****

**Всеволод Речицький, кандидат юридичних наук, доцент Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого (Харків), конституційний експерт Харківської правозахисної групи**

**ЧИ МОЖНА ДОВІРЯТИ КОНСТИТУЦІЙНИМ СУДДЯМ?**

Цей есей написано за мотивами неодноразових – офіційних і неофіційних – запитів правоохоронних органів України до вітчизняних правознавців щодо можливості притягнути до юридичної відповідальності, у тому числі кримінальної, суддів Конституційного Суду України. У одному з таких випадків ішлося про можливе масове порушення присяги судді, що його вчинили судді Конституційного Суду, в другому – про вірогідність того, що судді ухвалили свідомо неправосудні рішення...

Зокрема, ще в грудні 2014 року Верховний Суд у Постанові Верховного Суду України від 2 грудня 2014 року по справі № 21-302а14 дійшов висновку про те, що Конституційний Суд України Рішенням від 30 вересня 2010 року про «скасування» політичної реформи незаконно вимагав від органів державної влади впорядкувати їхні нормативно-правові акти відповідно до Конституції України в редакції 28 червня 1996 року.

На думку Верховного Суду, такий «висновок Конституційного Суду України <...> суперечить закріпленому законом порядку внесення змін до Конституції України, згідно з яким положення закону про внесення змін до Конституції України після набрання ним чинності стають н*е*від’ємною складовою Основного Закону, <...> а сам закон вичерпує свою функцію».

До того ж, як зазначив Верховний Суд, «Конституція України не уповноважує Конституційний Суд України визнавати нечинність конституційної норми, незважаючи на те, в якій юридичній формі вона була закріплена». Уточнення майже скандальне, але залишимо його на совісті Верховного Суду.

Своєю чергою, Генеральна прокуратура України у вересні 2016 року розглядала можливість того, що 30 січня 2016 року судді Конституційного Суду України ухвалили свідомо неправосудне рішення у справі № 1-22/2016 за зверненням Верховної Ради України щодо перевірки на відповідність ст. 157, 158 Основного Закону України законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя).

Слідчих Генеральної прокуратури цікавила й позиція науковців щодо взаємозв’язку положень частини 3 ст. 28 Закону України про Конституційний Суд України та положень частини 1 ст. 24 Конституції України щодо рівності громадян перед законом.

Запити Генеральної прокуратури з цього приводу розійшлися науково-освітніми закладами України, одним із наслідків чого стало усвідомлення в науковій спільноті того факту, що Конституційному Судові України нагорі не дуже довіряють.

Іще раніше матеріяли про можливе вчинення суддями Конституційного Суду України кримінальних правопорушень Голова Служби безпеки України (СБУ) Валентин Наливайченко передав до Генеральної прокуратури. Щоправда, декілька днів по тому президент Петро Порошенко звільнив його самого із посади. Як тоді стверджував дехто з експертів, якби президент дозволив спецслужбам полювати на конституційних суддів, Україна ризикувала би втратити рештки ознак правової держави.

Відтоді минуло чимало часу, а підозра щодо неналежного виконання суддями Конституційного Суду України своїх обов’язків залишається нездоланною. Судді працюють під підозрою і з боку «вищих офіціялів», і з боку вільної юридичної громадськості. Як відомо, про нібито обґрунтованість притягнення суддів Конституційного Суду до кримінальної відповідальності писав на шпальтах «Дзеркала тижня» правник Віктор Мусіяка («Будь-яка влада є результатом узурпації?», 29 жовтня, 2010; «Конституційний “транзит” неможливий без відновлення конституційного ладу», 27 грудня 2013).

Це засмучує, оскільки фаховий рівень екс-віце-спікера парламенту України мав би не дозволити іґнорувати той факт, що Ухвалу Конституційного Суду від 5 лютого 2008 року про відмову в перевірці на конституційність політичної реформи пояснювала запроваджена 4 серпня 2006 року заборона Конституційному Судові контролювати ті зміни до Конституції України, які набули чинності. І, навпаки, Рішення Конституційного Суду від 30 вересня 2010 року, яким політичну реформу було скасовано, пояснюється тим, що 26 червня 2008 року процесуальний контроль Суду за змінами до Основного Закону було відновлено.

