****

**ОКРЕМА ДУМКА**

**9 листопада 2017 року**

|  |  |
| --- | --- |
|  |  |

Рішенням Вищої ради правосуддя від 9 листопада 2017 року скасовано рішення Третьої Дисциплінарної палати про притягнення до дисциплінарної відповідальності судді Харківського окружного адміністративного суду Зінченка Андрія Вікторовича та застосування до нього дисциплінарного стягнення у виді подання про звільнення з посади.

Не можу погодитися з законністю та обґрунтованістю такого рішення Ради. На моє переконання, встановлення фактичних обставин та кваліфікація поведінки судді при розгляді адміністративної справи про заборону проведення мирного зібрання, здійснені дисциплінарною палатою вірно.

Встановлення подібних обставин при розгляді справ про дисциплінарні порушення інших суддів, дисциплінарні провадження стосовно яких розглянуті нещодавно, відповідали кваліфікації, яку здійснила Третя Дисциплінарна палата. Частину суддів, які аналогічно свавільно встановлювали заборону проведення мирних зібрань, Вища рада правосуддя не рекомендувала Президенту України для безстрокового обрання (зокрема, судді Чубар Т.М., Серга С.М., Соколова О.А., Архіпова С.В., остання була суддею суду, в якому працював безстроково обраний суддя Зінченко А.В.)

Як встановлено Третьою Дисциплінарною палатою під час розгляду дисциплінарної справи судді Зінченка А.В. постановою Харківського окружного адміністративного суду від 26 листопада 2013 року за результатами розгляду справи № 820/11706/13-а за позовом Харківської міської ради до ініціативної групи громадян в особі відповідального Кривошеєва В.С. суддя обмежив право на мирні зібрання («на збори») шляхом заборони ініціативній групі громадян в особі відповідального Кривошеєва В.С. проводити з 27 листопада 2013 року безстрокову акцію «За Євроінтеграцію» на вулицях міста Харкова та його перехрестях із використанням звукопідсилювальної апаратури та встановленням наметів.

Свою постанову суддя Зіченко А.В. мотивував тим, що: 1) «…розпорядженням Харківського міського голови від 22 листопада 2013 року № 76/1 «Про призупинення масових заходів у місті Харкові» з 22 листопада 2013 року призупинено проведення на території міста Харкова масових заходів до окремого розпорядження»; 2) «…про проведення масового заходу відповідач повідомив позивача лише 26 листопада 2013 року, тобто у день проведення запланованого масового заходу; 3) «…встановлення наметів при проведенні масового заходу суперечить Правилам благоустрою території міста Харкова, …відповідно до яких встановлено, що у межах «червоних ліній» міських вулиць і доріг забороняється встановлювати намети та влаштовувати місця для відпочинку».

На думку Третьої Дисциплінарної палати, суддею Зінченком А.В. під час розгляду справи № 820/11706/13-а допущено низку істотних порушень норм процесуального права.

Даючи оцінку діям судді Зінченка А.В. під час розгляду цієї справи, Третя Дисциплінарна палата дійшла висновку, що під виглядом вирішення спору судом фактично встановлено заборону загального характеру, яка поширювалася на невизначене коло осіб, значну територію і мала діяти протягом необмеженого часу. Мотиви, з яких судом було застосовано обмеження права на мирні зібрання, не відповідають статті 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, статті 39 Конституції України, статті 182 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України). Обставини справи вказують на упередженість судді Зінченка А.В. при вирішенні справи і на те, що суддею винесено рішення, яким свідомо порушено приписи статті 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, встановлено непропорційне обмеження мирних зібрань, що не було необхідним у демократичному суспільстві.

Як вбачається зі змісту постанови від 26 листопада 2013 року, місцями, забороненими для проведення зборів, є «вулиці та перехрестя міста Харкова». Тобто фактично заборона на проведення зборів поширюється не на конкретно визначене місце, а на всю територію міста Харкова.

