

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Шевчука С. В.
стосовно Висновку Конституційного Суду України
у справі за зверненням Верховної Ради України
про надання висновку щодо відповідності законопроекту
про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності
народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158
Конституції України

Оскільки більшість суддів Конституційного Суду України проголосували за визнання законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів (реєстр. № 1776) (далі — Законопроект) таким, що відповідає вимогам статей 157 і 158 Конституції України, я вважаю себе зобов'язаним скористатися правом, передбаченим статтею 64 Закону України «Про Конституційний Суд України» і висловити окрему думку стосовно прийнятого висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України (далі — Висновок).

На моє переконання, Конституційний Суд України формально підійшов до оцінки запропонованих змін до Основного Закону України щодо їх відповідності статті 157 Конституції України і, як наслідок, припустився ряду концептуальних помилок. По-перше, формулювання тексту Законопроекту та закладений у ньому підхід до вирішення питання депутатських і суддівських імунітетів є неправильним і неприйнятним з огляду на принципи конституційної демократії. По-друге, тлумачення Конституційним Судом України положення щодо заборони внесення змін до Конституції України в умовах воєнного або надзвичайного стану не відповідає фундаментальним ідеям, що лежать в основі цих приписів, а отже, не відповідає духу та букві Основного Закону України.

Саме тому, зважаючи на межі попереднього конституційного контролю, особливе значення має інститут окремої думки, адже обґрунтована окрема думка виконує важливу функцію виправлення помилок, допущених у рішенні, спонукає до законодавчого втручання у питання та може слугувати моделлю для виправлення як суддівських, так і законодавчих помилок у майбутньому¹. Іншими словами, окрема думка є тим маркером, який визначає подальшу науково-практичну дискусію, формує дискурс суспільно-політичного діалогу з важливих конституційних питань, який відбувається на різних рівнях і між різними групами: суддями Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції, законодавцями, урядовими юристами та всією небайдужою громадськістю. Адже особливістю конституційної юстиції завжди є те, що головним у цьому дискурсі є народ як

¹ Див.: *Ray L. Justice Brennan and the Jurisprudence of Dissent / L. Ray // Temple Law Review. — 1988. — № 61. — P. 309.*

носії установчої влади. І в рамках такого діалогу значення окремої думки є особливим.

1. Імунітети.

Розвиток права, як, власне, і будь-якої галузі науки і суспільних відносин, ґрунтується на досить вузькому колі незмінних постулатів, тоді як переважна більшість ідей, концепцій, принципів, теорій вільно конкурує в науковому і практичному дискурсах, реагуючи на плінність суспільного життя, зміни його умов, розвиток суспільно-політичних уявлень тощо. Застарілі і громіздкі ідеї і концепції права, що передаються в текстах нормативно-правових актів і допускають можливість застосування примусу, гальмують розвиток нових ідей і концепцій, які відповідали б сучасним потребам демократичного суспільства. Наприклад, ідея абсолютного імунітету за умов конституційної демократії пригноблює становлення демократичної системи, культури політичної відповідальності, спотворює демократичні принципи.

Моральний, правовий і науковий світ, у якому народжуються правові ідеї, концепції, принципи та теорії, не є статичним. Ті з них, що виникли кілька століть тому, коли в основу державного урядування покладался принцип «божественного права і відповідальності монарха», з плином часу суттєво змінилися, і тому за їх змістом і значенням докорінно відрізняються в сучасних умовах.

Якщо звернутися до історії становлення концепції суддівських імунітетів, така еволюція стає особливо наочною. Так, у 1607 році лорд Коук, один з основоположників конституційної доктрини Великої Британії, у справі *Floyd and Barker* проголосив, що королівські судді мають імунітет від переслідування в судах за свої дії з відправлення правосуддя. Таким чином лорд Коук заклав засади, на яких у подальшому вибудовувалася доктрина суддівських імунітетів: «... тією мірою, якою судді Королівства здійснюють відправлення правосуддя від імені Короля щодо всіх його підданих, вони не повинні притягатися до відповідальності за будь-який проступок, що поширюється на знищення будь-яких документів або судової справи, що ними була розглянута, бо все, що становить наклеп на суддів Короля, посягатиме на саму особу Короля, за винятком, коли це робить сам Король; адже судді відповідальні лише перед Богом та Королем і не мають відповідати перед [іншими судами]»¹.

Рішення лорда Коука стосувалося суддів вищих судів королівства. З плином часу розвиток англійського права визначив поширення такого імунітету на всіх суддів під час відправлення ними правосуддя². Змінилися й засади існування суддівського імунітету: від необхідності забезпечення поваги до влади Короля теорія і практика винесли на перший план публічний інтерес у забезпеченні незалежності у прийнятті суддею рішення³. І вже у 1868 році судді Суду казначейства виклали розуміння судового імунітету у формулюваннях, достатньо подібних до сучасного розуміння цієї доктрини: «Досить важливо, аби у всіх судах судді, призначені здійснювати правосуддя, могли це робити під захистом права, незалежно і вільно,

¹ *Floyd and Barker* (1607), 12 Co. Rep. 23, at 25.

