**ОКРЕМА ДУМКА**

члена Третьої Дисциплінарної палати

Вищої ради правосуддя

Мірошниченка Анатолія Миколайовича

щодо рішення Третьої Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя   
від 10 квітня 2019 року

«Про відмову в притягненні до дисциплінарної відповідальності судді Слов’янського міськрайонного суду Донецької області Мінаєва І.М. та припинення дисциплінарного провадження»

Рішенням Третьої Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя від 10 квітня 2019 року відмовлено в притягненні до дисциплінарної відповідальності судді Слов’янського міськрайонного суду Донецької області Мінаєва І.М., дисциплінарне провадження припинено.

Скарга Національного антикорупційного бюро України стосовно судді Мінаєва І.М. була мотивована тим, що суддя ОСОБА\_4 неодноразово звертався до ОСОБА\_1 з проханням про надання йому неправомірної вигоди у розмірі 6000 грн за ухвалення рішення про звільнення ОСОБА\_2 від адміністративної відповідальності.

27 вересня 2017 року суддя ОСОБА\_4, перебуваючи у приміщенні Слов’янського міськрайонного суду Донецької області, отримав від ОСОБА\_1 кошти в сумі 6000 грн за ухвалення рішення про звільнення ОСОБА\_2 від адміністративної відповідальності, які помістив до сейфу, що знаходиться у його робочому кабінеті, після чого одразу був викритий правоохоронними органами, а предмет неправомірної вигоди, а саме кошти в сумі 6000 грн, було виявлено та вилучено.

Національне антикорупційне бюро України, як на підставу притягнення судді Мінаєва І.М. до дисциплінарної відповідальності, посилається на фактичні дані та докази, встановлені і зібрані під час проведення досудового розслідування у кримінальному провадженні № \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_, які, на думку скаржника, підтверджують зазначені ним у скарзі відомості, а саме:

* протоколи допиту свідка ОСОБА\_1 від 12 вересня 2017 року, від 19 вересня 2017 року, від 27 вересня 2017 року;
* протокол допиту свідка ОСОБА\_3 від 27 вересня 2017 року;
* протокол допиту свідка ОСОБА\_2 від 28 вересня 2017 року;
* протокол огляду, ідентифікації та вручення грошових коштів від 26 вересня 2017 року;
* протокол обшуку службового кабінету судді Слов’янського міськрайонного суду Донецької області ОСОБА\_4 від 27 вересня 2017 року;
* висновок експерта № 19/8-4/378-СЕ/17 від 7 жовтня 2017 року;
* протокол за результатами проведення негласних слідчих (розшукових) дій від 28 вересня 2017 року;
* висновок експерта № 19/9-2/119-СЕ/18 від 12 січня 2018 року;
* висновок експерта № 19/9-2/3/63-СЕ/17 від 11 травня 2018 року.

Відмовляючи у притягненні судді Мінаєва І.М. до дисциплінарної відповідальності, Третя Дисциплінарна палата Вищої ради правосуддя виходила насамперед із того, що зібрані докази у кримінальному провадженні, якими була обґрунтована скарга Національного антикорупційного бюро України стосовно судді Мінаєва І.М., мають значення лише для встановлення обставин у цьому провадженні та не можуть бути використані для підтвердження дисциплінарного проступку за відсутності обвинувального вироку суду. На користь такого висновку, на думку Дисциплінарної палати, начебто свідчать правила доказування в кримінальному процесі.

З такою аргументацією, як і зі зробленим на її підставі висновком, погодитися не можу.

Цілком очевидно, що дисциплінарний проступок та кримінальне правопорушення – це різні за змістом поняття, різні юридичні конструкції. Про це зазначено у самому рішенні палати. Водночас, із цієї вірної посилки було зроблено хибний висновок про неможливість притягнення судді до дисциплінарної відповідальності за умов, коли його вина у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого частиною третьою статті 368 КК України, не встановлена вироком суду. Видається, що зроблений висновок із вихідної посилки аж ніяк не випливає.

