

MORAL INTEGRITY (МОРАЛЬНА ЦІЛІСНІСТЬ, ДОБРОЧЕСНІСТЬ) СУДДІВ ТА ПУБЛІЧНИХ СЛУЖБОВЦІВ ЯК СКЛАДОВА ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ ¹

Згідно із юридичною позицією Конституційного суду, яким визнано неконституційною статтю 368² Кримінального кодексу, юридичний склад злочину незаконного збагачення не відповідає засадам юридичної невизначеності, презумпції невинуватості та конституційним гарантіям про самообмови особи².

Мотивація неконституційності полягає в тому, що ніби то посадовці органів публічної влади мають доводити факт такого незаконного збагачення, а тому стаття містить ніби припущення, яке виступає основою для обвинувачення. Це звісно пов'язано із деонтологічними речами, тобто розуміння місії правника та певних обмежень та обтяжень, пов'язаних із професійною діяльністю. Однак тут йде річ саме про обмеження та обтяження, які накладаються на посадовців у системі публічної служби, суддів та органів сприяння правосуддя (Вищої ради юстиції, Вищої кваліфікаційної комісії суддів, прокуратури). Як не дивно, ці вимоги також поширюються на адвокатів, хоча вони є представниками вільної юридичної професії.

Я хочу тут підкреслити одну річ.

В Україні наразі домінує формалістичне розуміння права. Право часто зводиться до команди суверена, яке забезпечується певними юридичними засобами. Це певною мірою відображає вертикальну структуру права (надаючи йому певного гангстерського «шарму»), яка апелює до авторитету влади і часто черпає легітимність у владних інститутах. Насправді, сьогодні набуває ваги горизонтальна структура права, яка деякою мірою відтворює багатосторічні практики приватного механіз-

¹ **Савчин Михайло Васильович**, доктор юридичних наук, професор, директор, НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права, УжНУ

² Стаття 3682 Кримінального кодексу гласила, що незаконним збагаченням є:

Набуття особою, уповноваженою на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, у власність активів у значному розмірі [як зазначається у примітці до статті, така має перевищувати одну тисячу неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що складало суму понад 900 тисяч гривень], законність підстав набуття яких не підтверджено доказами, а так само передача нею таких активів будь-якій іншій особі.

му творення права, основними інструментами якого є договір та механізми вирішення спорів про право через арбітраж або медіацію. Однак вирішальне значення набуває дигіталізація права і запровадження електронних ботів по вирішенню юридичних спорів, які вже випробовуються в Естонії і мають бути запроваджені у процесуальне право.

Хоча це має місце лише з моменту написання кодексів Наполеона, після чого оновилася традиція сакралізація текстів, яка притаманна загалом іудео-християнській традиції інтерпретації Талмуду чи Святого Письма, але поступово змінилася у зв'язку із винаходом Гуттенберга друкованого верстата, що дозволив поширювати ідеї через масові тиражі видань спочатку у вигляді памфлетів на гострі суспільно-політичні проблеми, а потім наукові трактати. Водночас відновилася через школу постглюсаторів традиція інтерпретації права не лише як тексту, а також і інтерпретації принципів права у соціальному контексті, що власне і складає методологію юриспруденції.

Згідно з таким підходом право розуміється цілісно і воно базується на визнанні правил на основі взаємної довіри. Правові норми мають застосовуватися у контексті інших соціальних норм. Тобто певні обмеження свобод базуються також і на етичних і моральних нормах. Принципи права мають як писану, так і неписану природу і вони визначають природу прав людини. Як відомо, і Палац правосуддя ЄС, і Європейський суд з прав людини саме у такому ключі інтерпретують відповідно Хартію основоположних свобод ЄС і Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод. Згідно з прецедентним правом Люксембурзького і Страсбурзького судів сформульована доктрина позитивних обов'язків держави, яка поширюється і на посадовців, і на суддів як носіїв владних повноважень. Межею їх діяльності згідно із доктриною (*schraken-schraken*, з нім. обмеження обмежень) є допустимі межі втручання у приватну автономію індивіда.

Фактично, обмежувачем влади виступає громадянське суспільство та його інститути. Тому на перший план виступає суспільна взаємодія та спільнотворення, тобто те, що в британській конституційній традиції називають *commonwealth*.

Для молодих конституційних демократій взагалі гостро стоїть питання перехідної юстиції, яка має подолати посттоталітарну юридичну практику, яка пронизана догматизмом, формалізмом і зневажливим ставленням до прав людини.