² Див. напр.: *Scott v. Stansfield*, 3 L. R. Ex. 220 (1868); *Haggard v. Pelicier Freres* 1892. A. C. 61 (1891).

³ Див.: *Calder v. Halket*, 13 Eng. Rep. 12, 18, n. (a) (P. C. 1840).

без упередження та страху. Таке положення права спрямоване не на захист чи сприяння зловмисному чи корумпованому судді, але на благо громадськості, в інтересах якої саме і є, аби суддя мав свободу виконувати свої функції незалежно та без побоювань за наслідки»¹.

Ці міркування залишаються чинними і нині. Лорд Денінг у справі *Sirros v. Moore* так сформулював основоположний принцип суддівських імунітетів: «Принаймні починаючи з 1613 року, якщо не ще раніше, в нашому праві було встановлено, що жодне провадження не може бути порушене проти судді за будь-що сказане чи вчинене ним при здійсненні належної йому компетенції. Слова, які він виголошує, захищені абсолютним привілеєм. Накази, які він видає, та вирoki, які він виносить, не можуть бути підставою у цивільних провадженнях проти нього»².

Верховний апеляційний суд Південної Африки у справі *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v. Advertising Standards Authority SA* вказав: «Вирішальною засадою правової політики, що лежить в основі імунітету суддівського корпусу, є захист його незалежності, аби забезпечити відправлення правосуддя без остраху... Загроза судового позову про відшкодування збитків неналежним чином перешкоджатиме швидкому розгляду і вирішенню справи»³.

В іншій справі Високий суд Австралії підкреслив: «Саме право громадян [на суд] для вирішення цивільно-правових спорів між громадянами або між громадянином та урядом, для адміністрування кримінальної юстиції, визначає необхідність існування незалежної судової влади, яка може вважатися із впевненістю такою, що здійснює свої повноваження без остраху чи сторонності... саме публічний інтерес у забезпеченні незалежності судової влади вимагає безпеки не тільки проти можливого втручання і впливу з боку урядових інституцій, але й також проти помсти з боку осіб, розчарованих чи незадоволених судовими рішеннями»⁴.

Це, однак, не означає, що суддівські імунітети є необмеженими. Як підсумував Верховний Суд США у справі *Mireles v. Waco*, «наші прецеденти наочно вказують, що [суддівські] імунітети не застосовуються у двох категоріях випадків. По-перше, суддя не користується імунітетом від відповідальності за несуддівські дії, тобто дії, які він вчиняє не як суддя... По-друге, суддя не користується імунітетом у випадку дій, які хоч і є суддівськими за своїм характером, але вчинені повністю поза межами його компетенції»⁵.

Парламентські імунітети є не менш важливі і за своєю функціональною ознакою в демократичному суспільстві подібні до суддівських. Адже, очевидно, важко переоцінити важливість парламентських імунітетів від відповідальності за результати голосування, висловлювання у парламенті та його органах. Такі імунітети втілюють важливу в демократичному суспільстві мету: забезпечення вільних і змістовних

¹ *Scott v. Stansfield*, 3 L. R. Ex., at 223; *Bradley v. Fisher*, 13 Wall. 335, 350, n. (1872).

² *Sirros v Moore* [1975] QB 118 at 132.

³ *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v. Advertising Standards Authority SA* 2006 (1) SA 461 (SCA) at para. 19.

⁴ *Fingleton v. The Queen* [2005] HCA 34.

⁵ *Mireles v. Waco* [1991] USSC 137; 502 U.S. 9; див. також: *Forrester v. White*, 484 U.S., at 227–229; *Stump v. Sparkman*, 435 U.S., at 356–357, 360; *Bradley v. Fisher*, 13 Wall., at 351.

дебатів у парламенті, ефективне представництво виборців у питаннях, що становлять громадський інтерес, без необхідності обмежувати висловлювання чи думки з огляду на перспективу нести відповідальність у суді чи перед іншим державним органом¹. Іншими словами, як зазначено у практиці Європейського суду з прав людини, парламентський імунітет має на меті забезпечити свободу слова у парламенті та поділ влади між законодавчим органом та судами².

Європейська Комісія «За демократію через право» (далі — Венеціанська Комісія) у доповіді щодо обсягу та позбавлення парламентських імунітетів вказала: «Концепція парламентського імунітету є невід’ємною частиною європейської конституційної традиції, що підтверджується тим фактом, що в усіх європейських державах існує певний ряд положень з цього питання, які часто “сягають корінням” у далеку історію. Основною ознакою є те, що члени парламенту отримують певний рівень захисту від застосування положень цивільного чи кримінального законодавства, що застосовуються до всіх громадян»³.

