

**СУПЕРЕЧЛИВА ПРАВОВА СПАДЩИНА
СУДОВОЇ ПАЛАТИ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ
ВЕРХОВНОГО СУДУ УКРАЇНИ**



Задоя Костянтин Петрович

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри кримінального права і кримінології
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Однією із новел Закону України “Про судоустрій і статус суддів” від 2 червня 2016 року № 1402-VIII є повернення найвищому суду в системі судоустрою України касаційних повноважень. Таким чином, новостворюваний Верховний Суд (далі — ВС), вже, очевидно, не здійснюватиме, перегляд судових рішень з тих специфічних підстав, якими керувався його попередник — Верховний Суд України (далі — ВСУ). Хоча ВС і повинен буде забезпечувати однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій, реалізація такого обов'язку, напевне, відбуватиметься у рамках касаційного перегляду судових рішень.

Така кардинальна зміна правового статусу ВСУ/ВС є гарним приводом для того, щоб озирнутись на правову спадщину, яку залишає за собою Верховний Суд України, та оцінити, наскільки вдалим виявився експеримент із перетворенням найвищого суду в системі судоустрою України на “четверту судову інстанцію”. З огляду на багатоаспектність практики ВСУ ця публікація стосуватиметься лише (1) рішень Судової палати у кримінальних справах, (2) постановлених у зв'язку із неоднаковим застосуванням судом касаційної інстанції однієї і тієї самої норми матеріального права у подібних правовідносинах (п. 1 ч. 1 ст. 445 КПК 2012 року).

Якісна новизна цієї підстави перегляду судових рішень полягала перш за все у тому, що ВСУ мав відійти від стандартної процедури перевірки

законності судових рішень, властивої суду касаційної інстанції. Тобто, його діяльність вже не могла обмежуватись банальною перевіркою правової кваліфікації у конкретних справах (встановленням відповідності між фактами справ та правовими нормами), але й передбачала формулювання так званих висновків щодо застосування відповідної норми матеріального права, які *de facto* конкретизували (уточнювали, деталізували) зміст відповідної норми й в силу ч. 1 ст. 458 КПК 2012 року були обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, та остаточне вирішення справи на підставі зробленого висновку.

На жаль, практика Судової палати у кримінальних справах свідчить, що суд впорався із цим новим для нього завданням доволі неоднозначно. Цілий ряд ухвалених ним рішень слід вважати суперечливими через серйозні вади правової аргументації, пов'язані або із формулюванням висновку щодо застосування відповідної норми матеріального права, або із застосуванням сформульованого висновку до обставин конкретної справи. Прикладами цієї невтішної тенденції є, зокрема, три постанови, що були ухвалені ВСУ в 2016 році.

II. Постанова від 19 травня 2016 року в справі № 5-72кс15: суперечливе обґрунтування висновку щодо застосування норми матеріального права веде до неоднозначного рішення в конкретній справі

У даній справі Верховний Суд України повинен був визначитись із тим, чи:

1) може визнаватись головний державний інспектор з охорони праці відділу організації державного нагляду та управління охороною праці територіального управління Державної служби гірничого нагляду та промислової безпеки України (далі — Держгірпромнагляд) у Запорізькій області службовою особою у контексті вчинення ним окремих дій в рамках процедури реєстрації технологічних транспортних засобів;

2) могло одержання цією особою у травні 2013 року грошової винагороди за вчинення вказаних дій кваліфікуватись як одержання хабара, вчинене особою, яка займає відповідальне становище (ч. 3 ст. 368 КК у редакції Закону України від 4 квітня 2011 року)¹?

1 Слід відзначити, що рішення суду касаційної інстанції було також оскаржено з підстав його невідповідності висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові ВСУ (п. 3 ч. 1 ст. 445 КПК 2012 року). Зокрема, ВСУ повинен був визначитись із тим, чи відповідали рішення судів нижчих інстанцій, якими засуджений був визнаний винним у вчиненні вказаного злочину, правовій позиції, яку ВСУ висловив раніше в постанові від 8 жовтня 2015 року в справі № 5-109кс105.

Загалом відповідь на це запитання не викликала в суду очевидних труднощів. У постанові від 8 жовтня 2015 року Верховний Суд України дійшов висновку, що визнання головного спеціаліста з юридичного та кадрового забезпечення відділу Державного комітету земельних ресурсів у місті Яремче Івано-Франківської

Верховний Суду України відповів на обидва ці запитання позитивно, висловивши, зокрема, таку думку щодо розуміння поняття “службова особа”:

“Суспільний поділ праці, що обумовлений складністю, різноманітністю та кількістю роботи, передбачає, що жодна особа не може виконувати у повному обсязі усіх функцій органу державної влади та контролю. Тому між працівниками існує розподіл обов'язків, який визначається з урахуванням займаної посади та фіксується у посадовій інструкції, наказах про розподіл обов'язків, інших локальних актах. Те, що конкретний працівник виконує лише частину функцій органу, не означає, що він не діє від імені та в інтересах цього органу, не представляє його у стосунках з фізичними та юридичними особами”¹.

області винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК у редакції Закону України від 4 квітня 2011 року, було помилковим. Відповідно до фактів справи засуджена одержала грошову винагороду за діяння у рамках процедури видачу довідки про перелік прав на земельну ділянку і наявні земельні сервітути. Ухвалюючи рішення, ВСУ послідовно відкинув можливість визнання засудженою службовою особою за ознаками виконання функцій представника влади, організаційно-розпорядчих та адміністративно-господарських функцій та вказав, що засуджена в справі № 5-109кц105 “не була наділена владою і не використовувала службового становища”, а отже — визнання її винною у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 368 КК у редакції Закону України від 4 квітня 2011 року, було помилковим.

Порівнюючи факти справ № 5-72кц15 та № 5-109кц105, ВСУ, на жаль, обмежився, вельми загальною фразою про те, що його рішення по суті другої із цих справ “ґрунтується на оцінці інших норм, ніж тих, що було застосовано судом касаційної інстанції у справі щодо” головного державного інспектору з охорони праці. З цим самоочевидним твердженням неможливо сперечатись, але воно не дає чіткого уявлення про те, чим же обставини вказаних справ різняться між собою. На мій погляд, відмінність справді існує та полягає у різному характері процедур, в контексті яких одержували грошову винагороду засуджені в обох справах особи. Процедура видачі довідки про перелік прав на земельну ділянку і наявні земельні сервітути не може вважатись владно-управлінською діяльністю в контексті ч.ч. 3, 4 ст. 18, п.п. 1, 2 примітки ст. 364 КК, однак те саме не можна сказати про процедуру реєстрації та видачу свідоцтва про реєстрацію технологічного транспортного засобу (див. детальніше нижче).

Таким чином, ВСУ справедливо відхилив твердження засудженого в справі № 5-72кц15 про невідповідність рішення суду касаційної інстанції висновку щодо застосування норм права, викладеному в постанові Верховного Суду України в справі № 5-109кц105, оскільки обставини обох справ дійсно істотно різняться.

1 Вельми суперечливою виявилась й конкретна оцінка правового статусу засудженого в справі № 5-72кц15: “...Як державний інспектор, [засуджений] змістовно вирішував питання про можливість надання дозволу, оцінював по суті та за формою надані матеріали й приймав щодо них рішення, вносив начальникові пропозицію про те, які рішення мали бути прийняті від імені органу. При цьому той факт, що свідоцтво про реєстрацію технологічного транспортного засобу підписувалось начальником територіального управління Держгірпромнагляду, не змінює оцінки статусу головного державного інспектора цього управління”.

Пункт 6 Порядку відомчої реєстрації та ведення обліку великотонажних та інших технологічних транспортних засобів, затвердженого постановою КМУ від 06.01.2010 року № 8, покладає на власників технологічних транспортних засобів обов'язок здійснити їх реєстрацію у 10-денний термін, а пункт 8 цього ж акту — прямо забороняє експлуатацію таких транспортних засобів. Таким чином, в цілому процедура реєстрації технологічного транспортного засобу має дозвільний характер та завершується владним велінням (дозволом), документальним підтвердженням якого є свідоцтво про реєстрацію. Ці особливості дозволяють розглядати вказане веління (дозвіл) як *sui generis* різновид “рішення, обов'язкового для виконання юридичними і фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості”, про яке йде мова в абз. 2 п. 1 ППВСУ від 26 квітня 2002 року № 5 “Про судову практику у справах про хабарництво”, що була та залишається базовим правозастосовчим орієнтиром при тлумаченні поняття “службова особа”.

Однак ВСУ відверто проігнорував необхідність розмежування в справі № 5-72кц15 технічних та владних функцій державних службовців, залучених до процедури реєстрації технологічних транспортних засобів. У постанові від 19 травня 2016 року суд спочатку відмічає, що засуджений “приймав рішення” щодо наданих для реєстрації матеріалів, не уточнюючи, яким є правовий статус подібних “рішень” (зокрема, чи є

На мій погляд, ця теза побудована на підміні понять. Складається враження, що ВСУ ототожнює конкретні посадові обов'язки (функції) фізичної особи з функціями органу державної влади, а виконання зазначених обов'язків (функцій) — з представництвом (!) інтересів органу державної влади. Якщо прийняти подібні міркування за аксіоматичні, не дивно, чому Верховний Суд України з рештою визнав засудження державного інспектора за одержання хабара вірним. Втім, проблема полягає у тому, що така точка зору перебуває в очевидній суперечності з підходом, закріпленим у абз. 6 п. 1 постанови Пленуму Верховного Суду України (далі — ППВСУ) від 26 квітня 2002 року № 5 “Про судову практику у справах про хабарництво”:

“Працівники підприємств, установ, організацій, які виконують професійні (адвокат, лікар, вчитель тощо), виробничі (наприклад, водій) або технічні (друкарка, охоронник, тощо) функції, можуть визнаватися службовими особами лише за умови, що поряд із цими функціями вони виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки”.

Інакше кажучи, якщо керуватись тим, що виконання частини обсягу функції органу державної влади тотожне виконанню цієї функції в цілому, це означало б, що секретарка, яка друкує текст владного рішення службової особи, також повинна була б вважатись службовою особою. Втім, з постанови від 26 квітня 2002 року № 5 безумовно впливає протилежне.