Увагу, однак, привертає не так занепокоєння і тривога приватних осіб чи інститутів громадянського суспільства, як неформально висловлена з боку вітчизняних органів державної влади підозра у тому, що судді чинили кримінальні правопорушення. Наважуся стверджувати, що запитання: «Хто винний?» стало ніби традиційним зверненням (на кшталт: «How do you do?») СБУ і прокуратури до Конституційного Суду.

СБУ, Генеральна прокуратура України і Верховний Суд уже не вперше намагаються перевірити на наявність «злочинного умислу» колеґіяльні рішення і висновки єдиного органу конституційної юрисдикції. Під їхню підозру потрапили не лише судді Конституційного Суду, які віддали голоси за відміну в 2010 році політичної реформи. Ідеться про можливість притягнути до кримінальної відповідальності і тих членів Конституційного Суду, які зовсім недавно визнали відповідність вимогам ст. 157, 158 Конституції України законопроекту про внесення змін до Основного Закону (щодо правосуддя).

Ба більше, Генеральну прокуратуру України цікавить загальне питання про доктринальне (наукове) тлумачення положень частини 3 ст. 28 Закону України «Про Конституційний Суд України» в частині можливости притягнення до кримінальної відповідальности суддів Конституційного Суду за вчинення будь-яких злочинів, пов’язаних із їхньою службовою діяльністю. Мусимо визнати прикрий факт: судді єдиного органу конституційної юрисдикції змушені працювати під потужним моральним тиском.

Це при тому, що частина 3 ст. 28 Закону України «Про Конституційний Суд України» 1996 року говорить про те, що «судді Конституційного Суду України не несуть юридичної відповідальності за результати голосування або висловлювання у Конституційному Суді України та в його колегіях, за винятком відповідальності за образу чи наклеп при розгляді справ, прийнятті рішень та дачі висновків Конституційним Судом України».

Окрім того, як свідчить оновлена редакція ст. 149 Основного Закону України, «незалежність і недоторканість судді Конституційного Суду України гарантуються Конституцією і законами України. Вплив на суддю Конституційного Суду України у будь-який спосіб забороняється». Усе це, однак, не дуже хвилює представників Генеральної прокуратури, які хотіли б почути думку науковців-правознавців про зв’язок між положеннями норм ст. 28 Закону України «Про Конституційний Суд України» і вимогою частини 1 ст. 24 Конституції України», де стверджується, що «громадяни [України] мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом». Тим більше, що юридична сила конституційної норми є вищою за юридичний потенціял норми поточного законодавства.

З приводу цих та інших подібних фактів доцільно зазначити таке. Очевидно, що судді Конституційного Суду України, як і будь-які інші суб’єкти злочину, передбачені ст. 18 Кримінального кодексу (далі – КК) України, можуть нести кримінальну відповідальність за діяння, передбачені чинним законодавством.

За наявности підстав подібна відповідальність може наставати за такі формально дотичні до виконання їхніх професійних обов’язків злочинні діяння, як підроблення документів (ст. 358 КК України), зловживання владою (ст. 364 КК України), службове підроблення (ст. 366 КК України), декларування недостовірної інформації (ст. 366-1 КК України), службова недбалість (ст. 367 КК України), незаконне збагачення (ст. 368-2 КК України), зловживання впливом (ст. 369-2 КК України) тощо.

Очевидно, що у кожному конкретному випадку притягнення конституційного судді чи суддів до кримінальної відповідальности необхідні для цього процесуальні дії має бути здійснено у суворій відповідності до ґарантій незалежности суддів, передбачених Конституцією України, КК та Кримінальним процесуальним кодексом (далі – КПК) України, а також Законом України «Про Конституційний Суд України».

Ідеться, передовсім про ст. 149 Конституції України в редакції Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016 року № 1401-VIII; ст. 28 Закону України «Про Конституційний Суд України»; відповідні положення КК та КПК України, що не суперечать оновленій редакції ст. 149 Конституції України, яка набула чинности через три місяці після її офіційного оприлюднення. Як відомо, Закон України від 2 червня 2016 року № 1401-VIII було оприлюднено у виданні «Голос України» 29 червня 2016 року.