Імунітети: поняття та види

Сам термін «імунітет» не має загальновизнаного правового визначення в порівняльному конституційному праві. Зазвичай ним охоплюються різноманітні заходи, спрямовані на забезпечення функціонування принципу поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову.

Для цілей цього аналізу я скористаюся класифікацією, запропонованою в роботі «Групи держав проти корупції» (GRECO), а саме поділом імунітетів на дві категорії: «невідповідальність» («non-liability immunity», «freedom of speech immunity», «irresponsabilité», «indemnität», «insindacabilità», «inviolabilidad» тощо), тобто матеріальний імунітет, та «непорушність» («inviolability-immunity», «immunität», «freedom from arrest», «improcedibilità», «immunidad» тощо), тобто процесуальний імунітет⁴.

Матеріальний імунітет охоплює заборону на притягнення до будь-якої відповідальності за визначені дії, як-то, наприклад, висловлені парламентарями думки або винесені суддями рішення. Процесуальний імунітет, таким чином, має компліментарний характер щодо матеріального імунітету і захищає визначених посадових осіб від притягнення до відповідальності.

Парламентські імунітети

Чинна редакція статті 80 Конституції України передбачає як матеріальний (свобода голосування або висловлювань у парламенті та його органах, за винятком образи чи клепу), так і процесуальний (притягнення до кримінальної відповідальності, затримання чи арешт за згодою Верховної Ради України) імунітети народних депутатів України. Пропоновані Законопроектом зміни до статті 80 Конституції України полягають у скасуванні депутатської недоторканності та процесуального імунітету народних депутатів України.

¹ Young v. Ireland (1996), Commission decision of 17 January 1996, DR 84-A, P. 122.

² Див.: A. v. The United Kingdom (2002), para. 77; Jerusalem v. Austria (2001), para. 36 and 40.

³ Report on the scope and lifting of parliamentary immunities adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21–22 March 2014) CDL-AD(2014)011-e, P. 3.

⁴ Див.: Group of States Against Corruption (GRECO) Immunities of public officials as possible obstacles in the fight against corruption // Lessons learnt from the three Evaluation Rounds (2000–2010): Thematic Articles. — P. 42–44.

У цьому аспекті слід звернути увагу на той факт, що, дійсно, питання притягнення народних депутатів України до кримінальної відповідальності лише за згодою Верховної Ради України мало б бути вирішене, адже такий імунітет є непропорційним і виходить за межі того, що є необхідним у демократичному суспільстві¹. Однак законодавець взагалі скасовує процесуальні імунітети народних депутатів України, які існують для їхнього захисту від затримання чи арешту.

Венеціанська Комісія у доповіді щодо обсягу та позбавлення парламентських імунітетів зазначає: «Основним історичним обґрунтуванням наявності правил щодо парламентського процесуального імунітету є захист роботи парламенту як інституту від неналежного тиску з боку виконавчої влади (Короля), включаючи захист від тиску з боку державних прокурорів як частини виконавчої влади. Це обґрунтування також включає захист парламентської опозиції, що зазвичай складає меншість, від неналежного тиску з боку правлячої більшості. Більше того, він захищає членів парламенту від політичного знущання з боку інших сторін, що може мати місце, наприклад, у формі необґрунтованих звинувачень у вчиненні злочину з боку політичних опонентів»².

Звичайно, за умов сталого і розвиненого демократичного режиму, що ґрунтується на верховенстві права і повазі до прав людини, парламентські імунітети можуть бути непотрібними і їх можна скасувати без шкоди для конституційної демократії. Чи це стосується України? Мабуть, ні. І тому я ще раз звертаюсь до ґрунтовного дослідження матеріалів Венеціанської Комісії: «...Венеціанська Комісія визнає, що не всі демократичні системи завжди функціонують [належним чином], і в деяких державах може все ще існувати нагальна потреба у захисті, який можуть надати положення про [парламентський процесуальний імунітет] проти зловживання правовою системою. У деяких країнах, у яких все ще відбувається процес переходу до дієвої демократії, або де демократія все ще залишається порівняно новою і хиткою, були випадки, коли поліційні чи прокурорські повноваження використовувались для дискредитації, покарання чи знищення політичних опонентів, включаючи членів парламенту»³.

Враховуючи наведене, висловлюю переконання в тому, що запропоновані зміни в умовах наявної політичної ситуації можуть мати ті наслідки, на які вказує Венеціанська Комісія. На мою думку, авторам Законопроекту варто було б більш зважено вирішувати це питання, вилучивши з тексту лише положення про необхідність надання Верховною Радою України згоди на притягнення народного депутата України до кримінальної відповідальності і залишивши процесуальний імунітет як належний запобіжник проти тиску на народних депутатів України.

Суддівські імунітети

Чинна редакція Конституції України щодо суддівських імунітетів передбачає лише процесуальний імунітет у випадку затримання чи арешту судді (частина третя статті 126). Судді не користуються жодним матеріальним імунітетом і можуть бути притягнуті до будь-якої відповідальності. Така ситуація має негатив-

¹ Див.: Report on the scope and lifting of parliamentary immunities adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21–22 March 2014) CDL-AD (2014) 011-e, p. 8, para. 39.