Окрім того, підхід Верховного Суду України щодо змісту поняття “службова особа”, який він висловив у постанові в справі № 5-72к15 також суперечить абз. 1 п. 2 ППВСУ від 26 квітня 2002 року:

“Відповідальність за одержання хабара настає лише за умови, коли службова особа одержала його за виконання чи невиконання таких дій, які вона могла або повинна була виконати з використанням наданої їй влади, покладених на неї організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або таких, які вона не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу”.

Тобто, на момент вчинення засудженим у справі у справі № 5-72к15 інкримінованих йому діянь в правозастосовчій практиці України існувало дві моделі відповідальності службової особи за одержання хабара:

1) відповідальність за *функціональним принципом* – особа одержує хабар за вчинення або невчинення певної дії, яка входить до кола її службових

вони тими рішеннями, про які йде мова в абз. 2 п. 1 ППВСУ від 26 квітня 2002 року № 5), а потім — веде мову вже про “рішення, прийняті від імені органу”, навіть не натякаючи, яким же чином слід розрізняти перші та другі “рішення”.

обов'язків та за своїм змістом є владно-управлінською (функція представника влади), організаційно-розпорядчою чи адміністративно-господарською;

2) відповідальність за *принципом впливу* – особа одержує хабар за вплив на прийняття рішення іншою особою і при цьому:

- компетенція того, хто одержує хабар, в принципі відзначається владно-управлінськими, організаційно-розпорядчими чи адміністративно-господарськими функціями, які забезпечують можливість впливу на інших осіб, хоча самі по собі й не використовуються;

- компетенція того, на кого має бути здійсненого вплив, відзначається владно-управлінськими, організаційно-розпорядчими чи адміністративно-господарськими функціями і при цьому вплив на цю особу повинен здійснюватись у зв'язку із вчиненням або невчиненням дій, що кореспондують з вказаними функціями.

Співставлення фактів справи № 5-72ксл5 з обома описаними вище моделями дає підстави для висновку про те, що дії засудженого в цій справі не відповідали ані першій, ані другій моделі.

По-перше, на момент вчинення засудженим у справі № 5-72ксл5 інкримінованого йому діяння у Територіальному управлінні Держгірпромнагляду у Запорізькій області існував певний порядок реєстрації технологічних транспортних засобів, відповідно до якого окремі складові (елементи) цієї владно-управлінської дії були закріплені за різними державними службовцями. У тому числі, засуджений відповідно до посадової інструкції розглядав заяви та необхідні документи для реєстрації технологічних транспортних засобів, готував (складав) та подавав на розгляд начальника територіального управління документи (проекти документів) про реєстрацію транспортних засобів. Подібні дії, не повинні розглядатись як владно-управлінські, оскільки вони *per se* не являють собою владних велінь. Отже, здійснюючи їх, засуджений у справі № 5-72ксл5 не чинив як представник влади. Представником влади з огляду на факти справи повинен вважатись начальник територіального управління Держгірпромнагляду, уповноважений ухвалювати владні рішення за підсумками процедури реєстрації технологічних транспортних засобів;

По-друге, в тексті постанови Верховного Суду України в справі № 5-72ксл5 чітко не відображено, чи обумовлювався вплив засудженого на начальника територіального управління з метою прийняття останнім владного рішення за підсумками процедури реєстрації технологічного транспортного засобу. Однак, якщо навіть такий вплив був справді обумовлений, це все одно не дозволяє застосувати до заявника модель принципу впливу, оскільки засуджений не був наділений владно-управлінськими, організаційно-розпорядчими чи адміністративно-господарськими повноваженнями. Як вже було відмічено вище, ті повноваження, які ВСУ воліє вважати владно-управлінськими, насправді, мають технічний характер у розумінні *абз. 6. п. 1*

ППВСУ від 26 квітня 2002 року № 5. Таким чином, у підсумку засуджений у справі № 5-72кс15 не міг підлягати кримінальній відповідальності за одержання службовою особою хабара за виконання чи невиконання дій, які вона не уповноважена була вчинювати, але до вчинення яких іншими службовими особами могла вжити заходів завдяки своєму службовому становищу.

III. Постанова від 27 жовтня 2016 року в справі № 5-99кс16: неповне розуміння правових наслідків зробленого висновку щодо застосування норми матеріального права веде до неоднозначного рішення в конкретній справі

У справі № 5-99кс16 суд повинен був дати відповідь на запитання про те, чи змінився з набранням чинності Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у сфері державної антикорупційної політики у зв’язку з виконанням Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України” від 13 травня 2014 року № 1261-VI (далі — ЗУ № 1261-VII) зміст пункту 3 примітки статті 364 КК, і якщо змінився, то які наслідки це тягне для питань кримінально-правової кваліфікації, у тому числі — для оцінки діянь, вчинених до набрання чинності вказаним законом?

У своїй спільній публікації П.П. Андрушко та автор цих рядків дійшли висновку, що в доктрині українського кримінального права склались три підходи з приводу нових редакцій пунктів 3 та 4 примітки статті 364 КК:

1) *буквальний підхід* — п.п. 3, 4 примітки ст. 364 КК реально зазнали змін і чинні редакції цих положень нині охоплюють виключно майнову шкоду;

2) *консервативний підхід* — п.п. 3, 4 примітки ст. 364 КК реально не зазнали змін і чинні редакції цих положень охоплюють як майнову, так і немайнову шкоду;

3) *компромісний підхід* — п.п. 3, 4 примітки ст. 364 КК реально зазнали змін і чинні редакції цих положень охоплюють майнову шкоду, а також прояви немайнової шкоди, які можуть одержати майнову відшкодування [1, с. 39-45].

