Інакше, якщо він, наприклад, не встигає її вивчати й аналізувати, значить, він

не справляється з обсягом покладених на нього обов'язків, а, отже, виказує явну невідповідність займаній посаді, або допускає службову недбалість (ст. 367 КК). Крім того, якщо припустити, що один із суддів колегії з якихось суб'єктивних причин не знав судової практики у відповідній категорії справ, то чи можна уявити ситуацію, що всі судді з цієї колегії (тим більше, палати чи об'єднаної палати) теж не знали відповідної судової практики, що спричинило судову помилку? Відповідь очевидна. Винятком можна назвати ситуацію, коли суддя-доповідач перекидає в своїй доповіді фактичні матеріали справи, вводячи в оману інших членів колегії суддів, в таких випадках у діях судді – члена колегії, який не є суддею-доповідачем, немає умислу як обов'язкової суб'єктивної ознаки складу злочину, передбаченого ст. 375 КК України [4, с. 289].

Відтак, робота нового Верховного Суду організаційно істотно відрізнятиметься від роботи існуючих Вищих Судів. Судді ВС розглядатимуть справи в складі постійно діючих колегій у складі постійно діючих палат, сформованих за спеціалізаціями – це будуть справи одних і тих самих категорій. А відтак, судді Верховного Суду не можуть достеменно не знати в усіх деталях судової практики як мінімум своєї судової палати. За жодних обставин. Тому фраза, яка звучить зусібіч, що «судді нового Верховного Суду не мають права на помилку» відображає не тільки великі надії суспільства на якісну роботу нового Верховного Суду, а й впливає з правового регулювання організації його роботи.

Слід констатувати, що очікуване процесуальне законодавство закріплює досить серйозні процесуальні гарантії забезпечення єдності судової практики і водночас посилює позиції щодо кримінально-правової охорони відносин стосовно здійснення судочинства у Верховному Суді, що, без сумніву, дуже важливо для судової практики в межах цілої держави. Так само як ми подивовуємо егі-

петські піраміди, Мачу Пікчу, архітектуру Гауді, витвори сучасної інженерії, так само геніальною з точки зору забезпечення єдності судової практики, запобігання зловживанням та корупції є сформована Радою з питань судової реформи при Президентові України система касаційного перегляду. В аспекті новацій правового регулювання в сфері судочинства Група держав проти корупції Ради Європи (GRECO) заявляє, що Україна здійснила перспективні реформи у сфері боротьби з корупцією, однак тепер їй слід досягти вагомих результатів [16, с. 33].

Не таким прямолінійним буде доказування завідомості при постановленні ухвал колегіями, палатами при відступленні ними від усталеної практики інших палат та об'єднаної палати. Тут слід виходити з того, що судді, палати в цілому, Касаційні суди аналізують і узагальнюють судову практику, а Касаційні суди мають організувати щодо цього роботу. Очевидно, апарати кожної з палат за участю суддів палат мали б готувати об'єктивовані огляди-узагальнення власної судової практики для взаємообміну ними і полегшення процесу взаємоознайомлення з нею суддями з інших палат. Або, висловлюючись алегорією народної мудрості, організаційно робота Верховного Суду має бути налагоджена так, щоб кожен суддя «знав, що сьогодні у нього вдома на обід, що на обід у сусіда, і що у цілому містечку, і що було вчора-позавчора і т. ін.». Законодавче формулювання процесуальних кодексів, що «суд, який розглядає кримінальне провадження в касаційному порядку у складі колегії суддів, палати, об'єднаної палати, *передає* таке кримінальне провадження на розгляд палати, до якої входить така колегія, палати, об'єднаної палати, Великої палати, якщо ця колегія, палата, об'єднана палата вважає необхідним відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів з цієї ж палати або у складі такої

палати, іншої палати, об'єднаної палати» – не дає підстав для двоякого трактування, що суд (судді) можуть не знати практики своїх колег, допускати неуважність, недбалість, помилки тощо.