² Там само, p. 25, para. 152.

³ Там само, p. 25, para. 154.

ний вплив на реалізацію громадянами права на суд, гарантованого статтею 55 Конституції України.

Зміни, пропонувані Законопроектом, не усувають причин такої ситуації. Зазнає змін лише процедурний аспект процесуального імунітету: замість Верховної Ради України згоду на тримання під вартою надаватиме Вища рада юстиції, а також вводиться виняток щодо *flagrante delicto*.

У цьому контексті слід нагадати позицію Конституційного Суду України, викладену у Висновку від 11 липня 2001 року № 3-в/2001 у справі про Римський Статут, згідно з якою «недоторканність певної категорії посадових осіб — це не їхній привілей; вона пов'язана з виконанням ними важливих державних функцій, а тому відповідно до Конституції України і міжнародно-правових зобов'язань України не може розглядатися як гарантія їхньої безкарності. Недоторканність народних депутатів України, Президента України, суддів передбачає лише спеціальні умови притягнення їх до кримінальної відповідальності» (підпункт 2.2.2 підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини).

Тому формулювання першого речення у тексті змін до статті 129 Конституції України, а саме: «притягнення суддів до юридичної відповідальності здійснюється на загальних підставах» є не зовсім коректним з юридичного погляду, оскільки не можна стверджувати про загальні підстави, за наявності спеціальних умов притягнення суддів до кримінальної відповідальності у контексті їх процесуального імунітету.

Якщо ж тлумачити це речення з позицій матеріального (функціонального) імунітету, то перше речення суперечить другому реченню запропонованої редакції статті 129. Це створює ситуацію юридичної невизначеності, що може порушити принцип верховенства права, закріплений у статті 8 Конституції України. Я навіть не виключаю випадків, коли правоохоронні органи, керуючись наведеними положеннями безпосередньо, матимуть змогу затримувати суддів та застосовувати до них запобіжний захід у виді тримання під вартою без згоди Вищої ради юстиції, що, у свою чергу, спричинить практичну необхідність в офіційному тлумаченні цього положення Конституційним Судом України.

Також хочу звернути увагу на не зовсім вдалу конструкцію другого речення у тексті пропонуваніх змін до статті 129 Конституції України: «судді не можуть бути притягнуті до юридичної відповідальності..., крім випадків ухвалення завідомо неправосудного рішення». На мою думку, по-перше, текст Конституції України не може містити назви конкретних статей Кримінального кодексу України, оскільки в такому випадку законом можна було б суттєво змінити зміст статей Конституції України, не дотримуючись конституційної процедури внесення до неї змін. По-друге, згідно з основними способами тлумачення правових актів винятки повинні формулюватися та тлумачитися вузько, оскільки у протилежному разі вони не є винятками. Автори законопроекту формулюють виняток, що нагадує статтю 375 «Постановлення суддею (суддями) завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови» Кримінального кодексу України. Відтак виникає питання, чи можуть судді бути притягнуті до відповідальності за інші злочини, вчинені у зв'язку зі здійсненням правосуддя, наприклад, передбачені статтею 376¹ «Незаконне втручання в роботу автоматизованої системи документообігу суду», частиною четвертою статті 382 «Умисне невиконання службовою особою рішення

Європейського суду з прав людини» або іншими статтями, що визначають злочини у сфері правосуддя, які може прийняти законодавець.

Забезпечення права на суд згідно зі статтею 55 Конституції України вимагає запровадження виваженої та збалансованої системи суддівських імунітетів, як матеріальних (звільнення від будь-якої відповідальності за винесені судові рішення), так і процесуальних (надання Вищою радою юстиції згоди на тримання під вартою). Такі імунітети можуть мати винятки щодо вчинення кримінального діяння чи дисциплінарного проступку при винесенні рішення та щодо *flagrante delicto*. На жаль, Законопроект не ґрунтується на таких міркуваннях і передбачає зміну лише процедурного аспекту процесуального імунітету, тобто заміну Верховної Ради України на Вищу раду юстиції, і не може вважатися таким, що забезпечить незалежність суду і, як наслідок, не сприятиме реалізації права на суд, передбаченого статтею 55 Конституції України.

2. Конституційний контроль згідно з частиною другою статті 157: умови воєного або надзвичайного стану.

Відповідно до частини другої статті 157 Основного Закону України Конституція України не може бути змінена в умовах воєного або надзвичайного стану. Конституційний Суд України констатував, що на момент надання ним Висновку рішення про введення в Україні воєного або надзвичайного стану за процедурою, визначеною Конституцією України, не прийнято, тому правових підстав, які унеможливають внесення змін до Конституції України, немає. У зв'язку з цим Законопроект визнано таким, що відповідає вимогам частини другої статті 157 Основного Закону України.