Як впливає з тексту постанови в справі № 5-99кс16, Верховний Суд України схилився до третього із цих підходів:

“З набранням чинності Законом № 1261-VII виклад пункту 3 примітки статті 364 КК зазнав змін, оскільки законодавець уже не використовує у нормативних визначеннях ознаки “істотна шкода” сполучник “якщо” і тому чинна редакція цього положення охоплює майнову шкоду, яка досягла розміру, що у 100 (сто) і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян. Водночас, Суд вважає, що диспозиція частини першої статті 364 і частини першої статті 365 КК, якими передбачено відповідальність за заподіяння істотної шкоди охоронюваним законом правам, свободам та інтересам окремих громадян або громадським чи державним інтересам, чи інтересам юридичних осіб, може становити не лише майнову шкоду, а й включати прояви немайнової шкоди, але тільки ті, які можуть одержати майнове відшкодування (як істотна шкода

може враховуватися будь-яка за характером шкода, якщо вона піддається грошовій оцінці та відповідно до такої оцінки досягла встановленого розміру) ”.

Не оцінюючи вади подібного підходу, оскільки вони вичерпно висвітлені у згаданій вище публікації, обмежусь лише двома ремарками. По-перше, вибір ВСУ може мати серйозні далекосяжні наслідки для застосування багатьох положень Особливої частини КК поза межами її розділу XVII. Залишається сподіватись, що ухвалюючи своє рішення судді Верховного Суду України зважали і на цю обставину. По-друге, хоча у справі № 5-99ксл6 дії засуджених було кваліфіковано за ч. 1 ст. 364 та ч. 1 ст. 365 КК, ВСУ у наступних фрагментах своєї постанови дав чітко зрозуміти, що спосіб, у який він витлумачив новий зміст ознаки “істотна шкода” (п. 3 примітки ст. 364 КК), є актуальним і для тлумачення ознаки “тяжкі наслідки” (п. 4 примітки ст. 364 КК). На мій погляд, прагнення Верховного Суду України сформулювати більш широку правову позицію, яка стосувалася б не лише тлумачення норми, застосування якої оскаржено у конкретній справі, але й інших однотипних норм, слід вітати, оскільки це сприяє послідовному застосуванню кримінального закону. Шкода лише, що ВСУ далеко не завжди виявляв подібну рішучість у своїх інших рішеннях.

Утім, зрозуміло, що завданням суду було не лише формулювання правового висновку щодо змісту чинної редакції пункту 3 примітки статті 364 КК, але й оцінка обґрунтованості рішення суду касаційної інстанції у справі № 5-99ксл6, події якої мали місце у 2012 році, тобто до набрання чинності ЗУ № 1261-VII. На жаль, доводиться констатувати, що з другою частиною свого завдання ВСУ впорався далеко не блискуче.

Перш за все наведу два ключових твердження Верховного Суду України, що демонструють спосіб, у який вказаний вище правовий висновок ВСУ вплинув на його рішення в справі № 5-99ксл6:

“...Проявом немайнової шкоди, який міг би бути інкримінований засудженим... за частиною першою статті 364 КК як заподіяння істотної шкоди (за ознакою підриву авторитету правоохоронних органів), є позбавлення [потерпілого] права на свободу пересування протягом 4 годин, якби наслідки цього заподіяння досягли б розміру, що у 100 (сто) і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян...”.

...З судових рішень порушення цього конституційного права [потерпілого] не дістало грошової оцінки (не доведено, що у зв'язку з відновленням порушеного права на свободу пересування [потерпілого] зазнав майнових витрат, що перевищують 100 (сто) неоподатковуваних мінімумів доходів громадян)”.

Не дивно, що у підсумку суд ухвалив закрити кримінальне провадження щодо двох із числа засуджених у справі № 5-99ксл6 за відсутністю складів злочинів, передбачених ч. 1 ст. 364 та ч. 1 ст. 365 КК.

Утім, наведений ланцюжок правових аргументів був би бездоганим, якби інкриміновані засудженим діяння були вчинені після набрання чинності ЗУ № 1261-VII. Однак вони, навпаки, були вчинені до цього моменту. Очевидно, усвідомлюючи цю обставину, ВСУ відмітив у своїй постанові й таке:

“...У зв'язку з внесенням на підставі Закону № 1261-VII змін до примітки статті 364 КК відбулося звуження змісту кримінально-правового поняття “істотна шкода” (і “тяжкі наслідки”), тобто сталася часткова декриміналізація, зокрема, таких діянь, як зловживання владою або службовим становищем і перевищення влади або службових повноважень, що дає підстави стверджувати про відсутність в діях [засуджених] складів злочинів, передбачених частиною першою статті 364 та частиною першою статті 365 КК”.