Автори цих рядків мали на меті виважено, без будь-якої упередженості, комплексно, на основі аналізу чинного законодавства, проектів змін до процесуального законодавства розглянути якомога ширше коло механізмів і запобіжників, що спрямовані на утвердження й підвищення ефективності реалізації права на справедливий суд новим Верховним Судом, в тому числі й засобами кримінального права. Автори свідомі того, що наведені міркування в певних колах можуть викликати несприйняття, будуть вдячні за конструктивну критику, адже ситуація з тих, коли «тяжко в навчанні – легко в бою», «краще сім раз відмір й один раз відріж» «хто має в торбі – з'їсть і на горбі» і прогностична наукова полеміка стане в допомозі у роботі нового Верховного Суду. В іншому, гіршому випадку така наукова прогностична дискусія може стати на озброєння учасникам процесу для відстоювання всіма передбаченими законодавством засобами права на справедливий суд. Виходимо з усвідомлення того, що до утвердження цього права, до формування єдиної судової практики, має докладатись уся юридична спільнота, кожен на своєму місці. Покладатись у цій справі тільки на феноменальні здібності, месіанство, як і на виняткову доброчесність суддів нового ВС – з площини віри, а реальність зобов'язує діяти.

Для повноти картини неправильно буде не навести чи то приховати той факт, що експертна група GRECO у своєму звіті від 23.06.2017 неодноразово зазначала, що потрібно підвищувати дієвість засобів, спрямованих на забезпечення незалежності суддів. В цьому контексті ст. 375 Кримінального кодексу України «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» не може

розглядатись як інструмент тиску на суддів. У пункті 115 Звіту GRECO «підкреслює важливість вжиття всіх необхідних заходів для забезпечення поваги і захисту незалежності та неупередженості суддів. У контексті ситуації, описаної вище, ця мета може бути досягнута шляхом скасування ст. 375 Кримінального кодексу. Якщо ж влада, не дивлячись ні на що, вважатиме, що згадане положення потрібне Україні, було б варто більш чітко зазначити в законодавстві, що ця норма криміналізує лише умисні порушення у сфері судочинства [16, с. 33]. Як висновок, у п. 115 Звіту GRECO рекомендує скасувати кримінальне правопорушення «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» (ст. 375 Кримінального кодексу) та/або, як мінімум, іншим чином забезпечити, що це та будь-яке інше положення про кримінальне правопорушення криміналізують виключно

умисні порушення у сфері судочинства, а правоохоронні органи не зловживають такими нормами для неправомірного впливу та тиску на суддів [16, с. 33].

Отже, кримінальне законодавство України сьогодні відповідає цій рекомендації, встановлюючи в ст. 375 КК відповідальність за постановлення «завідомо» неправосудного судового рішення. Питання ж про необхідність криміналізації таких діянь, як постановлення неправосудних судових рішень, як видається, не викликає сумнівів в умовах українського суспільства, оскільки, по-перше, відповідає всім підставам криміналізації; по-друге, як видається, не знизить тиск на суддів, – їх діяння за певних умов будуть кваліфікуватися за ст.ст. 364, 368, 371 КК України, водночас призведе до необґрунтованої декриміналізації цілого кола суспільно небезпечних діянь. Водночас це питання окремої статті, що неможливо досягнути в межах цієї праці.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Статистика справ, що перебувають на розгляді Європейського суду. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/applicant/court/information/statistika/>
2. Pending applications allocated to a judicial formation requêtes pendantes devant une formation judiciaire. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2017_BIL.pdf
3. Бурдін В. М. Окремі питання кримінальної відповідальності за постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови. Актуальні питання кримінального права, кримінального процесу та криміналістики: зб. матеріалів Міжнар. наук. – практ. конф. (Львів, 29 січ. 2016 р.). Львів: Вид-во Львів. політехніки, 2016. С. 11–12.
4. Дудоров О. О., Палюх Л. М. Проблеми кримінально-правової характеристики злочину, передбаченого ст. 375 КК України. Вісник Асоціації кримінального права України. 2016. № 1(6). С. 280–328.
5. ВККС оприлюднила прізвища переможців конкурсу до нового Верховного Суду. URL: <http://vkksu.gov.ua/ua/news/wkks-opriliudnila-prizwishtcha-pieriemozciw-konkursu-do-nowogo-wierchownogo-sudu/>
6. Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 31. Ст. 545.
7. Проект Закону про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів № 6232 від 23.03.2017. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415
8. Сугаков В. Й. Основи синергетик. К.: Обереги, 2001. 287 с.
9. Дудаш Т. І. Практика Європейського суду з прав людини: навч. посіб. 3-тє видання, стереот. К.: Алерта. 2016. 488 с.
10. Vocaturo v. Italy від 24.05.1991. URL: <http://echr.ketse.com/doc/11891.85-en-19910524/>
11. Квасневська Н. Д. Кримінальна відповідальність за неправосуддя в Україні: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2010. 192 с.
12. Виноградова Л. С. Юридична відповідальність суддів загальних судів України: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.10. Одеса, 2004. 16 с.
13. Дідик С. С. Кримінально-правова охорона правосуддя від незаконних діянь судді як спеціального суб'єкта злочину: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.08. К., 2009. 16 с.