Аналіз даної норми дає підстави стверджувати, що вона стосується не тільки питань офіційного введення воєного стану, але й умов цього стану. Я можу допустити, що умови воєного стану виникатимуть після його офіційного запровадження, але під час ведення прихованих або гібридних війн ці умови можуть існувати фактично без запровадження воєного стану.

Метою прийняття цієї норми є збереження стабільності конституційного ладу та недопущення ухвалення поспішних, необґрунтованих і свавільних рішень, зумовлених різними обставинами, які мають місце під час воєного або надзвичайного стану. Внесення змін до Конституції України в умовах воєного стану матиме сумнівну легітимність, адже буде продиктоване необхідністю опору Українського народу зовнішній військовій агресії та емоційною реакцією політиків на таку загрозу, а зміни не отримають належного публічного обговорення й оцінки щодо їх доцільності, розумності та раціональності.

Оскільки конституції пишуться у мирний час і для мирного життя, конституціедавець обґрунтовано запровадив положення статті 157 Конституції України. Це пов'язано з тим, що однією з вимог конституціоналізму є наявність конституційних положень, які забезпечують континуїтет, стабільність конституційного ладу держави та жорсткість конституції, тобто особливу ускладнену процедуру внесення до неї змін. Таким чином, зміни до конституції, запроваджені у воєнний час, дуже складно буде змінити або вилучити у мирний період.

Крім того, введення воєного або надзвичайного стану на всій території України чи в окремих її місцевостях зумовлене певними факторами, які самостій-

но або сукупно призводять до економічних та політичних потрясінь, зростання соціальної напруженості тощо. У цих умовах збільшується кількість фрустраційних ситуацій, внаслідок чого багато людей перестають критично мислити, а тому підтримують авторитарні способи та методи управління державними справами.

Хоча й у мирний час «... демократичний процес є непередбачуваним за своїми наслідками. Історія неодноразово доводила, що за допомогою демократичних виборів до влади можуть прийти сили, які відкрито чи приховано сповідують ідеологію тоталітаризму. Прикриваючись гаслами про захист інтересів народу, ототожнюючи волю більшості, яку вони начебто представляють, з правом, ці сили легально, шляхом прийняття відповідних законів можуть спробувати змінити демократичну і правову сутність держави»¹. Якщо така небезпека існує у мирний час, то під час суспільних потрясінь, спричинених, зокрема, і військовою збройною агресією, у суспільстві бажання мати авторитарну владу значно посилюється.

Вважаю, що положення частини другої статті 157 Основного Закону України не можна тлумачити буквально та зводити лише до офіційного введення військового стану. Відсутність рішення про запровадження цього правового режиму не може бути достатньою підставою для самоусунення Конституційного Суду України від аналізу тих процесів, які зараз відбуваються, при наданні висновку на законопроект щодо внесення змін до Конституції України, особливо коли виникли обставини, які загрожують ліквідації незалежності України, зміні її конституційного ладу насильницьким шляхом, порушенню суверенітету і територіальної цілісності держави.

Про збройну агресію Російської Федерації проти України, анексію Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, окупацію частини Донецької та Луганської областей свідчать як реальні події, що фіксуються та відомості про які поширюються засобами масової інформації, неурядовими організаціями та аналітичними центрами², так і ряд документів, які вказують на наявність цієї агресії з початку 2014 року.

Так, Конституційний Суд України у Рішенні у справі про проведення місцевого референдуму в Автономній Республіці Крим від 14 березня 2014 року № 2-рп/2014 визнав такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною), Постанову Верховної Ради Автономної Республіки Крим «Про проведення загальнокримського референдуму» від 6 березня 2014 року № 1702-6/14.

Генеральна Асамблея Організації Об'єднаних Націй у Резолюції «Територіальна цілісність України» від 27 березня 2014 року № 68/262 зазначила, що референдум, проведений в Автономній Республіці Крим та місті Севастополі, не має

¹ Конституція України : науково-практичний коментар / В. Б. Авер'янов, О. В. Батанов, Ю. В. Баулін та ін. ; ред. кол. В. Я. Тацій, Ю. П. Битяк, Ю. М. Грошевий та ін. — Х. : Право ; К. : Ін Юре, 2003. — С. 777.

² Див., напр.: Аналітична доповідь до Щорічного Послання Президента України до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2015 році». — К. : НІСД, 2015. — 684 с.; Доповідь Атлантичної Ради США «Hiding in Plain Sight. Putin's War in Ukraine», 2015 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.atlanticcouncil.org/publications/reports/hiding-in-plain-sight-putin-s-war-in-ukraine-and-boris-nemtsov-s-putin-war>

законної сили і не може бути основою для будь-якої зміни статусу Автономної Республіки Крим та міста Севастополя (пункт 5).

Парламентська Асамблея Ради Європи 9 квітня 2014 року ухвалила Резолюцію «Останні події в Україні: загрози для функціонування демократичних інститутів» № 1988 (2014), у якій вказала, що цей референдум є неконституційним, його результати та незаконна анексія Криму Російською Федерацією не мають юридичної сили і не визнаються Радою Європи (пункт 16).