Однак КПК 2012 року (а саме на цей правовий акт Верховний Суд України послався, мотивуючи своє рішення про закриття кримінального провадження), на відміну від КПК 1960 року, чітко розмежує такі підстави закриття кримінального провадження як відсутність складу кримінального правопорушення (п. 1 ч. 1 ст. 284) та набрання чинності законом, яким скасована кримінальна відповідальність за діяння, вчинене особою (п. 4 ч. 1 ст. 284). У світлі цих законодавчих положень обрана ВСУ підстава для закриття кримінального провадження виглядає відверто помилковою¹.

Окрім того, така позиція Верховного Суду України свідчить, що суд до того ж не в повній мірі врахував усі наслідки застосування до фактів справи № 5-99ксл6 сформульованого ним підходу щодо тлумачення чинної редакції пункту 3 примітки до статті 364 КК. Ухвалюючи своє рішення, суд касаційної інстанції виходив із того, що зміни, внесені до цих положень кримінального закону, є суто редакційними і не змінюють їх юридичного змісту та, відповідно, не змінюють і юридичного змісту частин перших статей 364 та 365 КК². Зрозуміло, що подібна інтерпретація кримінального закону неминуче призвела до його неправильного³ застосування судом касаційної інстанції. Однак при цьому Верховний Суд України мав би зважати на те, що через помилкове тлумачення пункту 3 примітки до статті 364 КК та частин перших статей 364 та 365 КК суд касаційної інстанції інакше уявляв собі тягар доказування, покладений на сторону обвинувачення, та коло юридичних фактів, що мали бути встановлені у справі № 5-99ксл6.

1 У тексті постанови у справі № 5-99ксл6 взагалі фігурує посилання на пункт 1 частини другої (а не першої!) статті 284 КПК 2012 року (закриття кримінального провадження у зв'язку із звільненням особи від кримінальної відповідальності), але з огляду на процитований вище фрагмент резолютивної частини постанови це, очевидно, слід сприймати як технічну помилку.

2 Тобто дотримувався при тлумаченні цих новел консервативного підходу — див. вище.

3 У контексті правового висновку, сформульованого ВСУ в справі № 5-99ксл6.

З огляду на підхід ВСУ, якщо наслідки діянь суб'єктів злочинів в сфері службової діяльності або професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, являють собою немайнову шкоду, умовою інкримінування обвинуваченням ознаки “істотна шкода” є досягнення розміром грошового відшкодування такої шкоди ста неоподаткованих мінімумів доходів громадян. Таким чином, у кожному конкретному випадку заподіяння шкоди немайнового характеру має встановлюватись розмір її грошового відшкодування, і в залежності від останнього має вирішуватись питання про кримінальну відповідальність особи. Суди нижчих інстанцій, у свою чергу, керувались у справі № 5-99кп16 тлумаченням ознаки “істотна шкода”, передбаченим у пункті 6 ППВСУ “Про судову практику у справах про перевищення влади або службових повноважень” від 26.12.2003 року № 15:

“Якщо шкода полягає у заподіянні суспільно небезпечних наслідків нематеріального характеру, питання про її істотність вирішується з урахуванням конкретних обставин справи. Зокрема, істотною шкодою можуть визнаватися порушення охоронюваних Конституцією України чи іншими законами прав та свобод людини і громадянина (право на свободу й особисту недоторканність та недоторканність житла, виборчі, трудові, житлові права тощо), підрив авторитету та престижу органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, порушення громадської безпеки та громадського порядку, створення обстановки й умов, що утруднюють виконання підприємством, установою, організацією своїх функцій, приховування злочинів”.

Відповідно до цього положення прояви немайнової шкоди *per se*, тобто незалежно від розміру грошового відшкодування, можуть бути підставою для інкримінування особі ознаки “істотна шкода”. Як наслідок, ухвалюючи свої рішення, суди нижчих інстанцій взагалі не брали до уваги розмір грошового відшкодування, оскільки пункт 6 ППВСУ від 26.12.2003 року № 15 не надавав йому конкретного юридичного значення.

На жаль, у постанові від 27 жовтня 2016 року Верховний Суд України належним чином не врахував, що інакше тлумачення судами нижчих інстанцій пункту 3 примітки до статті 364 КК накладало відбиток і на процесуальну площину. ВСУ підійшов до цього питання доволі поверхово, відмітивши:

“З судових рішень порушення цього конституційного права [потерпілого] не дістало грошової оцінки (не доведено, що у зв'язку з відновленням порушеного права на свободу пересування [потерпілого] зазнав майнових витрат, що перевищують 100 (сто) неоподаткованих мінімумів доходів громадян)”.

Подібне твердження, як видається, містить доволі очевидну внутрішню суперечність — розмір грошового відшкодування немайнової шкоди судами нижчих інстанцій взагалі *не визначався* чи все ж *не було встановлено*, що він досяг ста неоподаткованих мінімумів доходів громадян? Відповідь на це

запитання, на мій погляд, є очевидною — суди нижчих інстанцій, керуючись помилковим тлумаченням пункту 3 примітки статті 364 КК, взагалі не брали до уваги та, відповідно, не визначали розмір грошового відшкодування немайнової шкоди при ухваленні своїх рішень.