Цілком можливим є притягнення за одні й ті самі дії і до дисциплінарної, і до кримінальної (або адміністративної) відповідальності. Це не суперечить Основному Закону, який забороняє притягати двічі до юридичної відповідальності *одного виду* (частина перша статті 61). Відсутньою буде і суперечність із Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, стаття 4 Протоколу 7 якої імплементує принцип *non bis in idem[[1]](#footnote-1)*.

Цілком можлива і ситуація, коли в одній процедурі буде встановлено, що особа вчинила певні дії, а в іншій – те, що особа їх не вчиняла. Це цілком можливо, і можливість така зовсім не є суто теоретичною, враховуючи, що склади дисциплінарного проступку, з одного боку, та злочину (кримінального правопорушення), з іншого, встановлюються (1) різними органами, (2) у різних процедурах, (3) за різними стандартами доказування, і навіть, цілком можливо, (4) за різної процесуальної поведінки учасників (які можуть в різних процедурах подавати різні докази, визнавати або заперечувати різні обставини тощо).

З цього випливає, що **перебіг кримінального провадження не має жодного значення для розгляду питання про дисциплінарну відповідальність судді,** окрім, хіба що, ситуації, коли стосовно судді набрав законної сили обвинувальний вирок – тоді, в силу вимог пункту 5 частини сьомої статті 127 Конституції України, повноваження судді припиняються, і особа перестає бути суддею.

Зупинюся на згаданих вище відмінностях між кримінальним та дисциплінарним провадженнями (у контексті справи стосовно судді Мінаєва І.М.) більш детально.

**(1) Органи.** Питання про вину особи у вчиненні злочину (кримінального правопорушення) може вирішити, звичайно, тільки суд.

Водночас, виключні повноваження встановлювати відсутність або наявність у діях судді складу дисциплінарного проступку надані дисциплінарним органам – дисциплінарним палатам Вищої ради правосуддя (стаття 26 Закону України «Про Вищу раду правосуддя», стаття 108 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

Виходячи з наведеного, рішення будь-яких органів, у тому числі вирок суду (чи то обвинувальний, чи то виправдувальний) не може бути обов’язковим для дисциплінарного органу, який вправі і водночас зобов’язаний самостійно визначити наявність у діях судді складу дисциплінарного проступку. Тим більше, дисциплінарний орган не може бути обмеженим у своїх повноваженнях через відсутність рішення компетентного органу у іншій процедурі – наприклад, через відсутність вироку суду за фактами, які можуть складати одночасно підставу притягнення до кримінальної та дисциплінарної відповідальності.

Так само, рішення дисциплінарного органу не має жодного правового значення і для судів при розгляді кримінального провадження чи справи про адміністративне правопорушення щодо судді або при вирішенні питання про інший вид відповідальності.

Ця позиція наразі закріпилася у практиці Великої палати Верховного Суду, яка цілком обґрунтовано, на мій погляд, звертає увагу на те, що «встановлені в ході дисциплінарного провадження … факти і з’ясовані обставини мають значення тільки для прийняття рішень [Кваліфікаційно-дисциплінарною комісією прокурорів] в рамках своєї компетенції та жодним чином не свідчать про доведеність вини особи у вчиненні адміністративних або кримінальних правопорушень» (див., наприклад, постанову у справі № 800/454/17 від 22 січня 2019 року).

Цей підхід відображено і в авторитетних джерелах «м’якого» міжнародного права - див., зокрема, пункт 53 Консультативного висновку Венеційської комісії для Конституційного Суду Республіки Молдова щодо кримінальної відповідальності суддів № 880 /2017 CDL-AD(2017)002, прийнятій Венеційською Комісією на її 100-й пленарній сесії (Венеція, 10-11 березня 2017 року)**[[2]](#footnote-2)**, де вказано, що дисциплінарна відповідальність може наставати навіть у випадку виправдання за кримінальним звинуваченням; так само, той факт, що кримінальне провадження не було ініційованим через неспроможність встановити вину у вчиненні злочину чи факти у кримінальній справі, не означає, що з боку відповідного судді не було вчинено дисциплінарного проступку, насамперед, через різну природу цих видів відповідальності**[[3]](#footnote-3)**.

