



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проектів в Україні



ВИЩИЙ
АНТИКОРУПЦІЙНИЙ
СУД

АКТУАЛЬНІ ВИКЛИКИ У ДІЯЛЬНОСТІ ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ

Матеріали круглого столу
(м. Київ, 10 вересня 2020 р.)

АКТУАЛЬНІ ВИКЛИКИ У ДІЯЛЬНОСТІ ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ

Матеріали круглого столу
(м. Київ, 10 вересня 2020 р.)

УДК 347.998.8ВАКС(477)

А43

Актуальні виклики у діяльності Вищого антикорупційного суду : матеріали круглого столу (м. Київ, 10 вересня 2020 р.), Київ, 2020. 43 с.

У збірнику однойменного круглого столу висвітлено практику застосування антикорупційного законодавства Вищим антикорупційним судом, а також суддями Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду, прокурорами Спеціалізованої антикорупційної прокуратури, детективами Національного антикорупційного бюро України та адвокатами.

Для працівників, судових та правоохоронних органів, науковців, викладачів, здобувачів, усіх, хто цікавиться даною тематикою.

Круглий стіл організовано у рамках реалізації спільного проєкту Вищого антикорупційного суду та Координатора проєктів ОБСЄ в Україні «Підтримка розвитку інституційної спроможності Вищого антикорупційного суду»

ISBN 978-617-7627-04-2

Укладач: Стеблінська О.С. – кандидат юридичних наук, доцент

Всі матеріали надруковані в авторській редакції. Відповідальність за їх якість, а також відсутність у них відомостей, що становлять державну таємницю та службову інформацію, несуть автори.



вищий
АНТИКОРУПЦІЙНИЙ
СУД



Організація з безпеки та
співробітництва в Європі
Координатор проєктів в Україні

Видано за підтримки Координатора проєктів ОБСЄ в Україні. У цій публікації висловлено виключно погляди авторів. Вони не обов'язково збігаються з офіційною позицією Координатора проєктів ОБСЄ в Україні.

ЗМІСТ

ВСТУПНЕ СЛОВО	5
Олександр Водяніков , Антикорупційний принцип конституції.	7
Сергій Боднар , Оголошення в міжнародний розшук та видача осіб, які вчинили корупційні кримінальні правопорушення	15
Ярослав Вороніжський, Євген Панайотов , Актуальні проблеми набуття статусу підозрюваного	20
Віталій Гацелюк , (Де)Криміналізація декларування недостовірної інформації: аргументи та наслідки	25
Віталій Дубас , Дискусійні питання звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку засудження за корупційний злочин на підставі угоди	28
Володимир Клочков , Проблеми надання дозволів на проведення обшуків у адвокатів.	32
Олексій Кравчук , Відмова від захисника, його заміна, інші випадки припинення участі в судовому розгляді	35
Євген Крук , Неявка захисника та прокурора у кримінальному провадженні: відкласти розгляд справи – не можливо слухати чи відкласти розгляд не можливо – слухати	37
Віра Михайленко , Питання судового контролю при оскарженні бездіяльності щодо внесення відомостей до ЄРДР.	40
Дмитро Михайленко , Апеляційний перегляд судових рішень про застосування запобіжних заходів	44
Іван Староста , Проблеми розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора у підготовчому судовому засіданні.	48
Катерина Широка , Зволікання чи не зволікання при ознайомленні з матеріалами, до яких сторона обвинувачення надала доступ	50
ДОДАТКИ	52
Концепція проекту Закону про вищий антикорупційний суд	52
Common understanding on the basic principles for establishing the High Anti-corruption court in Ukraine	80

ВСТУПНЕ СЛОВО

У вересні 2019 року відбулася важлива подія в судовій системі України в контексті реалізації антикорупційної політики в Україні – 5 вересня почав свою діяльність Вищий антикорупційний суд.

Круглий стіл «Актуальні виклики в діяльності Вищого Антикорупційного суду» - це знаковий юридичний захід, що дав змогу професійним фахівцям різних юридичних спільнот обмінятися думками й досвідом, спільно обговорити проблемні аспекти у кримінальних провадженнях щодо корупційних кримінальних правопорушень і виробити єдині позиції та практику правозастосування Кримінального процесуального кодексу України.

Платформи для дискусій були надзвичайною можливістю «поглянути» на кримінальний процес у корупційних кримінальних правопорушеннях одночасно під різними кутами зору й відповідно привів до обміну думок та поглядів щодо вдосконалення практики правозастосування.

З вітальним словом до учасників круглого столу звернувся Національний радник з юридичних питань Координатора проєктів ОБСЄ в Україні, LL.M., к.ю.н. **Олександр Водяніков** та заступник Голови Вищого антикорупційного суду **Євген Крук**.

Під час першої сесії, яка була присвячена темі: «Судовий контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальних провадженнях щодо корупційних кримінальних правопорушень» виступили **Віра Михайленко** – суддя-спікер Вищого антикорупційного суду, к.ю.н. з темою: *«Проблемні питання судового контролю при оскарженні бездіяльності щодо внесення відомостей до ЄРДР»*, **Катерина Широка** - суддя Вищого антикорупційного суду з темою: *«Зволікання чи не зволікання, - ось питання?»*», **Ярослав Вороніжський** та **Євген Панайотов** – старший детектив і детектив Національного антикорупційного бюро України з темою: *«Актуальні проблеми набуття статусу підозрюваного»*, **Дмитро Давидчук** - старший детектив Національного антикорупційного бюро України *«Проблемні питання, що виникають під час розгляду окремих заходів забезпечення кримінального провадження»*, **Злата Симоненко** - адвокат, радник ЮФ «Sayenko Kharenko» з темою: *«Актуальні проблеми співвідношення розміру арештованого майна у підозрюваного і визначеної йому судом застави»*, **Володимир Клочков** - адвокат, керуючий партнер АО «Клочков та партнери», член Ради адвокатів міста Києва, Заступник Голови Комітету захисту прав Національної асоціації адвокатів України з темою: *«Проблемні питання надання дозволів на проведення обшуків у адвокатів»*, а також **Марина Ставнійчук** – голова Комітету НААУ з питань верховенства права, Заслужений юрист України, яка закликала почути позицію 50-ти тисяч адвокатів з проблемних питань та спільно знайти рішення щодо їх вирішення.

Друга сесія круглого столу була присвячена темі: «Особливості кримінального провадження у суді першої інстанції щодо корупційних кримінальних правопорушень». Спікерами виступили **Євген Крук** - заступник Голови Вищого антикорупційного суду з темою: *«Неявка захисника та прокурора у кримінальному провадженні: відкласти розгляд справи - не можливо слухати чи відкласти розгляд не можливо – слухати»*», **Олексій Кравчук** - суддя Вищого антикорупційного суду, д.ю.н., доц. з темою: *«Відмова від захисника, його заміна та інші випадки припинення участі в судовому розгляді»*», **Микола Пашковський** -

адвокат, науковий радник АО «Barristers», к.ю.н., доц. з темою: «*Повернення обвинувального акту – де межа досконалості?»*», **Максим Швердін** - адвокат, партнер LCF Law Group, к.ю.н. з темою: «*Окремі проблеми застосування норм КПК суддями ВАКС: погляд адвоката»*», **Іван Староста** - адвокат, партнер АО «Клочков та партнери» з темою: «*Проблематика розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора у підготовчому судовому засіданні»*», **Олександр Дроздов** - адвокат, Президент спілки адвокатів України, Заслужений юрист України, к.ю.н., доц. з темою: «*Застосування альтернативних триманням під вартою запобіжних заходів: європейський вектор, національний контекст»*».

«Забезпечення єдності судової практики у справах про корупційні кримінальні правопорушення. Оголошення в міжнародний розшук та видача осіб, які вчинили корупційні кримінальні правопорушення» було предметом обговорення під час роботи третьої сесії. Зі своїми доповідями виступили **Дмитро Михайленко** - суддя Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду, д.ю.н., доц. на тему: «*Апеляційний перегляд судових рішень про застосування запобіжних заходів»*», **Сергій Боднар** - суддя Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду, к.ю.н. на тему: «*Оголошення в міжнародний розшук та перебування особи у обліках Інтерполу»*», **Сергій Фомін** - суддя Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду, к.ю.н. на тему: «*Оголошення в міжнародний розшук та видача осіб, які вчинили корупційні кримінальні правопорушення»*», **Ольга Присянюк** - адвокат, керуючий партнер АО «AVER LEX», член Правління Асоціації правників України, Координатор Ініціативної групи із захисту прав адвокатів, Голова Комітету з питань гендерної політики, що діє в складі НААУ, к.ю.н. на тему: «*Оголошення в міжнародний розшук: практичний аспект очима адвоката»*», а також **Олександр Готін** - адвокат, Голова Комітету з питань антикорупційної політики НААУ, к.ю.н. на тему: «*Проблеми та розбіжності правових позицій в рішеннях суддів ВАКС та Верховного Суду»*».

Участь в обговоренні проблемних питань здійснювали запрошені представники Касаційного кримінального суду в складі Верховного суду: **судді Третьої судової палати Касаційного кримінального суду в складі Верховного суду**: Анісімов Герман, Бородій Василь, Ковтунович Микола, Фомін Сергій, Вайнагій Михайло (апарат Верховного суду); **судді Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду**: Микола Глотов, Інна Калугіна, Андрій Никифоров, Ігор Панаїд, Олександр Семенников, Валерія Чорна, Даниїла Чорненко, Надія Бойко (апарат апеляційної ВАКС); **судді Вищого антикорупційного суду**: Інна Білоус, Тетяна Гавриленко, Віталій Дубас, Сергій Мойсак, Тимур Хамзін; представники **апарату Вищого антикорупційного суду**: Богдан Крикличенко, Сергій Лавренчук, Вікторія Недибалюк, Денис Пронін, Оксана Стеблинська; **прокурори Спеціалізованої антикорупційної прокуратури**: Віталій Пономаренко, Денис Демків; **детективи Національного антикорупційного бюро України**: Андрій Калужинський, Микола Корнелюк, Олена Кроловецька, Сергій Наумоук; **адвокати**: Юрій Бауман (АО «Бауман Кондратюк»), Богдан Біленко (АО «AVER LEX»), Денис Бугай (VB PARTNERS), Олексій Горох (АДВОКАТ ГОРОХ ОЛЕКСІЙ ПЕТРОВИЧ), Олександр Лисак (АО «Equity Law Firm»), Олександр Максименко (АО «АРЦІНГЕР»), Олександр Плаван (АО «Богатир та партнери»), Тарас Пошиванюк (АО «Equity Law Firm»), Руслан Радецький (Адвокатське бюро Радецького Р.С.), Петро Рябенко (Голова Ради адвокатів міста Києва), Сергій Смірнов (ЮФ «Savenko Kharenko»), Микола Стоянов (АО «АС»), Андріана Фозекош (АО «AVER LEX»), Назар Чернявський (ЮФ «Savenko Kharenko»), Катерина Шапран (АО «АРЦІНГЕР»), Денис Шкаровський (VB PARTNERS).

Круглий стіл відбувся завдяки активній участі **Віталія Гацелюка** - національного менеджера програм з питань правової реформи, кандидата юридичних наук, Заслуженого юриста України та **Івanni Джими** - національного спеціаліста проєктів з прав людини.

В даній збірці містяться тези виступів лише деяких учасників круглого столу. Результати виступів, дискусій, рекомендацій та узагальнених пропозицій круглого столу стануть підґрунтям для подальших реформаційних антикорупційних процесів в Україні.

Олександр ВОДЯННИКОВ,
к.ю.н., LLM, Національний радник з юридичних питань Координатора проєктів
ОБСЕ в Україні, консультант Комісії з питань правової реформи

АНТИКОРУПЦІЙНИЙ ПРИНЦИП КОНСТИТУЦІЇ

Останні шість років антикорупційна реформа і антикорупційна архітектура зазнавали як суттєвого прогресу, так і тривожних спроб руйнування чи зменшення ефективності. В жовтні 2014 року Верховна Рада України схвалила Закон України «Про запобігання корупції», який заклав основи антикорупційної політики і законодавства, виходячи з нової суспільно-правової парадигми. Національна політика у сфері боротьби з корупцією з цього моменту має визначатися на нових правових та організаційних засадах, реалізовуватися згідно нової інституційної системи запобігання корупції в Україні та за допомогою нових превентивних антикорупційних механізмів. Тоді ж український законодавець прийняв Закон України «Про Національне антикорупційне бюро України», запровадивши новий правоохоронний орган, на який було покладено попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень, віднесених до його підслідності, а також запобігання вчиненню нових. В ході судової реформи 2016 року було передбачено створення Вищого антикорупційного суду України як спеціалізованого суду в системі судоустрою України, завданням якого полягає в здійсненні справедливого правосуддя в кримінальних провадженнях щодо корупційних злочинів. В 2018 році був схвалений Закон України «Про Вищий антикорупційний суд України», а 5 вересня 2019 року цей суд розпочав роботу.

Однак останні два роки – 2019-2020 – стали непростими для антикорупційної реформи в Україні. В лютому 2019 року Конституційний Суд України (КСУ) визнав такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), статтю 368-2 Кримінального кодексу України, якою було криміналізовано незаконне збагачення¹. В червні 2019 року у справі за конституційною скаргою АТ «Запорізький завод феросплавів» КСУ визнав таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), положення пункту 13 частини першої

1 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019.

статті 17 Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14 жовтня 2014 року № 1698-VII, відповідно до якого Національному антикорупційному бюро України надається право «за наявності підстав, передбачених законом, подавати до суду позови про визнання недійсними угод у порядку, встановленому законодавством України»². У серпні 2020 року Конституційний Суд України визнав неконституційним Указ Президента України „Про призначення А. Ситника Директором Національного антикорупційного бюро України“³. Через пару тижнів КСУ визнав неконституційними окремі положення Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» щодо порядку призначення директора НАБУ⁴. Кінець кінцем найбільш резонансне рішення було прийняте Конституційним Судом України 27 жовтня 2020 року, яким він гуртом визнав неконституційними цілі блоки повноважень НАЗК, а також положення ст. 366-1 Кримінального кодексу України, якою було криміналізовано декларування недостовірної інформації⁵.

На розгляд Конституційного Суду України зараз залишається також кілька проваджень, рішення у яких також можуть суттєво вплинути на антикорупційну архітектуру України⁶.

Це останнє рішення викликало загальне обурення в суспільстві і критику з боку Венеціанської Комісії, яка визнала, що рішення щодо повноважень НАЗК «є дефектним у багатьох аспектах. Це рішення може спричинити критичний негативний вплив на функціонування антикорупційних органів, що викликає надзвичайну стурбованість»⁷.

Ці події ставлять питання про роль Конституції у попередженні і покаранні за корупційні злочини, чи має боротьба з корупцією конституційне підґрунтя і значення. У своїй окремій думці до Рішення КСУ у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019, суддя Станіслав Шевчук вказав на існування антикорупційного принципу конституції⁸:

- 2 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою акціонерного товариства “Запорізький завод феросплавів” щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення пункту 13 частини першої статті 17 Закону України “Про Національне антикорупційне бюро України” від 5 червня 2019 року № 4-р(II)/2019.
- 3 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України „Про призначення А. Ситника Директором Національного антикорупційного бюро України“ від 28 серпня 2020 року № 9-р/2020.
- 4 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України „Про Національне антикорупційне бюро України“ від 16 вересня 2020 року № 11-р/2020.
- 5 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України „Про запобігання корупції“, Кримінального кодексу України від 27 жовтня 2020 року № 13-р/2020.
- 6 Мається на увазі, перш за все, провадження у справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про Вищий антикорупційний суд» від 7 червня 2018 року № 2447-VIII, № 3/349(20) від 22.07.2020.
- 7 Ukraine - Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the legislative situation regarding anti-corruption mechanisms following Decision No. 13-т/2020 of the Constitutional Court of Ukraine, issued pursuant to article 14a of the Venice Commission's rules of procedure. CDL-PI(2020)018-e., para. 20. – [Electronic doc] – available at [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)018-e).
- 8 Окрема думка судді Конституційного Суду України Шевчука С.В. стосовно Рішення Конституційного

Як зазначається в конституційно-правовій доктрині, «Конституція України, як і більшість конституцій світу, не містить спеціальних положень щодо боротьби з корупцією. Такий підхід випливає з природного прагнення конституцієдавця забезпечити стабільність і сталість конституційних компромісів, адже конституційні цінності і інститути мають проспективно визначати систему урядування і розвиток держави. З такої точки зору було б нелогічно, якби соціальна патологія корупції отримала визнання на конституційному рівні у будь-якій формі. Але не можна вважати, що конституція є нейтральною по відношенню до такої патології. Принципи демократичної, соціальної, правової держави, проголошені Конституцією України в статті 1, містять важливий антикорупційний елемент, який може вважатися конституційним принципом»...

Тому не викликає сумнівів, що конституція не просто дозволяє, але вимагає запровадження ефективної антикорупційної політики для захисту конституційних цінностей, прав і свобод, і можна з упевненістю говорити про імпліцитний антикорупційний принцип, закладений в конституційній структурі... Цей принцип випливає із самої структури конституції і має окремий статус, як і інші фундаментальні конституційні принципи (поділ влади, верховенство права, народовладдя тощо). Сама ідея конституції як інструменту обмеження владного свавілля ґрунтується на тих міркуваннях, які становлять філософську основу антикорупційного принципу конституції.

Тому метою цієї статті є дослідження антикорупційних аспектів Конституції України, що складають такий антикорупційний принцип нашої Конституції, в ширшій порівняльній і історичній перспективі.

Корупція і модерна держава

В науковій літературі визначення корупції залишається предметом дискусій⁹. Так в деяких нещодавніх дослідженнях корупція визначається через протиставлення «етичному універсалізму»¹⁰: це визначення ґрунтується на презумпції, що держава діє згідно певної універсальної норми, а добросесність розуміється як рівне ставлення до всіх громадян, що зазнає шкоди у випадках фаворитизму¹¹. В інших дослідженнях корупція концептуалізується через процес, за якого посадова особа перетворює «публічне благо» на приватні вигоди¹². Якщо спробувати узагальнити, то переважна більшість визначень корупції може

Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України.

- 9 Див. напр.: DeLeon P., *Thinking about Political Corruption* (Armonk, New York 1993), p. 22-25; Heidenheimer A., 'Introduction' in Heidenheimer A. and Johnston M. (eds), *Political Corruption: Concepts and Contexts* (3rd edn Transaction Publishers, New Brunswick 2002), p. 6-12; Heywood P., 'Political Corruption: Problems and Perspectives', (1997) Vol 45 *Political Studies* 417-35; Philp M., 'Defining Political Corruption', (1997) Vol 45 *Political Studies* 436.

Як зазначив Арнольд Гайденгаймер, «Будь-яка спроба аналізу концепції корупції має враховувати той факт, що в англійській, як і в інших мовах, слово «корупція» має історію суттєво відмінних визначень і конотацій». Heidenheimer A., «Introduction» in Heidenheimer A. (ed), *Political Corruption: Readings in Comparative Analysis* (Holt Rinehart and Winston, New York 1970), p. 3.

- 10 Див. Alina Mungiu-Pippidi, «Corruption: Diagnosis and Treatment», *Journal of Democracy*, 17 (July 2006), 86-99.
11 *Ibid.*, p. 87.

- 12 Див. Bo Rothstein and Jan Teorell, «Defining and Measuring Quality of Government», in Sören Holmberg and Bo Rothstein, eds., *Good Government: The Relevance of Political Science* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012), 6-26; Lambsdorff J. *Institutional Economics of Corruption and Reform*. - Cambridge: Cambridge University Press, 2007. - p. 16; Della Porta, D., Vannucci, A. *The Hidden Order of Corruption: An Institutional Approach*. - Farnham: Ashgate, 2012. - p. 3.

бути поділена на дві великі групи, в залежності від фокусу, обраного дослідником: перша група визначень сфокусована на обов'язках і відповідальності посадовця, дотримання ним чи нею вимог права, принципів належного урядування; друга група в якості предмета аналізу бере більш широкі уявлення про протиріччя між неправомірним особистим інтересом і публічним інтересом¹³.

Якщо поглянути на феномен корупції в історичній перспективі, це соціальне явище тісно пов'язане з соціальними і політичними структурами держави, що сформувалися історично в ході розвитку сучасного суспільства. Тому явище корупції можна зрозуміти і дослідити виключно крізь призму стану розвитку конкретного суспільства чи держави.

Трансформація соціологічного розуміння феномену корупції в юридичну категорію відбувається паралельно зі становленням сучасної бюрократичної держави, що виходить з формального принципу відокремлення особи і посади, яку вона обіймає. Становлення цього принципу відокремлення особи і посади, апогеєм якого стало формування сучасних бюрократій, визначило трансформацію корупції з етичної категорії стародавніх і середньовічних філософів на юридичну концепцію. Навіть найперше в сучасному розумінні визначення корупції датується ще 1425 роком, коли корупція вперше була означена як «відхилення від праведності та вірності при виконанні обов'язків»¹⁴, тобто періодом, коли виникають нові економічні та фінансові інструменти (векселі, принцип подвійного запису в бухгалтерському обліку, сек'юритизація публічного боргу, страхування, банк, біржа) та *commenda* (прообраз сучасного акціонерного товариства)¹⁵ - корпорації і об'єднання, чия юридична суб'єктність є відмінною від фізичних осіб, які їх утворюють.

Виникнення модерної бюрократії, на якій заснована сучасна держава, було неможливе без відокремлення посади від особи і перетворення посади на професію. Як підсумовує Макс Вебер¹⁶,

І юридично, і фактично обіймання посади не вважається володінням джерела доходу, з якого отримується рента чи винагорода в обмін на надання певних послуг, як це зазвичай було у Середньовіччі, а, подекуди, і до нашого часу; обіймання посади також не вважається загальним обміном послуг за плату, як це має місце у випадках трудових контрактів. Натомість, вступ на посаду, включаючи приватну сферу економіки, вважається прийняттям спеціального обов'язку вірності цілям такої посади в обмін на надання належного забезпечення. Що є вирішальним для сучасного обов'язку вірності посаді, так це те, що у своєму чистому виді він не створює відносини з особою, на кшталт тих, що виникали у васала чи релігійного послідовника за феодалною чи патримоніальною формами влади, а спрямований на забезпечення безособових і функціональних цілей.

Ця ідея обов'язку вірності, що лежить в основі сучасної державної служби, визначила концептуальні рамки поняття корупції в сучасній державі. Корупція в такому сенсі виступає як порушення обов'язку вірності тим безособовим і функціональним цілям, яким слугує посада, і дотримання яких є умовою її обіймання особою. Як писав віконт Джеймс Брайс

13 Див.: Mulgan R., 'Aristotle on Legality and Corruption' in Barcham M., Hindess B. and Larmour P. (eds), *Corruption. Expanding the Focus* (ANU Press, Canberra 2012), p. 25-26.

14 Robertson A., 'Misunderstanding Corruption', (2006) Vol 22 (2) *Anthropology Today* 8, 9.

15 Screpanti E., Zamagni S., *An Outline of the History of Economic Thought* (Oxford University Press, Oxford 2005), p. 23.

16 Weber M., *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*. – Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press, 1978. - p. 959.

в 1921 році, «Корупція може вважатися такою, що включає ті методи використання грошей для досягнення приватних цілей за допомогою політичних засобів, які є карними чи принаймні незаконними, оскільки вони спонукають осіб, наділених публічним обов'язком, переступити через свій обов'язок і зловжити повноваженнями, що їм надані».¹⁷

Таке відокремлення особи від посади має становити важливе підґрунтя для дослідження феномену корупції. Адже якщо залишити фокус методології дослідження на особі, що вчиняє корупційне діяння, ми залишимося в тенетах розуміння корупції як індивідуального акту девіантної поведінки. Однак якщо змістити наголос на посаду, її функціонал, і систему, в якій вона існує, то виявиться, що корупція може становити не менш інституціолізований характер з власними неформальними правилами і рутиною¹⁸.

Корупція і конституціоналізм

Концептуалізація корупції в модерному конституціоналізмі має два виміри: вимір корупції як зловживання владою та вимір корупції як нерівності¹⁹.

Зловживання владою, тобто використання повноважень для отримання приватної вигоди, - мабуть найдавніше розуміння соціальної патології корупції²⁰. В ньому закладений перший генетичний зв'язок між конституціоналізмом і корупцією, адже саме для забезпечення від зловживань і свавілля мислителі Просвітництва обґрунтовували ідею обмеженого урядування, що закладена в основу сучасного конституціоналізму. Ідея конституції, що унормовує і обмежує урядування, виникає у відповідь на корупцію, зловживання і ексцеси британського парламентаризму першої половини XVIII ст. Власне хрещеним батьком модерного конституціоналізму можна назвати Генрі Болінброка, віконта Сент-Джон, який доклав великих зусиль для розвитку своєї доктрини «збалансованої конституції» на противагу підходам свого політичного опонента сера Роберта Уолпола з його «міністерською системою» урядування²¹. В своїй «Дисертації про партії» Болінброк критикує «корупцію» Парламенту, який став залежним від Корони, вказуючи, що потреба у засобах для корупції обох палат

17 Bryce J. *Modern Democracies*. - Vol. II. - London: Macmillan, 1921. - p. 477-478.

18 Див. Hellmann O. *The Historical Origins of Corruption in the Developing World: A Comparative Analysis of East Asia // Crime, Law and Social Change*. - 2017. - Vol. 68, No.1. - p. 145.

Як зазначають Донателла дела Порта і Альберто Вануччі,

«Норми, що регулюють корупційні практики і обміни, по суті створюють інституційну матрицю неформальних і самопідсилюваних звичаїв, що зменшують трансакційні витрати, роблять спонтанне виконання дешевшим і сприяють успішному завершенню прихованих обмінів. Ця «базова норма» цієї невидимої правової системи санкціонує невідворотність хабаря, встановлює правило, що звернення до прихованого обміну не можна уникнути при отриманні будь-якого «ресурсу», що має цінність, від публічної структури, що охоплена рамками корупційної мережі: контрактів, ліцензій, концесій, прискорення процедури, інформації з обмеженим доступом, пом'якшення нагляду, м'якших санкцій, та інших подібних речей, що існують по всьому спектру публічної діяльності».

Della Porta, D., Vannucci, A. *The Hidden Order of Corruption: An Institutional Approach*. - Farnham: Ashgate, 2012. - p. 230.

19 Див. докл.: Dawood Y. *Classifying Corruption // Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy*. - 2014. - Vol 9, No. 1. - p. 106-109.

20 Див.: Friedrich C., 'Corruption Concepts in Historical Perspective' in Heidenheimer A. and Johnston M. (eds), *Political Corruption: Concepts and Contexts* (3rd edn, Transaction Publishers, New Brunswick 2002), p. 19.

21 До речі барон де Монтеск'є був добре знайомий з ним і, як вбачається, свою концепцію поділу влад розвинув, базуючись на ідеях Болінброка. Див.: Shackleton R., *Montesquieu: A Critical Biography* (Oxford University Press, Oxford 1961), p 298-300.

вимагає збільшення доходів Корони, спонукає до збільшення публічного боргу, податків, кількості посадовців для збору податків і їхніх повноважень²².

Саме на протизаконному суверенітеті англійського Парламенту Болінброк висуває ідею про існування певної вищої норми, яка не є законом, але яка обмежує Парламент у його всевладді, про існування певної угоди (*bargain*), умовного договору між князем і народом, між представниками і виборцями²³. При цьому така конституція ще не розглядається як текст: «Під «конституцією» ми розуміємо, коли говоримо з належністю і точністю, той набір законів, інституцій та звичаїв, що походять з певних встановлених принципів розумності (*principles of reason*), спрямованих на певні визначені об'єкти суспільного блага, які укладають загальну систему урядування, на яку суспільство погодилося»²⁴.

Якщо в Англії ці засадничі міркування Болінброка були спрямовані проти корупції у Парламенті, проти парламентського суверенітету, то у Франції завдяки Монтес'є вони були взяті на озброєння проти абсолютизму Старого режиму і його зловживань. В 1758 році Еммеріх де Ваттель в своїй фундаментальній праці про право народів сформулював по суті нову доктрину конституції: «основоположний акт (*le règlement fondamental*), яким визначається спосіб реалізації публічної влади і який становить конституцію держави ... Така конституція в своїй основі встановлює порядок, за яким нація визначає співпрацю для отримання благ, задля яких утворюється політична спільнота»²⁵. Усунення зловживань, відповідальність урядовців і, загалом, усунення корупційних чинників, як вони тоді розумілися, було одним з головних мотивів розробників американської Конституції²⁶. Як узагальнив С. Шевчук, в цих явленнях «найважливішою є не формальна характеристика принципу верховенства права як мінімальний набір вимог, а його органічна (матеріальна) характеристика як сукупність вимог, що прямо пов'язані з природним правом, що унеможливають прояви свавілля державної влади, на чому й наполягає доктрина конституціоналізму»²⁷. Батьки-засновники американської і французької демократії виходили з розуміння, що правове обмеження державної влади забезпечить не тільки свободу як специфічний стан суспільства²⁸, але й зменшить чи навіть усуне можливості для зловживань з боку носіїв державної влади.