У Резолюції Європейського Парламенту «Про стратегічну військову ситуацію у басейні Чорного моря, що склалася унаслідок незаконної анексії Криму Росією» від 11 червня 2015 року (2015/2036 (INI)) засуджується порушення прав людини у Криму з моменту його окупації російськими силами (пункт 21).

У Резолюції Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй від 21 липня 2014 року № 2166 (2014) засуджено дії, що призвели до збиття 17 липня 2014 року в Донецькій області літака компанії «Малайзійські авіалінії» (рейс MH17), і вказано, що в районі, який безпосередньо прилягає до місця катастрофи, ведуться військові дії, зокрема, озброєними групами, а тому від них вимагається утримуватися від будь-яких дій, які можуть становити загрозу для недоторканності місця катастрофи (пункти 1, 6, 7).

Існування на території Донецької та Луганської областей незаконних збройних формувань, у яких є важке озброєння та військова техніка, підтверджується Мінськими угодами (Протоколом за результатами консультацій Тристоронньої контактної групи щодо спільних кроків, спрямованих на імплементацію мирного плану Президента України Петра Порошенка та ініціатив Президента Росії Володимира Путіна від 5 вересня 2014 року, Меморандумом про виконання цього протоколу від 19 вересня 2014 року та Комплексом заходів з виконання Мінських угод від 12 лютого 2015 року).

У Декларації «Про боротьбу за звільнення України» від 20 березня 2014 року № 1139–VII Верховна Рада України вказала, що Український народ ніколи не визнає анексію невід'ємної частини своєї території — Автономної Республіки Крим, і що Український народ ніколи і за жодних умов не припинить боротьбу за звільнення Криму, якою б важкою і тривалою вона не була.

Постановою «Про Звернення Верховної Ради України до Організації Об'єднаних Націй, Європейського Парламенту, Парламентської Асамблеї Ради Європи, Парламентської Асамблеї НАТО, Парламентської Асамблеї ОБСЄ, Парламентської Асамблеї ГУАМ, національних парламентів держав світу про визнання Російської Федерації державою-агресором» від 27 січня 2015 року № 129–VIII парламент офіційно визнав Російську Федерацію державою-агресором, а у Постанові «Про Заяву Верховної Ради України “Про відсіч збройній агресії Російської Федерації та подолання її наслідків”» від 21 квітня 2015 року № 337–VIII вказав, що і фактично, і юридично збройна агресія Російської Федерації проти України триватиме до повного відведення з території України всіх підрозділів Збройних Сил Російської Федерації, включно з підтримуваними нею найманцями, та повного відновлення територіальної цілісності України.

З метою врегулювання правовідносин на тимчасово окупованих територіях Верховна Рада України прийняла закони України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України»

від 15 квітня 2014 року № 1207–VII, «Про створення вільної економічної зони “Крим” та про особливості здійснення економічної діяльності на тимчасово окупованій території України» від 12 серпня 2014 року № 1636–VII, «Про особливий порядок місцевого самоврядування в окремих районах Донецької та Луганської областей» від 16 вересня 2014 року № 1680–VII, «Про військово-цивільні адміністрації» від 3 лютого 2015 року № 141–VIII, а також постанови «Про визначення окремих районів, міст, селищ і сіл Донецької та Луганської областей, в яких запроваджується особливий порядок місцевого самоврядування» від 17 березня 2015 року № 252–VIII, «Про визнання окремих районів, міст, селищ і сіл Донецької та Луганської областей тимчасово окупованими територіями» від 17 березня 2015 року № 254–VIII та інші.

Окремі з цих актів були прийняті на виконання Мінських угод з метою деескалації конфлікту, однак вони не привели до повного відновлення територіальної цілісності і суверенітету України, оскільки збройна агресія і терористична діяльність на тимчасово окупованих територіях тривають.

Президент України Указом від 26 травня 2015 року № 287 затвердив Стратегію національної безпеки України, в якій чітко вказано, що актуальною загрозою національній безпеці України є агресивні дії Російської Федерації, що здійснюються для виснаження української економіки і підриву суспільно-політичної стабільності з метою знищення держави Україна і захоплення її території, які проявляються у різних формах. Крім того, у Щорічному Посланні до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2015 році» глава держави прямо вказав, що наша держава знаходиться у стані війни, частина нашого кордону не контролюється українською державою, а всередині України є сотні тисяч біженців, вигнаних Росією з місць постійного проживання.

Я вважаю, що названі обставини не могли залишитися поза увагою Конституційного Суду України. У Висновку він мав системно підійти до вирішення питання допустимості внесення змін до Основного Закону України за наявності фактичної і юридично визнаної збройної агресії Російської Федерації проти України, діяльності на нашій території підконтрольних їй незаконних збройних формувань. Необхідно також враховувати особливості функціонування національних органів публічної влади щодо відновлення територіальної цілісності й суверенітету України, захисту прав і свобод людини і громадянина, та зумовлений цим існуючий правовий режим.