Таким чином, встановивши, що суд касаційної інстанції застосував у справі № 5-99кс16 кримінальний закон неправильно, Верховний Суд України разом із тим повинен був утриматись від рішення про закриття кримінального провадження в частині обвинувачення засуджених у вчиненні злочинів, склади яких передбачено частинами першими статей 364 та 365 КК, оскільки обставини справи були не достатньо очевидними, якщо оцінювати їх з огляду на правильне (у розумінні ВСУ) тлумачення пункту 3 примітки статті 364 КК. Керуючись процесуальними повноваженнями, наданими йому ч. 2 ст. 455 КПК 2012 року, Верховний Суд України повинен би був ухвалити рішення про направлення справи № 5-99кс16 на новий розгляд для з'ясування питання про розмір грошового відшкодування немайнової шкоди. І лише після цього у даній справі могла бути поставлена крапка.

IV. Постанова від 27 жовтня 2016 року в справі № 5-99кс16: невиправдана спроба “судового діалогу” з Європейським судом з прав людини веде до формулювання суперечливого висновку щодо застосування норми матеріального права

Ухвалюючи постанову в справі № 5-299кс15, ВСУ дійшов висновку про те, що:

“...Встановлення законності чи незаконності фактичного володіння особою житлом чи іншим володінням знаходиться поза межами диспозиції статті 162 КК”.

Обґрунтовуючи цю тезу ВСУ, у тому числі солідаризувався з одним із рішень Європейського суду з прав людини щодо статті 8 (Право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року (далі — Конвенція, ЄКПЛ):

“Такої позиції дотримується і Європейський суд з прав людини, який у своїх рішеннях, визначаючи, зокрема поняття “житло”, тлумачить його як місце (помешкання), де особа постійно проживає, незалежно від форми чи підстави такого проживання, утримує і облаштовує його, навіть якщо це здійснено з порушенням національного законодавства (справа “Барклі¹ проти Сполученого Королівства” 1996 року)”.

1 Насправді прізвище заявника у цій справі Баклі (*Buckley*).

На мій погляд, ця спроба ВСУ вступити у так званий судовий діалог (*judicial dialogue*) з ЄСПЛ є вельми непереконливою та невиправданою з огляду на ряд причин.

По-перше, складається враження, що Верховний Суд України *de facto* підтримав доволі поширену у вітчизняній доктрині точку зору про можливість чи то навіть обов'язковість тлумачення ознак складів злочинів, передбачених кримінальним законодавством України, з огляду на практику Європейського суду з прав людини [2, с. 51; 3, с. 308-322; 4, с. 265]. Цей підхід, на жаль, ігнорує юридичну природу Конвенції, яка є джерелом міжнародного права прав людини, а не міжнародного чи транснаціонального кримінального права, і як наслідок створює для держав-учасниць зобов'язання у сфері кримінального права лише в специфічному контексті, зумовленому необхідністю реалізації відповідних прав людини. При чому обсяг подібних зобов'язань істотно різниться від однієї статті Конвенції до іншої.

По-друге, інтерпретуючи право на повагу до приватного і сімейного життя, ЄСПЛ ніколи не вказував, що зі статті 8 ЄКПЛ випливає зобов'язання держав криміналізувати та переслідувати у порядку кримінального судочинства порушення такої складової вказаного права як право на повагу до житла. Наприклад, у справі “*Surugiu v. Romania*” (2004) заявник стверджував, що держава порушувала свої зобов'язання, які випливають зі статті 8 Конвенції, не реагуючи на порушення права заявника на повагу до його житла з боку третьої особи, у тому числі — відмовляючи у порушенні щодо останньої кримінального провадження (стаття 192 Кримінального кодексу Румунії 1969 року містила положення подібне до статті 162 КК). Суд ухвалив, що порушення статті 8 Конвенції мало місце, оскільки держава не вжила адекватних заходів для забезпечення права заявника (див. *параграфи 65-69 рішення*), однак утримався від висновку про те, що у цій конкретній справі або ж взагалі у будь-якому випадку порушення права на повагу до житла вимагає реакції у вигляді кримінальної відповідальності третьої особи¹. Таким чином, зі статті 8 ЄКПЛ у тій її частині, що стосується права на повагу до житла, не випливають зобов'язання держав у сфері кримінального права.

По-третє, у своїй постанові ВСУ доволі вільно підійшов до трактування правової позиції Європейського суду з прав людини у справі “*Buckley v. the United Kingdom*” (1996). В рішенні у цій справі ЄСПЛ визнав лише те, що концепція “житло” у змістовному полі статті 8 ЄКПЛ не обмежена житлом, створеним законно. В обґрунтування свого рішення ВСУ доцільніше було б послатись на рішення в справі “*McCann v. the United Kingdom*” (2008), *параграф 46*, в якому Європейський суд з прав людини прямо вказує, що

¹ Див. для порівняння якісно інакший підхід, наприклад, у постанові ЄСПЛ у справі “*X and Y v. the Netherlands*” (1985), *параграф 27*.

визнання майна “житлом” у розумінні статті 8 Конвенції не залежить від законності володіння ним.