Другий вимір – корупція як нерівність – полягає в тому, що корупція порушує принцип рівності як підвалину демократичного урядування. Батьки-засновники американської демократії і діячі Французької революції, апелюючи до ідеалів римської Античності, насправді створили власну парадигму, нове уявлення про демократію як найкращу систему урядування та конституцію як установчий акт нової поліції, що ґрунтується на ідеї рівності всіх членів такої поліції. За цього виміру корупція позбавляє різні верстви громадян рівних можливостей участі в процесі вироблення і реалізації державної політики²⁹.

22 Bolingbroke H., 'A Dissertation upon Parties' in The Works of the Late Right Honourable Henry St. John, Lord Viscount Bolingbroke (Vol. 3) (J. Johnson, London 1809), p. 11.

23 Ibid., p. 211.

24 Ibid., p. 157.

25 de Vattel E., Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains (T. I, 3.) (Réed, Paris 1820), p 68-69.

26 Див.: Teachout Z., 'Constitutional Purpose and the Anti-corruption Principle', (2014) Vol. 108 Northwestern University Law Review 200, p. 215-216.

27 Шевчук С., 'Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза і співвідношення', (2010) №3 Право України 52, с. 54.

28 Ibid, с. 59.

29 Dawood Y. Classifying Corruption // Duke Journal of Constitutional Law and Public Policy. – 2014. – Vol

Антикорупційний принцип Конституції

Обидва виміри концептуалізації корупції в сучасному конституціоналізмі виходять з того, що корупція зазіхає на певні ідеали чи цінності (тобто у першому – використання влади виключно в публічних інтересах; в другому – рівні можливості всіх громадян брати участь у політичному процесі). І в цьому полягає системний зв'язок між антикорупційним виміром конституціоналізму і принципами і цінностями Конституції, адже як підсумував Конституційний Суд Південно-Африканської Республіки, корупція «є антитезою засадничим цінностям конституційного порядку»³⁰. В іншій справі - *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath and Others* - Конституційний Суд ПАР таким чином окреслив зв'язок між антикорупційним виміром Конституції і конституційними принципами і цінностями: «Корупція і неналежне урядування несумісні з верховенством права та засадничими цінностями нашої Конституції. Вони підривають конституційні зобов'язання щодо поваги до людської гідності, дотримання рівності та сприяння правам і свободам людини. Вони є антитезою відкритому, відповідальному демократичному урядуванню, яке вимагається Конституцією»³¹.

Оскільки корупція становить серйозну загрозу верховенству права, демократії та правам людини, нівелює соціальну справедливість та перешкоджає економічному розвитку, Конституція не може тлумачитися у спосіб, що дозволяв би патології корупції підривати основи конституційного ладу. І у цьому відношенні важко не погодитися з думкою суддів Мозенеке і Камерона з Конституційного Суду Південно-Африканської Республіки, що

«... корупція загрожує поставити на коліна практично все, що є дорогим і цінним в нашому важко вибореному конституційному правопорядку. Вона кричить підриває демократичний етос, установи демократії, верховенство права та засадничі цінності нашого тільки народженого конституційного проекту. Вона підживлює неналежне урядування та публічне шахрайство і ставить під загрозу здатність держави дотриматись своїх зобов'язань щодо поваги, захисту, сприяння та виконання всіх прав, закріплених в Білі про права. Коли корупція і організована злочинність процвітають, сталий розвиток і економічне зростання залишаються занедбаними. І в свою чергу стабільність і безпека суспільства знаходяться в зоні ризику»³².

Конституція України не містить спеціальних положень щодо боротьби з корупцією. Але не можна вважати, що конституція є нейтральною по відношенню до такої патології. Принципи демократичної, соціальної, правової держави, проголошені Конституцією України в статті 1 містять важливий антикорупційний елемент, який може вважатися конституційним принципом. Зміст цього принципу можна навести за аналогією з позицією Конституційного Суду Литви:

«В демократичній державі, що керується верховенством права, всі державні установи і посадовці повинні дотримуватись Конституції і законів. Відповідальність державної влади перед суспільством є невід'ємною складовою конституційного принципу правової держави,

9. No. 1. – p. 109.

30 *S v Shaik and Others* (CCT 86/07) (2008) ZACC 7, para. 72 (Constitutional Court of South Africa)

31 Див. *South African Association of Personal Injury Lawyers v Heath and Others* (CCT27/00) [2000] ZACC 22, para. 4 (Constitutional Court of South Africa).

32 *Glenister v President of the Republic of South Africa and Others* (CCT 48/10) [2011] ZACC 6, Sep. Op. by Moseneke DCJ and Cameron J, para. 166 (Constitutional Court of South Africa).

ця відповідальність конституційно консолідована у положеннях, якими державні установи слугують людям, владні повноваження обмежені Конституцією, а державні службовці, які порушують Конституцію і закони, надають перевагу особистим чи груповим інтересам, а не інтересам суспільства, своїми діями дискредитують державну владу і тому можуть бути усунуті зі своїх посад в порядку, передбаченому законом»³³.

Задля гарантування стабільності та ефективності демократичної системи, перед державою може постати необхідність запровадити такі заходи, які б забезпечували ці цінності; це особливо актуально для нових демократичних держав і одним з найважливіших обов'язків цих держав є забезпечення довіри і упевненості громадян в державних інституціях, адже це є суттєвою передумовою демократичної стабільності³⁴. Як підсумував Верховний Суд США у справі *United States v. Miss. Valley Generating Co.*, «демократія є ефективною, тільки якщо народ довіряє тим, хто урядує, а ця довіра невідворотно втрачається, коли високопосадовці та їх призначенці займаються діяльністю, що викликає підозру у злочині та корупції»³⁵.

Стаття 3 Конституції України передбачає, що «утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави». Як зазначалося, корупція в демократичній державі підриває цілу низку конституційних прав і свобод людини, зокрема право на рівність, право на повагу людської гідності, свободу, різні соціально-економічні права, гарантовані Розділом II Конституції України. Попередження цієї загрози, яку становить корупція для конституційних прав і свобод, не тільки підпадає під такий обов'язок держави, визначений останнім реченням частини другої статті 3 Конституції, але й вимагає від держави запровадження ефективних механізмів попередження, розслідування і покарання за корупційні злочини і діяння.

Антикорупційний принцип статті 3 Конституції, звичайно, не встановлює конкретні вимоги щодо антикорупційних інституцій чи законодавчих положень. Однак в силу самої своєї природи такі інституції мають користуватися достатнім ступенем незалежності для належної реалізації обов'язку держави, встановленого статтею 3 Конституції.

І оскільки Розділ I Конституції України визначає загальні засади конституційного ладу держави, інші положення Конституції мають тлумачитися у системному зв'язку з його положеннями, які мають засадничий характер.

Висновки

Концептуалізація корупції як кримінального діяння відбувається одночасно зі становленням модерної держави з її бюрократичним апаратом. Великі революції XVIII ст. остаточно зламали уявлення про державну посаду як про володіння джерела доходу у вигляді ренти чи винагороди в обмін на надання певних послуг. А новий політичний устрій – буржуазна демократія – запровадив новий фундамент політичного суспільства – принцип рівності. Тому концептуалізація корупції в модерному конституціоналізмі, що розвивується як спад-

33 Conclusion of 31 March 2004 in Case No. 14/04 on the Compliance of Actions of President Rolandas Paksas of the Republic of Lithuania against whom an Impeachment Case has been Instituted with the Constitution of the Republic of Lithuania, para. 3 (Constitutional Court of Lithuania).

34 Ždanoka v. Latvia (2004), para. 100; Judgment of April 11, 2006 in the Case No. 2005 – 24 – 01 on the Compliance of Section 5 (Item 8 of the third Paragraph) of the Law on Corruption Prevention and Combating Bureau with the First Paragraph of Section 101 of the Republic of Latvia Satversme, para. 10 (Constitutional Court of Latvia), електронний ресурс < http://www.satv.tiesa.gov.lv/wp-content/uploads/2005/10/2005-24-01_Spriedums_ENG.pdf > сторінка відвідана 27 лютого 2018 року.

35 *United States v. Miss. Valley Generating Co.*, 364 U.S. 520, 562 [1961].

щина цих революцій, отримала два виміри: вимір корупції як зловживання владою та вимір корупції як нерівності.

Обидва виміри концептуалізації корупції виходять з того, що корупція зазіхає на певні ідеали чи цінності (тобто у першому – використання влади виключно в публічних інтересах; в другому – рівні можливості всіх громадян брати участь у політичному процесі). І в цьому полягає системний зв'язок між антикорупційним виміром конституціоналізму і принципами і цінностями Конституції.

Конституція України містить в собі антикорупційний принцип, подібно до принципу поділу влади або верховенства права. Він є окремим принципом, закладеним у структурі Конституції, і текстуально закріпленим у статті 1 (принцип демократичної держави) та частині другій статті 3 (головний обов'язок держави). За цим принципом слід визнати незалежне значення, подібне до інших засадничих принципів нашої Конституції. Інші положення Конституції не можуть тлумачитися у спосіб, що підриватиме антикорупційний принцип.

Сергій БОДНАР,
суддя Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду
кандидат юридичних наук

ОГОЛОШЕННЯ В МІЖНАРОДНИЙ РОЗШУК ТА ВИДАЧА ОСІБ, ЯКІ ВЧИНИЛИ КОРУПЦІЙНІ КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ

Важливим елементом у реалізації завдань кримінального провадження є забезпечення стабільності та єдності судової практики, що є одним із фундаментальних аспектів верховенства права. Разом з тим, на даний момент у правозастосовній практиці існують різні підходи до розуміння такого поняття як «**міжнародний розшук**», що, в свою чергу, створює певні перешкоди у забезпеченні сталості судової практики з зазначеного питання.

Мета даної публікації полягає в **конкретизації поняття «міжнародний розшук», визначенні суб'єкта, який здійснює оголошення особи у міжнародний розшук, встановленні моменту з якого особа вважається оголошеною у міжнародний розшук та узагальнення існуючих позицій щодо належних доказів оголошення особи у міжнародний розшук.**

Після встановлення факту виїзду особи з України, зокрема з метою ухилення від кримінальної відповідальності, орган досудового розслідування для притягнення такої особи до вказаної (кримінальної) відповідальності може ініціювати питання: 1) здійснення щодо неї спеціального досудового розслідування чи судового провадження (*in absentia*); 2) екстрадиції особи за допомогою компетентних органів іноземної держави.

Однак, для використання будь-якого з зазначених варіантів сторона обвинувачення зобов'язана спочатку ініціювати процедуру оголошення такої особи в міжнародний розшук.

Водночас, чинний Кримінальний процесуальний кодекс України не містить окремого визначення поняття «міжнародний розшук». При цьому поняття «міжнародний розшук» використовується в КПК України не тільки як обов'язкова підстава для здійснення спеціального досудового розслідування чи провадження (*in absentia*), а і як умова для розгляду судом клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за відсутності підозрюваного.

Згідно з ч. 6 ст. 193 КПК України слідчий суддя, суд може розглянути клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та обрати такий запобіжний захід за відсутності підозрюваного, обвинуваченого, **лише у разі, якщо прокурором, крім наявності підстав, передбачених статтею 177 цього Кодексу, буде доведено, що підозрюваний, обвинувачений оголошений у міжнародний розшук.**

Можна виділити підходи, які існують на практиці, щодо оголошення особи у міжнародний розшук.

Перший підхід. У юридичній практиці має місце підхід, що сам по собі факт винесення слідчим чи прокурором постанови про оголошення підозрюваного в міжнародний розшук без звернення до Національного центрального бюро Інтерполу в Україні (далі – НЦБ Інтерполу в Україні) та оголошення в розшук каналами цієї організації жодним чином не може свідчити про перебування особи в міжнародному розшуку. При цьому зазначається, що ненадання стороною обвинувачення слідчому судді, який розглядає клопотання про обрання запобіжного заходу за відсутності підозрюваного, документів про звернення до НЦБ Інтерполу в Україні та щодо оголошення особи в міжнародний розшук каналами цієї організації свідчить про недоведення слідчим, прокурором факту перебування особи в міжнародному розшуку та є підставою для відмови в задоволенні клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою.

Другий підхід. Також поширеною у правозастосовній практиці є позиція, що **зверненню слідчого, прокурора до суду з клопотанням про обрання стосовно підозрюваного запобіжного заходу, на підставі ч. 6 ст. 193 КПК України, має передувати звернення такого слідчого, прокурора до НЦБ Інтерполу в Україні для оголошення особи в розшук каналами цієї організації та видання сповіщення з «синім кутом».** При цьому зазначається, що для видання сповіщення з «синім кутом» не вимагається наявності діючого ордеру на арешт або судового рішення подібного роду, а наявність вказаного сповіщення може слугувати доказом оголошення особи у міжнародний розшук у розумінні ч. 6 ст. 193 КПК України.

З такими твердженнями неможливо погодитись з огляду на наступне. Залежно від мети розшуку, «картки» (її лівому куту) надається колір. Відповідно до п. б ч. 1 ст. 88 Правил Інтерполу з обробки даних, сповіщення з «синім кутом» видаються з метою встановлення місцезнаходження особи, що становить інтерес для кримінально розслідування. Метою ж видання картки з «червоним кутом» є встановлення місцезнаходження розшукуваної особи, її затримання, арешт, або обмеження пересування з метою екстрадиції, видачі або подібної законної дії (ст. 82 Правил) [2].

Тобто, видання сповіщення з «синім кутом» щодо розшукуваної особи передбачає внесення прізвища підозрюваного до файлів МОКП - Інтерполу з метою встановлення його місцезнаходження, але без можливості затримання й екстрадиції.

При цьому необхідно враховувати, що процедура отримання сповіщення з «синім кутом» для надання такого як доказу оголошення особи в міжнародний розшук під час

розгляду судом клопотання про обрання запобіжного заходу, на підставі ч. 6 ст. 193 КПК України, може бути довготривалою, що в свою чергу може призвести до неефективності досудового розслідування та порушення принципу розумності строків.

Крім того, Голова Комісії з контролю за файлами у листі до НЦБ Інтерполу України повідомила про неприпустимість нецільового використання інформаційної системи міжнародної організації як способу та передумов доведення факту перебування особи у міжнародному розшуку [5].

Комісія встановила типові випадки нецільового використання системи обліку МОКП [5]. - Інтерпол для отримання більш жорсткого запобіжного заходу та поширення недостовірних публічних відомостей. Зокрема, йде мова про **використання сповіщень з «синім кутом», опублікування яких не потребує чинних ордерів на арешт, як доказів для доведення того, що особу розшукують на міжнародному рівні;** внесення клопотань та опублікування сповіщень з «червоним кутом» за відсутності документа, що відповідає ордеру на арешт; використання сповіщення з «синім кутом» після видалення сповіщення з «червоним кутом» з метою встановлення місцезнаходження особи.

Таким чином у вказаних випадках, **навіть в разі задоволення слідчим суддею клопотання** слідчого, прокурора **про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою** у порядку передбаченому ч. 6 ст. 193 КПК України, **вказане судове рішення не буде підставою для видання сповіщення з «червоним кутом»**, оскільки в даному випадку буде мати місце порушення вимог МОКП – Інтерполу.

Третій підхід. Водночас, існує й третій підхід, з позицій якого попередні підходи обґрунтовано зазнають критики.

Відповідно до Правил Інтерполу з обробки даних, такі Правила не регламентують питань оголошення особи в розшук, вони встановлюють принципи та заходи для функціонування Інформаційної системи Інтерполу (ст. 3 Правил). Для цілей міжнародного поліцейського співробітництва інформація в Інформаційній системі Інтерполу оброблюється з метою розшуку особи для затримання, арешту або обмеження пересування (ч. 2 ст. 10 Правил). У взаємодійних країнах України та Міжнародної організації кримінальної поліції – Інтерполу саме Національна поліція виступає як Національне центральне бюро Інтерполу. При цьому, робочим апаратом НЦБ Інтерполу в структурі Національної поліції є саме Департамент міжнародного поліцейського співробітництва.

Згідно ст. 20 Правил, кримінальні запити координуються за участю НЦБ Інтерполу, які несуть відповідальність за координацію на національному рівні обробки запитів про співробітництво та міжнародних сигнальних оповіщень, направлених на їх адресу у вигляді сповіщень, циркулярів та повідомлень. НЦБ Інтерполу має право вживати відповідні заходи (на національному рівні) для ефективного міжнародного співробітництва. При цьому, НЦБ Інтерполу несуть відповідальність за контроль за запитами про співробітництво та міжнародними сигнальними оповіщеннями, направленими ними за ініціативи національних органів у вигляді сповіщень, циркулярів та повідомлень [2]

Таким чином, ініціатором здійснення міжнародного розшуку певної особи є саме національні органи, які уповноважені здійснювати кримінальне розслідування, а Міжнародна організація кримінальної поліції – Інтерпол є органом, який здійснює розшукові заходи на підставі відповідних рішень, тобто лише виконує такі рішення, а не здійснює оголошення певних осіб у розшук.

Відповідно до ч. 1 ст. 281 КПК України, якщо під час досудового розслідування місцезнаходження підозрюваного невідоме або особа перебуває за межами України та не з'являється без поважних причин на виклик слідчого, прокурора, за умови його належного повідомлення про такий виклик, то слідчий, прокурор оголошує його розшук.

При цьому, вказана норма права не відокремлює оголошення особи у державний, міждержавний чи міжнародний розшук. Водночас, згідно вимог ч. 6 ст. 193 КПК України, для розгляду судом клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за відсутності підозрюваного, обвинуваченого прокурор, окрім іншого, має довести, що такий підозрюваний, обвинувачений оголошений у міжнародний розшук. А тому можна дійти висновку, що порядок оголошення особи у розшук визначений ч. 1 ст. 281 КПК України є єдиним для державного, міждержавного та міжнародного розшуку, оскільки Кримінальний процесуальний кодекс України не містить інших умов оголошення особи у міждержавний чи міжнародний розшук.

З огляду на положення ч. 6 ст. 193 КПК України, обов'язок доведення факту перебування підозрюваного, обвинуваченого в міжнародному розшуку покладається на слідчого, прокурора, який подав клопотання про обрання запобіжного заходу. Кримінальний процесуальний кодекс України не визначає прямо, якими саме доказами має бути доведено, що особа оголошена у будь-який із видів розшуку (державний, міждержавний, міжнародний). Однак регламентує, що органом досудового розслідування має бути винесена відповідна постанова про оголошення розшуку (ч. 2 ст. 281 КПК України).

Кримінальний процесуальний кодекс України жодним чином не обумовлює ухвалення судового рішення про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою за відсутності підозрюваного доведеністю факту перебування такої особи у міжнародному розшуку, а лише визначає необхідність оголошення особи у розшук (ч. 6 ст. 193, ч. 2 ст. 281 КПК України). Ототожнення поняття оголошення особи в міжнародний розшук і перебування в такому розшуку не ґрунтуються на жодній нормі законодавства України.

А тому, з позиції третього підходу, винесення органом досудового розслідування постанови про оголошення підозрюваного в міжнародний розшук та внесення відповідних відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань можна вважати достатнім для підтвердження факту оголошення особи у міжнародний розшук в розумінні вимог ст. 281 КПК України та ч. 6 ст. 193 КПК України.

Щодо власне правил Інтерполу. Відповідно до ст. 73 Правил, система сповіщень Інтерполу складається з сукупності повідомлень, що видаються під різними кольорами, й спеціальних сповіщень, які публікуються в рамках спеціальної взаємодії й не підпадають під попередню категорію сповіщень. Сповіщення з «червоним кутом» видаються за запитом НЦБ або міжнародної організації, що має право здійснювати розслідування та вести кримінальне провадження з метою встановлення місцезнаходження розшукуваної особи, її затримання, арешту, або обмеження пересування з метою екстрадиції, видачі або подібної законної дії (ст. 82 Правил). Статтею 83 Правил визначені спеціальні умови видання сповіщень з «червоним кутом», які вимагають надання певної юридичної інформації (п. б ч. 2 ст. 83 Правил), зокрема фабулу справи, обвинувачення, норму закону, максимально можливе покарання, посилення на діючий ордер на арешт або судові рішення подібного роду (якщо можливо направляється копія ордеру на арешт або судові рішення). [2]

Таким чином, саме ордер на арешт або відповідне судові рішення має передувати виданню сповіщення з «червоним кутом». Інформація про прийняття такого судового рішення є

однією з підстав для видачі сповіщення з «червоним кутом». Тобто, для внесення особи в базу даних для розшуку необхідно надати Інтерполу рішення слідчого судді про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання такої особи під вартою. Водночас, відповідно до рішення Комісії з контролю файлів Інтерполу, ухваленого на дев'яносто дев'ятій сесії, яка відбулась у період з 27 лютого до 3 березня 2017 року, ухвали про надання дозволу на затримання підозрюваного з метою приводу не є запобіжними заходами і відповідно ордерами на арешт у розумінні ст. 83.2 (b, ii) Правил Організації. [4]

Зазначене свідчить про хибність окремих позицій і висновків щодо можливості ухвалення рішення про тримання особи під вартою в порядку, визначеному ч. 6 ст. 193 КПК України, лише при наявності підтвердження розшуку особи Інтерполом, **оскільки міжнародний розшук особи каналами МОКП – Інтерполу та відповідно видання сповіщення з «червоним кутом» можливе лише у разі надання відповідного судового рішення. Саме обґрунтованість винесення постанови про оголошення особи в міжнародний розшук, тобто наявність для цього правових підстав, відповідно до КПК України, мають бути перевірені слідчим суддею** для ухвалення законного та обґрунтованого судового рішення.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України // Голос України від 19.05.2012 – / № 90-91 / URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print> (дата звернення: 15.08.2020)
2. Правила Інтерполу з обробки даних (Interpol's rules on the processing of data). URL: <https://www.interpol.int/Who-we-are/Legal-framework/Data-protection> (дата звернення: 15.08.2020)
3. Лист Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 04.04.2013 №511-550/0/4-13 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0511740-13#Text> (дата звернення: 15.08.2020)
4. Рішення Комісії з контролю файлів Інтерполу, ухваленого на дев'яносто дев'ятій сесії, яка відбулась у період з 27 лютого до 03 березня 2017 року. URL: <https://www.interpol.int/Who-we-are/Commission-for-the-Control-of-INTERPOL-s-Files-CCF/CCF-sessions-and-decisions> (дата звернення: 15.08.2020)
5. Фаринник В. Інтерпол застеріг проти використання його каналів для отримання ордерів на арешт. Закон і бізнес. URL: https://zib.com.ua/ua/138155-interpol_zasterig_protivikoristannya_yogo_kanaliv_dlya_otri.html (дата звернення: 15.08.2020)

Ярослав ВОРОНІЖСЬКИЙ,
старший детектив Національного антикорупційного бюро України
Євген ПАНАЙОТОВ,
детектив Національного антикорупційного бюро України

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ НАБУТТЯ СТАТУСУ ПІДОЗРЮВАНОГО

Повідомлення про підозру – це підсумок слідчих та процесуальних дій сторони обвинувачення та як наслідок, одна з найважливіших процесуальних рішень, які приймаються під час досудового розслідування.

Фактично з даного моменту починається стадія притягнення особи до кримінальної відповідальності. Крім цього, саме з цього моменту у слідчого, прокурора та сторони захисту набуваються нові права й обов'язки.

На практиці особи повідомляють про підозру, коли у кримінальному провадженні зібрано близько 70% доказів. Після повідомлення про підозру через обмеженість процесуальних строків здійснюють кінцеві слідчі та процесуальні дії, збирають додаткові докази.

У письмовому повідомленні про підозру поряд з технічними вимогами обов'язково вказуються зміст підозри, правова кваліфікація кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; стислий виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, у тому числі зазначення часу, місця його вчинення, а також інших суттєвих обставин, відомих на момент повідомлення про підозру; права підозрюваного.

При чому у такому письмовому повідомленні відсутні посилання на конкретні докази, які містяться в матеріалах кримінального провадження.

Незважаючи на те, що фактично повідомлення про підозру дає більше прав стороні захисту, у неї виникає більше можливостей для захисту від обвинувачення, є практика, що сторона захисту намагається ухилитися від отримання повідомлення про підозру.

Згідно з КПК України особі вручається підозра:

1. особисто;
2. у випадку неможливості вручення особисто – у спосіб, передбачений цим Кодексом для вручення повідомлень

Згідно з ч. 3 ст. 111 КПК України, повідомлення у кримінальному провадженні здійснюються у випадках, передбачених цим Кодексом, у порядку, передбаченому главою 11 цього Кодексу, за винятком положень щодо змісту повідомлення та наслідків неприбуття особи.

Відповідно до ч. 1 ст. 135 КПК України, особа викликається до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду шляхом вручення повістки про виклик, надіслання її поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком, здійснення виклику по телефону або телеграмою.

Згідно з ч. 2 ст. 135 КПК України, У разі тимчасової відсутності особи за місцем проживання повістка для передачі їй вручається під розписку дорослому члену сім'ї особи чи іншій особі, яка з нею проживає, житлово-експлуатаційній організації за місцем проживання особи або адміністрації за місцем її роботи.

Випадок неможливості вручення повідомлення про підозру особисто є найбільш дискусійним у юридичній спільноті.

У разі неналежного повідомлення про підозру вся подальша робота сторони обвинувачення нівелюється.

На практиці зустрічаються наступні проблеми при неможливості вручення письмових повідомлень про підозру особисто та позиції касаційних і апеляційних судів щодо вирішення таких проблем.

1. Вручення підозри спеціальному суб'єкту.

Вказану ситуацію вирішено у постанові Верховного Суду від 11 грудня 2019 року у справі № 536/2475/14-к <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86365236>, зокрема, вручення підозри спеціальним суб'єктам визначеним законодавством Аналіз наведеного вище переліку категорій осіб, щодо яких кримінальним законодавством України встановлений особливий порядок кримінального провадження, підтверджує висновок, викладений колегією суддів, про те, що додаткова гарантія у формі встановлення спеціальної процедури здійснення повідомлення про підозру цим категоріям осіб полягає саме у перевірці підстав і наступному складанні та підписанні повідомлення визначеними законом суб'єктами. Однак подальше вручення письмової підозри окресленим категоріям осіб не впливає на посилення або послаблення цих гарантій. Сам по собі факт особистої передачі повідомлення про підозру не забезпечує додаткового захисту ані судді, ані інших осіб, щодо яких визначено спеціальний порядок здійснення повідомлення про підозру.

Таким чином, Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку, що вручення повідомлення про підозру судді іншою уповноваженою особою за умови, що рішення було прийняте та підписане визначеним на це статтею 481 КПК України суб'єктом, не порушує гарантії суддівської незалежності.

Вказана позиція знайшла своє підтвердження в ухвалі АП ВАКС від 06.02.2020 по справі № 991/590/20, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87548231>.

Крім цього, вказаною постановою Великої палати Верховного суду визначено, що Генеральний прокурор або його заступник не обов'язково мають у групі прокурорів для того, щоб підписати повідомлення про підозру.

2. Вручення підозри особі, що перебуває за кордоном.

Ухвала АП ВАКС від 21.02.2020 у справі № 991/982/20, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87873369> «У даному випадку, письмове повідомлення про підозру підозрюваній складено 22.01.2020 року та підписано заступником Генерального прокурора. На підставі доручення заступника Генерального прокурора, в порядку частини 2 статті 481 КПК доручено старшому групі прокурорів у кримінальному провадженні вручити підозрюваній повідомлення про підозру. У зв'язку з перебуванням підозрюваної за межами території України на момент складання повідомлення про підозру, прокурором за допомогою програмного забезпечення месенджера «WhatsApp» на номер телефона, яким користується підозрювана, 22.01.2020 року надіслано скановану копію письмового повідомлення про підозру та направлено повістку про виклик до Національного антикорупційного бюро України, про що складені відповідні процесуальні документи. 27.01.2020 року прокурором в приміщенні Національного антикорупційного бюро України особисто вручено підозрюваній письмове повідомлення про підозру у вчиненні зазначеного кримінального правопорушення. Отже, підозрювана була належним чином повідомлена про підозру у вчиненні кримінального правопорушення.»

Ухвала АП ВАКС від 03 липня 2020 року по справі № 991/4794/20 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90289371> «..Крім того, органом досудового розслідування встановлено відсутність особи та членів його родини за місцем його реєстрації та останнім відомим місцем проживання.

За таких обставин, повідомлення про підозру було вручено представнику житлово-експлуатаційної організації за місцем реєстрації та останнім відомим місцем проживання особи, а саме, майстру технічної дільниці ЖЕД «Хрещатик» особа5, про що складено відповідний протокол від 22.01.2020 р. (т. 2 а.с. 185-186).

Зазначені докази свідчать про належне виконання органом досудового розслідування вимог ст. ст. 278, 135 КПК України при врученні письмового повідомлення про підозру особи, та набуття останнім статусу підозрюваного у даному кримінальному провадженні.