Проблеми становлення незалежного і безстороннього суду в молодих демократіях зводяться до вирішення трьох ключових питань:

- 1) забезпечення інституційної та функціональної незалежності судів;

- 2) формування якісного суддівського корпусу, який би поділяв цінності конституційної демократії;
- 3) забезпечення належного здійснення правосуддя, зокрема, через адекватне регулювання процесуального законодавства на основі змагального та публічного процесу судового розгляду справ.

Як правило, одним із найскладніших завдань є становлення незалежного і безстороннього правосуддя. Це пов'язано із практиками злиття виконавчої і судової влади або контролю виконавчою владою здійснення правосуддя в часи *ancient regime*. Внаслідок цього представники правосуддя у силу певних стереотипів, що склалися у попередні періоди, не завжди виконують належним функції перегляду владних рішень у разі порушення ними права людини.

У даному випадку це долається через притягнення винних осіб до відповідальності за порушення прав людини та забезпеченням суддівського самоврядування, яке вирішує питання дисциплінарної відповідальності суддів та добору суддівських кадрів.

Однак і цього може бути недостатньо – у разі відсутності серед представників суддівського корпусу критичного числа суддів, що поділяють цінності конституційної демократії та здатні належним чином застосовувати фундаментальні принципи права.

Це може досягатися шляхом відбору суддівських кадрів, які б були здатні обґрунтовувати свої рішення на засадах верховенства права та поваги до прав людини, а не керуючись інтересами держави, дії якої є підконтрольні судам.

Ці проблеми я продемонструю на прикладі формування суддівського корпусу, оскільки існує доволі багато нарікань щодо формування складу Верховного Суду, Вищого Антикорупційного Суду та Конституційного Суду. Прикладом цього є вимога доброчесності (*moral integrity*) суддів. Тут є два істотних моменти.

Як свідчить відбір суддів у зазначені інституції, переважно акцентується увага на статки кандидатів. При цьому доволі часто це питання трактується у площині презумпції невинуватості. Хоча кандидати на суддівські посади та на посади у публічній службі мають усвідомлювати про додаткові обмеження, які випливають із їх природи. Взагалі це питання юридичної деонтології¹ – кандидати, які не можуть довести законність

¹ Наприклад, в одному із посібників з Юридичної деонтології (С.Д. Гусарев і О.Д. Тихомиров Юридична деонтологія (Основи юридичної діяльності). Київ: Основи, 2005, с. 341) це питання зачіпається занадто абстрактно таким чином:

Діяльність суду, органів прокуратури, попереднього слідства, дізнання, адвокатури базується на законі. Це – правова діяльність, пов'язана з творчим

джерел своїх доходів і статків, за визначенням не можуть бути суддями.

До посадовців і чиновників як спеціальних суб'єктів права пред'являються особливі вимоги, пов'язані із здійсненням ними певного обсягу повноважень. Тому на них поширюється додаткові обмеження та відповідальність. Іншими словами, повноваження тісно пов'язані із відповідальністю.

Серед таких вимог до чиновників і посадовців вимога жити за належними доходами. Якщо хтось із родичів чи близьких посадовця займаються підприємницькою діяльністю, то він має довести, що не має конфлікту інтересів.

Це пов'язано із доступом такого посадовця до інсайдерської конфіденційної інформації, в силу чого його родич-підприємець буде володіти перевагами перед конкурентами на ринку. Інший аспект такого конфлікту інтересу – розгляд посади в органі публічної влади як доступ до певних ресурс, фактично сумнозвісний московський інститут кормління.

Насправді, кардинальне значення має інший аспект. Він стосується можливості особи ухвалювати справедливі, правильні рішення навіть незважаючи на будь-який зовнішній тиск. Тобто моральна цілісність особи чи то її добросовісність полягає у здатності розважливо і розсудливо з'ясовувати всі істотні обставини справи, належним чином поєд-

застосуванням юридичних норм, але норми права завжди мають моральну основу, тобто завжди можна простежити взаємозв'язок правових та етичних норм. На цій підставі юристи у своїй діяльності повинні керуватися не тільки правовим законом, але й дотримуватися принципів моралі, які цілком узгоджуються з принципами права та принципами правового регулювання.

Проблема моральних цінностей, їх збереження та розвитку -одна з головних проблем судової етики. Етична культура судового процесу виконує також і виховні задачі по формуванню у громадян моральних якостей. Висока культура судового процесу це також і підвищення вимог до якості роботи суддів, прокурорів, адвокатів. На цій підставі домінуючою вважається точка зору, що етична сторона роботи юристів більш за все проявляється під час судового засідання, де необхідно висловити свою особисту думку, враховуючи наявність суперечності думок та принцип змагальності процесу.