Окрім того, суддя Зінченко А.В. у постанові від 26 листопада 2013 року не визначив дату припинення заборони проведення мирних зібрань, вказавши лише, що така заборона починає діяти з 27 листопада 2013 року. Таке формулювання давало підстави для висновку, що зазначена заборона є безстроковою.

У сукупності з відсутністю належної ідентифікації відповідача («ініціативна група громадян») рішення суду могло бути використане для примусового припинення будь-яких мирних зібрань в місті Харкові протягом невизначеного часу.

Таким чином, рішенням судді фактично встановлено заборону загального характеру, що поширювалася на невизначений час і діяла на всій території міста Харкова, тобто ухвалено нормативно-правовий акт, що є явним виходом за межі повноважень суду, визначених Конституцією і законами України.

Характер дій судді Зінченка А.В. свідчить не лише про їх незаконність, а і про умисність допущеного порушення, явну упередженість судді при розгляді зазначеної справи.

Третя Дисциплінарна палата вважала загальновідомим той факт, що такі звернення органів місцевого самоврядування до суду з позовними вимогами про обмеження права на мирні зібрання були спрямовані на протиправне обмеження права на мирне зібрання. Ця обставина, з-поміж іншого, на її переконання, підтверджувалася розміщеним у відкритому доступі в Єдиному державному реєстрі судових рішень (<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57680610>) вироком Переяслав-Хмельницького районного суду Київської області від 16 травня 2016 року у справі № 373/2427/15-к, який у подальшому залишено без змін ухвалою апеляційного суду Київської області від 27 вересня 2016 року. Згідно з цим вироком Переяслав-Хмельницького міського голову засуджено за статтею 340 Кримінального кодексу України за те, що він, зокрема, діючи умисно та маючи на меті незаконне перешкоджання організації і проведенню масових заходів громадянами, використовуючи службове становище, із залученням підлеглих йому осіб забезпечив виготовлення документів, які містили неправдиві відомості про існування загрози життю і здоров’ю людей під час проведення вказаних акцій, та на цій підставі організував підготовку, особисто підписав і забезпечив подачу до Київського окружного адміністративного суду позовної заяви від імені міської ради про обмеження реалізації права на мирні зібрання.

Як стверджувала дисциплінарна палата у своєму рішенні, суд повинен був дати правову оцінку наведеним вище фактам, які свідчили про те, що звернення до суду мало на меті не вирішення реально існуючого спору, а прагнення встановити заборону на реалізацію права на мирні зібрання загального характеру.

Втім, із матеріалів дисциплінарної справи вбачалося, що судовий розгляд був проведений суддею Зінченком А.В. формально.

Такий висновок підтверджується, зокрема, тим, що матеріали справи № 820/11706/13-а спростовують існування будь-яких спірних відносин, які потребували вирішення судом, і заперечують будь-які спроби суду забезпечити змагальність при розгляді справи.

Згідно з відміткою на позовній заяві, вона надійшла до суду 26 листопада 2013 року о 13:19, тобто за 2 години та 41 хвилину до призначеного часу судового засідання.

Після цього відбулася реєстрація адміністративного позову в автоматизованій системі документообігу суду, автоматизованою системою було визначено головуючого суддю у справі – Зінченка А.В. (лист від 28 серпня 2014 року № 03-24/86552/14 голови Харківського окружного адміністративного суду Кучми Ю.В.). Суддя вивчив адміністративний позов та постановив ухвалу про відкриття провадження в адміністративній справі (а.с. 1). Телефонограмою на номер 0632965602 відповідачу «в особі відповідального Кривошеєва В.С.» направлено повідомлення про призначення судового засідання на той самий день, 26 листопада 2013 року, на 16:00. Телефонограму при цьому прийняв «автовідповідач» (а.с. 22).