По-четверте, підхід Верховного Суду України, який допускає можливість тлумачення ознак складів злочинів за кримінальним правом України з огляду на автономне тлумачення ЄСПЛ відповідних понять у тексті Конвенції, породжує деякі доволі принципові запитання. Мова йде про підхід *ad hoc* чи про універсальний підхід? Чи означає постанова ВСУ в справі № 5-299кц15, що, наприклад, у тексті п. 9 ч. 2 ст. 115 КК поняття “злочин” необхідно тепер тлумачити так, як його розуміє ЄСПЛ при тлумаченні статті 7 ЄКПЛ¹, та, відповідно, вважати, що передбачена цим пунктом обтяжуюча обставина має ставитись особі у вину не лише тоді, коли вона діяла з метою приховати чи полегшити вчинення злочину в розумінні статті 11 КК, але й у випадках, коли вона прагнула приховати чи полегшити вчинення адміністративного правопорушення, що може вважатись злочином у розумінні статті 7 Конвенції? На жаль, складається враження, що ухвалюючи рішення в справі № 5-299кц15, Верховний Суд України взагалі не зважав на можливість виникнення подібних запитань.

По-п'яте, спираючись при тлумаченні статті 162 КК на постанову в справі “Buckley v. the United Kingdom” (1996), ВСУ не врахував також і того, що ця постанова була ухвалена ЄСПЛ щодо ситуації, яка склалась в рамках “вертикальних” правовідносин держави та особи. У контексті таких правовідносин стаття 8 Конвенції виконує роль “фільтра” для державного втручання у приватне та сімейне життя особи. І саме цим пояснюється те, чому Європейський суд з прав людини відніс визнання певного майна житлом до питань факту та вказав, що правова кваліфікація за національним правом не має значення для суті цього питання. Такий підхід захищає особу від свавілля з боку агентів держави, адже остання позбавлена можливості маніпулювати законодавчою дефініцією житла у національному праві та штучно розширювати у такий спосіб межі свого втручання у приватне та сімейне життя.

Утім, стаття 162 КК встановлює кримінальну відповідальність не лише за діяння агентів держави, але й за діяння осіб, що не належать до їх числа, тобто перебувають із володільцем житла чи іншого володіння у “горизонтальних” правовідносинах. Однак у контексті таких правовідносин законність володіння житлом набуває принципового значення, оскільки саме ця обставина забезпечує володільцю правовий захист, у тому числі — сприяння держави. Свідченням цього є низка постанов ЄСПЛ², в яких він визнав, що стаття 8 ЄКПЛ не лише обмежує втручання держави у здійснення права на повагу до житла, але й вимагає від неї в контексті правовідносин володільця з третіми особами

1 Див., зокрема, постанову в справі “Engel and others v. the Netherlands” (1976), параграф 82.

2 Див., зокрема, “Сvijetic v. Croatia” (2004), “Pibernik v. Croatia” (2004), “Surugiu v. Romania” (2004).

сприяння у вільному володінні житлом тоді, коли відповідне володіння є (визнається державою) законним. Цей підхід, на мій погляд, виглядає беззаперечним та виправданим. Якби на державу покладался обов'язок сприяти і законному, і незаконному володільцеві, це легітимізувало б самозахоплення чужого помешкання та врешті-решт зробило б саме право на повагу до житла ілюзорним у контексті правовідносин володільця з третіми особами. Таким чином, якщо ВСУ справді мав намір узгодити своє тлумачення статті 162 КК з підходами Європейського суду з прав людини, йому потрібно було взяти до уваги і цю “гілку” практики ЄСПЛ щодо статті 8 Конвенції та послідовно зробити висновок про те, що оскільки ЄКПЛ в контексті правовідносин володільця житла та третіх осіб вимагає державного втручання в інтересах володільця лише тоді, коли володіння має законний характер, то й кримінальна відповідальність як прояв такого втручання повинна наставати виключно за тієї ж самої умови.

Верховний Суд України, однак, відверто ухилився від предметного та системного врахування практики Європейського суду з прав людини щодо права на повагу до житла. На мій погляд, гучні наслідки цього безперебільшення недалекоглядного підходу не забаряться. Наприклад, якщо на час відсутності законного володільця житла, який залишив його внаслідок окупації відповідної території України, помешкання за відсутності правових підстав захопить та використовуватиме третя особа, а після деокупації законний володільць потрапить до свого житла без згоди особи, що вчинила самозахоплення, хто буде підлягати кримінальній відповідальності за порушення недоторканості житла?¹ З огляду на постанову Верховного Суду України в справі № 5-299кч15 кримінальної відповідальності повинні будуть зазнати і незаконний, і законний (!) володільці житла. Важко навіть уявити, який резонанс викличе подібна практика застосування статті 162 КК.

1 Окремі українські автори (наприклад, Н.О. Антонюк [5, с. 102]) вважають, що випадки самозахоплення чужого житла мають кваліфікуватись лише як завдання майнової шкоди шляхом обману чи зловживання довірою (стаття 192 КК). Однак з таким підходом до тлумачення та застосування кримінального закону не можна погодитись. По-перше, він означає, що випадки самозахоплення будуть кримінально караними лише тоді, коли вони завдали майнову шкоду в розмірі не менше 50 неоподаткованих мінімумів доходів громадян (примітка до статті 192 КК). У такому разі важко зрозуміти, чому саме лише проникнення до чужого житла завжди є злочином, а проникнення, що супроводжується подальшим захопленням житла, — ні. По-друге, караність навіть основного різновиду злочину, передбаченого статтею 162 КК, є вищою за караність основного різновиду злочину, передбаченого статтею 192 КК. По-третє, самозахоплення чужого житла у будь-якому випадку розпочинається з незаконного проникнення до нього і не зрозуміло, чому подальше посягання на власність, а не на право на житло (як це стверджує Н.О. Антонюк), нівелює юридичне значення першої обставини.