Побіжне вивчення зарубіжного досвіду (у т.ч. країн з тривалою та усталеною традицією застосування механізму дисциплінарної відповідальності суддів) дозволило виявити чимало прикладів, коли особа, виправдана у вчиненні злочину, притягалася за ті ж дії до дисциплінарної відповідальності[[4]](#footnote-4).

Встановлення преюдиційного значення для певних обставин є винятком із правил про компетенцію (юрисдикцію) того чи іншого органу, які, загалом, передбачають повноваження із встановлення всіх обставин, що мають значення для вирішення справи. Виняток стосовно преюдиційного значення актів інших органів повинен бути позитивно передбачений законом.

Наприклад, частиною шостою статті 82 Цивільного процесуального кодексу України передбачено, що «[в]ирок суду в кримінальному провадженні, ухвала про закриття кримінального провадження і звільнення особи від кримінальної відповідальності або постанова суду у справі про адміністративне правопорушення, які набрали законної сили, є обов'язковими для суду, що розглядає справу про правові наслідки дій чи бездіяльності особи, стосовно якої ухвалений вирок, ухвала або постанова суду, лише в питанні, чи мали місце ці дії (бездіяльність) та чи вчинені вони цією особою». Втім, навіть такого правила про обмежене преюдиційне значення судових рішень, ухвалених в межах кримінального провадження, у відносинах стосовно притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів законом не встановлено.

Отже, питання про наявність у діях особи складу дисциплінарного проступку дисциплінарний орган може і зобов’язаний вирішувати, надаючи самостійну оцінку обставинам справи.

На жаль, при розгляді справи стосовно судді Мінаєва І.М. Дисциплінарна палата не просто побачила преюдицію там, де її закон не передбачає, але і захотіла бачити якийсь особливий, кваліфікований вид преюдиції, який не звільняє від доказування певних обставин, встановлених у іншій процедурі, а робить таке доказування неможливим за відсутності рішення іншого органу.

Такий підхід вважаю помилковим. Підстав для ухилення дисциплінарного органу від своїх прямих обов’язків щодо вирішення питання про наявність або відсутність в діях судді Мінаєва І.В. складу дисциплінарного проступку не було жодних.

**(2) Процедури.** Процедура здійснення дисциплінарного провадження регламентується нормами Законів України «Про судоустрій і статус суддів» та «Про Вищу раду правосуддя».

У той же час, встановлення вини особи у вчиненні злочину (кримінального правопорушення можливе в рамках кримінального провадження, яке регламентоване положеннями Кримінального процесуального кодексу України.

У першому випадку процедура доказування врегульована лише у досить загальному вигляді, у другому – вона врегульована дуже детально. Це, безумовно, не випадково – слід пам’ятати про те, що, як вже зазначалося вище, правова природа дисциплінарної відповідальності істотно відрізняється від кримінальної відповідальності, що обумовлено відмінністю злочину (кримінального правопорушення) від дисциплінарного проступку, а також відмінностями у потенційній реакції держави на них (кримінальне покарання в одному випадку та дисциплінарне стягнення – в іншому).

На моє переконання, відсутні будь-які підстави для застосування до відносин із здійснення дисциплінарного провадження правил кримінального процесуального закону – навіть у випадку, якщо якийсь аспект дисциплінарного провадження законом не врегульований, і виникає потреба заповнити цю прогалину за допомогою аналогії закону.