Що ж стосується можливости притягнення суддів Конституційного Суду України до кримінальної відповідальности за фактом можливого ухвалення свідомо неправосудного рішення, то тут справа виглядає вкрай проблематичною.

Як випливає зі ст. 150 Основного Закону, Конституційний Суд України увалює рішення у справах щодо перевірки на відповідність Конституції України (конституційність) законів та інших нормативно-правових актів. Окрім того, він здійснює офіційне тлумачення Конституції України, перевіряє на відповідність вимогам ст. 157 і 158 Основного Закону законопроєкти про внесення змін до Конституції України, а також виконує інші функції, передбачені ст. 111, 151-153, 159 Конституції України.

При цьому передбачені ст. 150 Основного Закону України *рішення* Конституційного Суду є «обов’язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені». Що ж стосується передбачених ст. 151, 159 Основного Закону *висновків* Конституційного Суду, то вони за своєю юридичною силою прирівнюються до згаданих *рішень*, і їх приймають за однаковою з ними процедурою.

Як стверджується в ст. 69 Закону України «Про Конституційний Суд України», рішення і висновки Конституційного Суду України «рівною мірою є обов’язковими до виконання». Крім того, як стверджується в ст. 63 цього Закону, «рішення і висновки Конституційного Суду України <...> є остаточними і не підлягають оскарженню».

До того ж ані Конституція України (ст. 150–152, 159), ані Закон України «Про Конституційний Суд України» (ст. 13–15) не передбачають ухвалення тієї категорії рішень і висновків (ідеться про «рішення» суду в широкому – характерному для слововжитку КК України – сенсі), які цікавлять правоохоронні органи України, що їх здійснюють будь-які інші, ніж Конституційний Суд України загалом, суб’єкти права.

Мова про особливий тип рішень і висновків Конституційного Суду, відповідальним за зміст яких може бути лише організаційно нероздільний суб’єкт – *юридична особа зі спеціяльними функціями та статусом*. Ця обставина є важливою, оскільки в Україні, на відміну від деяких інших країн, юридично не визнається можливість притягнення до кримінальної відповідальности юридичної особи.

Слід також наголосити, що при ухваленні рішень і висновків Суду, які цікавлять представників законодавчої, виконавчої і судової гілок влади, Конституційний Суд України, його окремі підрозділи і судді не володіють і не можуть володіти в принципі *апріорним* (до голосування) знанням щодо їхнього (рішень і висновків) «правильного», «істинного» чи просто прийнятного правового наповнення, юридичної суті. Так само не володіє й не може володіти подібним знанням жоден із суб’єктів чинного українського права.

Це означає, що будь-яка офіційна оцінка правильности (істинности) або неправильности (злочинности) ухвалених на основі принципу більшости колеґіяльних нормативних рішень і висновків єдиного органу конституційної юрисдикції є малоймовірною або взагалі неможливою по суті.

Цей тип рішень і висновків ґрунтується на статистичних показниках вільного голосування «за» і «проти» не менше ніж дванадцяти суддів Конституційного Суду. «Рішення Конституційного Суду України приймаються та його висновки даються на пленарному засіданні, якщо за них проголосувало не менше десяти суддів Конституційного Суду України» (частини 3, 4 ст. 51 Закону України «Про Конституційний Суд України»).

Відтак можна хіба що умоглядно теоретично допустити, а потім довести в законній процедурі злочинну змову не менше ніж 10 конституційних суддів, кожен із яких за своєю незаплямованою біографією, вищим рівнем кваліфікації, процесуальними особливостями відбору та призначення на посаду належить до юридичної еліти України. Однак цей арґумент мало хвилює офіційних і неофіційних опонентів єдиного органу конституційної юрисдикції.

Не менш умоглядною здається й вірогідність доведення злочинних намірів суддів верховних чи конституційних судів і трибуналів інших ліберально-демократичних країн. Зокрема, як зазначається в спеціяльній літературі, призначення на посаду судді Верховного Суду США становить проблему вибору більше в ідеологічному (консерватор / ліберал / належність до меншин) сенсі. Що ж стосується професійної репутації та моральних чеснот, то навіть самим кандидатам у судді подібного ранґу прийнято беззастережно довіряти. Невипадково після свого призначення на посаду вони стають незмінюваними.