У Висновку Конституційний Суд України мав би звернути увагу і на міжнародні критерії визначення війни та збройної агресії під час застосування приписів частини другої статті 157 Конституції України.

Відповідно до статей 9, 18 Основного Закону України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України; зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права.

Зміст терміна «війна» у міжнародному праві розкривається через такі основні правові поняття, як «погроза силою чи її застосування» (стаття 2 Статуту Організації Об'єднаних Націй), «агресія» (Резолюція Генеральної Асамблеї Організації

Об'єднаних Націй «Визначення агресії» від 14 грудня 1974 року № 3314 (XXIX) та «збройний конфлікт» (у рамках міжнародного гуманітарного права: Гаазькі конвенції 1907 року та Женевські конвенції 1949 року). Загальний підхід полягає у тому, що збройний конфлікт (війна) існує об'єктивно, незалежно від того, чи відбулося формальне оголошення/визнання війни заінтересованими державами.

Пунктом 4 статті 2 Статуту Організації Об'єднаних Націй встановлено, що всі держави — члени Організації Об'єднаних Націй повинні «утриматися в їхніх міжнародних відносинах від погрози силою або застосування сили проти територіальної цілісності або політичної незалежності будь-якої держави, або будь-яким іншим способом, несумісним з цілями Організації Об'єднаних Націй».

Зазначена норма Статуту Організації Об'єднаних Націй є імперативною нормою міжнародного права (*jus cogens*). У подальшому принцип заборони погрози силою та її застосування був відображений поряд із сімома іншими основоположними принципами міжнародного права у Резолюції Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй «Декларація про принципи міжнародного права щодо дружніх відносин та співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй» від 24 жовтня 1970 року № 2625 (XXV)¹.

Використання у Статуті Організації Об'єднаних Націй нового терміна «сила» було пов'язане з розширенням класичного змісту термінів «війна» й «агресія», які позначали збройне протистояння армій ворогуючих держав, та збільшення кількості можливих способів порушення «територіальної цілісності або політичної незалежності» держав. Так, наприклад, невелика збройна сутичка між державами може не перерости у повномасштабну війну, проте буде підпадати під визначення «використання сили», або коли у конкретному випадку складно встановити, яка із сторін здійснила агресію, що у подальшому переросла в масштабний збройний конфлікт.

Класичне міжнародне право XIX — початку XX століття оперувало поняттям «війна», яким загалом характеризувався стан відносин між двома державами, відмінний від стану мирних відносин. Так, III Гаазька конвенція 1907 року «Про початок воєнних дій», так само, як і норми тогочасного звичаєвого міжнародного права, передбачала необхідність формального оголошення війни у випадку початку збройних сутичок як умову для подальшого застосування правил ведення війни.

Як наслідок, формальне невизнання сторонами конфлікту стану війни між ними дозволяло їм під час фактичного збройного конфлікту ухилятися від своїх зобов'язань за міжнародним гуманітарним правом. Щоб уникнути такої ситуації, сучасне міжнародне гуманітарне право підлягає застосуванню тоді, коли збройний конфлікт існує *de facto*, незалежно від формального визнання такого стану однією зі сторін конфлікту. Тобто для визнання існування збройного конфлікту між державами достатньо виявити наявність самого факту конфлікту або фактичний намір однієї зі сторін вести збройний конфлікт (*animus belligerendi*), що не потребує формального оголошення війни та офіційного запровадження воєнного стану.

¹ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Res. 25/2625, U.N. Doc. A/RES/25/2625 (24 Oct. 1970) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>

У випадку, коли іноземна держава бере участь у збройному конфлікті не безпосередньо, а шляхом надання допомоги так званим «повстанцям» або «ополченцям», сучасне міжнародне право виходить із того, наскільки така допомога є суттєвою для визначення наявності міжнародного збройного конфлікту.

У Рішенні від 15 липня 1999 року у справі *Tadić* Міжнародний Кримінальний Трибунал щодо колишньої Югославії (далі — МКТЮ) встановив, що міжнародний конфлікт має місце тоді, коли несuverенні учасники є *de facto* органами іноземної держави. Для цього іноземна держава повинна здійснювати загальний контроль над ними. Причиною для віднесення до дій держави актів, вчинених окремими особами, які діяли *de facto* як представники цієї держави, є унеможливлення уникнення цією державою відповідальності згідно з нормами міжнародного права шляхом вчинення дій через приватних осіб, які формально не є органами держави.

Як зазначив з цього приводу МКТЮ, «держава відіграє роль в організації, координації та плануванні бойових дій озброєних груп на додаток до фінансування, тренування та матеріального забезпечення або надання оперативного забезпечення таким групам. Відповідно дії, вчинені групою або її членом, можуть розглядатися як дії фактичного органу держави незалежно від конкретних інструкцій з боку контролюючої держави стосовно вчинення кожної конкретної дії»¹.