Доводи захисника про те, що повідомлення про підозру мало бути вручено особи за правилами ч. 7 ст. 135 КПК України колегія суддів оцінює критично, оскільки в матеріалах провадження відсутні належні документальні підтвердження того, що особи легально проживає за межами України, зокрема, у Сполучених Штатах Америки.»

3. Вручення підозри особі, що перебуває на лікування і через стан здоров'я не могла сприйняти підозру.

Ухвала АП ВАКС від 06.02.2020 по справі № 991/590/20, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87548231> «У день складення повідомлення про підозру особа поступила на стаціонарне лікування до медичного центру в стані медикаментозного сну, на момент доставлення у відділення був недоступний продуктивному вербальному контакту. Отже, станом на таку дату особа за станом здоров'я була нездатною особисто отримати повідомлення про підозру. В цьому випадку неотримання особисто повідомлення про підозру не було обумовлено бездіяльністю органу досудового розслідування, обізнаність органу досудового розслідування щодо дійсного місця перебування особи не вплинула на порядок вручення повідомлення про підозру. За таких обставин, за умов тимчасової відсутності особи за місцем проживання та неможливості з об'єктивних причин особисто отримати повідомлення про підозру, вручення повідомлення про підозру його дружині здійснено в порядку, передбаченому КПК.»

4. Вручення підозри особі, що не повідомляла про зміну свого місця проживання, представникам житлово-експлуатаційної організації за місцем реєстрації та за останнім відомим місцем проживання.

Ухвала АП ВАКС від 09.12.2019 по справі № 991/606/19, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86330333>, «При чому не має обов'язку представника житлово-експлуатаційної організації повідомити таку особу про виклик до слідчого, прокурора, суду чи вручити їй процесуальні документи, таке вручення надає можливість дізнатись про надходження повідомлень не лише від правоохоронного органу)

«Повідомлення про підозру вручено 17.07.2018 року під розписку представникам житлово-експлуатаційних організацій за місцем реєстрації та за останнім відомим місцем проживання підозрюваного. Колегія суддів вважає, що орган досудового розслідування вжив заходів для вручення особи повідомлення про підозру в порядку, передбаченому частиною 2 статті 135 КПК, а тому погоджується з висновком слідчого судді про набуття ним процесуального статусу підозрюваного. Доводи захисту про законодавчу вимогу представникам житлово-експлуатаційних організацій передати повідомлення про підозру особі слушні, але

висновку слідчого судді не спростовують, оскільки КПК пов'язує набуття процесуального статусу підозрюваного, місцезнаходження якого не встановлено, саме з вжиттям заходів з вручення повідомлення органом досудового розслідування. За змістом статті 135 КПК дотримання прав особи, яка тимчасово не проживає за місцем реєстрації, не повідомляє про зміну місця проживання органи реєстрації, житлово-експлуатаційні органи або переходується від органів досудового розслідування полягає не в обов'язку членів сім'ї, адміністрації за місцем роботи, житлово-експлуатаційної організації повідомити таку особу про виклик до слідчого, прокурора, суду чи вручити їй процесуальні документи (хоча такий обов'язок при наявності можливості безумовно має бути виконаний), а в тому, що про свій виклик чи надходження інших повідомлень особа може дізнатися не тільки від правоохоронних органів чи суду, а й з інших, доступних для неї, джерел.»

5. **Вручення повідомлення про підозру іншим слідчим або прокурором, аніж тим, який його підписав, за умови, якщо усі вони уповноважені на здійснення відповідного досудового розслідування, не є порушенням встановленого порядку повідомлення про підозру.** Ухвала АП ВАКС від 26.02.2020 по справі № 991/1243/20, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87947368> «Вручення процесуального документа (повідомлення про підозру), а також повідомлення і роз'яснення (за необхідності) прав підозрюваному є кінцевим етапом, яким завершується процедура здійснення повідомлення про підозру. Вручення тексту повідомлення про підозру іншим слідчим або прокурором, аніж тим, який його підписав, за умови, якщо усі вони уповноважені на здійснення відповідного досудового розслідування, ніяким чином не впливає на набуття особою статусу підозрюваного. Тому, колегія суддів не приймає цей довід захисника, вказаний у апеляційній скарзі, щодо вручення підозри неуповноваженою особою.»

(Ухвала АП ВАКС від 26.02.2020 по справі № 991/1243/20, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87947368>).

6. **Вручення підозри шляхом направлення запиту про міжнародну правову допомогу, у разі повідомлення особою про тимчасове перебування за кордоном та відмова від отримання письмового повідомлення про підозру від компетентних органів державної влади є належним врученням підозри**

Ухвала АП ВАКС 06 травня 2020 року по справі № 4910/16/19-к <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89153308> «На підставі викладеного, незважаючи на висновок слідчого судді щодо належного дотримання повідомлення особи про підозру за положеннями ч.2 ст.135 КПК України, вбачається, що фактично при здійсненні повідомлення про підозру від 02 жовтня 2018 року органом досудового розслідування дотримано як вимоги ч.2 ст.135 КПК України, так і ч.7 ст.137 КПК України, у зв'язку з чим посилання в апеляційних скаргах на недотримання порядку вручення письмового повідомлення про підозру за положеннями ч.7 ст.135 КПК України не є такими, що відповідають фактичним обставинам провадження.»

7. **Вручення повідомлення батьку підозрюваного, при перебуванні підозрюваного за кордоном є належним.**

Ухвала від 06 листопада 2019 Запорізького апеляційного суду у справі № 335/9135/19 року <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85610450>;

Ухвала від 18 листопада 2019 року Запорізького апеляційного суду у справі № 335/9133/19 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85898935>;

8. **Вручення повідомлення про підозру батьками підозрюваного чи іншому повнолітньому члену сім'ї при його неяви до слідчого або прокурора є належним врученням.**

- Ухвала від 30.01.2014 у справі 398/468/14-к Апеляційного суду Кіровоградської області <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36941108>;
- Ухвала від 13 червня 2019 року Донецького апеляційного суду 242/2614/19 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82412785>;
- Ухвала від 12 серпня 2020 року ап ВАКС у справі № 991/6407/20 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90958055>;
- Ухвала від 28 січня 2020 року Запорізького апеляційного суду у справі № 320/6855/16-к <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87481719>;

9. **Вручення повідомлення про підозру через захисника не є належним.**

-Ухвала від 21 квітня 2020 року Донецького апеляційного суду у справі № 243/2258/18 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88856153>;

- Окрема думка судді АП ВАКС Никифорова А.С., викладена в ухвалі від 18 серпня 2020 року у справі № 991/6413/20 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91134651>;

10. **Направлення підозри засобами поштового зв'язку за місцем реєстрації та останнім відомим місцем проживання:**

- Ухвала від 18 серпня 2020 року АП ВАКС у справі № 991/6413/20 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91134650>
- Ухвала від 17 червня 2020 року Сумського апеляційного суду у справі №592/4231/20 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89958028>, вихід за місцем проживання;
- Ухвала від 04 лютого 2020 року ап ВАКС у справі № 991/3010/19 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87452255>;
- Ухвала від 13 квітня 2020 року Дніпровського апеляційного суду у справі № 203/2843/19 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88834944>, а також за місцезнаходженням майна.
- Ухвала від 13 травня 2020 року АП ВАКС у справі № 757/37692/19-к <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89274229>;
- 03 червня 2020 року ап ВАКС у справі № 991/2928/20 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89737870>;

Відсутні відомості про вручення за останнім місцем проживання чи реєстрації 18 травня 2020 року Львівського апеляційного суду у справі № 441/1/18 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89361617>

11. **Спроба вручення повідомлення дружині підозрюваного без доказів отримання нею вказаного повідомлення не є належним врученням:**

- Ухвала від 16.07.2020 Донецького апеляційного суду у справі № 241/1665/19 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90477801>;
- Ухвала від 01.06.2020 року Одеський апеляційний суд у справі № 505/1161/20 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89673252>;

12. **Вручення повідомлення про підозру до внесення відомостей в ЄРДР про вчинене кримінальне правопорушення є порушенням вимог КПК України:**

- Ухвала від 15 березня 2019 року Донецького апеляційного суду у справі № 263/11808/18 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80554339>;
- чи обов'язкове звернення до Інтерполу для обрання запобіжного заходу особі, яка

переховується за кордоном

- Ухвала від 26 грудня 2019 року Івано-Франківського апеляційного суду у справі № 344/22024/19 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86728213>
- Ухвала від 26 травня 2020 року АП ВАКС у справі № 991/3620/20 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89532611> При цьому, слід відзначити, що не дивлячись на важливість внесення відомостей про міжнародний розшук особи до Єдиного реєстру досудових розслідувань, вирішальним при обранні запобіжного заходу у вигляді тримання підозрюваного під вартою має бути те, чи обґрунтовано його оголошено в розшук, а саме: чи містить клопотання достатні дані, які вказують на ознаки залишення особою території України і знаходження за її межами з метою переховування від органу досудового розслідування і суду.

13. Здійснення усіх можливих заходів для вручення підозри у разі коли місце знаходження підозрюваного невідоме;

22 січня 2020 року АП ВАКС у справі № 910/227/19 <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87148111>.

Крім цього, проблемною є ситуація з приводу вручення особі, яка не мала і не має постійного місця проживання і майна в Україні, а також є громадянином іноземної держави, за умови відмови компетентних органів іноземної держави виконати запит про міжнародно правову допомогу.

Віталій ГАЦЕЛЮК

старший науковий співробітник відділу кримінального права, кримінології та соудоустрою Інституту держави і права імені В.М. Корецького НАН України, к.ю.н.

(ДЕ)КРИМІНАЛІЗАЦІЯ ДЕКЛАРУВАННЯ НЕДОСТОВІРНОЇ ІНФОРМАЦІЇ: АРГУМЕНТИ ТА НАСЛІДКИ

Протягом 2019 – 2020 років Конституційний Суд України ухвалив декілька рішень, проблематика яких тісно пов'язана із питанням криміналізації суспільно небезпечних діянь та декриміналізації як її віддзеркаленням. Це рішення стосовно неконституційності статей (в порядку хронології ухвалення) 3682, 375, 3661 КК України.

У Рішенні, яким визнано неконституційною статтю 3661 КК, Суд зауважив, що «криміналізація конкретного вчинку людини можлива за умови, якщо це відповідає, зокрема, сукупності таких критеріїв: значна (суттєва) суспільна небезпека діяння; поширення аналогічних діянь у суспільстві; неефективність інших галузевих правових засобів впливу на зазначені діяння; неможливість успішної боротьби з діянням менш репресивними методами. У разі недотримання законодавцем вказаних критеріїв криміналізації може виникнути ситуація, коли злочином буде визнано діяння, якому не притаманні достатні

для криміналізації характер та ступінь суспільної шкоди. У такому випадку криміналізація здійснюється за відсутності для цього підстав, і за її результатом злочином визнається діяння, яке об'єктивно таким не є»³⁶.

Тут, як бачимо, Суд (дещо спрощуючи реальність) отожднює критерії криміналізації та її підстави, а також синонімічно використовує поняття «суспільна небезпека» діяння та «суспільна шкода», яка йому притаманна. Далі Суд доволі неконкретно зазначає, що внаслідок цього створюються законодавчі основи для безпідставного притягнення до кримінальної відповідальності (тобто створюються підстави для безпідставного процесу – В.Г.) за діяння, за яке настає менш сувора юридична відповідальність, і це порушує конституційний принцип верховенства права.

Залишається відкритим питання про джерело безпелаяційного висновку про можливість настання лише менш суворої (ніж кримінальна) відповідальності за певне діяння³⁷. Певною мірою Суд відповідає на це питання таким чином: «за своєю правовою природою подання суб'єктом декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації, а також умисне неподання декларації хоч і свідчать про порушення вимог антикорупційного законодавства, однак такі діяння не здатні заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі в обсягах, необхідних для визнання їх суспільно небезпечними відповідно до вимог статті 11 КК України».

Як бачимо, Суд здійснює власну оцінку суспільної небезпечності діяння, не наводячи при цьому детальних аргументів, чому недостовірне декларування не є таким небезпечним, як, наприклад, незаконний посів або незаконне вирощування снотворного маку в кількості від ста до п'ятисот рослин чи конопель у кількості від десяти до п'ятдесяти рослин, або приховування документів Національного архівного фонду, які є злочинами. Тим не менше, Конституційний Суд вважає, що «встановлення кримінальної відповідальності за декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації, а також умисне неподання суб'єктом декларування декларації є надмірним покаранням за вчинення цих правопорушень. Негативні наслідки, яких зазнає особа, притягнута до кримінальної відповідальності за вчинення злочинів, передбачених статтею 3661 КК України, непропорційні шкоді, яка настала або могла настати у разі вчинення відповідних діянь».

Суд, натомість, не деталізував, яка саме шкода настає або може настати внаслідок недостовірного декларування, що унеможливає встановлення пропорційності їй передбаченого кримінальним законом покарання і таким чином дає підстави для критики такого висновку як недостатньо обґрунтованого.

Це, вочевидь, актуалізує розробку методологічної основи визначення характеру та ступеню суспільної небезпеки діянь з метою встановлення критеріїв криміналізації, в тому числі визначення засад пропорційності та справедливості передбаченого покарання. Крім того, Суд міг би проаналізувати вироки за статтею 3661 КК. В цьому разі, наприклад, вста-

36 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України „Про запобігання корупції“, Кримінального кодексу України від 27 жовтня 2020 року №13-р/2020. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-20/conv#Text> (дата звернення: 23.11.2020).

37 Нижче по тексту Рішення, Конституційний Суд України вже зазначає, що декларування завідомо недостовірних відомостей у декларації, а також умисне неподання суб'єктом декларування декларації мають (тобто це позиція самого Суду, а не констатація певної реальності – В.Г.) бути підставою для інших видів юридичної відповідальності.

новлення тенденції до призначення судами покарання меншого за мінімально передбачене санкцією статті, або системне звільнення осіб від покарання, могло би свідчити про те, що законодавець помилився у визначенні рівні покарання при диференціації кримінальної відповідальності.

Далі, наголошуючи на важливості дотримання вимоги ясності і недвозначності норм, які встановлюють кримінальну відповідальність, Конституційний Суд України дійшов висновку, що використання юридичних конструкцій, у яких відсутній чіткий перелік законів, унеможлиблює однозначне визначення кола суб'єктів злочину, а відсілочні норми унеможливають встановлення кола їх адресатів. Як наслідок, до відповідальності за умисне неподання декларації може бути притягнуто осіб, які не можуть бути учасниками правовідносин з декларування, а тому свідомо не виконали такого обов'язку. Зазначене, на думку Суду, не узгоджується з поняттям правової держави та принципом верховенства права, закріпленим у частині першій статті 8 Основного Закону України, зокрема такими його елементами, як юридична визначеність та передбачуваність закону³⁸.

Тут варто зауважити, що визнана неконституційною редакція статті 3661 КК навпаки достатньо чітко визначає коло суб'єктів злочину – через відсилання до конкретних пунктів конкретної статті чітко названого законодавчого акту (особи, зазначені у пункті 1, підпунктах «а» і «в» пункту 2 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції»). Крім того, важко уявити притягнення до кримінальної відповідальності особи, яка не може бути учасником правовідносин з декларування.

Навіть якщо уявити, що у галузевому законодавстві недостатньо чітко окреслено коло таких осіб-декларантів, це не є проблемою бланкетної (а не відсілочної, як зазначено у Рішенні) диспозиції статті Особливої частини КК. Норма кримінального закону не повинна бути занадто казуїстичною, адже саме це створює ризики її несправедливого застосування та непритягнення до відповідальності осіб, які за суто формальними ознаками не відповідають численним зайвим ознакам, визначеним у нормі.

Тим не менше, внаслідок ухвалення рішення Конституційного Суду кримінальні провадження за фактами недостовірного декларування закриваються судом³⁹ або стороною обвинувачення⁴⁰.

В той же час, відповідно до примітки до статті 358 КК України, під офіційним документом у цій статті та статтях 357 і 366 КК слід розуміти документи, що містять зафіксовану на будь-яких матеріальних носіях інформацію, яка підтверджує чи посвідчує певні події, явища або факти, які спричинили чи здатні спричинити наслідки правового характеру, чи може бути використана як документи - докази у правозастосовчій діяльності, що складаються, видаються чи посвідчуються повноважними (компетентними) особами органів державної влади, місцевого самоврядування, об'єднань громадян, юридичних осіб незалежно від форми власності та організаційно-правової форми, а також окремими громадянами, у тому

38 Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України від 27 жовтня 2020 року №13-р/2020. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-20/conv#Text> (дата звернення: 23.11.2020).

39 Кримінальне провадження щодо декларування недостовірної інформації народним депутатом України 8 скликання закрито <https://hsc.court.gov.ua/hsc/pres-centr/news/1030223/>

40 <https://nv.ua/ukr/ukraine/events/spravu-pro-nedeklaruvannya-suddi-vovka-zakrili-novini-ukrajini-50128719.html>

числі самозайнятими особами, яким законом надано право у зв'язку з їх професійною чи службовою діяльністю складати, видавати чи посвідчувати певні види документів, що складені з дотриманням визначених законом форм та містять передбачені законом реквізити.

На нашу думку, відповідна декларація відповідає ознаками офіційного документа. Адже, Законом України «Про запобігання корупції»⁴¹ визначено обов'язок відповідних осіб подавати декларації осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, перелічено види інформації, яка зазначається у декларації, а також встановлено, що подані декларації включаються до Єдиного державного реєстру декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що формується та ведеться Національним агентством у визначеному ним порядку. У свою чергу, форма декларації із необхідними реквізитами встановлена Національним агентством з питань запобігання корупції⁴².

З урахуванням наведеного вище, вважаємо обґрунтованим висновок про те, що визнання неконституційною статті 3661 КК повинно тягти кваліфікацію відповідних діянь за загальною нормою, передбаченою статтею 358 КК.

В даному випадку, за наявності всіх передбачених складом злочину ознак, можна говорити про такі форми об'єктивної сторони складу злочину як *підроблення іншого офіційного документа, який видається чи посвідчується іншою особою, яка має право видавати чи посвідчувати такі документи, і який надає права або звільняє від обов'язків, з метою використання його підроблювачем (частина перша статті 358 КК), а також використання завідомо підробленого документа (частина четверта статті 358 КК).*

Віталій ДУБАС,
суддя Вищого антикорупційного суду

ДИСКУСІЙНІ ПИТАННЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ З ВИПРОБУВАННЯМ У ВИПАДКУ ЗАСУДЖЕННЯ ЗА КОРУПЦІЙНИЙ ЗЛОЧИН НА ПІДСТАВІ УГОДИ

1. Кримінальне провадження на підставі угоди між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості є однією з новел у кримінальному процесуальному законодавстві України. Варто наголосити, що закріплення у КПК України цього інституту спрямовано на виконання Рекомендації №6R(87) 18 Комітету міністрів Ради Європи державам членам від 17 вересня 1987 року «Стосовно спрощення кримінального правосуддя».

41 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18/conv#Text>

42 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0960-16#n4>

Не менш цікавою з позиції правозастосування є стаття 475 КПК, яка регламентує ухвалення вироку на підставі угоди. Варто відзначити, що ухвалення такого вироку є цілком допустимим і законним навіть у випадку засудження особи за вчинення корупційного кримінального правопорушення.

Як слушно зазначають Житний О.О. та Клочко А.М. при укладенні угоди предметом легальної домовленості між сторонами є певні їх «взаємовигідні» дії: так, угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про визнання винуватості (ст. 472 КПК) охоплює беззастережне визнання підозрюваним чи обвинуваченим своєї винуватості у вчиненні кримінального правопорушення, обов'язки підозрюваного чи обвинуваченого щодо співпраці у викритті кримінального правопорушення, вчиненого іншою особою (якщо відповідні домовленості мали місце) та узгодження покарання й згоди сторін на його призначення або на призначення покарання та звільнення від його відбування з випробуванням.

Отже, угода є певним компромісом, взаємними поступками сторін (суб'єктів кримінально-правових відносин). Тому, вид і розмір покарання, звільнення від його відбування визначаються саме угодою (домовленістю, досягнутою з урахуванням вимог законодавства), яка виступає в цьому разі винятковою підставою для визначення державою форми кримінально-правового впливу щодо правопорушника. Якщо для застосування вказаних заходів, обрання їх виду й міри вимагати невідмінного виконання всіх без винятку загальних положень закону (тих, які застосовуються щодо будь-якої особи, яка притягується до кримінальної відповідальності, незалежно від її готовності позитивно взаємодіяти з потерпілою стороною чи стороною обвинувачення), значення, цінність і дієвість угод втрачається. У випадках, коли кримінально-правовий наслідок для особи, питання про відповідальність якої вирішується судом, наставатиме на загальних засадах (байдуже, чи укладатиме вона угоду, чи ні), то вона не матиме причин для домовленості й виконання позитивних посткримінальних вчинків (спрощено кажучи, їй ні до чого «домовлятися» з державою). Отже, засади призначення покарання та звільнення від нього (які основані, зокрема, на тяжкості вчиненого злочину, на врахуванні особи винного) повинні мати винятки. Так, і на призначення покарання, і на звільнення від його відбування з випробуванням за відсутності угоди впливає тяжкість вчиненого злочину а також із особливостей конкретного злочину й обставин його вчинення (форма вини, мотив і мета, спосіб, стадія вчинення, кількість епізодів злочинної діяльності, роль кожного зі співучасників, якщо злочин вчинено групою осіб, характер і ступінь тяжкості наслідків, що настали, тощо) [1, с. 112-113].

2. Аналіз судової практики ухвалення вироку на підставі угоди за вчинення корупційного кримінального правопорушення показує й одночасне застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням на підставі ч. 2 ст. 75 КК України у достатнього багатьох випадках. Однак, дана практика викликає жваві дискусії як в науковому колі, так і серед юристів-практиків.
3. У нормах статей 468-476 глави 35 КПК «Кримінальне провадження на підставі угод» відсутні будь-які обмеження на укладення угоди щодо корупційних злочинів. Також, питання призначення покарання та звільнення від відбування покарання повинні вирішуватись з урахуванням мети покарання, як такої, що включає не лише кару, а й виправлення засуджених, та запобігання вчиненню злочинів як засудженими, так і іншими особами, відповідно до норм статті 50 КК.

Це питання є виключно судовою дискрецією у кримінальному судочинстві і охоплює повноваження суду (права та обов'язки), надані йому державою, обирати між альтернати-

вами, кожна з яких є законною, та владну діяльність суду з вирішення у визначених законом випадках спірних правових питань, виходячи із цілей та принципів права, загальних засад судочинства, конкретних обставин справи, даних про особу винного, справедливості й достатності обраного покарання тощо.

4. Дискреційні повноваження суду визнаються і Європейським судом з прав людини (зокрема справа «Довженко проти України»), який у своїх рішеннях зазначає лише про необхідність визначення законності, обсягу, способів і меж застосування свободи оцінювання представниками судових органів, виходячи із відповідності таких повноважень суду, принципу верховенства права. Це забезпечується, зокрема, відповідним обґрунтуванням обраного рішення в процесуальному документі суду тощо.

У п. 113 рішення ЄСПЛ в справі «Коваль проти України» від 19.10.2006 наголошено, що основна мета статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у рамках кримінального провадження є забезпечення справедливого розгляду справи судом, який встановить обґрунтованість будь-якого кримінального обвинувачення.

У п. 33 рішення ЄСПЛ від 19.02.2009 у справі «Христов проти України» суд зазначив, що право на справедливий судовий розгляд, гарантоване ч. 1 ст. 6 Конвенції, слід тлумачити в контексті преамбули Конвенції, яка, зокрема, проголошує верховенство права як складову частину спільної спадщини Договірних держав.

Також у своїй практиці ЄСПЛ неодноразово покликався на принцип пропорційності, коли призначене особі покарання вважалося непропорційним втручанням держави у права людини, наприклад справа «Швидка проти України».

Отже, суд має призначати покарання конкретній особі за конкретний злочин, максимально індивідуалізуючи покарання, яке має бути необхідним і достатнім для виправлення засуджених, а також для запобігання вчиненню нових злочинів (ч. 2 ст. 50 КК). Більш суворий вид покарання з числа передбачених за вчинений злочин призначається лише у разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатній для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів (ч. 2 ст. 65 КК).

5. Частина 1 статті 75 КК визначає, що якщо суд, крім випадків засудження за корупційне кримінальне правопорушення, при призначенні покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років, враховуючи тяжкість кримінального правопорушення, особу винного та інші обставини справи, дійде висновку про можливість виправлення засудженого без відбування покарання, він може прийняти рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням. Одночасно, частина 2 статті 75 КК визначає, що суд приймає рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, якщо сторонами угоди узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років, а також узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням.

Також, в частині 3 ст. 75 КК вказано про те, що у випадках, передбачених частиною 1, 2 цієї статті, суд ухвалює звільнити засудженого від відбування покарання з випробуванням.

Отже, частиною 2 статті 75 КК визначено підстави звільнення від відбування покарання

з випробуванням у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання вини, яка не містить обмежень щодо такого звільнення при засудженні особи за корупційне кримінальне правопорушення, на відміну від частини 1 цієї статті. Підставою звільнення від відбування покарання за ч. 1 ст. 75 КК є висновок суду про можливість виправлення засудженого без відбування покарання.

6. Спробу врегулювати дане питання з метою формування єдиної судової практики зробив Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Так, в пункті 12 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 11.12.2015 року № 13 «Про практику здійснення судами кримінального провадження на підставі угод», зокрема зазначено, що «чинні КК і КПК регулюють два різновиди звільнення від відбування покарання з випробуванням: 1) загальний - коли вимагається встановлення можливості виправлення засудженого без відбування покарання; 2) спеціальний - у випадку затвердження угоди про примирення або про визнання винуватості, для укладення якої з'ясування питань, визначених у ч. 1 ст. 75 КК, не є обов'язковим.

У зв'язку з чим, якщо ж сторони узгодили покарання та досягли домовленості щодо звільнення підозрюваного/обвинуваченого від його відбування з випробуванням, відповідно до частин 2, 3 ст. 75 КК суд зобов'язаний прийняти рішення про таке звільнення у випадку затвердження угоди про примирення або визнання винуватості за наявності сукупності таких умов: 1) сторонами угоди узгоджено покарання у виді виправних робіт, службового обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, позбавлення волі на строк не більше п'яти років; 2) узгоджено звільнення від відбування покарання з випробуванням; 3) угода відповідає чинному законодавству та підстави для відмови в її затвердженні визначені КПК (пункти 1-6 ч. 7 ст. 474 КПК) відсутні.

7. Отже, у ст.75 КК України обмеження щодо звільнення від відбування покарання з випробуванням при засудженні особи за корупційний злочин поширюються виключно на випадки, передбачені частиною першою цієї статті. Вважаємо, що норми як КК України, так і КПК України передбачають можливість укладати угоди у кримінальних провадженнях про корупційні злочини з можливістю звільнення від відбування покарання з випробуванням. Ми повністю підтримуємо думку Михайленко Д.Г., що редакція ч.2 ст.75 КК України, за якої не передбачається обмеження її застосування при засудженні за корупційний злочин, скоріше за все передбачалася законодавцем та не є прогалиною КК України, що утворена прорахунками законодавця логіко-формального і внутрішньо системного характеру. Разом із тим, при застосуванні положень ч.2 ст.75 КК України щодо осіб, які засуджені за корупційний злочин, враховуючи, що це єдина передбачена законодавством підстава (окрім закінчення строків давності) не відбувати покарання, передбачене у санкції статті про корупційний злочин, слід звернути особливу увагу на можливі зловживання ресурсами цього положення КК України з метою протиправного ухилення від реальних несприятливих правових наслідків вчиненого корупційного злочину [2, с. 36-37].

Список використаних джерел:

1. Житний О.О., Клочко А.М. Деякі проблеми звільнення від відбування покарання з випробуванням особи, яка засуджується за корупційний злочин / О.О.

Житний, А.М. Клочко // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія «Право». Вип. 24, 2017 рік. С. 112-113.

2. Михайленко Д. Г. Звільнення від відбування покарання з випробуванням при засудженні за корупційний злочин у випадку затвердження угоди про визнання вини / Д. Г. Михайленко // Вісник прокуратури. 2016. №1. С. 26-37.

Володимир КЛОЧКОВ,
адвокат, керуючий партнер
адвокатського об'єднання
«Клочков та партнери»,
член ради адвокатів міста Києва,
заступник голови Комітету захисту прав адвокатів НААУ

ПРОБЛЕМИ НАДАННЯ ДОЗВОЛІВ НА ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКІВ У АДВОКАТІВ

Як відомо, адвокат є спеціальним суб'єктом, відносно якого кримінальний процесуальний кодекс України визначає особливий порядок кримінального провадження. В рамках такого порядку представники органу досудового розслідування до початку проведення обшуку у адвоката повідомляють раду адвокатів регіону про заплановану слідчу дію. У свою чергу, рада адвокатів регіону скеровує для участі у такій слідчій дії своїх представників - адвокатів. Здійснюючи захист колег під час проведення відносно них слідчих дій, представниками ради адвокатів м. Києва були виявлені проблемні питання, пов'язані із процесуальним оформленням слідчими суддями ухвал про надання дозволу на проведення обшуків саме у адвокатів. Як наслідок, судова практика повна судових рішень, ухвалених за результатом розгляду скарг адвокатів щодо незаконності вилучення майна в ході проведення обшуків на підставі таких ухвал.