Така хронологія вказує, що навіть у разі, якщо телефонограму справді направлено раніше 16:00 26 листопада 2013 року, проміжок часу, який залишався з моменту її відправлення до судового засідання, був явно замалим для того, щоб встигнути прибути до приміщення суду і взяти участь у засіданні. Крім того, будь-які докази того, що повідомлення про засідання, якщо воно залишалося на автовідповідачі, було адресатом прочитане, тим більше до 16:00 26 листопада 2016 року, відсутні. Отже, твердження про те, що відповідач про «час та місце судового засідання був повідомлений завчасно та належним чином», яке міститься у постанові, є безпідставним.

Втім, порушення права на справедливий суд у цьому випадку пов’язане не лише із неналежним повідомленням відповідача про судове засідання. Фактично відповідачем у справі було невизначене коло осіб – «ініціативна група громадян», склад якої жодним чином не можна було ідентифікувати.

За таких умов позовна заява не відповідала вимогам частини першої статті 106 КАС України, оскільки не містила імен (найменувань) відповідачів (коло яких було невизначеним), їхньої поштової адреси. Такий недолік позовної заяви згідно з пунктом 3 частини першої статті 107, частиною першої статті 108 КАС України виключав можливість відкриття провадження в адміністративній справі (позовна заява підлягала залишенню без руху). Втім, суддя проігнорував очевидну невідповідність позовної заяви вимогам закону.

Суддя Зінченко А.В. на засіданні Третьої Дисциплінарної палати, надаючи пояснення щодо своїх дій під час розгляду справи № 820/11706/13-а, не навів жодних доводів, які спростували б зазначений вище висновок про умисний характер допущених ним порушень.

З огляду на встановлені обставини дисциплінарної справи Третя Дисциплінарна палата вважала, що характер дій судді Зінченка А.В. свідчить не лише про їх незаконність, а й про умисність допущених ним порушень норм законодавства України та явну упередженість судді при розгляді справи № 820/11706/13-а.

З урахуванням вказаного вище явно неналежне обґрунтування застосованого суддею Зінченком А.В. обмеження права (а фактично – заборони) на мирні зібрання було оцінено Третьою Дисциплінарною палатою як прояв сваволі.

Право на мирне зібрання є одним з основоположних прав людини і має виняткове значення як засіб забезпечення інших прав і свобод людини. Це право гарантується як статтею 39 Конституції України, так і статтею 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Підхід обох зазначених документів однаковий: обмеження права на мирне зібрання допускається лише відповідно до закону, як виняток, із певних вичерпно визначених мотивів: в інтересах національної безпеки та громадського порядку – з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров’я населення або захисту прав і свобод інших людей (частина друга статті 39 Конституції України), або, за термінологією Конвенції, в інтересах національної або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров’я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб (параграф 2 статті 11). Такий самий підхід використовується і в статті 182 КАС України. Більше того, практика застосування статті 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод виробила достатньо чіткі та зрозумілі критерії допустимості обмеження права на мирні зібрання.

Таким чином, обмеження права на мирне зібрання згідно зі статтею 39 Конституції України, статтею 11 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (враховуючи практику її застосування Європейським судом з прав людини, яка є джерелом права в Україні), статтею 182 КАС України має бути обґрунтоване як щодо правових підстав, так і щодо доведення фактичних обставин, що слугують приводом для встановлення обмеження.

Таким обґрунтуванням не може слугувати посилання на розпорядження Харківського міського голови від 22 листопада 2013 року «Про призупинення масових заходів у місті Харкові» з цього дня, а також на те, що встановлення наметів при проведенні мирної акції суперечить Правилам благоустрою території міста Харкова.

Як випливає з положень частини другої статті 39 Конституції України, єдиним органом, уповноваженим на обмеження права на мирні зібрання, є суд, а єдиною підставою для такого обмеження є відповідне рішення суду. З огляду на це ні розпорядження Харківського міського голови від 22 листопада 2013 року, ні Правила благоустрою території міста Харкова не могли прийматися судом як правові підстави для обмеження права на мирні зібрання.