Далі, через характеристики основних напрямів юридичної професії дано їхні деонтологічні характеристики. Зокрема у діяльності судді виділяються такі аспекти: соціальний, комунікативний, організаційний, процедурний. Також розглядається суддівська діяльність з точки зору поділу влади, внутрішньосистемного та громадського контролю. Натомість, питанню цілісності діяльності судді, що включає в себе здатність особи ухвалювати збалансовані і справедливі за змістом рішення з урахуванням основних фактичних і юридичних аспектів справи, приділяється мало уваги.

нувати фактичний і юридичний склад, давати належну аргументацію рішень, які мають бути засновані на повазі до гідності та прав людини.

Зокрема, словник Меріама-Вебстера¹ пов'язує цілісність особи із чесністю, честю, непідкупністю людини та визначає її як надійність і непідкупність в тій чи іншій мірі, у силу чого людина не може помилятися довірою, відповідальністю або поручатися за когось.

Як це з'ясувати?

Це все здійснюється шляхом спеціальної перевірки суддів. Однак така перевірка не має бути формальною. Формалізація процедур завжди вихолощує їхню сутність та атакує права людини. Це підриває суспільну довіру загалом.

Ще раз підкреслюю: якщо кандидат на посаду судді не може довести законність своїх статків, він автоматично виключається із лістингу претендентів.

Це саме стосується різного роду конкурсів на публічну службу. Це також стосується цинічної техніки обходу виключення претендентів на посади голів державних адміністрацій, яких виключили чогось із числа публічних службовців. І тепер багатьох із них можна побачити керівниками виборчих штабів.

Спеціальна перевірка кандидатів на посади суддів має стосуватися окремих аспектів ведення ними юридичних справ у якості адвокатів, прокурорів або їх репутації та авторитетності як науковця. Однак і тут своїм абсурдом виділилась Вища кваліфікаційна комісія суддів, яка у своєму положенні про конкурс суддів до Верховного Суду вимагала від кандидатів подавати довідку про несудимість (до речі, це не передбачено законом), яка дійсна протягом місяця з моменту її видачі, і по суті не є актуальною на момент проведення спецперевірки кандидата.

Йде мова про з'ясування поведінки кандидата, наприклад, коли він здійснював функції адвоката, щодо надання якісної допомоги своєму клієнту, компетентностей при веденні справи тощо.

Якщо це кандидат на посаду судді Конституційного Суду, то тут має значення компетентність та авторитетність кандидата, що має сповідувати цінності конституціоналізму. Звісно, що контекст таких вимог передбачає насамперед орієнтуватися кандидатів у цінностях людської гідності, свободи, рівності, верховенства права, демократії і бути здатним втілювати його у рішеннях Конституційного Суду.

Які проблеми із доброчесністю судді можуть виникнути, видно на прикладі вироку Київського районного суду Харкову по обвинувачених

¹ <https://www.merriam-webster.com/dictionary/integrity>

Дронову і Зайцевій. Суд визнав обидвох у рівній мірі винуватими у вбивстві шести людей, хоча ступінь вини Дронова і Зайцевої у загибелі людей все ж таки різна. Звісно, справа складна, пов'язана із даними технічних експертиз, показами свідків, матеріалів відео-зйомок, зважування обставин, що пом'якшують і обтяжують кримінальну відповідальність.

Також коротко дам аналіз проблемних, реперних точок рішення Конституційного Суду № 1-р/2019 у справі про конституційність складу злочину про незаконне збагачення.

Справа мала специфічний суспільно-політичний контекст та деонтологічні особливості.

Доволі мляві реформи щодо реформування системи правосуддя та недостатні заходи щодо дерегуляції економіки мали наслідком, що міжнародне співтовариство, яке в особі Міжнародного валютного фонду, Світового банку, інституцій Європейського Союзу, США та Канади взамін за фінансове донорство вимагало криміналізації відповідальності за неправомірне збагачення (*illicit enrichment*¹) та формування антикорупційних інститутів – НАЗК, НАБ, САП та ВАС. Як цілком слушно визначає Анна Петерс, на державі лежить позитивний обов'язок щодо боротьби з корупцією. Однак держава при здійсненні антикорупційних заходів має завжди пам'ятати про обмеженість ресурсів і що джерелом