Відсутність чітко визначеного приміщення, дозвіл на обшук якого надається.

Як показує практика, часто слідчі судді надаючи дозвіл на проведення обшуку не конкретизують чітку адресу, де планується проведення обшуку. Наприклад, вказується номер адміністративної будівлі чи офісного приміщення або поверху, при цьому, не конкретизується номер офісу, кабінету, чи частини офісного приміщення, в якому адвокатську діяльність здійснює конкретний адвокат. Як наслідок, виконуючи таку ухвалу, слідчі фактично набувають повноважень провести обшук в обсязі, який виходить за межі обставин, які необхідно встановити. В такому випадку захисникам адвоката, якого обшуковують, а також представникам ради адвокатів регіону доводиться або ж домовлятися, або ж конфліктувати із слідчими, з метою правильного трактування відповідного судового рішення.

З метою недопущення здійснення обшуків у приміщеннях, що по-суті не відповідають призначенню та меті обшуку, слідчим суддям варто більш скрупульозно відноситись до

клопотань слідчих (детективів) та вимагати в них підтвердження конкретно визначеного приміщення (офісу), дозвіл на обшук якого надається задля уникнення проведення

Відсутність конкретизації переліку речей і документів, дозвіл на виявлення та вилучення яких надається

Ще однією процесуальною проблемою є формулювання резолютивної частини ухвал, в яких слідчі судді формулюють обсяг речей і документів, для виявлення та вилучення яких надається дозвіл. Часто слідчі судді, задовольняючи клопотання слідчих, описують перелік речей і документів без конкретизації таких речей і документів, а інколи взагалі закінчують такий перелік словом «та інше». Однак, під час надання дозволу на проведення обшуку у адвоката, незалежно чи це офісне, житлове приміщення чи автомобіль, конкретизація речей і документів має вкрай важливе значення.

Як зазначалося вище, адвокат є спеціальним суб'єктом. Суб'єктом, який є носієм інформації з обмеженим доступом - інформації із статусом адвокатської таємниці. Безумовно, будь-який адвокат має не одного клієнта, а відтак, чи то в офісі, чи вдома у практикуючого адвоката зберігається така інформація. Натомість, коли в ухвалі немає чітко визначених речей і документів слідчі, безумовно, дозволяють собі «копатись» абсолютно у всіх адвокатських досьє, ще є безумовним порушенням адвокатської таємниці.

Нажаль, далеко не всі адвокати належним чином формують та зберігають документи, що містять адвокатську таємницю, а тому при такій ситуації важко розділити, де документи щодо одного клієнта, а де щодо іншого. Та в переважній більшості практикуючих адвокатів адвокатські досьє сформовані належним чином. Тим не менше, відсутність у ухвалях чіткої конкретизації того, що слідчі шукають, дає можливість останнім шпортатись абсолютно в усіх документах, що зберігаються в офісі адвоката та, відповідно, вилучати речі, що не були прямо вказані в переліку, зазначеному в ухвалі.

Варто наголосити, що таким вилученим майном адвоката можуть бути його особисті речі, зокрема телефон, СІМ-карта та матеріали справ інших клієнтів, де містяться особисті дані адвоката та інформація, що містить адвокатську таємницю.

Конкретизація слідчими суддями в ухвалях того, на виявлення та вилучення чого надається дозвіл, мінімізує випадки порушення адвокатської таємниці з боку слідчих, які проводять відповідну слідчу дію.

Обшук приміщення, в якому практикує одночасно кілька адвокатів

Ще однією проблемою є випадки, коли слідчим суддею надано дозвіл на проведення обшуку у приміщенні, де практикує конкретний адвокат (відповідно до ухвали), а насправді у цьому ж приміщенні облаштовані робочі місця до прикладу трьох, або п'яти адвокатів і більше. З точки зору організації адвокатами своєї професійної діяльності, використання одного приміщення є абсолютно нормальним явищем.

Як наслідок, об'єктами обшуку фактично стають всі адвокати, які практикують у цьому ж приміщенні, хоча до кримінального провадження, в рамках якого проводиться обшук вони не мають жодного відношення.

З'ясування слідчими суддями на стадії розгляду клопотань слідчих, чи практикують у цьому ж приміщенні інші адвокати може вирішити таку проблематику. Така інформація легко перевіряється навіть із Єдиного реєстру адвокатів України (ЄРАУ). Якщо адвокат відповідно до відомостей в ЄРАУ практикує у складі адвокатського об'єднання, безперечно,

в такому офісному приміщенні будуть практикувати і інші адвокати. Якщо ж слідчі шукають речі та документи, які знаходяться у володіння саме адвокатського об'єднання, в такому разі про це також варто зазначати в ухвалах.

Щодо підтвердження належності приміщення, яке планується обшукувати адвокату

Судові рішення вищого антикорупційного суду України демонструють непоодинокую практику незаконного обшуку приміщень, належних адвокатам. До прикладу, у справі №991/2201/20 заявники - адвокати стверджували, що детектив, достовірно знаючи, що квартири знаходяться у власності адвокатів, умисно приховав від слідчого судді цей факт, в результаті чого ухвалами слідчого судді надано дозвіл на проведення обшуків квартир у осіб, не зазначаючи що такі особи є адвокатами.

Як наслідок, мають місце незаконні проведення обшуків, незаконне вилучення майна та вчинення дій, що виходять за межі їх повноважень.

Варто зазначити, що у зв'язку з таким неповідомленням слідчих суддів про власників квартири, тобто адвокатів, слідчими допускається порушення процедури проведення слідчих дій щодо спеціальних суб'єктів кримінального провадження – адвокатів.

Задля уникнення такого грубого порушення процедури здійснення кримінального провадження щодо спеціальних суб'єктів, детективам не варто приховувати наявну інформацію про власників приміщення, поза як такі порушення безумовно впливають на допустимість доказів, зібраних в ході проведення таких обшуків.

Проведення обшуку без чітко визначеної мети

Доволі поширеною практикою є випадки виникнення конфлікту між представниками ради адвокатів регіону та слідчими стосовно вилучення майна адвоката. Згідно з ст. 234 КПК, однією із мети проведення обшуку є виявлення та фіксація відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення. Відповідно, задля правомірного вилучення майна, що є необхідним для проведення слідчих дій щодо розкриття кримінального правопорушення, слідчі повинні чітко та звужено формувати мотиви (конкретну мету) проведення обшуку. Адже, визначаючи мету проведення обшуку лише виявлення вчинення кримінального правопорушення без зазначення конкретних суб'єктів злочину, об'єкту злочину та інших даних, що є відомими детективам, останні автоматично розширюють обсяг своїх повноважень. Підставою для такого твердження є можливість слідчих вилучати значно більший обсяг майна, стверджуючи, що воно може бути використаним для виявлення обставин вчинення кримінального правопорушення.

Узагальнюючи вищезгадану проблематику можна говорити про те, що згадані порушення набули значного поширення, при чому, як у судах загальної юрисдикції, так і в Вищому антикорупційному суді України. Безумовно, така ситуація створює загрозу утвердженню в державі принципу верховенства права, здійсненню правосуддя на засадах, визначених Конституцією і Законами України.

Олексій КРАВЧУК,
суддя Вишого антикорупційного суду
доктор юридичних наук, доцент

ВІДМОВА ВІД ЗАХИСНИКА, ЙОГО ЗАМІНА, ІНШІ ВИПАДКИ ПРИПИНЕННЯ УЧАСТІ В СУДОВОМУ РОЗГЛЯДІ

Однією з основних складових права на справедливий суд, гарантованого статтею ст. 6 Конвенції по захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), є право на захист. Це право включає в себе право захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, обраного на власний розсуд, або, за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника, одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя, а також право мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту.

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) в ст. 42, 54 регулює право обвинуваченого на відмову від захисника в будь-який момент кримінального провадження, а також право на заміну захисника. Водночас, відповідні процедури законом урегульовуються досить поверхово, унаслідок чого ряд процесуальних питань залишаються прогалинами, і мусять вирішуватися за аналогією та виходячи із загальних засад кримінального провадження.

Розглянемо деякі з цих питань, що стосуються стадії судового провадження, більш докладно.

Із передбаченої в ч. 3 ст. 54 КПК норми про те, що відмова від захисника не приймається у випадку, якщо його участь є обов'язковою, випливає висновок про те, що такий інститут як відмова від захисника передбачає подальшу відсутність захисника. Вбачається, що за духом КПК, якщо обвинувачений відмовляється від захисника, в подальшому він має намір захищати себе самостійно.

Водночас на практиці, відмовляючись від захисника за власним вибором, обвинувачені можуть подати клопотання про надання їм захисника за призначенням. Тобто, по суті йдеться про заміну захисника. Звісно, якщо обвинувачений бажає мати захисника, однак не має можливості оплачувати його послуги, у випадках, коли інтереси правосуддя вимагають участі захисника, йому має бути надано такого захисника за призначенням. Цілком імовірно, що для цього замість використання інституту відмови від захисника, слід у законодавстві передбачити опцію заміни захисника за вибором на захисника за призначенням.

Адже існують випадки, коли обвинувачений відмовляється від уже існуючого захисника за призначенням, маючи на меті одержати нового (іншого) захисника за призначенням. Прирівнення такої відмови до заміни означає, що по суті йдеться про вибір захисника за призначенням – а такого права обвинуваченого законодавством не передбачено.

Відповідно до усталеної практики ЄСПЛ (рішення у справах *Croissant v. Germany*, § 29, *Lagerblom v. Sweden*, § 54-55), незалежно від важливості заснованих на довірі стосунків між адвокатом і його клієнтом, право мати захист із боку захисника, обраного “на власний розсуд”, неодмінно є об'єктом певних обмежень, якщо йдеться про безоплатну юридичну допомогу. Зокрема, статтю 6 § 3 (с) Конвенції не можна тлумачити як таку, що гарантує право на заміщення призначеного державою адвоката [1; 2].

Водночас, із метою забезпечення ефективного права на захист, суд повинен переконатися, щоби юридична допомога з боку захисника за призначенням не була формальною. Згідно із практикою ЄСПЛ, саме на національні судові органи покладається контроль за тим, щоб захист не був формальним, безоплатна правова допомога, право на яку гарантує стаття 6 § 3 (с) ЄКПЛ, має бути “конкретною і дієвою”. Тобто, саме призначення безоплатного захисника ще не означає ефективність такої допомоги, оскільки адвокат *ex officio* може померти, тяжко захворіти, зіткнутись із тривалими перешкодами або ухилитись від виконання своїх обов’язків (рішення у справі *Artico v. Italy*, § 33 [3]). У разі заявлення обвинуваченим про відмову від захисника за призначенням у випадку, якщо захисник не може брати участь у справі внаслідок зазначених причин, суд повинен ужити заходів щодо заміни такого захисника.

Далі поговоримо про те, чи можливі інші випадки припинення участі захисника в справі, крім відмови або заміни? Згідно з ч. 2 ст. 54 КПК, відмова від захисника або його заміна повинна відбуватися виключно в присутності захисника після надання можливості для конфіденційного спілкування. На практиці зустрічаються випадки, коли на стадії судового провадження захисники припиняють участь у справі внаслідок розірвання договору, укладеного з клієнтом, або закінчення строку його дії. Таких випадків КПК не регулює. Нерідко у таких випадках не піднімається питання про можливість конфіденційного спілкування та про присутність захисника в судовому засіданні, фіксування його виходу зі справи. Захисники зазвичай повідомляють суд письмово про розірвання або закінчення договору, або відповідне повідомлення здійснюється обвинуваченим із зазначенням про те, що він залучив або має намір залучити іншого захисника, або клопотанням про призначення йому захисника за рахунок держави. В окремих випадках захисник просто “зникає” зі справи.

Наведені випадки, безперечно, належать до сфери договірних відносин із клієнтом, і торкаються етичного аспекту адвокатської діяльності (чи має адвокат етичний обов’язок захисту клієнта до завершення розгляду справи, якщо, ймовірно, припинення договірних відносин тягне за собою порушення права на розгляд справи протягом розумного строку?). З позицій кримінального процесуального права для суду важливо забезпечити право на захист, в т.ч. можливість мати достатні засоби для підготовки до захисту. На нашу думку, подібні ситуації мають бути врегульовані в КПК, наприклад, передбачено, що вихід захисника зі справи внаслідок припинення договірних відносин із клієнтом відбувається на тих же умовах, що передбачено ч. 2 ст. 54 КПК. Тобто в присутності захисника після надання можливості конфіденційного спілкування. Відповідна обставина буде зафіксована в журналі судового засідання, і суд матиме можливість переконатися, що порушення права на захист не відбувається (зокрема, відсутній примус до розірвання договору). Також ч. 2 ст. 54 КПК, в якій йдеться про відображення в протоколі факту відмови від захисника або його заміни, слід додати можливість відображення відмови в журналі судового засідання (оскільки в судовому провадженні ведеться саме журнал, а не протокол).

На практиці також існує дискусія про те, чи повинен суд виносити ухвалу (принаймні, усну) про прийняття відмови від захисника або про його заміну. На сьогодні, як видно з наведеного вище, КПК не передбачає винесення такої ухвали. Водночас у тому випадку, коли йдеться про заміну захисника шляхом призначення безоплатного захисника, виноситься письмова ухвала суду. Також КПК не передбачено винесення ухвали в разі, коли відмова від захисника судом не приймається. Однак убачається, що суд має винести таку ухвалу для того, щоб належним чином мотивувати таку відмову.

Виникають питання щодо ознайомлення нового захисника (після його заміни) із ма-

теріалами досудового розслідування, що були раніше розкриті стороні захисту в порядку ст. 290 КПК. Як правило, в разі заявлення новим захисником такого клопотання, суди відкладають судовий розгляд або підготовче судове засідання, надаючи певний час для ознайомлення, залежно від обсягу справи. З урахуванням рішення ЄСПА у справі Rook v. Germany (§73) [4], достатній час для ознайомлення зі справою не обов'язково має бути надано до початку судового провадження, але до його закінчення. Відповідно, протягом судового розгляду захисник може продовжувати ознайомлення зі справою. Звісно, якщо докази перебувають у сторони обвинувачення, загальна мета забезпечення справедливості судового розгляду вимагає, щоби сторона обвинувачення надавала повторну можливість стороні захисту (новому захиснику) ознайомитись із ними. Суд повинен сприяти стороні захисту в ознайомленні з матеріалами справи для того, щоби була забезпечена можливість мати належні час та засоби для підготовки захисту.

Список використаних джерел

1. Case of Croissant v. Germany, №13611/88, Judgement, 25 September 1992. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57736>
2. Case of Lagerblom v. Sweden №26891/95, Judgement, 14 January 2003. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60884>
3. Case of Artico v. Italy, №6694/74, Judgement, 13 May 1980. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57424>
4. Case of Rook v. Germany, №1586/15, Judgement, 25 July 2019. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194614>

Євген КРУК,
заступник Голови Вищого антикорупційного суду

НЕЯВКА ЗАХИСНИКА ТА ПРОКУРОРА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ВІДКЛАСТИ РОЗГЛЯД СПРАВИ – НЕ МОЖЛИВО СЛУХАТИ ЧИ ВІДКЛАСТИ РОЗГЛЯД НЕ МОЖЛИВО – СЛУХАТИ

Досить дискусійним та водночас актуальним з точки зору розвитку правозастосовної практики є питання про визнання судом поважними причин неявки в судове засідання захисника та прокурора, а також правові наслідки такої неявки.

Отримавши вотум довіри від підзахисного адвокат не може ним нехтувати, оскільки від його дій без перебільшення залежить доля людини. Окрім того, як професійний правник, адвокат повинен усвідомлювати значимість своєчасного, повного та об'єктивного розгляду

судом справи, що залежить також і від добросовісного виконання ним своїх професійних обов'язків.

Щодо сторони обвинувачення – то підтримання в суді прокурором публічного обвинувачення є не просто посадовим обов'язком, це велика честь для прокурора. Як публічний обвинувач прокурор повинен бути взірцем законності для інших учасників процесу, а тому його неявка в судове засідання без поважних причин є більшим вираженням неповаги до закону та суду ніж неявка сторони захисту.

Стосовно причин неприбуття в судове засідання адвоката, то вважаю за доцільне зупинитись на окремих з них, а саме: участь в іншому судовому засіданні або слідчій дії; хвороба/погане самопочуття адвоката; відрадження; відпустка. Варто відмітити, що не залежно від того, якою є причина неможливості прибуття адвоката у судове засідання, вона повинна бути завчасно доведена до відома суду та підтверджена належними доказами.

Така підстава неявки адвоката як участь у іншому судовому засіданні може бути визнана поважною, якщо вирішення судом питання про дату та час судового засідання відбувалося без участі адвоката, а отже у нього відсутня можливість повідомити суд про зайнятість в іншому судовому засіданні. Однак, якщо адвокат був присутній при визначенні судом дати і часу судового засідання та не заперечував проти такого, то суд може в подальшому відмовити у визнанні поважними причин його неявки в судове засідання (подібного висновку дійшов Вищий антикорупційний суд (далі – ВАКС), ураховуючи зазначені та інші підстави під час розгляду справи № 757/7845/19-к [1].

При визначенні поважності причин неявки адвоката в судове засідання у зв'язку з його участю в іншому судовому процесі потрібно враховувати позицію Європейського суду з прав людини щодо «пріоритетності» справ, яка полягає в тому, що при визначенні пріоритетності справи слід виходити із пріоритетності саме для заявника (обвинуваченого), а не суспільних інтересів. У кримінальному провадженні це справи, де обвинувачений перебуває під вартою чи є неповнолітнім. Беззаперечно, що й цивільні, адміністративні, господарські справи також повинні бути розглянуті в розумні строки, але саме на захисника покладається обов'язок довести пріоритетність однієї справи над іншою.

Якщо адвокат не може прибути в судове засідання у зв'язку з необхідністю участі в слідчій дії, про яку заздалегідь йому не було відомо, він повинен надати суду докази підтвердження проведення відповідної дії, а в подальшому – і доказ своєї участі в такій дії, оскільки у випадку їх ненадання суд не матиме підстав для визнання причини неявки поважними (подібного висновку дійшла Апеляційна палата ВАКС (далі – АП ВАКС) під час розгляду справи № 991/5088/20) [2].

Непоодинокими є випадки, коли захист обвинуваченого забезпечує не один, а група адвокатів, при цьому один з них не може з'явитись до суду з поважних причин, а інші адвокати наполягають на відкладенні розгляду справи або ж взагалі не з'являються в засідання.

Розглядаючи один із таких випадків (у справі № 991/2608/20) АП ВАКС звернула увагу, що про неможливість прийняти участь в судовому засіданні заявили лише двоє із шести адвокатів, при цьому суду не було надано доказів неможливості такої участі інших чотирьох адвокатів, у зв'язку з чим суд визнав неповажними причини їх неявки [3].

Ще одним аргументом на користь того, що такі неявки адвокатів можуть бути визнані неповажними є те, що практично всі без виключення справи у ВАКС розглядаються протягом

тривалого часу. Навіть, якщо хтось із захисників не мав можливості висловитися з приводу того чи іншого доказу, то суд може продовжити дослідження такого доказу та роз'яснити, що сторона до кінця судового розгляду не позбавлена права надати відповідні пояснення. У рішенні Європейського суду з прав людини в справі *Rook v. Germany* (заява № 1586/15) в пункті 73 Суд звернув увагу, що буде відсутнє порушення прав заявника, якщо до кінця судового розгляду було достатньо часу для дослідження матеріалів справи [4].

Іншою підставою неявки в судове засідання захисника, яка може бути оцінена судом як поважна, є хвороба або погане самопочуття.

Практика ВАКС з цього питання ще до кінця не сформована, але у таких випадках варто враховувати, чи було звернення адвоката до лікаря обумовлено раптовим погіршенням стану здоров'я чи заздалегідь заплановане; який висновок лікаря надано адвокату; чи зловживав раніше адвокат процесуальними правами. Суд не володіє спеціальними знаннями в галузі медицини, а тому в ряді випадків позбавлений можливості оцінити, чи унеможливає та чи інша хвороба участь адвоката в судовому засіданні. Таким чином, доведення переконливості того чи іншого доказу покладається саме на захисника.

Поважність такої причини неприбуття адвоката в судове засідання як його перебування у відрядженні в кожному конкретному випадку досліджується судом на підставі оцінки наданих адвокатом доказів. Однак, вважаю за доцільне відмітити, що у випадку, коли відповідне відрядження було заздалегідь унесене до робочого плану адвоката, то він міг завчасно подати до суду клопотання із відповідними доказами поважності неприбуття у судове засідання. Якщо ж необхідність у відрядженні виникла терміново, то аргументом на користь поважності причин неявки адвоката будуть докази дійсного перебування у відрядженні та результати виконання робочих завдань, які стали підставою для відрядження. При цьому судом буде враховуватися пріоритетність завдань захисника з урахуванням підходу Європейського суду з прав людини, як це вже згадувалось вище.

Одним з чи не найбільш дискусійних питань є визнання поважними причин неявки через перебування його у відпустці. Якщо неявка адвоката обумовлена, наприклад, перебуванням у щорічній довготривалій відпустці, яку адвокат планував заздалегідь, а отже міг завчасно поінформувати і поінформував суд про неможливість прибути в судове засідання, то такі обставини свідчать на користь поважності причин неявки адвоката в судове засідання. Однак, зовсім по-іншому суд оцінює поважність неявки адвоката у зв'язку з короткотривалою відпусткою, яка може бути оформлена адвокатом напередодні судового засідання виключно з метою затягування розгляду справи.

Що стосується неявки прокурора, то підхід в оцінці поважності причин такої є інший, ніж стосовно неявки адвоката, в силу того, що свої повноваження щодо підтримання публічного обвинувачення прокурор не може делегувати іншим органам чи посадовим особам. Він повинен реалізувати їх особисто і в повному обсязі, що зумовлюється вимогами незмінюваності прокурора у провадженні.

Тому прокурор значно обмеженіший в можливостях з поважних підстав не з'явитись у судове засідання. Обмежений в застосуванні до прокурора заходів, пов'язаних з його неприбуттям в судове засідання без поважних причин, і суд наділений лише правом на порушення питання про відповідальність прокурора перед органом, уповноваженим притягати прокурорів дисциплінарної відповідальності.

У практиці ВАКС були випадки, коли розгляд справ відкладався через відпустки про-

курорів, які входили до відповідної групи прокурорів. При цьому, заявляючи клопотання про перебування частини прокурорів у відпустці, не надавалися докази, щодо неможливості прибути в судові засідання інших прокурорів групи. Зрозуміло, що такі причини не можуть бути визнані судом поважними. Отже, поважними причинами неявки сторони обвинувачення будуть в тому випадку, кожен прокурор групи підтвердить належними доказами неможливість прийняти участь в судовому засіданні.

Ураховуючи викладене, наголошую, що відсутній універсальний механізм визначення поважності причин неявки учасників судового провадження, в кожному конкретному випадку суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінює кожний доказ поважності неприбуття адвоката чи прокурора в судові засідання з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Список використаних джерел:

1. Ухвала Вищого антикорупційного суду від 23 липня 2020 року у справі № 757/7845/19-к // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90640485>.
2. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 03 липня 2020 року у справі № 991/5088/20 // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/90253392>.
3. Ухвала Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду від 26 серпня 2020 року у справі № 991/2608/20 // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91164945>.
4. Рішення Європейського суду з прав людини в справі Rook v. Germany (заява № 1586/15) від 25 липня 2019 року // [Електронний ресурс]. Режим доступу: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%20%22document%22%2C%22itemid%22%3A%20%22001-194614%22%7D>.

Віра МИХАЙЛЕНКО,
суддя Вищого антикорупційного суду
кандидат юридичних наук

ПИТАННЯ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ПРИ ОСКАРЖЕННІ БЕЗДІЯЛЬНОСТІ ЩОДО ВНЕСЕННЯ ВІДОМОСТЕЙ ДО ЄСДР

Ідеї перешкоджання приховуванню кримінальних правопорушень, недопущення необґрунтованої відмови у порушенні кримінальних справ та захисту прав потерпілих від злочинів у 2012 році зумовили зміну підходів до початку досудового розслідування. Це

призвело до того, що в сучасних умовах правозастосування порушення кримінального провадження стає все більше популярним не з тією метою, яка визначально вкладається в його модернізацію. За допомогою внесення відомостей до ЄРДР відбувається боротьба з конкурентами, «врегулюються» невдалі господарські відносини, блокується діяльність суб'єктів господарювання (в тому числі з метою отримання грошових коштів за припинення кримінально-процесуального тиску). Положення статті 214 КПК України також активно використовується активістами і псевдоактивістами для порушення кримінальних проваджень з будь-яких приводів, а певні особи вбачають у внесенні в ЄРДР реалізацію своєї місії рятівника світу. Зміст заяв та повідомлень, бездіяльність щодо внесення відомостей з яких до ЄРДР є предметом оскарження на підставі п.1 ч. 1 ст. 303 КПК України, нерідко зводиться до незгоди з судовими рішеннями або з процесуальними рішеннями в рамках кримінального провадження, стосується невиконання договірних зобов'язань, оскарження управлінських рішень керівників, необхідності перевірки «підозрілих» осіб тощо.

У світлі нормативного закріплення і складеної практики, пов'язаної з реалізацією положень ст. 214 КПК України, актуальність з 2012 року набули два питання:

1. Чи мають бути внесені до Єдиного реєстру досудових розслідувань відомості із всіх без виключення заяв і повідомлень про вчинення кримінальних правопорушень?
2. Чи має невнесення відомостей бути предметом судового контролю з урахуванням самої функції слідчого судді у кримінальному провадженні?

Стаття 214 КПК України визначає, що слідчий, дізнавач, прокурор невідкладно, але не пізніше 24 годин після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення або після самостійного виявлення ним з будь-якого джерела обставин, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, зобов'язаний внести відповідні відомості до Єдиного реєстру досудових розслідувань і розпочати розслідування. Ця норма містить два ключових положення:

1. строк, протягом якого мають бути внесені відомості - *невідкладно, але не пізніше 24 годин* після подання заяви, повідомлення про вчинене кримінальне правопорушення;
2. зміст заяви, повідомлення – вони мають свідчити *про вчинення кримінального правопорушення*.

Разом з тим, на підставі ст. 25 КПК України проголошено засаду публічності. Прокурор, слідчий зобов'язані в межах своєї компетенції розпочати досудове розслідування в разі надходження заяви (повідомлення) *про вчинення кримінального правопорушення*, а також вжити всіх передбачених законом заходів для встановлення події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила. З вказаними нормами кореспондується вимога п. 4, 5 ч. 5 ст. 214 КПК України, у відповідності до якої до Єдиного реєстру досудових розслідувань вноситься, зокрема, короткий виклад обставин, що можуть *свідчити про вчинення кримінального правопорушення*, наведених потерпілим, заявником, та попередню правову кваліфікацію кримінального правопорушення з зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність.

За такого нормативного закріплення позиція щодо автоматичної реєстрації відомостей по всім заявам і повідомленням, які надходять до слідчого, прокурора, дізнавача для порушення кримінального провадження, є помилковою, адже сама норма містить вимогу наявності відомостей про кримінальне правопорушення. Отже, в чинній редакції ч. 1 ст. 214 КПК

України проблема при внесенні відомостей до ЄРДР і оскарженні відповідної бездіяльності полягає в площині таумачення змісту заяв і повідомлень про вчинення кримінального правопорушення і вибіркового застосування використаних нормативних формулювань.