Не можуть вважатися належними й інші мотиви, наведені у постанові, винесеній суддею Зінченком А.В. Вони не співвідносяться ні з правовим регулюванням відповідних відносин, ні з характером застосованих заборон.

Право на мотивованість судового рішення є складовою права на справедливий суд, гарантованого статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Як неодноразово вказував Європейський суд з прав людини, право на мотивованість судового рішення сягає своїм корінням більш загального принципу, втіленого у Конвенції, який захищає особу від сваволі. Хоча обсяг тексту постанови від 26 листопада 2013 року достатньо великий, попри це вона так і не дає відповіді на запитання, чому право на мирні зібрання має бути обмежене невизначеному колу осіб на настільки великій території на необмежений час. Змістовний, часовий та територіальний аспект застосованої заборони жодною мірою не співвідноситься з обґрунтуванням, наведеним у постанові.

У своїх поясненнях суддя Зінченко А.В. не навів доводів на спростування висновків Третьої Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя щодо явної безпідставності застосованої ним заборони права на мирні зібрання, яка поширювалася на невизначене коло осіб.

На думку Третьої Дисциплінарної палати, допущені суддею Зінченком А.В. порушення процесуального закону є істотними й утворюють склад дисциплінарного проступку, передбаченого пунктом 1 частини першої статті  83 Закону України від 7 липня 2010 року № 2453-VI «Про судоустрій і статус суддів» в редакції, чинній станом на 26 листопада 2013 року.

Дії судді Зінченка А.В. під час розгляду справи № 820/11706/13-а та прийняття в ній постанови Харківського окружного адміністративного суду від 26 листопада 2013 року також охоплюються одним із видів діянь, віднесених законом до порушення присяги судді (частина друга статті 32 Закону України «Про Вищу раду юстиції» у відповідній редакції), а саме вчиненням дій, що порочать звання судді і можуть викликати сумнів у його об’єктивності, неупередженості та незалежності, у чесності та непідкупності судових органів.

Зміни, що відбулися у правовому регулюванні відповідних відносин після 26 листопада 2013 року, не привели до пом’якшення або скасування відповідальності за дії, вчинені суддею Зінченком А.В.

Так, після набрання чинності Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд» істотне порушення норм процесуального права при здійсненні правосуддя, вчинене внаслідок умислу або недбалості, також визнавалося дисциплінарним проступком (підпункт «а» пункту 1 частини першої статті 92 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»), а у випадку, коли воно могло розглядатися як дії, що порочать звання судді або підривають авторитет правосуддя, також вважалося порушенням присяги судді і було підставою для звільнення судді (пункт 1 частини другої статті 97 Закону України від 7 липня 2010 року № 2453-VI «Про судоустрій і статус суддів» зі змінами, внесеними Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд»).

Не змінився характер наслідків, передбачених законом для таких грубих порушень, і після набрання чинності Законом України від 2 червня 2016 року № 1401-VIII «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» та Законом України від 2 червня 2016 року № 1402-VIII «Про судоустрій і статус суддів».

Підпунктом «г» пункту 1 частини першої статті 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено, що суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності за умисне або внаслідок недбалості порушення засад рівності всіх учасників судового процесу перед законом і судом, змагальності сторін та свободи в наданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості. Під ознаки цього проступку повністю підпадають порушення, допущені суддею, який не забезпечив належне завчасне повідомлення відповідачів про розгляд справи.

Пунктом 3 частини першої статті 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачено, що суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності за допущення поведінки, що порочить звання судді або підриває авторитет правосуддя, зокрема в питаннях дотримання норм суддівської етики та стандартів поведінки, які забезпечують суспільну довіру до суду.

Згідно з пунктом 4 частини першої статті 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» суддю може бути притягнуто до дисциплінарної відповідальності в порядку дисциплінарного провадження з підстав умисного або у зв’язку з очевидною недбалістю допущення суддею, який брав участь в ухваленні судового рішення, порушення прав людини і основоположних свобод. Дії судді Зінченка А.В. при розгляді зазначеної справи призвели до порушення права невизначеного кола осіб на мирне зібрання, а також їхнього права на справедливий суд (доступ до правосуддя цим особам було повністю заперечено).