Набагато ближчим за своєю природою до дисциплінарного провадження є цивільний процес. Варто пам’ятати, що стосовно дисциплінарної відповідальності суддів, згідно з практикою Європейського суду з прав людини, стаття 6 («Право на справедливий суд») Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод застосовується у *цивільному* (а не кримінально-правовому) аспекті (див., зокрема, пункти 87-95 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Олександр Волков проти України»).

Загальний висновок про безпідставність застосування до дисциплінарного провадження правил кримінального процесу варто проілюструвати на прикладі спроби палати застосувати до відносин дисциплінарного провадження норми кримінального процесуального закону у питанні щодо можливості використання (а) копій протоколів про результати проведення негласної (розшукової) дії та (б) копій протоколів допиту свідків у кримінальному провадженні.

*(а) Стосовно копій протоколів про результати проведення негласної (розшукової) дії*

Посилаючись на положення статті 254 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), що встановлює обмеження щодо розголошення відомостей, отриманих в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НСРД), та виготовлення копій протоколів про їх проведення, та статей 256, 257 КПК України, які обмежують можливість використання відомостей, отриманих в результаті НСРД, в іншому кримінальному провадженні, та витлумачивши їх у взаємозв’язку з іншими положеннями [глави 21 КПК](http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/an_1916/ed_2018_04_24/pravo1/T124651.html?pravo=1#1916) України, Дисциплінарна палата зробила висновок про те, що «встановлені у цих нормах вимоги щодо використання результатів негласних слідчих (розшукових) дій стосуються не тільки суб'єктів кримінального провадження, приміром у кримінальному провадженні про обвинувачення особи у злочині, але й невизначеного кола осіб, які повинні утримуватися від використання цієї інформації у будь-який спосіб чи для якихось інших цілей, ніж встановлених кримінальним процесуальним законом», а отже, протоколи про результати проведення НСРД не можуть бути використані у дисциплінарному провадженні.

З таким тлумаченням погодитися неможливо, насамперед, виходячи із висловленої вище позиції про те, що кримінально-процесуальне законодавство регулює саме кримінально-процесуальні відносини. Навіть у разі певних порушень режиму використання відомостей, які отримані внаслідок НСРД (чого, на мій погляд, у випадку із скаргою стосовно судді ОСОБА\_4 не було) такі порушення мають оцінюватися в рамках кримінального провадження. Можлива і оцінка таких відомостей з точки зору дисциплінарної відповідальності осіб, які незаконно розголосили якісь відомості (якщо таке розголошення дійсно незаконне). Втім, процедура доказування в рамках дисциплінарного провадження щодо суддів визначається, як вже зазначалося, спеціальним законодавством, яке обмежень щодо допустимості доказів, отриманих внаслідок НСРД, не містить.

Більш того, законодавство про оперативно-розшукову діяльність передбачає навіть не право, а обов’язок підрозділів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, «інформувати відповідні державні органи … про порушення законодавства, пов'язані з службовою діяльністю посадових осіб» (пункт 4 статті 7 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність»).

Звичайно, при використанні протоколів НСРД мають бути дотримані загальні (і для кримінального, і для дисциплінарного провадження) правила щодо державної таємниці; втім, при поданні дисциплінарної скарги стосовно судді Мінаєва І.М. режим секретності з відповідного протоколу про проведення НСРД було знято.

*(б) Стосовно використання протоколів допиту свідків.*

Дисциплінарна палата повністю відкинула можливість використання як доказів протоколів допиту свідків, які, на мій погляд, доводили факт вчинення суддею Мінаєвим І.М. дисциплінарного проступку.

Свою позицію Дисциплінарна палата мотивувала правилами частини першої статті 23 КПК України, згідно з якою суд досліджує докази безпосередньо, а показання учасників кримінального провадження суд отримує усно. Також Дисциплінарна палата послалася на частину другу статті 23, частину четверту статті 95 КПК України, які в тій чи іншій формі відтворюють дане правило та деталізують його.