Таким чином, бездіяльність, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань після отримання заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення, може мати місце лише у разі:

- надходження заяви, повідомлення про вчинення кримінального правопорушення до суб'єкта, який наділений відповідними повноваженнями вносити дані до ЄРДР. Відповідно до ч. 4 ст. 214 КПК України слідчий, прокурор, інша службова особа, уповноважена на прийняття та реєстрацію заяв і повідомлень про кримінальні правопорушення, зобов'язані прийняти та зареєструвати таку заяву чи повідомлення. Слід окремо наголосити, що обов'язок *зареєструвати заяву* не означає обов'язку *зареєструвати відомості із цієї заяви в Єдиному реєстрі досудових розслідувань*. В контексті надходження заяви до уповноваженого суб'єкта також доцільно зазначити, що на початковому етапі кримінального провадження розмежування підслідності є досить умовним. Про це свідчить, зокрема, ч.2 ст. 218 КПК України - якщо слідчому із заяви, повідомлення стало відомо про обставини, які можуть свідчити про кримінальне правопорушення, розслідування якого не віднесене до його компетенції, він проводить розслідування доти, доки прокурор не визначить іншу підслідність;
- наявність в заяві, повідомленні інформації, яка може свідчити про вчинення кримінального правопорушення. Тут мова йде про наявність *ознак кримінального правопорушення*. Слід одразу оговоритися, що поняття «ознаки кримінального правопорушення» не тотожне поняттю «склад злочину». Тому невірно відмовляти у внесенні відомостей до ЄРДР за заявою особи з посиланням на відсутність ознак складу злочину. Відповідно до ч. 1 ст. 11 Кримінального кодексу України кримінальним правопорушенням є передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом кримінального правопорушення. Щодо обсягу та змісту інформації про кримінальне правопорушення слід погодитися з Лобойком Л.М., що обставинами, які можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення, є не що інше, як ознаки кримінального правопорушення та ознаки складу такого правопорушення. Для початку досудового розслідування достатньою є мінімально необхідна кількість таких ознак: суспільна небезпечність і протиправність (ознаки правопорушення) та об'єкт і об'єктивна сторона (ознаки складу правопорушення)⁴³[1, с. 89]. Разом з тим, *відомостями про кримінальне правопорушення* можна вважати інформацію про подію, яка може бути предметом кримінально-правової оцінки, або про діяння, яке виглядає як суспільно-небезпечне і протиправне.
- невнесення відомостей за заявою, повідомленням, які надійшли уповноваженому суб'єкту і *містять ознаки кримінального правопорушення*, протягом 24 годин. При чому заява чи повідомлення про кримінальне правопорушення вважаються поданими з моменту попередження особи про кримінальну відповідальність (за винятком випадків, коли таке попередження неможливо зробити з об'єктивних причин: надходження заяви, повідомлення поштою, іншим засобом зв'язку, неприйнятний

43 Лобойко Л.М. Актуальні проблеми визначення підстав і моменту початку досудового розслідування. Вісник кримінального судочинства. - № 1/2015. С.87-92

стан заявника, відрядження тощо). У випадку надходження заяви, повідомлення поштою, іншим засобом зв'язку, строк обчислюється з моменту надходження заяви слідчому, прокурору⁴⁴) [2].

За таких умов по першому питанню можна зробити висновок, що реєстрація відомостей в ЄРДР не є автоматичною, а зміст заяв і повідомлень про вчинення кримінального правопорушення має первісно перевірятися на предмет наявності в них відомостей, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення. Законодавець надає на таку перевірку 24 години, протягом яких здійснюється внесення відомостей до реєстру. Лише на ті заяви і повідомлення, із змісту яких вбачається наявність ознак кримінального правопорушення, має бути відповідне кримінальне процесуальне реагування у виді початку досудового розслідування.

Що стосується судового контролю над бездіяльністю, яка полягає у невнесенні відомостей до ЄРДР, то це питання видається досить дискусійним з огляду на саму функцію слідчого судді у кримінальному провадженні. Так, відповідно до п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК України слідчий суддя - суддя суду першої інстанції, до повноважень якого належить здійснення у порядку, передбаченому цим Кодексом, *судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні*.

Таким чином, логічним вбачається оскарження бездіяльності щодо внесення відомостей до ЄРДР, якщо відповідна заява подається потенційним потерпілим (особою, яка стверджує про завдання їй певним діянням моральної, фізичної або майнової шкоди). В цьому аспекті невнесення відомостей до ЄРДР може становити втручання у права заявника, тому інститут судового контролю абсолютно обґрунтовано поширюється і на такі випадки. Інше питання, коли заява очевидно не містить відомостей про вчинення кримінального правопорушення, а в світлі викладених в ній відомостей не вбачається зв'язку з правами, свободами та інтересами у кримінальному провадженні, які можуть попадати під контроль слідчого судді. Отже, відмежування першого випадку від другого, і, відповідно, визначення наявності підстав внесення відомостей до ЄРДР, якщо уповноважений суб'єкт в цьому питанні допустив бездіяльність, має здійснюватися незалежним суб'єктом, яким у національній системі кримінального судочинства як раз і виступає слідчий суддя. За таких обставини розгляд скарг на бездіяльність, яка полягає у невнесенні відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань після отримання заяви чи повідомлення про кримінальне правопорушення, обумовлює необхідність дослідження самої заяви, повідомлення на предмет наявності в них ознак кримінального правопорушення як підстави для початку досудового розслідування. Враховуючи повноваження слідчого судді, визначені ч. 2 ст. 307 КПК України, слідчий суддя має повноваження задовольнити скаргу на бездіяльність і зобов'язати внести відомості із заяви до ЄРДР за наявності в ній відомостей про вчинення кримінального правопорушення, або відмовити у її задоволенні у випадку, якщо така інформація в ній відсутня. В іншому випадку, слідчий суддя виконував би абсолютно формальну функцію судового примусу уповноважених осіб вносити до реєстру всі без виключення заяви і повідомлення, які ними отримуються.

⁴⁴ Лист Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 09.11.2012 № 1640/0/4-12 « Про деякі питання порядку оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування»

Список використаних джерел:

1. Лобойко Л. М. Актуальні проблеми визначення підстав і моменту початку досудового розслідування / Л.М. Лобойко // Вісник кримінального судочинства. - № 1-2015. С.87-92
2. Лист Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних і кримінальних справ від 09.11.2012 № 1640/0/4-12 «Про деякі питання порядку оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування»

Дмитро МИХАЙЛЕНКО,
суддя Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду
доктор юридичних наук, доцент

АПЕЛЯЦІЙНИЙ ПЕРЕГЛЯД СУДОВИХ РІШЕНЬ ПРО ЗАСТОСУВАННЯ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ

За перший рік роботи (з 05.09.2019 по 05.09.2020) у провадженні Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду перебувало 1265 апеляційних скарг, клопотань та подань про визначення підсудності, заяв. При цьому було розглянуто 976 апеляційних скарг на ухвали слідчих суддів.

Судова практика щодо застосування запобіжних заходів займає центральне місце в діяльності суду апеляційної інстанції на стадії досудового розслідування. Зазначене зумовлене декількома факторами: (1) запобіжні заходи найбільшим чином у порівнянні із іншими кримінально-процесуальними заходами здатні обмежити права людини на стадії досудового розслідування; (2) застосування запобіжного заходу передбачає вирішення широкого спектру питань факту та права, зокрема, оцінки достатності доказів за різними стандартами доказування щодо різних питань факту (підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, наявності ризиків, які дають достатні підстави вважати, що особа може перешкоджати кримінальному провадженню, недостатності застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризикам), необхідності врахування значної кількості обставин у сукупності (стаття 178 КПК) тощо; (3) запобіжні заходи характеризуються значними відмінностями один від одного, що впливає на порядок їх застосування та номенклатуру питань, які при цьому вирішуються; (4) застосування більшості запобіжних заходів відкриває право на доступ до судового контролю через апеляційний перегляд рішення слідчого судді; (5) скороченими термінами розгляду апеляційних скарг (три дні) тощо.

Особливістю апеляційного перегляду судових рішень про застосування запобіжних заходів Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду є те, що значна частина матеріалів за такими скаргами стосується складних корупційних злочинів та є дуже об'ємними.

Для суддів Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду характерним є слідування

своїй попередній практиці, тобто одні і ті ж самі правові питання вирішуються конкретним суддею однаково у кожній справі. При цьому судові рішення детально мотивуються, що якраз і є необхідною умовою формування та подальшого слідування судовій практиці. Зазначене сприяє формуванню недискримінаційного ставлення, правової визначеності, правової передбачуваності і послідовності в судовій практиці Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду.

У перший рік процесуальної діяльності Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду (далі також – АП ВАКС) було сформовано ряд нових підходів чи розвинуто існуючі практики щодо застосування запобіжних заходів. Метою цієї публікації є висвітлення зазначених підходів.

Було введено в судову практику категорію *рівень обґрунтованості підозри* при застосуванні запобіжних заходів.

Рівень обґрунтованості, доведеності підозри має корелювати зі ступенем обмеження прав і свобод підозрюваного, що випливають (можуть бути пов'язані) із прийняття відповідного процесуального рішення (вчинення процесуальної дії): чим більшим є втручання в права, свободи і законні інтереси людини, тим більшою має бути «вага» і «якість» доказів, якими обґрунтовується її причетність до скоєння відповідного кримінального правопорушення. При цьому стандарти доказування (переконання) поступово зростають з перебігом ефективного розслідування та потребують більш глибокого обґрунтування, що повного мірою узгоджується із об'єктивним розширенням можливостей сторони обвинувачення в цьому напрямку⁴⁵. Зазначене, зокрема, пов'язане із обов'язком слідчого судді, суду при вирішенні питання про обрання запобіжного заходу на підставі наданих сторонами кримінального провадження матеріалів оцінити в сукупності всі обставини, у тому числі вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним кримінального правопорушення (пункт 1 частини 1 статті 178 КПК) та вагомість наявних доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини (пункт 11 частини 1 статті 178 КПК).

Визначені *стандарти доказування (переконання)*, які використовуються при застосуванні запобіжних заходів.

Стандарт *«достатніх підстав (доказів)»* для мети повідомлення особі про підозру є нижчим ніж стандарт *«обґрунтованої підозри»*, адже останній згідно до пункту 1 частини 3 статті 132 КПК використовується для обґрунтування необхідності значно серйознішого обмеження прав, свобод і законних інтересів людини через, зокрема, застосування заходів забезпечення кримінального провадження та не зумовлює наділення підозрюваного додатковими правами. Для цілей повідомлення особі про підозру він передбачає наявність доказів, які лише об'єктивно зв'язують підозрюваного з певним кримінальним правопорушенням (демонструють причетність до його вчинення) і вони є достатніми, щоб виправдати подальше розслідування для висунення обвинувачення або спростування такої підозри⁴⁶.

При встановленні ризиків, передбачених статтею 177 КПК, суд використовує *стандарт доказування «обґрунтованої ймовірності»* щодо реальної можливості здійснення підозрюваним зазначених у цій статті дій в майбутньому, при цьому враховує рівень обґрунтованості підозри. Ризики, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний

45 Ухвали АП ВАКС у справі № 991/2074/19 від 05.12.2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86267357>; від 10.12.2019, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86466245>.

46 Ухвала АП ВАКС від 03.10.2019 у справі № 760/24486/19, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84766483>.

може здійснити спробу протидії кримінальному провадженню у формах, що передбачені частиною 1 статті 177 КПК, слід вважати наявними за умови встановлення обґрунтованої ймовірності можливості здійснення підозрюваним зазначених дій. При цьому КПК не вимагає доказів того, що підозрюваний обов'язково (поза всяким сумнівом) здійснюватиме відповідні дії, однак вимагає доказів того, що він має реальну можливість їх здійснити у конкретному кримінальному провадженні в майбутньому.

Суд також враховує, що вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним кримінального правопорушення як обставина, яка впливає на вибір слідчим суддею, судом виду запобіжного заходу (пункт 1 частини 1 статті 178 КПК), має опосередкований вплив й на оцінку рівня ймовірності вчинення підозрюваним тих чи інших дій, які кваліфікуються як ризики за статтею 177 КПК. Чим меншою є вагомість зібраних у доказів на підтвердження обґрунтованої підозри та чим нижчим є рівень її обґрунтованості, тим меншою є вірогідність незаконного втручання підозрюваною особою у хід досудового розслідування чи переховування її від правосуддя, і навпаки⁴⁷.

Розроблено та впроваджено правило, за яким можуть бути **визнані докази недопустимими при визначенні обґрунтованості підозри на стадії досудового розслідування**.

На стадії досудового розслідування визнання доказів слідчим суддею, судом недопустимими можливе лише у випадках, коли: (1) такі докази, отримані внаслідок істотного та очевидного порушення прав та свобод людини і (2) їх недопустимість обумовлена такими обставинами, які у будь-якому випадку не можуть бути усунуті в ході подальшого розслідування чи судового розгляду або шляхом надання додаткових матеріалів, які вже є у розпорядженні сторони кримінального провадження, тобто висновок про недопустимість відповідного доказу є категоричним навіть із врахуванням відповідних особливостей стадії досудового розслідування⁴⁸.

Систематизовано критерії, які впливають на **визначення розміру застави**.

Положення КПК та практика Європейського суду з прав людини орієнтують на такі критерії, які слід врахувати при визначенні розміру застави: (1) обставини кримінального правопорушення; (2) особливий характер справи; (3) майновий стан підозрюваного; (4) його сімейний стан, у тому числі матеріальне становище близьких осіб; (5) масштаб його фінансових операцій; (6) даних про особу підозрюваного; (7) встановлені ризики, передбачені статтею 177 КПК; (8) «професійне середовище» підозрюваного; (9) помірність обраного розміру застави та можливість її виконання, а також за певних обставин (10) шкода, завдана кримінальним правопорушенням. З одного боку, розмір застави повинен бути таким, щоб загроза її втрати утримувала б підозрюваного від намірів та спроб порушити покладені на нього обов'язки, а з іншого не має бути таким, щоб через очевидну неможливість виконання умов цього запобіжного заходу це фактично призвело б до подальшого його ув'язнення, яке

47 Ухвали АП ВАКС від 05.12.2019 у справі № 991/2074/19, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86267357>; від 10.12.2019 у справі № 991/2074/19, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86466245>; від 07.11.2019 у справі № 991/908/19, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85478722>; від 21.11.2019 у справі № 991/1463/19, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85896916>; від 06.02.2020 у справі № 991/590/20, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87548231>; від 30.01.2020 у справі № 991/425/20, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87333153>; від 31.01.2020 у справі № 991/591/20, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87333288>.

48 Ухвали АП ВАКС від 30.01.2020 у справі № 991/425/20, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87333153>; від 31.01.2020 у справі № 991/591/20, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87333288>.

в останньому випадку перетворилося б на безальтернативне⁴⁹.

З плином часу у зв'язку зі зміною обставин, що враховувались при визначенні первинного розміру застави, та тривалим невнесенням застави, визначеної ухвалою про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, розмір застави може підлягати зміні⁵⁰.

Розмір застави як самостійного запобіжного заходу чи альтернативного тримання під вартою не може перевищувати обґрунтований у клопотанні прокурором розмір застави. За умови відсутності в законі формальних вимог щодо обмеження позицією прокурора (у разі її висловлення на засадах диспозитивності) у клопотанні про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою стосовно обґрунтованого прокурором розміру застави як альтернативи тримання під вартою, слідчий суддя при виконанні обов'язку, передбаченого частиною 3 статті 183 КПК, не може встановити розмір застави більш обтяжливий, ніж той, про який просить прокурор, в тому числі у випадку відмови в задоволенні клопотання про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою і обранні більш м'якого запобіжного заходу у вигляді застави⁵¹.

Подання апеляційної скарги на ухвалу слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді застави не впливає на необхідність її безумовного виконання, в тому числі в частині внесення грошових коштів та на розгляд по суті слідчим суддею клопотання про зміну запобіжного заходу в разі невнесення грошових коштів як застави. Внесення грошових коштів є невід'ємною складовою запобіжного заходу у вигляді застави. Саме цієї сумою грошових коштів забезпечується належна процесуальна поведінка підозрюваного. Без фактичного внесення грошових коштів заставка по суті зводиться до особистого зобов'язання, адже не забезпечується можливість застосування кримінально-процесуальної відповідальності у вигляді можливості звернення застави в дохід держави при порушенні її умов. За таких обставин заставка втрачає дієвість в розумінні частини 1 статті 182 КПК⁵².

Обґрунтовано та застосована підхід, за яким *звернення застави в дохід держави має бути пропорційним втручанням в права і свободи людини.*

Звернення застави в дохід держави в порядку частини 8 статті 182 КПК має відбуватися з урахуванням вимоги пропорційного втручання у права і свободи особи, встановленої пунктом 2 частини 3 статті 132 КПК. Звернення застави в дохід держави на підставі частини 8 статті 182 КПК передбачає дотримання вимог Конституції України та КПК щодо принципу верховенства права, статті 6 Конвенції та статті 1 Протоколу № 1 до Конвенції, які для цього випадку встановлюють необхідність дотримання принципу пропорційності [звернення застави у дохід держави (1) повинно спрямовуватися на досягнення легітимної мети та (2) бути співмірним з нею, а (3) сам розмір стягнутої застави має бути пропорційним з огляду на порушення умов застави під час кримінального провадження, тобто таке звернення повинно призвести до справедливого балансу між вимогами суспільного інтересу та вимогами дотримання права

49 Ухвали АП ВАКС від 22.10.2019 по справі № 760/25235/19, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85160492>; від 07.11.2019 по справі № 991/908/19, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85478722>; від 24.02.2020 по справі № 991/981/20, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88118279>; від 30.01.2020 по справі № 991/425/20, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87333153>.

50 Ухвала АП ВАКС від 02.06.2020 по справі № 991/3685/20, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/896201>.

51 Ухвала АП ВАКС від 07.11.2019 по справі № 991/908/19, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85478722>.

52 Ухвала АП ВАКС від 30.04.2020 по справі № 991/3051/20, <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89057803>.

на мирне володіння майном]. Дотримання принципу пропорційності при зверненні застави в дохід держави передбачає диференціацію негативних наслідків у вигляді повного чи часткового звернення в дохід держави грошових коштів, внесених в якості застави як запобіжного заходу, при порушенні умов звільнення під заставу, залежно від (1) характеристик порушення підозрюваним (обвинуваченим) покладених на нього обов'язків (тривалості, інтенсивності, повторності, ступеню і форми вини, кількість порушених обов'язків, негативних наслідків для кримінального провадження, що настали чи могли настати від такого порушення тощо) та (2) мети, заради досягнення якої застосовувались відповідні обов'язки⁵³.

У практиці Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду залишилося декілька складних питань щодо застосування норм процесуального законодавства на досудовому розслідуванні, які застосовуються суддями не одностайного та знаходяться в процесі знаходження оптимального і стабільно підходу до їх вирішення.

Іван СТАРОСТА,
адвокат, партнер адвокатського об'єднання
«Клочков та партнери»

ПРОБЛЕМИ РОЗГЛЯДУ СКАРГ НА РІШЕННЯ, ДІЇ ЧИ БЕЗДІЯЛЬНІСТЬ СЛІДЧОГО, ПРОКУРОРА У ПІДГОТОВЧОМУ СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ

Право на оскарження рішень, дій чи бездіяльності слідчого та прокурора є одним із фундаментальних гарантій захисту прав та свобод громадян. Порушення прав та свобод осіб із боку органів, що здійснюють досудове розслідування є поширеним явищем, а відтак судовий контроль в кримінальному провадженні є надзвичайно важливим.

Така процесуальна проблема, як розгляд скарг на рішення, дії чи бездіяльність слідчого чи прокурора у підготовчому судовому засіданні вже актуальна досить давно і Вищий антикорупційний суд України у своїй діяльності не взяв ініціативи її практичного вирішення.

Процесуальне право сторони захисту на оскарження рішень, дій та бездіяльності слідчого та прокурора, які не можуть бути оскаржені під час досудового розслідування та, в силу ч.2 ст. 303 КПК, можуть бути предметом розгляду під час підготовчого провадження у суді згідно з правилами статей 314-316 цього Кодексу на практиці так і залишається лише правом, без надії на будь-який результат від його реалізації.

Так, процесуальною реакцією колегією суддів ВАКСу на скарги сторони захисту, подані у підготовчому засіданні в порядку, передбаченому ч.2 ст. 303 КПК стає відмова у їх задо-

53 Ухвали АПВАКС від 29.04.2020 по справі № 991/2529/20, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89057802>; від 29.04.2020 по справі № 991/2890/20, <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89057808>.

воленні. За твердження суду: «статті 314-316 КПК України, не передбачають можливості суду реагувати на такі скарги учасників судового розгляду».

Однак, такий підхід суду до вирішення подібних скарг є хибним та не відповідає процесуальному закону.

Відповідно до аналітичного аналізу положення ст. 303 КПК, можна дійти висновку, що дана стаття передбачає можливість оскаржити фактично будь-яке рішення, дію чи бездіяльність слідчого, дізнавача чи прокурора, яке приймається чи вчиняється останніми. При цьому, законодавець чітко розмежував, який перелік рішень, дій чи бездіяльності можна оскаржити до слідчого судді на стадії досудового розслідування, а всі решта – відніс до компетенції суду на стадію підготовчого провадження.

Дійсно, частина 2 ст. 303 КПК України відсилає нас до «правил статей 314-316 КПК», якими законодавець унормував порядок здійснення підготовчого провадження.

У свою чергу, стаття 315 КПК України, а саме, її частина друга, містить перелік дій, які суд здійснює з метою підготовки до судового розгляду. І от останній п'ятий пункт частини 2 ст. 315 КПК України містить таке формулювання: «вчиняє (суд) інші дії, необхідні для підготовки до судового розгляду». Так, вищезгадане твердження «інші дії», на глибоке переконання, не є обмеженим обсягом дій, а включає будь-які процесуальні дії, що необхідні для всебічності та ретельності підготовки до судового розгляду. Підставою для такого твердження є той факт, що ефективність підготовчого провадження і продуктивність усіх наступних стадій кримінального провадження значною мірою залежить від повноти підготовки судового розгляду.

Стаття 369 КПК України допомагає в цьому та говорить, що, судові рішення, у якому слідчий суддя, суд вирішує інші питання (ніж вирішення обвинувачення по суті), викладається у формі ухвали.

Якщо виходити із того, що процесом сам порядок розгляду скарг не врегульований, в такому випадку, очевидно, суд мав би не відмовляти у задоволенні, а мабуть, повертати без розгляду. Натомість, з одного боку – суд каже, що не передбачено, з іншого – відмовляє, тобто фактично розглядає по суті.

Варто зауважити, що розгляд скарг на підготовчому провадженні має вкрай важливе значення. Необхідність саме на цій стадії давати суду правову оцінку рішенням, діям чи бездіяльності слідчого чи прокурора, полягає в тому, що під час дослідження доказів та їх оцінки на предмет допустимості, суд не приймає жодних рішень щодо відповідності процесуальному закону будь яких рішень, дій чи бездіяльності слідчого чи прокурора в принципі, хоча й інколи опосередковано їх враховує.

Прийнявши рішення за результатом таких скарг в підготовчому судовому засіданні, в подальшому, на стадії дослідження доказів сторони обвинувачення, суду буде легше давати оцінку допустимості зібраних доказів.

ЗВОЛІКАННЯ ЧИ НЕ ЗВОЛІКАННЯ ПРИ ОЗНАЙОМЛЕННІ З МАТЕРІАЛАМИ, ДО ЯКИХ СТОРОНА ОБВИНУВАЧЕННЯ НАДАЛА ДОСТУП

Чи є механізм встановлення строку для ознайомлення покаранням для сторони чи діє з метою досягнення більшої мети?

Частиною 10 статті 290 Кримінального процесуального кодексу України передбачено можливість суду вирішити питання про встановлення строку для ознайомлення з матеріалами, у разі затягування чи зволікання з ознайомленням іншою стороною. Якщо суд встановлює такий строк, то особи, які є стороною, що зволікала, вважаються такими, що реалізували своє право на доступ до матеріалів.

Для прийняття рішення про те, чи було зволікання чи ні, необхідно ретельно оцінити суб'єктивні та об'єктивні фактори. Також при оцінці цього питання, є надзвичайно велика кількість аспектів та критеріїв, що підлягають оцінці й встановленню відповідно. Наприклад, чи можна стверджувати, що на тривалість ознайомлення з матеріалами впливає те, що підозрюваний перебуває у слідчому ізоляторі? Або чи є різниця, коли, наприклад, в обох випадках кримінальне провадження має 50 томів, але в одному з них розслідувався один епізод неправомірної вигоди, а в іншому — заволодіння ста мільйонами гривень з подальшою їх легалізацією через безліч підприємств за кордоном? Потрібно враховувати також, що на тривалість ознайомлення впливають також умови для ознайомлення. Навіть Європейський суд з прав людини у справі «Развозжаєв проти Росії та України та Удальцов проти Росії» зазначив, що тривалі переміщення особи з в'язниці в поганих умовах, зомовили перевезенню особи і унеможливили належне ознайомлення з матеріалами справи, подання клопотань та навіть можливість робити записи. Звісно, коли мова йде про строк ознайомлення, він має бути розумним, оскільки провадження, у цілому, має бути швидким і не затягнутим. Проте, швидкість провадження не може забезпечуватись за рахунок обмеження процесуальних прав сторін. Суд завжди має мати це на думці.

Крім того, при оцінці зволікання враховується звичайне навантаження адвоката. Суд повинен розуміти, що навантаження є різним, з урахуванням індивідуальних обставин. Очевидно, що це також впливає на можливість особи швидко ознайомитись з великим обсягом матеріалів по одній справі. Проте, ЄСПЛ зазначив, що не можна назвати необґрунтованою ситуацію, у якій адвоката зобов'язують змінити пріоритети роботи, якщо цього вимагає негайність розгляду конкретної справи.

Європейський суд з прав людини пов'язує можливість ознайомлюватись з матеріалами не лише з правом на захист, але й з іншими правами, передбаченими статтею 6 Конвенції. Так, справедливість судового процесу буде забезпечуватись у разі, якщо сторона захисту буде мати достатньо часу, щоби підготувати належний захист — це можливо лише після повного й ефективного ознайомлення з матеріалами досудового розслідування. Це також право на захист — ЄСПЛ стверджує, що в особи має бути достатньо часу, щоби ознайомитись

з матеріалами, і цього часу має бути достатньо для того, щоби мати можливість вплинути на результат провадження проти особи. Це також забезпечення змагальності сторін. Крім того, ЄСПЛ зазначає, що підписання протоколу ознайомлення з матеріалами досудового розслідування адвокатом не означає, що йому було надано достатньо часу для ознайомлення (документ незначної процесуальної ролі, Huseyn та інші проти Азербайджану, § 176)

Конституційний Суд України запозичив у своєму рішенні від 2012 року багато з принципів, встановлених ЄСПЛ. Зокрема, судді зазначили, що можливість ознайомлення є складовою права на захист. При цьому, вони звертають увагу на те, що таке право не є абсолютним, і що ознайомлення в межах розумних строків хоч і відповідає завданням кримінального судочинства, але при цьому вимагає від особи відповідальної поведінки.

Отже, що перевіряє суд при оцінці обставин на предмет зволікання. Одразу зроблю застереження, що цей перелік є невичерпним.

- Чи належно сторони відкрили матеріали для ознайомлення (орган досудового розслідування також може зловживати)
- Складність матеріалів, їх обсяг, кількість обвинувачених тощо
- Враховується поведінка учасників процесу, слід оцінювати у сукупності з будь-якими об'єктивними підставами для неможливості ознайомлення
- Визнання зволікання не означає, що запропонований детективом/прокурором строк є розумним
- Розумність будь-якого строку визначається відповідно до обставин конкретної справи (узгоджується з КСУ та ЄСПЛ).

Зазначений вище перелік є лише орієнтовним, і в залежності від обставин справи суд буде оцінювати їх у сукупності.

ДОДАТКИ

КОНЦЕПЦІЯ ПРОЕКТУ ЗАКОНУ ПРО ВИЩИЙ АНТИКОРУПЦІЙНИЙ СУД (ПРОЕКТ)

На загальноєвропейському рівні існує чіткий консенсус, що корупція становить серйозну загрозу верховенству права, демократії та правам людини, руйнує належне управління, нівелює соціальну справедливість, перешкоджає конкуренції та економічному розвитку та загрожує належному функціонуванню ринкової економіки, стабільності демократичних інститутів і моральним засадам суспільства⁵⁴.

Задля гарантування стабільності та ефективності демократичної системи, перед державою може постати необхідність запровадити такі заходи, які б забезпечували вказані цінності; це особливо актуально для України, оскільки в умовах переходу до ефективного демократичного урядування одним із найважливіших обов'язків держави є забезпечення довіри і упевненості громадян в державних інституціях, адже це є суттєвою передумовою демократичної стабільності⁵⁵.

Сьогодні в Україні триває процес розбудови мережі спеціалізованих антикорупційних органів. Разом з тим з огляду на процес перезавантаження судової системи, що триває, суди залишаються слабкою ланкою в сфері переслідування за корупційні діяння⁵⁶. Нинішній стан розгляду корупційних справ у загальних судах України характеризується низьким рівнем ефективності судової системи, в результаті чого розгляд корупційних справ не виправдано затягується, а особи, які вчинили тяжкі кримінально карані корупційні діяння, уникають відповідальності. Непоодинокі випадки прийняття судьями неправосудних рішень в результаті зовнішніх впливів, низької кваліфікації суддів, а також великої завантаженості суддів іншими справами.

Як вбачається, з метою підвищення ефективності переслідування і покарання за корупційні діяння Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року № 1402-VIII передбачено утворення Вищого антикорупційного суду як суду першої інстанції з розгляду окремих категорій справ, який здійснює правосуддя як суд першої інстанції у справах, визначених процесуальним законом, аналізує судову статистику, вивчає та узагальнює судову практику та здійснює інші повноваження, визначені законом (статті 31 та 32).

54 Див.: преамбули до Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією 1999 року (ратифікована Законом України № 252-V від 18.10.2006); Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією 1999 року (ратифікована Законом України № 2476-IV від 16.03.2005).

55 Див.: *Ždanoka v. Latvia* (2004), para. 100.