Пунктом 3 частини шостої статті 126 Конституції України (у чинній редакції) передбачено звільнення судді з підстав вчинення істотного дисциплінарного проступку, грубого чи систематичного нехтування обов’язками, що є несумісним зі статусом судді або виявило його невідповідність займаній посаді. При цьому істотним дисциплінарним проступком згідно з пунктом 7 частини дев’ятої статті 109 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» визнається грубе порушення закону, що підриває суспільну довіру до суду.

Таким чином, редакційні зміни в описі незаконних діянь суддів, що є підставою для звільнення їх з посади, не привели до пом’якшення відповідальності за такі діяння. При цьому всі досліджені редакції опису таких діянь повністю охоплюють дії, вчинені суддею Зінченком А.В. З огляду на сказане перешкод для притягнення судді Харківського окружного адміністративного суду Зінченка А.В. до дисциплінарної відповідальності та застосування до нього дисциплінарного стягнення у виді подання про звільнення його з посади немає.

Відповідно до пункту 3 частини шостої статті 126 Конституції України вчинення істотного дисциплінарного проступку є підставою для звільнення судді.

За змістом норм законів України «Про судоустрій і статус суддів» та «Про Вищу раду юстиції» у редакції, яка була чинною на момент вчинення суддею дій, законодавцем не були встановлені строки для вирішення питання про притягнення судді до відповідальності за порушення присяги.

Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд» було запроваджено правове регулювання, згідно з яким притягнення до відповідальності за порушення присяги можливе за правилами, встановленими для дисциплінарної відповідальності суддів (частина друга статті 32 Закону України «Про Вищу раду юстиції» зі змінами). Водночас новою редакцією статті 96 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлено, що такий строк не може бути більшим трьох років із дня вчинення проступку без урахування часу тимчасової непрацездатності або перебування судді у відпустці (частина четверта).

Чинний Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 року в частині одинадцятій статті 109 відтворює це правило, передбачаючи, що дисциплінарне стягнення до судді застосовується не пізніше трьох років із дня вчинення проступку без урахування часу тимчасової непрацездатності або перебування судді у відпустці чи здійснення відповідного дисциплінарного провадження.

Запровадження строку давності притягнення судді до відповідальності за дії, що підпадають під порушення присяги (істотний дисциплінарний проступок), є заходом, який покращує становище судді порівняно із ситуацією, коли строк законодавством визначений не був, а тому в силу положень статті 58 Конституції України він повинен бути застосований.

За даними Харківського окружного адміністративного суду, з дати вчинення дисциплінарного проступку (26 листопада 2013 року) суддя Зінченко А.В. 206 днів перебував у відпустці та 23 дні був відсутній на робочому місці внаслідок тимчасової непрацездатності. Таким чином, на сьогодні строк давності притягнення до дисциплінарної відповідальності, встановлений законом, не минув.

Зважаючи на характер умисних порушень, допущених суддею Зінченком А.В., а також на наслідки, які настали за результатами вчинених діянь, у вигляді підриву авторитету правосуддя та судових органів, грубого порушення права на мирні зібрання необмеженого кола осіб на всій території міста Харкова, що створило передумови для гострого суспільного протистояння, Третя Дисциплінарна палата Вищої ради правосуддя дійшла висновку, що застосування до судді дисциплінарного стягнення у виді подання про звільнення його з посади є пропорційним вчиненому та виправданим, у тому числі з урахуванням часу, який минув з моменту прийняття ним рішення.

На мою думку, обґрунтованість висновків палати залишилася не спростованою у рішенні Ради. Таким чином підстави для звільнення судді від відповідальності були відсутні.

**Член Вищої ради правосуддя М.Гусак**