Очевидно, що ці міркування прийнятні в руслі обговорення трибу життя судів і суддів у вільному й демократичному суспільстві. Функціонування ж (формування) судової гілки влади в жорстко тоталітарній державі підкоряється іншим закономірностям, про наявність яких в Україні наразі не йдеться. Зокрема, навіть роки президентства Віктора Януковича Леонід Кравчук називав не більше ніж «ліберальним авторитаризмом».

Утім, сам по собі факт критичного налаштування громадських і апаратних структур України до вітчизняного Конституційного Суду можна зрозуміти. Зокрема, подібне ставлення частково пояснюється тривалим перебуванням української спільноти в атмосфері юридичного позитивізму.

Протягом десятиліть в Україні ототожнюють закон і дисципліну, право і порядок. Тому призвичаїтися до діяльности Суду, професійно налаштованого на захист *конституційних цінностей*: ринку, індивідуалізму і свободи – українським юристам непросто. Не дивно, що в посттоталітарній країні конституційний суд можна тимчасово сприймати як підривника основ, чинник ризику і непевности, притаманних людській свободі.

На другому місці серед причин такої недовіри стоїть обґрунтований скепсис українського суспільства щодо окремих – трагікомічних по суті – рішень єдиного органу конституційної юрисдикції. Ідеться, зокрема, про виправдання третього терміну для президентства Леоніда Кучми, згідно з рішенням Конституційного Суду, закамуфльовану заборону брати як судові докази записи з плівок Миколи Мельниченка тощо.

Такі сервільні реакції Конституційного Суду пояснюються не лише радянською звичкою схиляти голову перед правлячою верхівкою, а й тим винятковим побутовим комфортом, в якому опинилися перші судді після призначення на посаду. Столичні квартири державним коштом, персональні водії і авта представницького класу, дипломатичні (безвізові) паспорти і одна з найвищих в Україні зарплат у бюджетній сфері.

Усе те, що мало би, за задумом, зробити суддів незалежними, насправді зробило їх безмірно зобов’язаними Українській державі. На тлі зубожілого українського суспільства судді просто не могли дозволити собі бути «невдячними».

Недовіру до конституційних суддів породжує також не зовсім демократична й прозора процедура їх відбору та призначення на посаду. Іще гіршим виглядає право владних структур достроково відправити суддів у відставку. Якщо президент (п. 22 частини 1 ст. 106 Конституції України) і Верховна Рада України (п. 26 частини 1 ст. 85 Конституції України) в будь-який час могли звільнити дванадцять із вісімнадцяти конституційних суддів, то чи можна очікувати від них справді неупередженого ставлення до людей і обставин?

Утім, повернімося до правової суті проблеми, яка полягає в тому, що навіть у випадку серйозних мотиваційних хитань у голосуванні «за» чи «проти» кожного з конституційних суддів, практично нерозв’язною є загальна колізія компетенцій Конституційного Суду, з одного боку, і будь-якого з вищих органів державної влади в Україні – з другого.

Адже на підставі частини 3 ст. 150 Конституції України «Конституційний Суд України ухвалює рішення, які є обов’язковими до виконання на території України, остаточними і не можуть бути оскаржені». Це правило також стосується висновківКонституційного Суду (ст. 63, 69 Закону України «Про Конституційний Суд»).

Тож формально-логічне тлумачення закріпленої в ст. 150 Основного Закону норми й похідних від неї положень поточного законодавства переконує нас у тому, що той тип (клас) рішень і висновків Конституційного Суду, про які йдеться у відповідних документах СБУ, Генеральної прокуратури і Верховного Суду не може бути оскаржено до жодного з українських судів загальної юрисдикції, в тому числі і до їх найвищої ланки – Верховного Суду.

Що ж стосується зіставлення принципу рівности громадян перед законом (частина 1 ст. 24 Конституції) і судом (п. 2 частини 2 ст. 129 Конституції України) з можливістю притягнення суддів Конституційного Суду до кримінальної відповідальности, то тут варто звернути увагу на таке.

По-перше, рівність громадян України перед законом і судом сама по собі не заперечує ґарантій забезпечення неосудности спеціяльних суб’єктів – авторів і виконавців низки владних (post factum також помилкових чи неоптимальних) рішень у контексті наявних дозволів і заборон національного права.