Палата також послалася на те, що відповідно до процесуальних кодексів вирок суду в кримінальному провадженні, ухвала про закриття кримінального провадження і звільнення особи від кримінальної відповідальності або постанова суду у справі про адміністративне правопорушення, які набрали законної сили, є обов'язковими для суду, що розглядає справу про правові наслідки дій чи бездіяльності особи, стосовно якої ухвалений вирок, ухвала або постанова суду, лише в питанні, чи мали місце ці дії (бездіяльність) та чи вчинені вони цією особою.

З цього було зроблено висновок, що до винесення вироку в рамках кримінального провадження, протокол допиту досудового розслідування не може вважатись належним доказом в дисциплінарній справі.

Така аргументація, як і зроблений на її підставі висновок, виглядають помилковими.

Знов-таки, правила кримінального закону, на які посилалася палата, адресовані суду, який розглядає кримінальне провадження. Жодних підстав поширювати дії цих правил на діяльність Дисциплінарної палати немає.

Явною помилкою видається мені згадка про процесуальні кодекси – по-перше, вони не регулюють відносин із здійснення дисциплінарного провадження, а по-друге, вони встановлюють лише один дуже вузький виняток щодо преюдиційного значення вироку (у питанні, «чи мали місце ці дії (бездіяльність) та чи вчинені вони цією особою»). Отже, для суду, який розглядає, скажімо, цивільну справу, ситуація дуже проста: немає вироку – немає преюдиції. Цим зміст правил, на які зроблено посилання у рішенні Дисциплінарної палати, вичерпується. Із них жодним чином не випливає неможливість дисциплінарного органу використовувати протоколи допиту свідків як докази у дисциплінарному провадженні.

Нарешті, навіть якщо погодитися з аргументацією Дисциплінарної палати, взагалі незрозуміло, чому палата не скористалася можливістю допитати свідків, протоколи допиту яких були додані до дисциплінарної скарги, у своєму засіданні.

**(3) Стандарти доказування**. Стосовно дисциплінарної відповідальності та кримінальної відповідальності вони відрізняються настільки, що, як вже було сказано, стосовно кримінальної відповідальності (та і, у багатьох випадках, адміністративної в розумінні законодавства України) стаття 6 («Право на справедливий суд») Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод стосовно кримінальної відповідальності застосовується у її *кримінально-правовому* аспекті (презумпція невинуватості та ін.), а щодо дисциплінарної – у *цивільному* (див. пункти 87-95 рішення Європейського суду з прав людини у справі «Олександр Волков проти України»).

**(4) Різна процесуальна поведінка**. Різний результат розгляду (стосовно встановлення одних і тих самих обставин) може обумовлюватися різною процесуальною поведінкою учасників.

Випадки, коли стосовно одних і тих самих життєвих обставин різні органи зробили прямо протилежні висновки, були у практиці самої Третьої Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя. Наприклад, рішенням Третьої Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя від 19 липня 2017 року № 2162/3дп/15-17 було притягнуто до дисциплінарної відповідальності суддю Глуханчука О.В., який до того був визнаний невинним у вчиненні адміністративного правопорушення. При цьому Дисциплінарна палата констатувала, що суддя Глуханчук О.В. керував транспортним засобом у стані алкогольного сп’яніння, а суд, який розглядав справу про адміністративне правопорушення, зробив висновок, що суддя Глуханчук О.В. за кермом автомобіля взагалі не перебував. Різні висновки двох органів з приводу тих самих подій були обумовлені тим, що на компакт-диску з відеозаписом події, який був у розпорядженні суду, чомусь не виявилося файлу із записом фрагменту подій, на якому суддя Глуханчук О.В. виходить із автомобіля з місця водія. У розпорядженні Дисциплінарної палати такий запис був.

Як зазначила Дисциплінарна палата у рішенні, «чинним законодавством не передбачено преюдиційного значення обставин, встановлених у судовому рішенні у справі про адміністративне правопорушення, при розгляді питання про дисциплінарну відповідальність судді».