56 Слід зазначити, що питання визначення змісту поняття «корупційне правопорушення», «корупційне діяння» становить окрему проблему з огляду на положення чинних законодавчих актів, в тому числі чинних кодексів. Докл. див. підрозділ 2.1. цієї Концепції.

Пунктом 16 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону передбачено, що Вищий антикорупційний суд утворюється та проведення конкурсу на посади суддів у цьому суді має бути оголошено протягом дванадцяти місяців з дня набрання чинності законом, який визначає спеціальні вимоги до суддів цього суду.

Загалом судова система демократичної держави має бути здатною адекватно та ефективно забезпечувати розгляд корупційних справ, як кримінальних, так і адміністративних. Утворення спеціалізованих антикорупційних судів, як власне і спеціалізованих правоохоронних органів у сфері боротьби з корупцією, обґрунтовується у світовій практиці необхідністю, по-перше, виокремлення і убезпечення корупційних справ від корумпованої судової системи, по-друге, забезпечення ефективності судових проваджень у розумні строки, і по-третє, забезпечення наявності спеціальних знань і навичок у суддів, що розглядають такі справи, які зазвичай є досить комплексними і складними⁵⁷. Судова спеціалізація в такому контексті розглядається як інструмент забезпечення ефективності судового переслідування за корупційні діяння⁵⁸.

На даний момент спеціалізовані антикорупційні суди або спеціалізовані палати у вищих судах діють в 17 юрисдикціях світу (Афганістан, Бангладеш, Ботсвана, Болгарія, Бурунді, Камерун, Кенія, Індонезія, Малайзія, Непал, Пакистан, Палестина, Сенегал, Словаччина, Уганда, Філіппіни та Хорватія); в Мексиці, Танзанії та Таїланді такі судові установи тільки запроваджуються; в Папуа Новій Гвінеї за відсутності спеціалізованого антикорупційного суду запроваджені особливі процедури для судового розгляду корупційних справ, а в Бразилії на федеральному рівні утворені спеціальні суди для розгляду справ, що певною мірою пов'язані з корупцією, а саме фінансових злочинів та злочинів щодо відмивання грошей⁵⁹.

В контексті судової реформи, розпочатої внесенням змін до Конституції України та прийняттям Закону України «Про судоустрій і статус суддів», постає питання щодо доцільності запровадження судової спеціалізації в сфері боротьби з корупцією, адже судова реформа, у випадку належної реалізації, забезпечить функціонування судової гілки влади, що відповідає суспільним очікуванням щодо незалежного та справедливого суду, а також європейським цінностям та стандартам захисту прав людини.

Разом з тим необхідність забезпечення спеціальних знань і навичок суддів у розгляді корупційних справ, які є досить комплексними і складними, переконливо обґрунтовує рішення законодавця щодо необхідності утворення Вищого антикорупційного суду. Такий крок також має на меті імплементувати рекомендації провідних міжнародних організацій у сфері боротьби з корупцією. Так, Організація з економічного співробітництва та розвитку в 2015 році рекомендувала Україні розглянути питання утворення спеціалізованих антикорупційних судів або суддів (рекомендація 2.9)⁶⁰. До того ж перезавантаження судової системи, а саме

57 Schütte, S. and Butt, S. The Indonesian Court for Corruption Crimes: Circumventing Judicial impropriety? // U4 Brief. 2013. - www.u4.no/publications/the-indonesian-court-for-corruption-crimes-circumventing-judicial-impropriety/; Stephenson M. and Schütte S. Specialised anti-corruption courts: A comparative mapping // U4 Issue December 2016 No 7. - <https://www.cmi.no/publications/file/6030-specialised-anti-corruption-courts.pdf>.

58 Chêne, M. Experience with Specialised AntiCorruption Tribunals. Helpdesk Answer, Berlin: Transparency International, 2010.

59 Stephenson M. and Schütte S. Specialised anti-corruption courts: A comparative mapping // U4 Issue December 2016 No 7. - <https://www.cmi.no/publications/file/6030-specialised-anti-corruption-courts.pdf>.

60 Anti-Corruption Reforms in Ukraine: Round 3 Monitoring of the Istanbul Anti-Corruption Action Plan.

оцінювання відповідності судді займаній посаді за критеріями компетентності, професійної етики або доброчесності та оновлення суддівського корпусу на всіх рівнях судової системи – процес, що триватиме не один рік. Отже, саме утворення Вищого антикорупційного суду має надати завершеності всій системі боротьби з корупцією.

Ці обґрунтування утворення Вищого антикорупційного суду мають вирішальне значення для визначення (1) місця суду в системі судоустрою України, зокрема його повноважень, інстанції для апеляційного перегляду та касаційного оскарження його судових рішень, (2) кількості суддів, (3) підсудності, (4) територіальної юрисдикції, (5) його взаємодії з державними правоохоронними органами, на які покладається попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень, (6) кваліфікаційних вимог до суддів та порядку їх добору.

1. Мета та завдання Концепції

Метою Концепції є визначення основних положень проекту Закону «Про Вищий антикорупційний суд», прийняття якого з урахуванням огляду та аналізу досвіду діяльності таких судів в інших державах та у відповідності із європейськими стандартами і кращою практикою стане законодавчою базою для створення Вищого антикорупційного суду, як того вимагає Закон України «Про судоустрій і статус суддів».

Завданнями Концепції, що випливають з її мети, є аналіз і розгляд можливих варіантів та вироблення для наступного відтворення у законопроекті про Вищий антикорупційний суд оптимального варіанта:

цілісної і логічної структури Вищого антикорупційного суду як важливої ланки судоустрою в Україні на основі єдиних конституційних засад судочинства та із врахуванням особливостей здійснення правосуддя при розгляді корупційних справ;

забезпечення відповідно до вимог Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти корупції, незалежності Вищого антикорупційного суду з тим, щоб цей суд міг виконувати свої функції ефективно і без стороннього впливу;

забезпечення апеляційного і касаційного оскарження судових рішень у корупційних справах;

усунення негативних тенденцій при здійсненні судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, розгляді кримінальних корупційних справ, що мають місце внаслідок сторонніх впливів на судову систему і суддів, їх недостатньої кваліфікації і відсутності надійних гарантій незалежності суддів;

предметної і суб'єктної юрисдикції Вищого антикорупційного суду;

додаткових гарантій незалежності Вищого антикорупційного суду і особистих гарантій незалежності суддів, які розглядають корупційні справи, від інших органів влади та їх посадових і службових осіб, інших заінтересованих осіб;

(The report was adopted at the ACN meeting on 24 March 2015 at the OECD in Paris). OECD, 2015. p. 84-85. Як зазначають автори звіту ОЕСР, «Утворення спеціалізованого суду (судів) дозволить виокремити НАБУ і його провадження від системи звичайних судів, яка вважається сама по собі дуже корумпованою. Хоча після подій на Майдані було декілька спроб усунути суддів, що як стверджується, замішані у корупції, такі спроби виявилися невладними. Згідно думки співрозмовників, судді залишаються великою мірою корумпованими і уразливими для політичних впливів» (Ibid.).

процедури добору суддів Вищого антикорупційного суду задля досягнення високого фахового рівня та добросовісності суддів, які розглядатимуть корупційні справи.

Оптимальний варіант організації роботи Вищого антикорупційного суду, що буде базисом підготовки законопроекту про Вищий антикорупційний суд, має базуватись на нормах Конституції України, враховувати реалістичні прогнози розвитку ситуації та забезпечити досягнення ефективного результату з мінімальними затратами бюджету і часу для його впровадження та мінімальними корективами нового судоустрою, що впроваджується на виконання стратегії судової реформи.

2. Межі повноважень Вищого антикорупційного суду та його організаційна структура

2.1. Загальновідомо, що предметна підсудність судам тих чи інших категорій справ визначається процесуальними законами. Зокрема, Кримінальним процесуальним кодексом України встановлено, що порядок кримінального провадження визначається лише кримінальним процесуальним законодавством (стаття 1). Такий підхід передбачений і Законом України «Про судоустрій і статус суддів», відповідно до якого вищий спеціалізований суд здійснює правосуддя як суд першої інстанції у справах, визначених процесуальним законом.

І хоча питання предметної підсудності Вищого антикорупційного суду не мають бути предметом регулювання Закону України «Про Вищий антикорупційний суд», тим не менш вирішення цього питання має ключове значення для визначення концептуальних засад побудови та організації діяльності Вищого антикорупційного суду, що будуть покладені в основу законопроекту про Вищий антикорупційний суд.

Якщо виходити з назви цього суду, до його підсудності слід було б віднести розгляд всіх корупційних правопорушень. Визначення корупційного правопорушення наведено у Законі України «Про запобігання корупції». Цим Законом встановлено, що корупційне правопорушення – діяння, яке містить ознаки корупції (тобто, використання відповідною особою службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей), вчинене особою, зазначеною у частині першій статті 3 цього Закону, за яке законом встановлено кримінальну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність (абзаци п'ятий та шостий частини першої статті 1). Необхідно також урахувувати наявність правопорушень, пов'язаних із корупцією, за які передбачена адміністративна відповідальність главою 13-А Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Якщо відносити всі ці правопорушення до підсудності Вищого антикорупційного суду, тоді цей суд перетвориться на окрему судову систему, на яку будуть заведені практично всі слідчі, а також превентивні органи, цей суд має бути численним, що негативно позначиться на строках його створення та сформування, забезпеченні додаткових гарантій його незалежності, незалежності суддів цього суду і в принципі нівелює мету концентрації зусиль щодо створення дієвого механізму протидії корупції.

Іншим варіантом вирішення питання підсудності Вищого антикорупційного суду є віднесення до його відання судового розгляду справ про корупційні злочини. Відповідно

до Кримінального кодексу України такими вважаються злочини, передбачені статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем, а також злочини, передбачені статтями 210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368 – 369-2 цього Кодексу (примітка до статті 45). У той же час на Національне антикорупційне бюро України, яке за своїм статусом є державним правоохоронним органом з попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень, віднесених до його підслідності, а також запобігання вчиненню нових таких правопорушень, Кримінальним процесуальним кодексом України покладено досудове розслідування не всіх цих злочинів; при цьому до його підслідності віднесено низку злочинів, що за визначенням Кримінального кодексу України не є корупційними, і передбачено можливість розслідування Національним антикорупційним бюро України й інших злочинів, що віднесені до підслідності слідчих інших органів.

У такій ситуації необхідно було б спочатку узгоджувати наведені норми Кримінального та Кримінально-процесуального кодексів України, переглядати концепцію визначення підслідності і лише потім визначитися із підсудністю Вищого антикорупційного суду. Відтак, вирішення актуальних питань визначення концептуальних засад діяльності Вищого антикорупційного суду, прийняття відповідного закону та наступного утворення цього суду буде відтерміновано на невизначений строк, що не відповідає меті створення системи інструментів, які дадуть змогу ефективно розслідувати корупційні злочини та притягувати винних осіб до відповідальності за їх вчинення, а також очікуванням суспільства, політикуму та міжнародної спільноти. Якщо ж впровадження такого підходу та заходи з утворення Вищого антикорупційного суду здійснюватимуться паралельно, існують ризики постійного коригування правових засад діяльності Вищого антикорупційного суду, унеможливлення його стабільної роботи.

Питання предметної підсудності Вищого антикорупційного суду майже рік активно обговорюється фахівцями, громадськими активістами⁶¹. При цьому порушуються питання віднесення до підсудності Вищого антикорупційного суду як злочинів, підслідних Національному антикорупційному бюро України, так і будь-яких інших злочинів, вчинених високопосадовцями, зокрема злочинів, віднесених до підслідності Державного бюро розслідувань (а відтак Вищий антикорупційний суд розглядатиме кримінальні справи, наприклад, про злочини проти здоров'я громадян, проти власності тощо).

Необхідність віднесення до підсудності Вищого антикорупційного суду всіх кримінальних правопорушень, вчинених всіма високопосадовцями, очевидно, зумовлена потребою забезпечити гарантії незалежного судового розгляду таких справ, що є наразі проблемним у місцевих судах. Проте такий підхід має всі недоліки вищезазначеного варіанту, який передбачатиме фактично створення паралельної судової системи, а також не дозволить сконцен-

61 Див., наприклад, “Антикорупційних суддів обиратимуть як перших космонавтів” – експерти пояснили, яким буде Антикорупційний суд (<http://antac.org.ua/publications/antykorrupsijnyh-suddiv-obyratymut-yak-pershyh-kosmonavtiv-eksperty-rovnyasnyly-yakym-bude-antykorrupsijnyj-sud/>); У рамках судової реформи заплановано створення Вищого антикорупційного суду та Вищого патентного суду, - Петренко (http://ua.censol.net.ua/news/390419/u_ramkah_sudovoyi_reformy_zaplanovano_stvorennya_vyschogo_antykorrupsiyinogo_sudu_ta_vyschogo_patentnogo); М.Хавронюк. Як би нам створити ВАС? (http://gazeta.dt.ua/LAW/yak-bi-nam-stvoriti-vas_.html); О. Татаров. Вищому антикорупційному суду українські закони не указ (<http://blog.liga.net/user/otatarov/article/24597.aspx>); В.Краглевич, Д.Бондарчук. Судочинство: Взяти і подолати (<http://jurist.ua/?article/1143>).

трувати діяльність Вищого антикорупційного суду саме на питаннях боротьби із корупцією.

Тому превалює позиція щодо віднесення до предметної підсудності Вищого антикорупційного суду саме злочинів, підслідних Національному антикорупційному бюро України. Разом з тим визначення підслідності злочинів Національному антикорупційному бюро України Кримінальним процесуальним кодексом України не може вважатися досконалим та таким, що відповідає визначеному профільним законом завданням цього спеціалізованого правоохоронного органу, а саме протидії кримінальним корупційним правопорушенням, які вчинені вищими посадовими особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та становлять загрозу національній безпеці. Не можна виключати, що визначення підсудності Вищого антикорупційного суду зумовить необхідність перегляду підслідності проваджень правоохоронних органів, на які покладається попередження, виявлення, припинення, розслідування та розкриття корупційних правопорушень⁶².

Необхідно також ураховувати, що згідно з пунктом 1 розділу XI «Перехідні положення» Кримінального процесуального кодексу України після введення в дію частини п'ятої статті 216 цього Кодексу (тобто з початку діяльності Національного антикорупційного бюро України) розпочаті слідчими органів прокуратури кримінальні провадження у справах, що віднесені до підслідності Національного антикорупційного бюро України, продовжують здійснюватися слідчими органів прокуратури, які користуються повноваженнями слідчих, визначених цим Кодексом, до закінчення досудового розслідування але не довше двох років. Оскільки у даному випадку йдеться про злочини, що згідно з частиною п'ятою статті 216 Кримінального процесуального кодексу України підслідні Національному антикорупційному бюро України, вбачається логічним і цю категорію справ віднести до підсудності Вищого антикорупційного суду.

У той же час прив'язка компетенції Вищого антикорупційного суду до підслідності Національного антикорупційного бюро України створює ризик звинувачень у спробі створення «кишенькового» суду для обслуговування Національного антикорупційного бюро України.

Серед недоліків такої позиції і те, що одні й ті самі склади злочинів будуть підсудні різним судам, а відтак, створюється ризик сформування різної судової практики, яка згідно із Законом України «Про судоустрій і статус суддів» вивчатиметься та узагальнюватиметься у Верховному Суді України (статті 44 і 45). Отже забезпечення єдиного підходу до застосування судами законодавства під час розгляду злочинів, передбачених одними і тими самими статтями Кримінального кодексу України (зокрема, йдеться про злочини, передбачені статтями 191, 206-2, 209, 210, 211, 354, 364, 366-1, 368, 368-2, 369, 369-2, 410 Кримінального кодексу України, розслідування яких залежно від певних обставин належить до підслідності детективів Національного антикорупційного бюро України або слідчих органів Національної поліції, Служби безпеки України, Державної кримінально-виконавчої служби України), потребуватиме певного часу.

Водночас зазначена позиція щодо віднесення до предметної підсудності Вищого ан-

62 З початком роботи Державного бюро розслідувань цей орган також отримує підслідність за корупційними злочинами, що не підслідні Національному антикорупційному бюро України, відповідно до частини четвертої статті 216 КПК України. Також залишається підслідність органів Національної поліції та органів безпеки за залишковим принципом. Окремим питанням стає підслідність злочинів слідчим органів Державної кримінально-виконавчої служби України, яка визначена як «досудове розслідування злочинів, вчинених на території або в приміщеннях Державної кримінально-виконавчої служби України».

тикорупційного суду саме злочинів, підслідних Національному антикорупційному бюро України вбачається слушною, якщо брати до уваги, що створення Вищого антикорупційного суду є завершальною ланкою у сформуванні самодостатньої, незалежної системи боротьби з корупцією та іншими злочинами, що становлять високу суспільну небезпеку і вчинені посадовими особами вищого рівня.

2.2. Законом України «Про судоустрій і статус судів» установлено, що вищий спеціалізований суд здійснює правосуддя як суд першої інстанції у справах, визначених процесуальним законом.

Якщо виходити з того, що повноваження Вищого антикорупційного суду з розгляду кримінальних справ обмежуватимуться здійсненням судового провадження лише у першій інстанції, тоді виникають проблеми з вирішенням питання касаційного оскарження судових рішень цього суду.

Зокрема, такий підхід вимагатиме покладення повноважень із перегляду судових рішень Вищого антикорупційного суду (як суду першої інстанції) в апеляційній інстанції на Касаційний кримінальний суд, а в касаційній інстанції – на Велику Палату Верховного Суду. Однак Закон України «Про судоустрій і статус судів» передбачає, що Велика Палата Верховного Суду діє як суд касаційної інстанції з єдиною метою – забезпечення однакового застосування норм права касаційними судами (пункт 1 частини другої статті 45). Тож покладення на Велику Палату Верховного Суду повноважень суду касаційної інстанції щодо рішень Вищого антикорупційного суду не відповідатиме моделі судоустрою, що встановлена Законом України «Про судоустрій і статус судів». В іншому разі таке рішення потребуватиме внесення змін до названого Закону, концептуального перегляду організації роботи Верховного Суду, який зараз тільки формується.

Іншим варіантом вирішення цієї проблеми є відмова від касаційного перегляду рішень Вищого антикорупційного суду взагалі.

В принципі, Конституція України таку можливість передбачає, адже одним із засадничих принципів судочинства Конституцією визначено забезпечення права на апеляційний перегляд справи і лише у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення (пункт 8 частини другої статті 129).

Не передбачають обов'язкового багатоступеневого оскарження судового вироку і міжнародні договори, учасницею яких є Україна і які визначають стандарти захисту прав людини. Згідно з практикою Європейського суду з прав людини у статті 6 Конвенції, якою передбачено право на справедливий суд, не встановлено вимоги до держав засновувати апеляційні або касаційні інстанції. Однак там, де такі суди існують, гарантії, що містяться у вказаній статті, повинні відповідати також і забезпеченню ефективного доступу до цих судів (*Delcourt v. Belgium* (1970), para. 25; *Hoffman v. Germany* (2001), para. 65). Європейський суд з прав людини неодноразово у своїх рішеннях вказував, що право на доступ до суду не є абсолютним, однак встановлюючи обмеження, держава не повинна настільки звужувати доступ до суду, що порушується сама сутність цього права. Окрім цього такі обмеження повинні переслідувати правомірну мету, а між такою метою і запровадженими заходами має існувати пропорційне співвідношення (див.: *Stanev v. Bulgaria* (2012), para. 230; *Ashingdane v. the United Kingdom* (1985), para. 57; *Cordova v. Italy* (2003), para. 54; *Fayed v. the United Kingdom* (1994), para. 65).

Тому слід брати до уваги, що можливість оскарження судових рішень і в апеляційному, і в касаційному порядку є складовою права на судовий захист, що є однією з конституційних

гарантій реалізації інших прав і свобод людини і громадянина, захисту їх від порушень і протиправних посягань, в тому числі від помилкових і неправосудних судових рішень. Як підкреслив Конституційний Суд України у Рішенні від 11 грудня 2007 року № 11-рп/2007 у справі за конституційним зверненням громадянина Касьяненка Бориса Павловича щодо офіційного тлумачення положень пункту 8 частини третьої статті 129 Конституції України, частини другої статті 383 Кримінально-процесуального кодексу України, «Реалізацією права особи на судовий захист є можливість оскарження судових рішень у судах апеляційної та касаційної інстанцій. Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядку гарантує відновлення порушених прав і охоронюваних законом інтересів людини і громадянина». На цьому наголошував Конституційний Суд України і у своєму Рішенні від 8 квітня 2015 року № 3-рп/2015: «Обмеження доступу до апеляційної чи касаційної інстанцій можливе лише у виняткових випадках з обов'язковим дотриманням конституційних норм і принципів. Встановлюючи обмеження права на апеляційне та касаційне оскарження судових рішень, законодавець повинен керуватися такою складовою принципу верховенства права, як пропорційність. За правовою позицією Конституційного Суду України обмеження прав і свобод людини і громадянина є допустимим виключно за умови, що таке обмеження є домірним (пропорційним) та суспільно необхідним».

Таким чином, згідно зі сталою практикою Конституційного Суду України допускається можливість обмеження права на апеляційне та касаційне оскарження рішення суду, однак воно не може бути свавільним та несправедливим. Таке обмеження має встановлюватися виключно Конституцією та законами України; переслідувати легітимну мету; бути обумовленим суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційним та обґрунтованим. У разі обмеження права на оскарження судових рішень законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію права на судовий захист і не порушувати сутнісний зміст такого права.

Тож, хоча Конституція України та чинні міжнародні договори України і не вимагають обов'язкового касаційного оскарження судових рішень у кримінальних справах, обмеження касаційного оскарження в одній категорії кримінальних справ – що будуть підсудні Вищому антикорупційному суду – має ризики визнання неконституційним і таким, що може спричинити дискримінацію певних категорій засуджених.

Альтернативним варіантом моделі Вищого антикорупційного суду, який дозволить вирішити зазначену проблему, може бути створення (усупереч визначеній Законом України «Про судоустрій і статус суддів» моделі судоустрою) автономної системи антикорупційних судів – як місцевих, так і апеляційних – що буде замкнена на Вищому антикорупційному суді як касаційній інстанції. Позитивами такої моделі є те, що вона буде ізольованою від інших суддів (оскільки забезпечуватиме розгляд справ про корупційні правопорушення в усіх інстанціях виключно антикорупційними судами, матиме власних слідчих суддів у місцевих судах, що належатимуть до цієї системи). Однак, окрім того, що така модель суперечить логіці впроваджуваної судової реформи, закріпленій у Конституції України, необхідно також зважати на кадрові чинники, бюджетні можливості, ризики впливу «місцевих еліт» на місцеві та апеляційні антикорупційні суди та на негативний досвід інших держав у створенні системи антикорупційних судів⁶³.

63 Див., наприклад, досвід Індонезії: Schütte, S. A., and S. Butt. 2013. The Indonesian Court for Corruption

Певним ризиком цієї моделі також є те, що Вищий антикорупційний суд не зможе оперативні, з урахуванням тенденцій навантаження вирішувати питання коригування територіальної моделі своєї роботи, адже згідно з Конституцією України будь-який суд утворюється, реорганізується і ліквідується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя (частина друга статті 125).

Виходячи з норм Закону України «Про судоустрій і статус суддів», яким передбачено можливість здійснення вищими спеціалізованими судами поряд зі здійсненням правосуддя як судом першої інстанції також інших повноважень, визначених законом (частина перша статті 32), завдання здійснення правосуддя у корупційних злочинах може бути реалізоване і шляхом наділення Вищого антикорупційного суду повноваженнями першої і апеляційної інстанції із розгляду корупційних справ, а Касаційного кримінального суду Верховного Суду – повноваженнями з касаційного перегляду цих справ.

Організаційно це питання може бути вирішено шляхом утворення у складі Вищого антикорупційного суду окремих палат для розгляду справ у першій інстанції та для розгляду справ в апеляційній інстанції.

Як відомо, Закон України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає можливість утворення у складі вищого спеціалізованого суду судових палат. Такі палати утворюються за рішенням зборів суддів вищого спеціалізованого суду, які також приймають рішення про склад палати та про обрання її секретаря (частини четверта та п'ята статті 31). Таким чином, Закон відає це питання на розсуд зборів суддів вищого спеціалізованого суду.

Водночас, наприклад, для Касаційного адміністративного суду та Касаційного господарського суду Законом передбачено обов'язкове створення окремих палат для розгляду відповідних категорій справ із наділенням зборів суддів цих судів правом створювати інші палати (частини четверта – сьома статті 37).

Вбачається за доцільне впровадити такий підхід і щодо Вищого антикорупційного суду, передбачивши в законопроекті обов'язкове утворення апеляційної судової палати.

2.3. Інший аспект, який необхідно враховувати при визначенні організаційної структури Вищого антикорупційного суду, це необхідність розв'язання проблеми слідчих суддів (які на цей час згідно з Кримінальним процесуальним кодексом України зосереджені у місцевих та апеляційних судах, а за Законом України «Про судоустрій і статус суддів» мають бути зосереджені лише в місцевих судах, проте Кримінальний процесуальний кодекс України у цій частині у відповідність із новою моделлю судоустрою не приведено) та санкціонування процесуальних слідчих дій за зверненнями детективів територіальних підрозділів Національного антикорупційного бюро України.

У зв'язку з цим доцільно передбачити існування слідчих суддів у Вищому антикорупційному суді.

Оскільки ця проблема пов'язана зі здійсненням детективами Національного антикорупційного бюро України досудового розслідування не лише в місті Києві, а й в регіонах, слідчі судді Вищого антикорупційного суду, які забезпечуватимуть реалізацію функції судового контролю процесуальних слідчих дій, здійснюваних детективами територіальних підроз-

Crimes: Circumventing Judicial Impropriety? U4 Brief 2013:5. Bergen, Norway: U4 Anti-Corruption Resource Centre; Butt, S., and S. Schütte, S. 2014. "Assessing Judicial Performance in Indonesia: The Court for Corruption Crimes." *Crime, Law and Social Change* 62 (5): 603–19.

ділів Національного антикорупційного бюро України, також мають працювати у різних регіонах України з тим, щоб бути територіально наближеними до відповідних підрозділів Національного антикорупційного бюро України.

З цього приводу слід зазначити, що практиці вітчизняного судоустрою відомі випадки розташування одного суду у декількох населених пунктах⁶⁴.

Питання запровадження інституту слідчих суддів Вищого антикорупційного суду зумовляє необхідність вирішення також і питання виконання ними інших обов'язків судді першої інстанції.

Законом України «Про судоустрій і статус суддів» для слідчих суддів місцевих судів встановлено, що вони не звільняються від виконання обов'язків судді першої інстанції, проте здійснення ними повноважень із судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні враховується при розподілі судових справ та має пріоритетне значення (частина восьма статті 21).

Аналогічний підхід може бути передбачений і у законопроекті для слідчих суддів Вищого антикорупційного суду.

У цьому разі виникає питання щодо формату відправлення слідчими суддями Вищого антикорупційного суду (які територіально будуть розміщені як у Києві, так і в інших містах, наближених до територіальних підрозділів Національного антикорупційного бюро) правосуддя у першій інстанції.

З урахуванням передбаченої Законом України «Про судоустрій і статус суддів» можливості утворення судових палат у вищих спеціалізованих судах у Вищому антикорупційному суді для розгляду справ у першій інстанції можуть бути утворені відповідні судові палати із місцезнаходженням, крім міста Києва, ще у декількох містах. У цьому разі (з метою реалізації статусу Вищого спеціалізованого суду як суду першої інстанції, оптимального поєднання критеріїв доступності судів і незалежності суддів, забезпечення належної організації здійснення судочинства, та враховуючи, що судочинство в Україні здійснюється на засадах територіальності і спеціалізації) доцільно визначити певну кількість умовних «територіальних округів» з приблизно однаковою чисельністю населення та з урахуванням транспортних зв'язків і передбачити створення з урахуванням наявних територіальних підрозділів Національного антикорупційного бюро України та прогнозованого навантаження на суддів Вищого антикорупційного суду територіальних судових палат Вищого антикорупційного суду, які розглядали б справи по першій інстанції.

Центрами «територіальних округів», в яких можна було б розмістити територіальні судові палати Вищого антикорупційного суду, можуть бути міста Київ, Львів, Одеса та Харків.

Задля належного забезпечення функцій першої інстанції з розгляду корупційних справ, враховуючи компетенцію слідчих суддів згідно з Кримінальним процесуальним кодексом України, чисельність кожної з таких територіальних судових палат може становити 14 – 15 суддів.

При цьому для уникнення ризику впливу «місцевих еліт» на суддів територіальних палат, а також ризику сформування стійких «ділових зв'язків» між суддями Вищого антикорупційного суду та детективами територіальних підрозділів Національного антикорупційного

64 Див., наприклад, Указ Президента України від 20 травня 2011 року № 591 «Питання мережі місцевих загальних та апеляційних судів».

бюро України вбачається за доцільне передбачити в законопроекті постійну ротацию суддів територіальних судових палат.