Наприклад, у частині 1 ст. 60 Конституції України визнається право людини відмовитися від виконання лише «явно»злочинних розпоряджень або наказів. Це означає, що лише суб’єктивна незгода чи сумнів у законності є недостатніми підставами для іґнорування владних приписів в Україні. Зокрема, наказ офіцера Збройних Сил відкрити вогонь на ураження в обстановці реального бою не вважатиметься, як правило, співучастю в убивстві, передбаченому КК України. Подібні арґументи стосуються й оцінки діянь конституційних суддів.

По-друге, рівність громадян перед законом у постсоціялістичній країні не може бути повномасштабною за означенням. Як правило, її підриває наявність пільг і преференцій для малозабезпечених. Якщо закон справді однаковий для всіх, вилучення з нього мають вважатися неприйнятними. Очевидно, що принцип рівности перед законом в Україні нищить зрівнялівка. Щоправда, зовні все виглядає так, ніби саме вона цей принцип ґарантує і забезпечує.

Окрім того, величезна кількість рішень, що їх ухвалюють колеґіяльні органи державної влади (також конституційні суди) на основі принципу більшости є лише умовно правильними. Із часом рішення такого штибу можуть переглядати за наявности кращих арґументів, вищого рівня правосвідомости або глибшого розуміння обставин.

У ліберально-демократичних за політичним режимом країнах такі рішення розглядають як передумови збереження економічної і політичної стабільности, ґарантій сталости конституційного ладу. Якщо за ухвалення певного рішення проголосувала більшість компетентних у своїй справі фахівців, можна очікувати, що на нього пристане й демократична більшість народу.

Це ґарантує *тяглість* суспільного проґресу. У будь-якому випадку подібні рішення не слід ототожнювати з втіленням незаперечної істини чи абсолютної правди на всі часи. Навіть у природничих науках парадигми змінюються приблизно щотридцять років. Що ж стосується політико-правової, гуманітарної сфери, то тут усталені пріоритети можуть модифікуватися навіть швидше.

Зокрема, лише тридцять років тому конституційне право визнавало «сакральність» федеративних зв’язків України з Радянським Союзом. Нині ж його беззастережними цінностями визнано незалежність, територіяльну недоторканість і суверенітет Української держави.

Певну умовність політико-правових рішень почали усвідомлювати у Західній Европі ще в другій половині XIX століття. Зокрема, стримане ставлення демократичного загалу до «істинности» законів спостерігалося після ухвалення Конституції Німеччини 1849 року. Вільне суспільство поступово вчилося миритися з тим, що будь-які норми можуть переглядати й змінювати в світлі кращого розуміння людей і обставин. Тим більше, що ухвалені демократичним шляхом закони залишалися відкритими для критики опонентів.

Із другого боку, будь-яка соціяльна система, у тому числі й Українська держава загалом, не може нормально функціонувати на основі конституційних норм і рішень, леґітимність і юридичну силу яких можуть у будь-який час радикально підірвати спеціяльно *не* уповноважені на це суб’єкти.

Їхню роль можуть виконувати (анти)державні заколотники, революційна верхівка, військова хунта, ультраконсервативні органи державної безпеки тощо. Невипадково значна кількість наявних у світі конституцій є доволі жорсткими (потенційно незмінюваними). Подібні міркування стосуються й Конституції України.

Скажімо, параметри конституційного ладу в Україні може визначати й змінювати не парламент, уряд чи президент, а... винятково народ (частина 2 ст. 5 Конституції України). Тобто якщо Верховну Раду України не задовольнятиме зміст ст. 5 Основного Закону, яка передбачає неґативний сценарій узурпації народного повновладдя органами державної влади, то вона все одно не зможе змінити цю статтю самотужки.

Із другого боку, права українського народу також не безмежні. Правова держава (а Україну визнано такою) передбачає можливість конституційного обмеження й народних прероґатив. Причому речником – голосом Основного Закону – в цьому випадку буде той-таки Конституційний Суд.

За законопроєктом про внесення змін до ст. 151 Конституції України (щодо правосуддя), «Конституційний Суд України за зверненням Президента України або щонайменше сорока п’яти народних депутатів України надає висновки про відповідність Конституції (конституційність) питань, які пропонуються для винесення на всеукраїнський референдум за народною ініціативою».