14. Дідик С. С. Протидія службовим злочинам у сфері правосуддя, що вчиняються суддею (кримінально-правовий аспект). Протидія злочинам у сфері службової діяльності (кримінологічні, кримінально-правові і кримінально-процесуальні проблеми). К.: НВП «Видавництво «Наукова думка» НАН України, 2014. С. 215–254.
15. Польовий О. Л. Гарантії суддівської незалежності при притягненні суддів до юридичної відповідальності: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.10 «Судоустрій; прокуратура та адвокатура». К., 2014. – 18 с.
16. Звіт за результатами оцінки України. Запобігання корупції серед народних депутатів, суддів та прокурорів. Четвертий раунд оцінювання Групи держав проти корупції Ради Європи (GRECO) від 23.06.2017. Страсбург. 73 с. URL: <http://www.eurointegration.com.ua/news/2017/08/8/7069545/>
17. Постанова судової палати у кримінальних справах Верховного Суду України від 18.06.2015 № 5–56к15. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/4CE5B03145E4B6A7C2257E84001CDCAA](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/4CE5B03145E4B6A7C2257E84001CDCAA)
18. Лемешко О. М., Овчаренко О. М. Притягнення суддів до кримінальної відповідальності. Вісник Верховного Суду України. 2010. С. 33–38.
19. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України; За ред. М. І. Мельника, В. І. Хавронюка. 9-те вид., переробл. та допов. К.: Юридична думка, 2012. 1316 с.
20. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: навчальний посібник. За заг. ред. М. І. Харонюка. К.: Баїте, 2014. 944 с.
21. Проблемы ответственности судей за принятое решение существуют. В. Щепоткина, судья ВССУ. URL: <http://sud.ua/news/2016/04/04/89054-problemi-otvetstvennostisudej-za-prinyatoye-reshenie-syshchestvyuyut-sydy-a-visshego-spetssyda-v-shchepotkina>. Загл. с экраня.

Kaluzhna O., Paliukh L. Prognostication of the activity of a new Supreme Court: problems of effective implementation of the right to a fair trial and the issues of criminal liability of judges for delivery of knowingly unfair decisions

In the article, based on the analysis of the Law of Ukraine «On the Judiciary and the Status of Judges», current criminal procedural law, as well as the draft laws on amending the procedural legislation, the procedural mechanisms aimed at ensuring the unity of the judicial practice of the Supreme Court, the effective realization of the right to a fair trial in the context of Article 6 of the European Convention on Human Rights, are considered. On the basis of the above-mentioned, the conclusions regarding the features of a crime, provided for in Art. 375 of the Criminal Code of Ukraine «Delivery of a knowingly unfair court decision» are made. The authors also infer that delivery of a knowingly unfair and unreasonable ruling of the Supreme Court on the transfer of proceedings in the Chamber (Joint Chamber or the Grand Chamber of the Supreme Court), ruling of the Supreme Court on the return of the proceedings to the judges' panel or Chamber under the provisions of a new procedural law, is the ground for bringing the judges to disciplinary liability. However, delivery of a resolution of the Supreme Court diverting from the established practice, contrary to its previous positions, is characterized by a higher degree of public danger and, consequently, is a subject matter of a crime under Art. 375 of the Criminal Code of Ukraine.

In addition, by analyzing new procedural legislation the authors conclude that delivering by a court panel (Chamber or Joint Chamber) a Supreme Court resolution diverting from the established practice, contrary to its previous position, cannot be characterized by guilt in the form of negligence, except when the judge-rapporteur misrepresents the actual case in his report, thus misleading the other members of the judges' panel. In the latter case, in the actions of a judge, a member of the panel who is not a judge-rapporteur, there is no crime provided for in Art. 375 of the Criminal Code of Ukraine.

Keywords: Supreme Court; procedural guarantees; the right to a fair trial; criminal liability; unfair court decision.

Стаття надійшла до редакції журналу 17.10.2017 р.