В. Висновки

Наділення Верховного Суду України специфічними повноваженням “четвертої інстанції” було безумовно неоднозначним рішенням законодавця як з правової, так і з політичної точок зору. Однак у сухому залишку цей непересічний крок, напевне, можна було б вважати виправданим, якби ВСУ вдалося, формулюючи правові висновки щодо застосувань норм матеріального права, привнести нову якість правової аргументації у вітчизняне судочинство. На жаль, реальний стан практики Верховного Суду України свідчить, що це надзавдання виявилось для суду непосильним.

Можна відзначити, що у порівнянні з 2010 роком стиль правової аргументації у рішеннях Верховного Суду України змінився на краще. Проте, як можна було переконатись, навіть постанови 2016 року містять явно суперечливі положення. В першому із розглянутих вище випадків ВСУ підійшов до тлумачення кримінального закону всупереч позиції, яку він сам же сформулював у 2002 році, не пояснюючи при цьому суб'єктам владних повноважень, які повинні керуватись його правовими висновками, чим викликана зміна підходу, та навіть не сигналізує, що вона взагалі має місце. В іншому рішенні Верховний Суд України підійшов до питання про правові наслідки своєї правової позиції відверто недалекоглядно. Ухвалене ним у підсумку рішення, напевне, відповідає найкращим інтересам засуджених осіб, яким не довелось чекати повторного судового розгляду справи. Однак видається сумнівним, що суди нижчих інстанцій одержали чітке та несуперечливу уявлення про те, яким чином їм слід чинити в аналогічних випадках. У третьому рішенні ВСУ вступив у так званий судовий діалог з ЄСПЛ, який у підсумку виявився імітацією, побудованою на конкретному рішенні Європейського суду з прав людини, вирваному із усього масиву його практики щодо статті 10 ЄКПЛ.

Незабаром Верховний Суд України припинить своє існування, а його місце в судовій системі України посяде Верховний Суд. Залишається сподіватись, що наступник виявиться успішнішим за свого попередника у питанні правової аргументації своїх рішень.

Використані джерела:

1. Андрушко П.П., Задоя К.П. Дискусійні питання щодо змісту ознак “істотна шкода” та “тяжкі наслідки” у складах злочинів у сфері службової діяльності // Вісник Верховного Суду України. 2016. № 6 (190). С. 38-48.
2. Брич Л. Кримінальне законодавство України і практика його застосування у світлі європейських стандартів прав людини // Вісник Львівського університету. Серія юридична. 2010. Вип. 51. С. 308-322.
3. Кузембаєв О.С. Рішення Європейського суду з прав людини як джерела кримінального права // Правове життя сучасної України: тези доп. міжнар.

наук. конф. проф.-викл. і аспірант. складу (5-6 червня 2009 р. м. Одеса) / відп. ред. Ю. М. Оборотов. ОНЮА. Одеса: Фенікс, 2009. С. 537-539.

4. Хім'як Ю.Б. Захист права на повагу до житла у практиці Європейського Суду з прав людини (кримінально-правовий аспект) // Часопис Київського університету права. 2010. № 3. С. 261-265.

5. Антонюк Н.О. Кримінально-правова охорона власності: навчальний посібник. Львів: ЛНУ імені Івана Франка, 2012. 514 с.

Розглядається проблема суперечливої правової спадщини Верховного Суду України. На прикладі трьох постанов суду в кримінальних справах демонструються серйозні вади правової аргументації. Перше рішення є прикладом того, як суперечливий висновок щодо змісту норми кримінального права веде до спірного вирішення конкретної справи. Ухвалюючи друге рішення, суд не врахував усіх правових наслідків власної позиції щодо змісту норми кримінального права. Зрештою третє рішення є ілюстрацією необґрунтованого судового діалогу з Європейським судом з прав людини.

Ключові слова: Верховний Суд України; правова аргументація; правовий висновок; судовий діалог; кримінальна справа.

Рассматривается проблема противоречивой правовой наследия Верховного Суда Украины. На примере трех постановлений суда по уголовным делам демонстрируются серьезные недостатки правовой аргументации. Первое решение является примером того, как противоречивый вывод о содержании нормы уголовного права ведет к спорному разрешению конкретного дела. Принимая второе решение, суд не учел всех правовых последствий собственной позиции относительно содержания нормы уголовного права. В конце концов третье решение является иллюстрацией необоснованного судебного диалога с Европейским судом по правам человека.

Ключевые слова: Верховный Суд Украины; правовая аргументация; правовое заключение; судебный диалог; уголовное дело.

The present article is dedicated to the controversial legal legacy of the Supreme Court of Ukraine. An analysis of three different decisions in criminal cases shows an evident lack of clear legal argumentation. First decision is an example of contradictory legal reasoning about the content of criminal norm which leads to the questionable conclusion as regards of concrete criminal case. In second decision court didn't take into account all consequence of own opinion about the content of criminal norm. Eventually, third decision is an illustration of unreasonable judicial dialogue with European Court of Human Rights.

Key words: Supreme Court of Ukraine; legal argumentation; legal opinion; judicial dialogue; criminal case.