Для розуміння ситуації довкола явно й неявно артикульованих в Україні претензій одних державних органів до інших корисно звернутися також до арґументів здорового глузду. Адже якби СБУ, Генеральна прокуратура України чи Верховний Суд справді мали право перевіряти законність («злочинність») колеґіяльних рішень і висновків Конституційного Суду, про які йдеться в ст. 150, 151, 159 Конституції України, то все одно було б незрозуміло, з якого коґнітивного джерела вони черпали би достовірне знання про «сумнівність», «неправильність» чи «злочинність» правових позицій Конституційного Суду.

Правова держава Україна трактує поточне законодавство, на основі якого працює прокуратура і Верховний Суд, як підпорядковану Конституції нормативну систему. Ключі ж до офіційного тлумачення всіх без винятку положень Основного Закону перебувають у руках винятково Конституційного Суду.

Це означає, що будь-яка офіційна претензія СБУ, Генеральної прокуратури, Верховної Ради України чи Верховного Суду (найвищої ланки в системі судів загальної юрисдикції) оцінювати законність нормативних колеґіяльних рішень і висновків Конституційного Суду призводитиме до неприпустимого юридичного реверсу – зворотного керування *вищими* конституційними нормами з боку норм *нижчого*, поточного рівня.

Адже, строго кажучи, всі слідчі, прокурори і судді судів загальної юрисдикції є не так самодостатніми посадовими особами, як офіційними репрезентантами абстрактного закону, речниками деперсоніфікованого українського права. Із правильного усвідомлення цієї обставини випливає те, що будь-який чесний, а не штучно спровокований конфлікт державних органів і посадових осіб із Конституційним Судом України також буде конфліктом автономних нормативних систем, які перебувають між собою в стані субординації.

Це означає, що ні СБУ разом із Національним антикорупційним бюром (далі – НАБУ), ні Генеральна прокуратура разом із відповідною колеґією Верховного Суду не можуть ні формально-юридично, ні de facto контролювати ту ланку професійної діяльности Конституційного Суду, в якій він виступає офіційним репрезентантом, речником українського Основного Закону.

Звичайно, все сказане стосується невизнання можливости контролю з боку СБУ, НАБУ, прокуратури і судів загальної юрисдикції за змістом *сутнісних колеґіяльних рішень і висновків єдиного органу конституційної юрисдикції*, а не юридичної оцінки низки оперативних одноосібних рішень, які зазвичай увалюють у робочому режимі в стінах Конституційного Суду України.

Сумніватися ж (у побутовому значенні цього слова) в якостях нормативних колеґіяльних рішень і висновків Конституційного Суду можуть не лише слідчі, прокурори і судді судів загальної юрисдикції, але й український парламент, Кабінет міністрів, президент, органи місцевого самоврядування і пересічні громадяни України.

Усе це, однак, не означає, що вони можуть дозволити собі іґнорувати ці рішення. Це суперечило би принципам верховенства права, законности, поділу влади й обмеженого (через заборону дискреції – ст. 6, ст. 19 Конституції України) правління.

Сучасні конституційні системи Заходу є практично відкритими для моральних і політичних сумнівів, перманентного філософського аналізу їхніх політичних, етичних і естетичних засад. Із другого боку, саме в них визнається й послідовно забезпечується функціонування спеціяльних інстанцій, які за суспільним (конституційним) договором покликані вирішувати окремі питання громадського і державного життя «остаточно». До таких інстанцій якраз і належить більшість наявних у західному світі органів конституційної юрисдикції.

Відтак перед українською спільнотою постає вагоме питання: чи маємо ми підстави беззастережно довіряти вітчизняним конституційним суддям? Дати вичерпну відповідь на нього навряд чи можливо. Адже навіть сама постановка цього питання може виявитися завчасною. Із другого боку, у свободи українського народу є небагато офіційних захисників вищого ранґу.

Головним серед них є Конституційний Суд України. Чи є він досить компетентним, свідомим своєї мети, досконалим? Відповідь на це питання належить до так званих «перформативних висловлювань». Це означає, що реально опертися на Конституційний Суд ми зможемо лише за умови, що боротимемося за нього.