Серед ризиків такого варіанту – можлива незавантаженість суддів територіальних палат у разі невеликої кількості кримінальних проваджень, а отже - неекономне та неефективне витрачання бюджетних коштів, які передбачатимуться на утримання Вищого антикорупційного суду.

Для мінімізації цього ризику можливий альтернативний варіант, за яким у зазначених вище чотирьох округах будуть зосереджені тільки слідчі судді Вищого антикорупційного суду, які забезпечуватимуть виключно реалізацію функції судового контролю процесуальних слідчих дій, здійснюваних детективами територіальних підрозділів Національного антикорупційного бюро України, і не розглядатимуть справи у першій інстанції. Кількість таких суддів може складати по 3 судді на округ. Пропонується об'єднати організаційно всіх слідчих суддів в єдину палату судового контролю Вищого антикорупційного суду з частою (раз на один – два роки) ротацией суддів по регіонах.

У цьому варіанті розгляд справ по першій інстанції здійснюватиметься іншими суддями Вищого антикорупційного суду, які працюватимуть у місті Києві у судовій палаті (судових палатах) Вищого антикорупційного суду. У складі такої палати (палат) утворюються судові колеги, які здійснюють безпосередній розгляд справ як суд першої інстанції.

Такий варіант дозволить оптимально підійти до визначення загальної чисельності суддів Вищого антикорупційного суду⁶⁵.

У будь-якому разі, враховуючи, що за Законом України «Про судоустрій і статус судів» склад судової палати визначається рішенням зборів суддів вищого спеціалізованого суду (частина п'ята статті 31), наведені моделі організації Вищого антикорупційного суду за палатним принципом дозволять у будь-який момент оптимізувати чисельність тієї чи іншої палати, залежно від існуючого навантаження.

2.4. Законом України «Про судоустрій і статус судів» встановлено, що кількість суддів у суді (в тому числі і вищому спеціалізованому) визначає Державна судова адміністрація України за погодженням з Вищою радою правосуддя з урахуванням судового навантаження та в межах видатків, визначених у Державному бюджеті України на утримання судів та оплату праці суддів. При цьому для Верховного Суду Законом встановлено максимальну кількість суддів не більше двохсот (частини шоста та сьома статті 19, частина перша статті 37).

Чинний механізм визначення чисельності Вищого антикорупційного суду за певних обставин може бути використаний для впливу на суд і суддів. Тож зважаючи, що одним із наріжних каменів законопроекту має бути забезпечення незалежності Вищого антикорупційного суду, мінімізація впливів на його діяльність, вбачається за доцільне застосувати у законопроекті підхід до визначення чисельності суддів Вищого антикорупційного суду, аналогічний тому, що Законом встановлений для Верховного Суду, і передбачити закріплення на законодавчому рівні максимальної кількості суддів Вищого антикорупційного суду. Така максимальна кількість слугуватиме певним орієнтиром при визначенні конкретної чисельності суддів цього суду.

65 Однак цей варіант розгляду по першій інстанції усіх корупційних справ в м. Києві пов'язаний з ризиком суттєвого ускладнення судочинства з огляду на потребу участі у судових процесах свідків, переміщення підсудних тощо.

У законопроекті також необхідно визначити мінімальну кількість суддів Вищого антикорупційного суду, призначення яких буде умовою для початку роботи цього суду.

2.5. Реалізація принципу інстанційної організації судів є однією з гарантій правосудності судових рішень. Як вже зазначалось, особі, яка притягується до кримінальної відповідальності за вчинення кримінально караного корупційного діяння, має бути гарантований не тільки апеляційний, але й касаційний перегляд її справи, з точки зору однакового застосування права на всій території України.

Для цього вбачається за доцільне утворення у Касаційному кримінальному суді Верховного Суду відповідно до частини четвертої статті 37 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» окремої судової палати з розгляду корупційних справ, що має діяти як суд касаційної інстанції⁶⁶.

2.6. У контексті визначення обсягу повноважень Вищого антикорупційного суду потребує вирішення і питання покладення на цей суд розгляду справ про адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією (глава 13-А Кодексу України про адміністративні правопорушення).

Відповідно до норм Кодексу України про адміністративні правопорушення зазначена категорія справ розглядається суддями районних, районних у місті, міських чи міськрайонних судів (стаття 221), відповідні рішення можуть бути оскаржені в апеляційному порядку до апеляційного суду (стаття 294). Загальновідомо, що адміністративні правопорушення становлять меншу суспільну небезпеку, ніж злочини, а розгляд справ про адміністративні правопорушення, пов'язаних з корупцією, саме судами вже є достатньою гарантією забезпечення незалежного і неупередженого розгляду відповідних справ.

За таких обставин та враховуючи прагматичну сторону створення Вищого антикорупційного суду (їдеться, зокрема, про додаткові гарантії діяльності цього суду) вбачається за доцільне не переобтяжувати цей суд розглядом справ, що становлять меншу суспільну небезпеку. Тому пропонується залишити чинну систему судових інстанцій з розгляду справ про адміністративні правопорушення, пов'язаних з корупцією, по суті та перегляду судових рішень, прийнятих у цих справах в апеляційному порядку, а саме: у першій інстанції – місцеві суди, а в апеляційному порядку – відповідні апеляційні суди.

Водночас потрібно зауважити, що не всі постанови, винесені у справах про адміністративне правопорушення, можуть бути предметом оскарження в апеляційному порядку, а лише ті з них, які можуть бути оскаржені на підставі частини другої статті 294 Кодексу України про адміністративні правопорушення, ухвалення яких передбачене у статті 284 цього Кодексу (саме такого висновку дійшов Конституційний Суд України у Рішенні від 31 березня 2015 року № 2-рп/2015). Це повною мірою стосується і справ про адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією.

66 Таку судову палату доцільно утворити у складі орієнтовно 14 – 15 суддів, враховуючи, що згідно з пунктом 3 частини дев'ятої статті 31 Кримінального процесуального кодексу України кримінальне провадження в касаційному порядку щодо обвинувачення у вчиненні кримінальних корупційних правопорушень, віднесених до підслідності Національного антикорупційного бюро України, здійснюється колегіально судом у складі семи професійних суддів. Оскільки кількість посад в Кримінальному касаційному суді Верховного Суду складає 30 суддів, з яких 5 мають бути обрані до Великої палати, постає питання про фактичну можливість утворення такої судової палати. Вирішення цього питання можливе шляхом внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України з тим, аби зменшити кількість суддів у колегії до 5, а також збільшення кількості суддів у Кримінальному касаційному суді до максимально можливої згідно із Законом України «Про судоустрій і статус суддів».

Слід також зазначити, що Кодекс України про адміністративні правопорушення взагалі не передбачає касаційного оскарження судових рішень у справах про адміністративні правопорушення, в тому числі і пов'язані з корупцією.

У той же час важливість для суспільства зазначеного виду справ полягає в тому, що відомості про особу, яку притягнуто до адміністративної відповідальності за вчинення пов'язаних з корупцією правопорушень, вноситься до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення. Законом України «Про запобігання корупції» не передбачено вилучення з Реєстру осіб, які були включені до нього внаслідок притягнення до адміністративної відповідальності за вчинення пов'язаних з корупцією правопорушень (незважаючи на те, що згідно зі статтею 39 Кодексу України про адміністративні правопорушення особа, яка була піддана адміністративному стягненню за будь-яке адміністративне правопорушення, зі спливом одного року вважається такою, що не була піддана адміністративному стягненню).

У свою чергу, касаційний перегляд судових рішень є додатковою гарантією захисту прав і свобод людини в судовому порядку. Згідно з пунктом 8 частини другої статті 129 Конституції України однією із засад судочинства є забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення. Такий конституційний припис дає підстави, за умови визначення у законі, надати можливість касаційного перегляду судових рішень у справах про адміністративні правопорушення, пов'язаних з корупцією.

Тож, у разі визнання за доцільне запровадження правового інституту касаційного перегляду судових рішень у справах про правопорушення, пов'язаних із корупцією, перегляду касаційному порядку таких судових рішень доцільно передати до компетенції Вищого антикорупційного суду, створивши для цього декілька колегій суддів в Апеляційній палаті. Такий підхід забезпечить:

- 1) рівноправність судочинства у справах про адміністративні правопорушення з іншими видами судочинства в контексті дотримання обов'язковості судового оскарження постанови про накладення адміністративного стягнення, додержання правил апеляційного перегляду справи та касаційного перегляду судового рішення;
- 2) можливість повноцінного оскарження судових рішень у суспільно важливій сфері боротьби із корупцією;
- 3) реалізацію додаткової гарантії судового захисту для особи, яка вчинила адміністративне правопорушення, пов'язане з корупцією.

* * *

З урахуванням наведеного в основу законопроекту «Про Вищий антикорупційний суд» може бути покладені **дві організаційні моделі**:

перша – Вищий антикорупційний суд складатиметься з певної кількості територіальних судових палат, які здійснюють правосуддя як суди першої інстанції, а також виконують функції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні), а також з апеляційної палати з місцезнаходженням у місті Києві, яка здійснює правосуддя як суд апеляційної інстанції. У цьому разі максимальну чисельність суддів Вищого

антикорупційного суду пропонується закріпити на рівні 120 суддів, а мінімальну кількість суддів, за умови призначення якої суд розпочинає роботу, на рівні 80 суддів;

друга – Вищий антикорупційний суд складатиметься із судових палат: палати судового контролю (до складу якої входитимуть лише слідчі судді, які перебуватимуть у відповідних територіальних округах та виконуватимуть на відповідній території функцію судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні), палат (палати), що здійснюватимуть правосуддя як суди першої інстанції, апеляційної палати, яка здійснює правосуддя як суд апеляційної інстанції. Всі палати, крім палати судового контролю, постійно перебуватимуть у місті Києві. За такої моделі максимальна чисельність суддів Вишого антикорупційного суду може становити 75 суддів, а мінімальна кількість призначених суддів, необхідна для початку його роботи, - 50 суддів.

В обох моделях апеляційний перегляд рішень у кримінальних справах, розглянутих по першій інстанції палатами Вишого антикорупційного суду, та ухвал слідчих суддів Вишого антикорупційного суду здійснюватиме апеляційна палата цього суду, касаційний же перегляд відповідних рішень здійснюватиме судова палата Касаційного кримінального суду Верховного Суду.

Також потребує вирішення питання щодо наділення Вишого антикорупційного суду повноваженнями з касаційного розгляду справ про адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією, що розглянуті загальними місцевими судами.

3. Спеціальні вимоги до суддів Вишого антикорупційного суду

Для визначення критеріїв добору на посаду судді Вишого антикорупційного суду вихідними є конституційні положення, які визначають загальні вимоги до суддів в Україні (частина третя статті 127 Конституції України). Отже, в цьому аспекті важливо визначити нижню межу вікового цензу кандидатів, мінімальний стаж професійної діяльності у сфері права, наявність наукового ступеня, рівень компетентності і добросовісності кандидата, а також запровадити додаткові критерії, виходячи із значущості посади судді цього суду. Разом з тим забезпечення політичної незалежності, мінімізація ризиків сторонніх впливів на діяльність суду та забезпечення суспільної довіри до новоутвореного судового органу вимагають встановлення додаткових дискваліфікуючих критеріїв до претендентів на посаду судді, тобто чіткого визначення кола осіб, які не можуть претендувати на ці посади за об'єктивними критеріями.

3.1. Згідно з частиною третьою статті 127 Конституції України нижня межа вікового цензу становить 30 років. З урахуванням викладеної вище пропозиції щодо віднесення до компетенції Вишого антикорупційного суду розгляду справ у першій, апеляційній, а можливо і в касаційній інстанції та, зважаючи на суспільне значення справ, пов'язаних із корупцією, вбачається за доцільне встановити нижню межу вікового цензу претендента у 35 років, виходячи з таких міркувань:

1) у цьому віці психологія людини є повністю сформованою, що забезпечує повноцінне психо-фізичне сприйняття нею реальності;

2) нижня межа вікового цензу повинна бути вищою ніж у судді місцевого суду, зважаючи на важливість для суспільства розгляду справ, пов'язаних із корупцією, а також на те, що на суддю Вишого антикорупційного суду покладатимуться обов'язки і судді першої інстанції,

і судді апеляційної (касаційної) інстанції;

3) нижня межа вікового цензу повинна визначатися з урахуванням суспільної важливості створення окремого Вищого антикорупційного суду та значущості прийнятих ним рішень.

3.2. За критерієм мінімального стажу професійної діяльності у сфері права до Вищого антикорупційного суду можуть добиратися особи – представники правничої професії. Такий мінімальний стаж можливо визначити у 7 років, адже такого терміну цілком достатньо для набуття професійних правничих навичок як у сфері матеріального, так і процесуального права. При цьому з огляду на важливість власне якісних характеристик кандидата на посаду судді Вищого антикорупційного суду вбачається недоцільним встановлювати додаткові формальні вимоги, адже, по-перше, доступ до посади судді має бути відкритий якомога більшій групі представників правничої професії, а по-друге, специфіка судових проваджень у корупційних справах визначає цінність широкого кола спеціальностей, наукових результатів та досвіду в галузях процесуального права, корпоративного права, банківського права, у питаннях функціонування судів апеляційної, касаційної інстанції, а також знання основ економічного менеджменту, корпоративного управління.

Запровадження спеціалізації в судовій системі також робить непотрібним встановлення преференцій для добору суддів з числа діючих суддів загальної юрисдикції. Таким же чином недоцільно визначати стаж наукової роботи, оскільки цей критерій себе повною мірою не виправдав стосовно осіб – науковців, які працюють у науково-дослідних установах, в органах державної влади, органах місцевого самоврядування тощо. Зайняття викладацькою діяльністю протягом визначеного часу не може гарантувати, що особа-науковець в змозі виконувати обов'язки судді Вищого антикорупційного суду. Тому раціонально вести мову про систематичне здійснення наукових досліджень протягом певного періоду, що дасть можливість залучити до конкурсу активних науковців.

3.3. З метою забезпечення політичної незалежності та нейтральності, мінімізації ризиків сторонніх впливів на діяльність суду та забезпечення суспільної довіри, на додаток до дискваліфікуючих критеріїв, визначених частинами другою – п'ятою статті 69 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», на рівні закону пропонується встановити, що не можуть претендувати на посаду судді Вищого антикорупційного суду:

1) особи, які є або впродовж останніх 10 років були співробітниками (незалежно від посади) органів прокуратури, Служби безпеки України, Державного бюро розслідувань, Національного антикорупційного бюро України, Національного агентства України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів, центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної податкової політики та державної політики у сфері державної митної справи, органів внутрішніх справ, національної поліції, Національного агентства з питань запобігання корупції;

2) військові посадові особи Збройних Сил України, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України та інших утворених відповідно до законів військових формувань, крім військовослужбовців строкової військової служби, військовослужбовців, які проходять військову службу за призовом під час мобілізації, на особливий період, військовослужбовців, які проходять військову службу за призовом осіб офіцерського складу;

3) особи, внесені до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення;

4) особи, яким заборонено обіймати посади, щодо яких здійснюється очищення влади в порядку, визначеному Законом України «Про очищення влади»;

5) особи, які були членами Вищої кваліфікаційної комісії суддів України або Вищої ради юстиції до набрання чинності Законом України «Про відновлення довіри до судової влади в Україні»;

6) особи, які є членами Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Вищої ради правосуддя або Громадської ради доброчесності (до завершення строку призначення чи обрання);

7) особи, які протягом останніх 10 років:

обіймали посади, визначені підпунктами «а», «б», «г», «д», «е», «є», «ж», «з», «і» пункту 1 частини першої статті 3 Закону України «Про запобігання корупції» (крім суддів Конституційного Суду України, інших професійних суддів, народних засідателів і присяжних);

обіймали посади у статутних органах політичної партії, керівні посади в обласних, міських, районних організаціях політичної партії та її первинних осередках;

обіймали посади у статутних органах громадських організацій, засновниками яких були чи є політичні партії або органи державної влади, громадяни чи юридичні особи держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором; у телерадіоорганізаціях або провайдерах програмної послуги, засновниками або учасниками (акціонерами) на усіх рівнях ланцюга володіння корпоративними правами яких були фізичні, юридичні особи країни, визнаної Верховною Радою України державою-агресором або державою-окупантом, або кінцевими вигодоодержувачами яких були такі фізичні особи;

8) особи, які впродовж двох років до подання заяви на участь у конкурсі знаходилися у трудових відносинах з політичною партією;

9) особи, яких було раніше звільнено з посади судді з підстав, визначених підпунктом 4 пункту 16-1 Розділу XV Конституції України.

Також вбачається необхідним поставити питання щодо дискваліфікації претендентів, які відповідно до вироку суду, що набрав законної сили, були позбавлені права займатися діяльністю, пов'язаною з виконанням функцій держави, або обіймати певні посади (крім реабілітованих осіб), незалежно від зняття чи погашення такої судимості, та претендентів, які мали судимість за вчинення умисного злочину, незалежно від зняття чи погашення такої судимості.

3.4. Оскільки залучення іноземців, які мають високу кваліфікацію, на посаду судді Вищого антикорупційного суду може покращити якість правосуддя, привнести кращі іноземні практики і забезпечити вищий рівень довіри до суду, пропонується безпосередньо передбачити, що іноземні громадяни та особи без громадянства, які відповідають критеріям, встановленим для суддів Вищого антикорупційного суду, і пройшли процедуру добору, можуть бути призначені суддями цього суду після набуття громадянства України.

Загалом, **процедура добору кандидатів на посаду судді Вищого антикорупційного суду має бути зосереджена на визначенні якісних характеристик кандидатів, оцінюванні їх компетентності і доброчесності.** З такої точки зору **формальні вимоги до кандидатів мають бути зведені до необхідного мінімуму.** Вбачається, що такий підхід сприятиме залученню широких верств представників правничої професії для проведення конкурсу на зайняття посад суддів Вищого антикорупційного суду.

3.5. Окремим питанням, що може бути розглянуто, є доступ до посади судді Вищого антикорупційного суду осіб, які не мають юридичної освіти, але володіють кваліфікацією і спеціальними знаннями в сферах фінансів, корпоративного управління, банківської справи тощо. Згідно з частиною четвертою статті 127 Конституції України для суддів спеціалізованих судів законом можуть бути встановлені інші вимоги щодо освіти та стажу професійної діяльності. Залучення неюристів для роботи в суді може мати певні переваги з огляду на специфіку кримінальних проваджень і необхідність спеціальних знань і навичок у сферах фінансового і бюджетного менеджменту, корпоративного управління, міжнародних фінансів тощо.

З іншого боку, відкриття доступу для неюристів до посади судді Вищого антикорупційного суду може мати певні негативні наслідки для судової системи, а також ставитиме питання конституційності такого підходу, адже призведе по суті до утворення двох класів суддів всупереч конституційній вимозі єдиного статусу для суддів. До того ж такі судді не зможуть бути суддями-слідчими, не можуть бути переведені до інших судів.

Якщо відкрити доступ для неюристів, то можливі два варіанти: (1) встановити максимальну квоту для суддів, які не мають юридичної освіти, запровадивши відповідні обмеження на їх залучення в якості суддів-слідчих або (2) запровадити окремий інститут квазі-суддів (наприклад, судових асесорів) з окремими функціями в судовому провадженні.

4. Сутнісні критерії добору (рівень компетентності, моральні якості і добросовісність)

4.1. Кандидати на посаду судді Вищого антикорупційного суду, допущені за формальними критеріями віку та стажу роботи у сфері права мають бути оцінені відповідно до сутнісних критеріїв компетентності, добросовісності та здатності відправляти правосуддя у Вищому антикорупційному суді.

При оцінці кандидатів слід виходити з:

- 1) необхідності забезпечити суспільну довіру і впевненість у дотриманні кандидатами на посаду судді у випадку призначення високих стандартів правосуддя;
- 2) переконання у тому, що суспільна довіра і впевненість може бути забезпечена тільки якщо судді і кандидати на посаду судді дотримуються високих етичних стандартів поведінки у своєму професійному, громадському і приватному житті;
- 3) необхідності забезпечення сутнісної і процедурної справедливості при оцінюванні кандидатів на посаду судді.

Відповідно ключовими критеріями оцінювання кандидатів на посаду судді є: (1) рівень правничої компетентності; (2) моральні якості, включаючи професійну етику; (3) добросовісність.

5. Процедура добору

5.1. Відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Вищий антикорупційний суд є одним з двох передбачених в ньому вищих спеціалізованих судів. Відповідно, процедура добру суддів такого суду має підкорятись загальним принципам, передбаченим згаданим Законом. Як наслідок, процедура добору суддів Вищого антикорупційного суду передбачає її здійснення на рівні двох органів – Вищої кваліфікаційної комісії суддів (ВККС) та Вищої ради правосуддя. Відповідно до статті 93 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Вища кваліфікаційна комісія суддів України (ВККС) є державним органом

суддівського врядування у системі правосуддя та єдиним органом, компетентним проводити добір кандидатів для призначення на посаду судді. При цьому, в контексті процедури добору суддів, ВККС виступає в якості органу, який ініціює відбір для заміщення вакантних посад суддів та проводить оцінювання відповідності кандидатів встановленим критеріям і вимогам, в той час як Вища рада правосуддя розглядає подані (рекомендовані) ВККС кандидатури суддів та, в межах наданої їй компетенції, здійснює їх остаточне затвердження і вносить подання про призначення судді.

Суттєвим аргументом щодо необхідності збереження встановленої спеціальної процедури є визначення ВККС державним органом суддівського врядування, який на постійній основі діє у системі правосуддя України. Наведене має розвиток у визначенні обсягу її повноважень, до головних з яких у контексті проведення добору і призначення кандидатів на посади суддів за спеціальною процедурою потрібно віднести:

а) проведення добору кандидатів для призначення на посаду судді, у тому числі організацію проведення щодо них спеціальної перевірки відповідно до закону та прийняття кваліфікаційного іспиту;

б) внесення до Вищої ради правосуддя рекомендації про призначення кандидата на посаду судді;

в) затвердження форми і змісту заяви про участь у доборі кандидатів на посаду судді, анкети кандидата на посаду судді, порядку проходження спеціальної підготовки кандидатів на посаду судді, порядку складення іспиту та методики оцінювання кандидатів, положення про проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді, порядку та методології кваліфікаційного оцінювання, порядку формування і ведення суддівського досьє (досьє кандидата на посаду судді) тощо;

г) проведення кваліфікаційного оцінювання;

д) забезпечення ведення суддівського досьє, досьє кандидата на посаду судді.

По-друге, запровадження спеціальних органів на постійній чи тимчасовій основі для здійснення процедури добору для суддів Вищого антикорупційного суду ставить питання відповідності Конституції України, адже дає підстави визначити Вищий антикорупційний суд в наслідок специфічної процедури його формування «особливим судом» в сенсі останньої частини статті 125 Конституції України, і ставитиме під сумнів принципи єдиного статусу суддів, незалежності суддів та передбачених Конституцією України повноважень Вищої ради правосуддя.

Таким чином, створення інших комісій чи органів для проведення добору суддів Вищого антикорупційного суду є недоцільним⁶⁷. Більш того, статтею 81 Закону «Про судоустрій і статус суддів» визначено порядок призначення на посаду судді вищого спеціалізованого суду і цей порядок є загальним. Отже, питання добору суддів Вищого антикорупційного суду потрібно залишити в межах компетенції Вищої кваліфікаційної комісії суддів України.

Оскільки для кандидатів на посади суддів Вищого антикорупційного суду пропонується визначити в якості визначальних критеріїв правничої компетентності, моральних якостей, включаючи професійну етику, та добросовісності, особливістю процедури на рівні ВККС може

67 Слід взяти до уваги, що процедура добору, запроваджена Законом України «Про судоустрій і статус суддів», лише проходить апробацію і поки що немає підстав стверджувати про її недосконалість чи неефективність.

стати особлива роль Громадської ради доброчесності. Для визначення рівня відповідності кандидата цим критеріям правничої компетентності, моральних якостей та доброчесності Громадська рада доброчесності:

- 1) досліджує за наявності публікації кандидата на посаду судді, його експертні висновки, аналітичні матеріали, публічні промови, статті, інтерв'ю, його судові рішення (якщо кандидат був чи є суддею) тощо;
- 2) опитує із дотриманням умов конфіденційності представників юридичної професії (суддів, адвокатів, науковців, тощо), які мали або мають професійні стосунки з кандидатом, журналістів з метою об'єктивної оцінки правничої компетентності кандидата, його доброчесності, придатності до виконання повноважень судді Вищого антикорупційного суду;
- 3) досліджує публічно доступну інформацію про кандидата в засобах масової інформації;
- 4) досліджує документи, подані кандидатом та проводить співбесіду з кандидатом на посаду судді, надаючи йому можливість прокоментувати будь-яку негативну інформацію про нього, що стала відома раді.

Результати своєї оцінки Громадська рада доброчесності викладає у своєму висновку, який є обов'язковим для врахування ВККС.

Другим додатковим критерієм може бути використання «поліграфа» з метою підтвердження достовірності відповідей кандидата. Третім можливим критерієм є моніторинг життя кандидата, а надалі – і судді Вищого антикорупційного суду.

Другою особливістю процедури добору має стати відкритість та прозорість, включаючи невідкладне опублікування будь-яких рішень ВККС та Громадської ради доброчесності, онлайн трансляцію всіх дій та прийняття будь-яких рішень щодо добору та залучення спостерігачів від міжнародних організацій та посольств з правом виступу та висловлення своєї думки.

6. Фінансові та матеріальні гарантії незалежності Вищого антикорупційного суду та суддів цього суду

6.1. За Конституцією України держава забезпечує фінансування та належні умови для функціонування судів і діяльності суддів. У державному бюджеті України окремо визначаються видатки на утримання судів з урахуванням пропозицій Вищої ради правосуддя (стаття 130).

Закон України «Про судоустрій і статус суддів» встановив, що функції головного розпорядника коштів Державного бюджету України щодо фінансового забезпечення діяльності судів здійснюють, зокрема, Верховний Суд – щодо фінансового забезпечення його діяльності; Державна судова адміністрація України – щодо фінансового забезпечення діяльності всіх інших судів (частина третя статті 148). Таким чином, згідно з цим Законом функції головного розпорядника коштів Державного бюджету щодо фінансового забезпечення діяльності Вищого антикорупційного суду здійснюватиме Державна судова адміністрація. При цьому Законом передбачено, що видатки на утримання судів у Державному бюджеті України визначаються окремим рядком щодо Верховного Суду, а також у цілому щодо апеляційних, місцевих та вищих спеціалізованих судів; видатки вищих спеціалізованих судів (як і видатки всіх місцевих та апеляційних судів всіх видів та спеціалізацій) визначаються в окремому додатку (частини п'ята та шоста статті 148); суди фінансуються згідно з кошторисами і щомісячними розписами видатків, затвердженими відповідно до вимог цього Закону

(стаття 149). Однак вимог до затвердження таких кошторисів і розписів Закон не визначив.

Відповідно до Бюджетного кодексу України головний розпорядник бюджетних коштів, серед іншого, організовує та забезпечує на підставі плану діяльності та індикативних прогнозних показників бюджету на наступні за плановим два бюджетні періоди складання проекту кошторису та бюджетного запиту і подає їх Міністерству фінансів України; отримує бюджетні призначення шляхом їх затвердження у законі про Державний бюджет України; приймає рішення щодо делегування повноважень на виконання бюджетної програми розпорядниками бюджетних коштів нижчого рівня та/або одержувачами бюджетних коштів, розподіляє та доводить до них у встановленому порядку обсяги бюджетних асигнувань; затверджує кошториси розпорядників бюджетних коштів нижчого рівня (плани використання бюджетних коштів одержувачів бюджетних коштів), якщо інше не передбачено законодавством; розробляє та затверджує паспорти бюджетних програм і складає звіти про їх виконання; здійснює управління бюджетними коштами у межах встановлених йому бюджетних повноважень, забезпечуючи ефективне, результативне і цільове використання бюджетних коштів, організацію та координацію роботи розпорядників бюджетних коштів нижчого рівня та одержувачів бюджетних коштів у бюджетному процесі; здійснює внутрішній контроль за взяттям бюджетних зобов'язань розпорядниками бюджетних коштів нижчого рівня та одержувачами бюджетних коштів і витрачанням ними бюджетних коштів; забезпечує організацію та ведення бухгалтерського обліку, складання та подання фінансової і бюджетної звітності у порядку, встановленому законодавством; забезпечує доступність інформації про бюджет відповідно до законодавства та цього Кодексу (стаття 22).

Таким чином, здійснюючи функції головного розпорядника коштів Державного бюджету на утримання Вищого антикорупційного суду, Державна судова адміністрація України матиме певні фінансові важелі впливу на його діяльність. Вирішенням цього питання є наділення Вищого антикорупційного суду статусом головного розпорядника коштів Державного бюджету України.

З іншого боку, виконання функцій головного розпорядника зумовлює необхідність безпосереднього спілкування з відповідними органами фінансового управління та бюджетного контролю (що також буде суттєвим засобом впливу на діяльність Вищого антикорупційного суду), а також утримання відповідного апарату працівників.