На мій погляд, жодних підстав для відходу від цього правового висновку у справі стосовно судді Мінаєва І.М. не було.

Таким чином, перебіг кримінального провадження ніяк не впливає на можливість притягнення особи до дисциплінарної відповідальності, причому навіть у випадку, якщо така особа буде виправданою у вчиненні злочину[[5]](#footnote-5), не кажучи вже про ситуацію, коли у кримінальному провадженні жодних висновків щодо винуватості особи зроблено не було.

Підсумовуючи викладене, вважаю, що дисциплінарний орган (Третя Дисциплінарна палата Вищої ради правосуддя) практично усунувся від виконання своїх повноважень (і водночас, обов’язків) щодо здійснення дисциплінарного провадження, причому в ситуації, коли йшлося про ознаки надзвичайно грубого та шкідливого для правопорядку дисциплінарного проступку – проступку, який одночасно мав ознаки злочину.

При цьому Дисциплінарна палата, на жаль, відійшла і від своєї більш ранньої практики, і від правових позицій Великої палати Верховного Суду, причому без наведення переконливих мотивів для такого відходу.

Підхід, застосований палатою, є, на моє переконання, дуже шкідливим, оскільки він фактично надає імунітет від дисциплінарного переслідування у випадках, коли в діях судді наявні ознаки особливо тяжких проступків. Більш того, створюється ризик започаткування винятково недобросовісної практики, коли сама по собі наявність штучно ініційованого кримінального провадження буде використовуватися як засіб уникнення дисциплінарної відповідальності.

Щиро сподіваюся, що помилкове застосування законодавства у рішенні, ухваленому 10 квітня 2019 року, буде виправлене, а не стане практикою, яка сильно шкодитиме правопорядку.

Виходячи із викладеного, вважаю рішення Третьої Дисциплінарної палати Вищої ради правосуддя про відмову у притягненні судді Мінаєва І.М. до відповідальності помилковим.

На жаль, Дисциплінарна палата навіть не аналізувала обставин справи по суті. На мій погляд, такий аналіз призводить до єдино можливого висновку – про те, що докази, додані до скарги, доводять вчинення суддею Мінаєвим І.М. дисциплінарного проступку, передбаченого пунктом 3 частини першої статті 106 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», а також істотного дисциплінарного проступку в розумінні частини дев’ятої статті 109 вказаного Закону.

Член Третьої Дисциплінарної палати

Вищої ради правосуддя Мірошниченко А.М.

1. Див., наприклад, п. 63 рішення Європейського суду з прав людини у справі *Müller-Hartburg v. Austria*. [↑](#footnote-ref-1)
2. https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)002-e [↑](#footnote-ref-2)
3. «… criminal and disciplinary liability are not mutually exclusive: disciplinary sanctions may still be appropriate in case of a criminal acquittal; also, the fact that criminal proceedings have not been initiated due to the failure to establish criminal guilt or the facts in a criminal case, does not mean that there was no disciplinary breach by the judge concerned, precisely because of the different nature of these liabilities». [↑](#footnote-ref-3)
4. Див., серед багатьох інших, Willian K. Rashbaum. Judge Accused of Taking $ 18,000 Bribe // The New York Times. Jan, 23, 2002; Philip Shenon. Judge Acquited in 1983 Says Panel Wants Him Impeached // The New York Times. Aug. 27, 1986; Ruth Marcus. Senate Removes Hastings // Washington Post. Oct. 21, 1989. [↑](#footnote-ref-4)
5. Як, до речі, зовсім не обов’язково особа має бути притягнута до дисциплінарної відповідальності у випадку визнання винною у вчиненні злочину – інша справа, що набрання чинності обвинувальним вироком щодо судді є окремою підставою для припинення його чи її повноважень. [↑](#footnote-ref-5)