¹ У розбіжній думці суддя до рішення КСУ № 1-р/2019 конституційний суддя Сергій Головатий цілком слушно наголошує на тому, що термін «незаконне збагачення» є чистої води російською калькою і є неправильним перекладом терміну *illicit enrichment*, оскільки тут вказується також його недобросовісний характер, коли посадовець чи суддя веде стиль життя, який суперечить його статусу та статкам. Про неякісне формулювання складу злочину також наголошує Олександр Водяніков (https://ukr.lb.ua/news/2019/03/01/420950_mertva_stattya_chi_vitivki_eliti_yaki.html):

Для притягнення особи до відповідальності за цим положенням слід довести, що (1) активи (у значному розмірі) були набуті у власність (2) підстави набуття є незаконними. Тобто якщо сім'я чиновника має майно та стиль життя, що не відповідають їхнім офіційним доходам, стаття 368-2 у тому вигляді, який вона має зараз, їм не загрожує. Адже законність набуття майна, скажімо, будинку чи машини, визначається за положеннями цивільного законодавства. Уявимо собі корупціонера, який на набуті нечесним шляхом купує собі будинок і оформлює всі необхідні за законом документи на це майно. У такому випадку це майно не підпадатиме під дію статті про незаконне збагачення. Законодавець по суті встановив кримінальну відповідальність за неправильно оформлене незаконне збагачення.

Попри ці вади, вони не стосуються засад юридичної визначеності, презумпції невинуватості та гарантій щодо самообмови.

корупції є надмірна зарегульованість економічних свобод, а також проблеми у доступі до освіти та охорони здоров'я¹.

Якщо розібрати як алгоритм природу діяльності будь-якого судді чи посадовця, то вони полягають наступному і система згаданих конституційних процесуальних гарантій діє наступним чином.

При прийнятті на публічну службу, окрім патронатної, застосовуються конкурсні процедури, які мають на меті з'ясувати професійні компетентності претендента та зафіксувати його майновий стан на момент подачі заяви на конкурс. Оскільки конкурс пов'язаний із певним освітнім цензом та отриманням фаху, то претендент розуміє, які вимоги щодо рівня компетентності та практичних навичок він повинен володіти. Із субстантивної точки зору цілісність посадовця і судді полягає у здатності ухвалювати рішення незалежно і безсторонньо². Виходячи із соціального контексту, тут існує низка професійних стандартів, які поширюються на претендентів на суддю рівною мірою, як вони поширюються на суддів, як це, зокрема, впливає із Бангалорських принципів. З процедурної точки зору будь-який посадовець і суддя щорічно подають електронні декларації, в яких визначається наявні доходи та статки посадовця/судді, членів їх сімей чи родичів.

Під час проходження служби посадовцем чи здійснення правосуддя та поза межами своєї професійної діяльності мають демонструвати бездоганну поведінку, яка би засвідчувала про відсутність конфлікту інтересів. З цієї метою встановлюються вимоги несумісності посад із діяльністю, пов'язаною із одержанням прибутку, політичної нейтральності, а також здатності ухвалювати незалежні, безсторонні та справедливі рішення в умовах тиску, з окрема з боку інших органів влади та громадської думки. Такі вимоги базуються саме на ідеї цілісності індивіда (*individual integrity*), яка визначається як можливість особи робити усвідомлений і відповідальний вибір, який ґрунтується на людських якостях, компетентностях та професійних навичках суддя чи посадовця. Тут слід нагадати про *case-law* Європейського суду з прав людини стосовно передбачуваності правил і того, як вони трактуються стосовно посадовців³.

¹ Peters Anne. Corruption as a Violation of International Human Rights. *European Journal of International Law*. 2019. Vol. 29. no. 4. pp. 1251-1287.

² Наприклад, вимога законодавства для судді складати декларацію про добросовісність має по ідеї мати дзеркальне відображення – відповідальність за внесення неправдивих відомостей у таку декларацію, а в разі грубого порушення – зміщення з посади.

³ Зокрема, у справі *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. UK* ЄСПЛ зазна-

Руйнування, розклад (*corruption*) такої цілісності носія владних повноважень, зокрема, суддів і посадовців, підриває легітимність публічної влади як інституції, яка за допомогою прозорих, нейтральних, визначених і справедливих правил покликана забезпечити рівний доступ приватних осіб до публічних благ.