Тож наділення Вищого антикорупційного суду статусом головного розпорядника коштів Державного бюджету України вирішить проблему недопущення впливу Державного судової адміністрації України на діяльність цього суду, але відкриє можливості для інших зовнішніх впливів. Який з цих ризиків є більш небезпечним, зараз спрогнозувати важко, хоча ризик впливу одного органу вбачається меншим і більш контрольованим, ніж ризик впливу багатьох органів та їх посадових осіб (Міністерства фінансів України, Кабінету Міністрів України, Верховної Ради України, її комітетів, народних депутатів України, Рахункової палати тощо).

Як вже зазначалося, статтю 149 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлено фінансування судів згідно з кошторисами і щомісячними розписами видатків, які мають бути затверджені відповідно до вимог цього Закону. За таких обставин, ураховуючи наведене вище, вбачається за доцільне скористатися цим законодавчим положенням і встановити у Законі достатні запобіжники та гарантії для Вищого антикорупційного суду щодо визначення видатків на його утримання та затвердження йому кошторису і щомісячних розписів видатків (щось на кшталт зобов'язання Державної судової адміністрації України при

формування бюджетних запитів включати до запиту в повному обсязі пропозиції Вищого антикорупційного суду, недопущення скорочення обґрунтованих пропозицій цього суду під час сформування проекту Державного бюджету України, недопущення коригування Державною судовою адміністрацією України проекту кошторису і щомісячних розписів, поданих Вищим антикорупційним судом, під час їх затвердження).

6.2. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» визначає, що суддівська винагорода регулюється цим Законом та не може визначатися іншими нормативно-правовими актами (частина перша статті 135).

Відтак, названий Закон не допускає можливості визначення іншим законом особливостей фінансового забезпечення певної категорії суддів з огляду на характер їх обов'язків.

Названий Закон також передбачає базовий розмір посадового окладу судді місцевого суду 30 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, розмір якого встановлено на 1 січня календарного року, судді апеляційного суду, вищого спеціалізованого суду 50 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, розмір якого встановлено на 1 січня календарного року, судді Верховного Суду 75 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, розмір якого встановлено на 1 січня календарного року (частина третя статті 135).

Тож за рівнем грошового забезпечення судді Вищого антикорупційного суду Законом України «Про судоустрій і статус суддів» прирівнюються до суддів апеляційних судів.

Проте такий підхід не враховує місії Вищого антикорупційного суду у протидії корупції.

Європейською хартією про закон «Про статус суддів» (1998 р.) передбачено, що рівень винагороди, що виплачується суддям за виконання їх професійних обов'язків, повинен бути таким, щоб захистити їх від тиску, що може спричинити вплив на їх рішення або взагалі поведінку суддів і таким чином вплинути на їхню незалежність та неупередженість. Винагорода може бути різною: залежно від стажу роботи, характеру обов'язків, виконання яких покладено на суддів у їх професійній якості, та від важливості обов'язків, що покладаються на них, оцінюються ці фактори повинні відверто і відкрито (параграфи 6.1 і 6.2).

З огляду на викладене та зважаючи на рівень відповідальності перед суспільством суддів Вищого антикорупційного суду, які розглядатимуть найбільш масштабні корупційні злочини, вчинені високопосадовцями, беручи до уваги ризики несанкціонованих впливів, які з цим пов'язані, розмір суддівської винагороди суддів Вищого антикорупційного суду має бути суттєво збільшений.

За інших умов, з одного боку, посада судді Вищого антикорупційного суду не буде привабливою через відсутність належних стимулів та наявність великої кількості ризиків, у порівнянні, наприклад, із роботою на посаді судді апеляційного суду. З іншого боку, враховуючи масштаби корупційних зловживань, які будуть предметом розгляду Вищого антикорупційного суду, існуватиме високий ризик впливу на суддю, у тому числі пропозиції неправомірної вигоди для судді або членів його сім'ї.

Таким чином, пропонується визначити у законі про Вищий антикорупційний суд рівень винагороди суддів Вищого антикорупційного суду і при цьому максимально наблизити його до рівня винагороди суддів Верховного Суду, наприклад, встановивши винагороду у розмірі 65 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, розмір якого встановлено на 1 січня календарного року.

При цьому вбачається доцільним зберегти передбачені Законом України «Про судоустрій

і статус суддів» розміри доплат за роботу на адміністративних посадах, за науковий ступінь, за роботу, яка передбачає доступ до державної таємниці, за вислугу років.

Крім того, враховуючи, що відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» рівень оплати суддів апеляційних судів вищий, ніж у суддів місцевих судів з огляду на характер їх обов'язків, для суддів апеляційної палати Вищого антикорупційного суду передбачається встановити набавку у розмірі 5 відсотків від окладу.

У той же час вбачається логічним відмовитися від передбаченого Законом України «Про судоустрій і статус суддів» підходу щодо застосування регіональних коефіцієнтів до базового розміру посадового окладу, які визначені залежно від кількості населення відповідного населеного пункту (адже у разі створення у структурі Вищого антикорупційного суду територіальних палат, навантаження на суддів цих палат не буде пов'язано із чисельністю населення населеного пункту, в якому працюватиме суддя).

У разі ж обрання моделі, за якою в регіонах працюватимуть лише слідчі судді Вищого антикорупційного суду, може бути розглянуто питання встановлення надбавки для таких суддів у розмірі 5 відсотків. Це стимулюватиме суддів обиратися слідчими суддями для роботи в регіонах.

6.3. Згідно із статтею 138 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» після призначення на посаду суддя, який потребує поліпшення житлових умов, забезпечується службовим житлом за місцем знаходження суду органами місцевого самоврядування в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

На підставі цієї норми має, в першу чергу, вирішуватися питання тимчасового житлового забезпечення суддів Вищого антикорупційного суду, які працюватимуть в регіонах (незалежно від обраної моделі структури Вищого антикорупційного суду).

З метою мінімізації корупційних ризиків, пов'язаних із вирішенням питань житлового забезпечення суддів, доцільно передбачити законодавчу заборону на можливість зміни статусу службового житла для суддів Вищого антикорупційного суду і виключення жилих приміщень, що надаються суддям Вищого антикорупційного суду на час перебування на посаді, з числа службових. Такий підхід вбачається актуальним ще й тому, що, як зазначалось вище, у законопроекті про Вищий антикорупційний суд пропонується передбачити ротацію суддів територіальних палат/слідчих суддів Вищого антикорупційного суду (залежно від обраної моделі).

Водночас при вирішенні питання житлових гарантій суддів Вищого антикорупційного суду необхідно буде орієнтуватися на порядок забезпечення суддів службовим житлом, що буде затверджений Кабінетом Міністрів України, з тим, щоб регулювання цього питання у Законі України «Про Вищий антикорупційний суд» не звужувало аналогічні гарантії, надані за Законом України «Про судоустрій і статус суддів».

7. Додаткові гарантії безпеки суддів Вищого антикорупційного суду та членів їх сімей

7.1. Законом України «Про судоустрій і статус суддів» встановлено загальні для всіх суддів гарантії їх державного захисту та державного захисту членів їхніх сімей.

Так, за цим Законом судді, члени їхніх сімей та їхнє майно перебувають під особливим захистом держави; Служба судової охорони, органи правопорядку зобов'язані вживати необхідних заходів для забезпечення безпеки судді, членів його сім'ї, збереження їхнього

майна, якщо від судді надійде відповідна заява; вчинені у зв'язку зі службовою діяльністю судді посягання на його життя і здоров'я, знищення чи пошкодження його майна, погроза вбивством, насильством чи пошкодженням майна судді, образа чи наклеп на нього, а також посягання на життя і здоров'я членів його сім'ї (батьків, дружини, чоловіка, дітей), погроза їм вбивством, пошкодженням майна мають наслідком відповідальність, установлену законом; суддя має право на забезпечення засобами захисту, які йому надаються Службою судової охорони, утвореною відповідно до цього Закону (стаття 140).

Тимчасово, на період до початку виконання в повному обсязі повноважень Служби судової охорони, підтримання громадського порядку в суді, припинення проявів неповаги до суду, а також охорону приміщень суду, органів та установ системи правосуддя, виконання функцій щодо державного забезпечення особистої безпеки суддів та членів їхніх сімей, працівників суду, забезпечення безпеки учасників судового процесу здійснюється підрозділами Національної поліції України та Національної гвардії України (пункт 39 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення»).

Певні гарантії особистої безпеки суддів і членів їх сімей передбачені й Законом України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів». Однак здебільшого визначені у ньому гарантії стосуються не запобігання випадкам загрози безпеці судді, а реагування на реальні загрози.

Тож, виходячи із завдань, які стоять перед Вищим антикорупційним судом, та ризиків, пов'язаних із розглядом справ про корупцію, визначені у названому Законі гарантії безпеки суддів можуть виявитися недостатніми для убезпечення суддів Вищого антикорупційного суду.

Тому як додаткові заходи забезпечення безпеки суддів Вищого антикорупційного суду можуть бути розглянуті:

1) гарантії фізичного захисту суддів та членів їх сімей:

- оснащення службових приміщень Суду (у тому числі службових приміщень в регіонах) всіма необхідними сучасними заходами безпеки;

- урахування можливості державного бюджету – забезпечення кожного судді особистою охороною або лише суддів, які розглядатимуть особливо резонансні справи;

- оснащення приватного чи службового житла судді охороною сигналізацією та кнопками тривожної сигналізації для екстреного виклику поліції;

- забезпечення кожного судді та членів його сім'ї персональним мобільним пристроєм тривожної сигналізації;

2) встановлення алгоритму оперативного узгодженого реагування правоохоронних органів на факти або будь-яку інформацію, що свідчатимуть про можливу загрозу судді. У разі надходження від судді або інших осіб відповідної інформації (у тому числі усного характеру) Служба судової охорони та правоохоронні органи мають забезпечити оперативне реагування;

3) забезпечення суддів та членів їх сімей захищеними від стороннього прослуховування засобами зв'язку;

4) тимчасове розміщення членів сім'ї у місцях, що забезпечують безпеку, у разі відповідних загроз.

8. Апарат Вищого антикорупційного суду

8.1. Згідно із Законом України «Про судоустрій і статус суддів» організаційне забезпечення роботи суду здійснює його апарат, який очолює керівник апарату (частина перша статті 155). Цим Законом також визначено, що положення про апарат суду розробляється на підставі затвердженого Державною судовою адміністрацією України за погодженням із Вищою радою правосуддя типового положення про апарат суду та затверджується зборами суддів відповідного суду (пункт 12 частини першої статті 152, частина друга статті 155), а структура і штатна чисельність апарату вищого спеціалізованого суду затверджуються Державною судовою адміністрацією за погодженням із головою суду в межах видатків на утримання відповідного суду (частина сьома статті 155). Для апарату ж Верховного Суду Законом передбачено особливості – положення про апарат, структура і штатний розпис апарату Верховного Суду затверджуються Пленумом Верховного Суду за поданням Голови Верховного Суду (стаття 156). Очевидно, такий підхід зумовлений тим, що Законом Верховний Суд визначено головним розпорядником коштів Державного бюджету України щодо фінансового забезпечення його діяльності (частина третя статті 148).

Тож у разі підтримки позиції щодо наділення Вищого антикорупційного суду статусом головного розпорядника коштів Державного бюджету України вбачається доцільним передбачити у законопроекті, що положення про апарат, структура і штатний розпис апарату Вищого антикорупційного суду затверджуються зборами суддів цього суду.

Такий самий підхід з метою створення додаткових гарантій незалежності Вищого антикорупційного суду і мінімізації впливів на його діяльність може бути запроваджений і в тому разі, коли за обраною концепцією функції головного розпорядника бюджетних коштів щодо фінансового забезпечення діяльності Вищого антикорупційного суду залишаться за Державною судовою адміністрацією.

8.2. Частиною шостою статті 155 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визначено, що правовий статус працівників апарату суду визначається Законом України «Про державну службу» з урахуванням особливостей, визначених цим Законом. Із норми частини першої статті 150 цього Закону випливає наявність у складі апарату Вищого антикорупційного суду державних службовців та працівників, які виконують функції з обслуговування; їх призначення на посади, оплата праці та соціальні гарантії регулюються нормами законодавства про державну службу з урахуванням особливостей, знову ж таки визначених цим Законом. Також стаття 157 Закону передбачає проходження в апараті Вищого антикорупційного суду патронатної служби на посадах помічників суддів.

Щодо вирішення кадрових питань у апараті Вищого антикорупційного суду Законом України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено такі особливості:

- керівника апарату вищого спеціалізованого суду, його заступників призначає на посаду за погодженням голови суду та звільняє з посади Голова Державної судової адміністрації України, при цьому збори суддів Вищого антикорупційного суду можуть висловити недовіру керівнику апарату суду, що має наслідком звільнення його з посади (пункт 3 частини першої статті 34, частина третя, четверта статті 155), застосування до них заохочень та накладення дисциплінарних стягнень здійснюється Головою Державної судової адміністрації України за поданням голови Вищого антикорупційного суду (пункт 6 частини четвертої статті 153);
- призначення на посаду та звільнення з посади інших працівників апарату суду, за-

стосування до них заохочень та накладення дисциплінарних стягнень здійснюється керівником апарату суду (частина п'ята статті 155);

- добір працівників апарату суду здійснюється на конкурсній основі (частина п'ята статті 155), при цьому проведення конкурсу на зайняття вакантної посади керівника апарату суду та його заступників здійснює Комісія з питань вищого корпусу державної служби, що діє при Вищій раді правосуддя, а інші особливості проведення конкурсів для призначення на посади державних службовців в судах, а також особливості призначення на посаду державних службовців у випадках, передбачених названим Законом, визначаються Положенням, яке затверджується Вищою радою правосуддя за поданням Державної судової адміністрації після консультацій з центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері державної служби (частини друга і третя статті 150);
- наукові консультанти (що входять до складу апарату суду) повинні мати науковий ступінь (частина одинадцята статті 155);
- ранги державного службовця керівнику апарату вищого спеціалізованого суду, його заступникам присвоює за поданням голови відповідного суду Голова Державної судової адміністрації згідно із законодавством про державну службу (пункт 7 частини четвертої статті 153).

Таким чином, з інших питань вступу, проходження, припинення служби в апараті Вищого антикорупційного суду застосовуватимуться норми законодавства про державну службу, серед яких і питання встановлення вимог до осіб, які претендуватимуть на зайняття посад державної служби в апараті Вищого антикорупційного суду. Згідно зі статтею 20 Закону України «Про державну службу» встановлення, поряд із загальними вимогами (що передбачені цим Законом і яких навряд чи достатньо для формування апарату Вищого антикорупційного суду⁶⁸), спеціальних вимог до претендентів на посади державної служби можливо на підставі вимог спеціальних законів. Отже, спеціальні вимоги до осіб, які претендуватимуть на посади в апараті Вищого антикорупційного суду, мають бути встановлені саме в Законі про Вищий антикорупційний суд.

Необхідність встановлення спеціальних, підвищених вимог не лише до кандидатів на посади суддів Вищого антикорупційного суду, а й до осіб, які претендують на посади в апараті цього суду, зумовлена вимогами забезпечення Вищого антикорупційного суду професійними, добросовісними і не обтяженими певною «інституційною пам'яттю» кадрами. У зв'язку з цим пропонується за аналогією із наведеним вище підходом щодо кандидатів на посади

68 Такими загальними вимогами для посад керівника апарату Вищого антикорупційного суду та його заступників (посади категорії «А») будуть загальний стаж роботи не менше семи років; досвід роботи на посадах державної служби категорій «А» чи «Б» або на посадах не нижче керівників структурних підрозділів в органах місцевого самоврядування, або досвід роботи на керівних посадах у відповідній сфері не менш як три роки; а з 1 травня 2018 року – також вільне володіння державною мовою, володіння іноземною мовою, яка є однією з офіційних мов Ради Європи. Для осіб же, які претендуватимуть на зайняття посад керівників структурних підрозділів апарату Вищого антикорупційного суду (посади категорії «Б»), такими вимогами будуть досвід роботи на посадах державної служби категорій «Б» чи «В» або досвід служби в органах місцевого самоврядування, або досвід роботи на керівних посадах підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності не менше двох років, вільне володіння державною мовою. Для осіб, які претендуватимуть на зайняття інших посад державних службовців в апараті Вищого антикорупційного суду, такими вимогами будуть лише наявність вищої освіти ступеня молодшого бакалавра або бакалавра та вільне володіння державною мовою.

суддів Вищого антикорупційного суду встановити обмеження щодо призначення на посади в апараті Вищого антикорупційного суду осіб, які були звільнені з посади судді за порушення присяги судді або протягом останніх десяти років працювали у правоохоронних органах.

Також з огляду на положення Закону України «Про державну службу», який передбачає можливість зайняття посади державної служби як через конкурсний добір, так і шляхом переведення на рівнозначну посаду без проведення конкурсу (статті 15, 34, 41), пропонується у законопроекті встановити вимогу щодо призначення керівника апарату Вищого антикорупційного суду та його заступників виключно за результатами конкурсного добору.

Варто також урахувувати, що згідно із Законом України «Про державну службу» призначення на посаду державного службовця здійснюється безстроково, крім випадків, визначених цим та іншими законами України; строкове призначення на посаду здійснюється у разі, зокрема, призначення на посаду державної служби категорії «А» – на п'ять років, якщо інше не передбачено законом, з правом повторного призначення на ще один строк або наступного переведення за пропозицією Комісії з питань вищого корпусу державної служби на рівнозначну або нижчу посаду до іншого державного органу (стаття 34).

Таким чином, законом про Вищий антикорупційний суд може бути врегульовано питання строку, на який призначається керівник апарату та його заступник (заступники).

8.3. Виходячи з організаційної моделі Вищого антикорупційного суду, що буде обрана, в проєкті Закону має бути передбачено, що діяльність суду в територіальних округах забезпечуватиметься апаратом цього суду.

Спільне бачення щодо основних засад створення Вищого антикорупційного суду в Україні

Члени неформальної робочої групи, сформованої 18 січня 2017 року на організованому Координатором проєктів ОБСЄ в Україні засіданні, до якої увійшли представники експертного середовища від інститутів громадянського суспільства та зацікавлених міжнародних організацій-донорів, що працюють в Україні, а саме – представники Центру протидії корупції, Представництва Європейського Союзу в Україні, Консультативної Місії Європейського Союзу в Україні, Антикорупційної ініціативи Європейського Союзу в Україні, Координатора проєктів ОБСЄ в Україні, Реанімаційного пакету реформ, Програми розвитку ООН, Американського бюро у міжнародних справах з боротьби з наркотиками та правопорядку, Програми USAID «Нове правосуддя», а також Американської торговельної палати в Україні.⁶⁹

занепокоєні серйозністю породжуваних корупцією проблем і загроз для стабільності та безпеки України, що підривають діяльність демократичних інститутів і цінності, доступ до правосуддя, дотримання етичних стандартів, а також піддають ризику сталій розвиток та верховенство права,

віддають належне тому, що оновлений Закон України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає створення Вищого антикорупційного суду України (ВАС),

будучи переконаними в тому, що створення ВАС є логічним наступним кроком після створення Національного антикорупційного бюро України (НАБ) та Спеціалізованої

⁶⁹ Дані рекомендації є експертним внеском, підготовленим виконавцями проєктів. Подані в цьому документі погляди не обов'язково відображають погляди чи позицію відповідних організацій.

антикорупційної прокуратури України (САП),

вважаючи, що формування ВАС має відбуватися прозоро, відповідно до міжнародних та європейських стандартів, доповнюючи діяльність вже існуючих державних органів у сфері подолання корупції, без зволікань, які можуть завдати непоправної шкоди антикорупційній реформі,

погодили перелік таких основних засад створення Вищого антикорупційного суду України:

1. Конституційна та правова база

1.1 Утворення ВАС має відбуватися відповідно до конституційних засад як по суті та і процедурно з урахуванням положень статті 125 Конституції України, що дозволяють створення «вищих спеціалізованих судів».

1.2 Загальна Стратегія реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів має передбачати створення ВАС, який повинен стати невід'ємною частиною системи судоустрою України.

2. Підсудність

2.1 ВАС повинен мати виняткову юрисдикцію щодо справ, які розслідуються НАБ, та обвинувачення, які підтримується САП.

2.2 З метою забезпечення належної правової та процесуальної бази в діяльності ВАС необхідно запровадити відповідні зміни до кримінального процесуального законодавства.

3. Добір суддів

3.1 Добір кандидатів на суддівські посади у ВАС має здійснюватися через відкритий конкурс із застосуванням справедливих, прозорих і об'єктивних критеріїв. Необхідно забезпечити гарантії для запобігання будь-якого стороннього впливу на процес добору та додержання принципу незалежності суддів. Це зумовлює обов'язкову участь Громадської ради доброчесності у встановленні відповідності кандидатів критеріям доброчесності та професійної етики.

3.2 З метою запобігання зловживанням та затягуванню слід встановити законодавчо строки добору і призначення суддів ВАС.

3.3 Для забезпечення громадської довіри, процедура добору має спиратися передусім на оцінювання професійної компетентності й доброчесності кандидатів та впевненості в тому, що кожен з них у своїй професійній діяльності, громадському та приватному житті завжди дотримувався високих етичних стандартів.

3.4 Формальні кваліфікаційні вимоги до кандидатів мають бути сформовані таким чином, щоб у конкурсному відборі могли взяти участь якнайбільше суддів, правників та науковців.

3.5 Оскільки судді ВАС будуть ухвалювати рішення у надзвичайно важливих й резонансних справах, існує ризик потенційного зовнішнього впливу. Тому на певний обмежений строк треба запровадити додатковий фільтр, який забезпечить міжнародну участь у процесі добору суддів задля більшої довіри громадськості та її впевненості в об'єктивності результатів конкурсного добору та високому професіоналізмі й доброчесності кандидатів.

3.6 Для цього Вища кваліфікаційна комісія суддів України має утворити спеціальну колегію, яка відповідатиме за конкурсний добір кандидатів на посади суддів ВАС. Більшість її членів мають складати особи, номіновані за пропозицією міжнародних донорів, які надають підтримку впровадженню антикорупційних програм в Україні. Всі члени такої колегії повинні мати рівне право голосу. Рішення колегії приймаються простою більшістю голосів її членів.

3.7 Рішення спеціальної колегії мають бути обов'язковими до врахування Вищою кваліфікаційною комісією суддів. Остання не має права рекомендувати до призначення на посаду судді ВАС кандидатів, які не були ретельно перевірені і схвалені цією колегією.

3.8 Секретаріат Вищої кваліфікаційної комісії суддів України надає спеціальній колегії необхідну адміністративну та організаційну підтримку.

4. Структура ВАС та оскарження рішень ВАС

4.1 Місце ВАС в системі судоустрою України має гарантувати кожному реалізацію права на справедливий судовий розгляд та рівність усіх перед законом.

4.2 Будь-яка особа, справу якої розглядає ВАС, повинна мати конституційно гарантоване право на перегляд ухваленого ВАС рішення в апеляційному порядку та у передбачених законом випадках – у касаційному порядку.

4.4 Перегляд рішень ВАС в апеляційному порядку має здійснюватися апеляційною палатою, утвореною у ВАС. Між тим фізично апеляційна палата ВАС має розташовуватися в окремій будівлі.

4.5 Перегляд рішень ВАС в касаційному порядку здійснюється Касаційним кримінальним судом Верховного Суду.

5. Додаткові гарантії та запобіжники

5.1 Розмір щомісячної винагороди суддів ВАС має співвідноситися з підвищеними вимогами до їх посад, оскільки вони розглядатимуть резонансні справи, пов'язані з корупцією високопосадовців, і наражатимуться на ризик неналежного тиску через це.

5.2 Суддям ВАС мають бути забезпечені гарантії доступу до необхідних додаткових заходів безпеки, крім іншого, включно зі спеціальними гарантіями фізичного захисту як суддів, так і членів їх родин.

COMMON UNDERSTANDING ON THE BASIC PRINCIPLES FOR ESTABLISHING THE HIGH ANTI-CORRUPTION COURT IN UKRAINE

The informal working group of interested international donors in Ukraine and civil society experts established by consensus of participants of a donor coordination meeting hosted by the OSCE Project Coordinator in Ukraine on January 18, 2017, including representatives of the Anticorruption Action Centre, EU Delegation to Ukraine, European Union Advisory Mission Ukraine, European Union Anti-Corruption Initiative, OSCE Project Coordinator in Ukraine, Reanimation Package of Reforms, United Nations Development Program, US Bureau of International Narcotics and Law Enforcement, and USAID New Justice Program, as well as the American Chamber of Commerce in Ukraine,⁷⁰

Concerned about the seriousness of problems and threats posed by corruption to the stability and security of Ukraine, undermining democratic institutions and values, access to justice and compliance with ethical standards, and jeopardizing sustainable development and the rule of law,

Taking Note with Appreciation that the amended Law on the Judiciary and Status of Judges envisages creation of the High Anti-Corruption Court (HACC),

Being convinced that the establishment of the HACC logically follows the establishment of the National Anti-Corruption Bureau of Ukraine (NABU) and the Special Anti-Corruption Prosecutor's Office (SAPO),

Being of the opinion that the HACC should be established in a transparent and prompt manner in line with international and European standards to complement existing institutions combating corruption without delay which would be detrimental to anti-corruption reform,

Have agreed on the following basic principles for establishing the HACC:

Constitutional and legal framework

1.1. The HACC should be established in line with constitutional requirements both substantively and procedurally, including Art. 125 of the Constitution of Ukraine permitting the establishment of "high specialized courts".

1.2. The establishment of the HACC should be included into the overall Justice Sector Reform Strategy and become an integral part of the national judicial system.

Jurisdiction

2.1. The HACC should have exclusive jurisdiction over cases investigated by NABU and prosecuted by SAPO.

2.2. Amendments to criminal procedures should be developed to ensure a proper legal and procedural framework for the HACC.

Selection of the judges

⁷⁰ These recommendations constitute expert input developed by project implementers. Views expressed in this document do not necessarily reflect the views or positions of the enumerated organizations.

3.1. HACC judges should be selected through an open competition, based upon fair, transparent, and merit-based criteria. Necessary guarantees should be in place to avoid any undue influence on the selection process and ensure respect for judicial independence. This will also include the mandatory participation of the Public Integrity Council in verifying the integrity and professional ethics of judicial candidates.

3.2. Specific timeframes for selecting HACC judges should be established by law to avoid abuse and delay.

3.3. In order to ensure public trust and confidence, the selection procedure should focus on assessing the professional competencies and integrity of candidates and ensuring that candidates have maintained high standards of ethical conduct in their professional, public and private lives.

3.4. Formal qualifications requirements for candidates should be developed in a way to allow the participation of the widest range of judges, lawyers and academics in the competition.

3.5. As the HACC will be adjudicating extremely sensitive cases, where significant external influence may be brought to bear, it is necessary to have for a limited time an extra filter with international participation in the process of selecting HACC judges to promote greater public trust and confidence in the process and ensure that candidates are of the highest integrity and professionalism.

3.6. Thus, for the purpose of selecting HACC judges, the High Qualifications Commission of Judges (HQCJ) should set up a special panel responsible for the selection process. The special panel should include a majority of members nominated by international donors active in providing support for anti-corruption programs in Ukraine. All members of the special panel should have equal voting rights. Decisions of the special panel should be made by simple majority.

3.7. Decisions of the special panel should be binding on the HQCJ, which may not recommend candidates who were not fully vetted and approved by the special panel.

3.8. Administrative and logistical support for the special panel should be provided by HQCJ staff.

HACC structure and appeals

4.1. The place of the HACC in the judicial hierarchy should ensure the right to fair trial and equality before the law.

4.2. Any person brought before the HACC to stand trial should have the constitutionally guaranteed right to have his or her case reviewed by a court of appeal and, in cases prescribed by law, by a court of cassation.

4.4. Appellate review of HACC decisions should be conducted by an appellate chamber within the HACC, which should be physically housed in a separate location.

4.5. Cassation review should be conducted by the Criminal Cassation Court of the Supreme Court.

Additional guarantees and safeguards

5.1. The level of remuneration for HACC judges should be commensurate with the increased demands of the position as they will consider high profile corruption cases and face the risk of undue influence related to such cases.

5.2. HACC judges should also have access to additional security measures, including but not limited to special guarantees for physical protection of judges and members of their families.

Наукове видання

КРУГЛИЙ СТІЛ
«АКТУАЛЬНІ ВИКЛИКИ У ДІЯЛЬНОСТІ
ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ»

10 вересня 2020 року

Підписано до друку 21.12.2020. Формат 60х90 1/16
Папір офсетний. Друк офсетний.
Обл.-вид. арк. 2,56. Тираж 100 прим. Зам. 357.

Видавництво ТОВ «Компанія ВАІТЕ»
01042, м. Київ, вул. Саперне поле, 26, к. 27.

Свідоцтво про внесення до Державного реєстру суб'єктів видавничої справи
серія ДК № 2570 від 27.07.2006 р.