Для усунення таких випадків необхідне незалежне і безсторонне розслідування випадків, які свідчать про руйнування доброчесності, моральної цілісності посадовця чи судді¹. При належних механізмах демократичного контролю саморегулювання у рамках середовища суддів є достатнім для подолання явищ розкладу якості суддівського корпусу. Зокрема, це вилилося у конституційні конструкції, згідно з якими відповідно до загальних і конституційних суддів заходи дисциплінарного впливу вживають Вища рада правосуддя або Конституційний Суд, а суддя, який підозрюється у вчиненні проступку на період розслідування відсторонюється від виконання обов'язків. Так само діє модель відповідальності за неправомірне збагачення, оскільки формальною підставою такою мало бути істотне розходження у доходах та статках посадовця, яке не можна було довести. Тягар доказування згідно із процесуальним законодавством не змінювався ні на йоту і оскільки КК взагалі пов'язував із доведенням факту оформлення незаконного набутого майна, без урахування стилю життя, користування чужими благами та майном без законних підстав посадовця, то таке формулювання кримінального закону було проблемним саме для органів досудового слідства. Далі, навіть при виявленні істотної розбіжності між майном та доходами посадовця, якщо, припустимо, все ж

чив таке:

Закон може як і раніше задовольняти вимозі передбачуваності, навіть якщо зацікавлена особа повинна отримати відповідну юридичну консультацію для оцінки, в ступені, що є розумним за даних обставин, наслідків, які може спричинити собою дана дія. Це особливо вірно щодо осіб, які здійснюють професійну діяльність, які, як правило, повинні діяти з високим ступенем обережності. Вони повинні виявляти особливу обережність при оцінці ризиків, які тягне за собою така діяльність.

¹ Сьогодні прослідковується тенденція дигіталізації в системі правосуддя, зокрема як засіб запобігання корупції (Віктор Мороз. Електронний суд: міф чи реальність? Юридична газета. 2018. № 50(652) <http://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/elektronniy-sud-mif-chi-realist.html>) та запровадження електронних судів-ботів, як це планується запровадити в Естонії для дрібних спорів (В Естонії штучний інтелект хочуть зробити суддею. Фінансові новини. 2019, 28 березня <https://news.finance.ua/ua/news-/446379/v-estoniyi-shtuchnyj-intelekt-hochut-zrobyty-suddeyu>).

таки воно було підтверджено доказами сторони обвинувачення, для посадовця використовувати конституційну гарантії проти самообмови було б не розумною і тактикою, і стратегією процесу. Тут Конституційний Суд використав неналежний аргумент.

І насамкінець, тут присутня істотна вада, яка часто притаманна багатьом рішенням Конституційного Суду України. При інтерпретації конституційних принципів слід додержуватися вимог юридичного силогізму, в основі якого лежить встановлення фактичного та юридичного складу. Іншими словами, конституційні принципи і цінності не можна інтерпретувати абстрактно, відірвано від соціального контексту та фактичних обставин. Зокрема, в аналізованій справі Конституційний Суд не взяв до уваги елементарну деонтологічну специфіку посадовців, згідно з якою будь-яка особа, що претендує на посади у публічній службі, зобов'язана вказати у декларації джерела своїх доходів та наявні статки. Суд вказав на неконституційність цього положення, оскільки в тексті закону вживалася конструкція «законність підстав набуття яких не підтверджено доказами», хоча Кримінальний процесуальний кодекс не покладав на посадовців, підозрюваних у незаконному збагаченні, доводити про законність джерел своїх доходів. Це рішення стало предметом критики з боку низки міжнародних організацій та іноземних країн у зв'язку із тим, що воно «послабило вплив всієї антикорупційної архітектури» України¹. Цей приклад є свідченням того, що конституційні принципи і цінності слід інтерпретувати цілісно, як єдину правову матерію, а не відірвано від їх соціального контексту. Принципи мають надпозитивну природу у праві і визначають його сутність.

Ці справи вочевидь свідчать про істотні проблеми здатності багатьох суддів ухвалювати справедливі за змістом рішення, які би наочно відмежовували добро від зла та зважували тяжкість відповідальності відповідно до вчиненого діяння.

Ці кейси ще має досліджуватися як модельний, як студентами юридичних факультетів, так і слухачами Національної школи суддів.

Коли сам суд підриває суспільну довіру до себе, тоді виходять на поверхню позаправові аргументи.

Це підриває конституційну державність і атакує людську гідність.

¹ Ірина Скачко. Незаконне збагачення: наслідки скасування закону. Сайт Харківської правозахисної групи. URL: <http://khp.org/index.php?id=1551789474>