У результаті МКТЮ визнав конфлікт між боснійськими сербами, які перебували під фактичним контролем Федеративної Республіки Югославія, та державним утворенням Боснія і Герцеговина міжнародним збройним конфліктом.

Постановою від 21 травня 2015 року № 462–VIII Верховна Рада України схвалила Заяву «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод» та інформувала про це Генерального Секретаря Організації Об'єднаних Націй та Генерального Секретаря Ради Європи. У цій заяві вказано, що з огляду на збройну агресію Російської Федерації проти України за участю як регулярних Збройних Сил Російської Федерації, так і незаконних збройних формувань, керованих, контрольованих і фінансованих Російською Федерацією, на територіях окремих районів Донецької та Луганської областей України з квітня 2014 року підрозділи Служби безпеки України, Міністерства внутрішніх справ України та Збройних Сил України здійснюють анти-терористичну операцію, яка є складовою реалізації невід'ємного права України на індивідуальну самооборону України від агресії в розумінні статті 51 Статуту ООН. Російська Федерація як держава, яка фактично окупувала і контролює частину Донецької і Луганської областей, відповідає за дотримання і захист прав людини на цих територіях як за міжнародним гуманітарним правом, так і за міжнародним правом захисту прав людини.

У пункті 1 статті 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі — Конвенція) закріплено, що під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона може

¹ Prosecutor v Duško Tadić (Case No IT-94-1-AR72), 1999 ICTY Appeals Chamber, para. 139, Judgment, (15 Jul.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>

вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за Конвенцією, виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, і за умови, що такі заходи не суперечать іншим її зобов'язанням згідно з міжнародним правом. Тобто Верховна Рада України при прийнятті названої постанови для відступу України від міжнародних зобов'язань за Конвенцією визнала наявність такого критерію застосування статті 15 Конвенції, як наявність війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації.

Характеристики наявності війни або іншої суспільної небезпеки для можливого застосування положень статті 15 Конвенції розкриваються у рішенні Комісії у «Грецькій справі» (у 1967 році уряд Греції звернувся до Ради Європи із заявою про відступ від зобов'язань у зв'язку з військовим переворотом, що стався у цій країні), а саме:

- а) небезпека має бути реальною або неминучою;
- б) наслідки небезпеки повинні загрозувати всій нації;
- в) під загрозою повинне перебувати продовження організованого життя суспільства;
- г) криза чи небезпека повинні мати винятковий характер у тому сенсі, що звичайні заходи або обмеження, які допускаються Конвенцією для збереження безпеки, здоров'я і порядку, є недостатніми.

Отже, згідно зі статтею 15 Конвенції, війна є одним із видів суспільної небезпеки, що загрожує життю нації, тому, відповідно до названої постанови Верховної Ради України, усі наведені критерії застосування цієї статті є наявними в Україні. Проте варто мати на увазі, що лише боротьба з тероризмом не є достатньою для виправдання відступу від зобов'язань за Конвенцією¹.

Так, відповідно до Указу Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 13 квітня 2014 року “Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози і збереження територіальної цілісності України”» від 14 квітня 2014 року № 405 на території Донецької та Луганської областей проходить антитерористична операція. Ця операція відбувається на підставі Закону України «Про боротьбу з тероризмом» від 20 березня 2003 року № 638–IV і полягає у вжитті скоординованих спеціальних заходів, спрямованих на попередження, запобігання та припинення терористичної діяльності, звільнення заручників, забезпечення безпеки населення, знешкодження терористів, мінімізацію наслідків терористичної діяльності (стаття 1).

Для забезпечення підтримки суб'єктів господарювання, які провадять діяльність на території проведення антитерористичної операції, та осіб, які проживають у зоні проведення антитерористичної операції або переселилися з цієї зони під час її проведення, Законом України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції» від 2 вересня 2014 року № 1669–VII запроваджено ряд заходів. Водночас у цьому законі визначено, що завершення періоду проведення антитерористичної операції обумовлюється набранням чинності указом Президента України про завершення проведення антитерористичної операції або військових дій на території України (частина перша статті 1).

¹ *Harris D., O'Boyele M., Warbrick C. Law of the European Convention on Human Rights / D. Harris, M. O'Boyele, C. Warbrick. — Second edition. — Oxford : Oxford University Press, 2009. — P. 623.*

Вважаю, що Конституційний Суд України в обов'язковому порядку мав би проаналізувати сутність цієї операції та її співвідношення з правовими режимами воєнного та надзвичайного стану.

У Законі України «Про правовий режим воєнного стану» від 12 травня 2015 року № 389–VIII воєнний стан визначено як особливий правовий режим, що вводить в Україні або в окремих її місцевостях у разі збройної агресії чи загрози нападу, небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності та передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню, військовим адміністраціям та органам місцевого самоврядування повноважень, необхідних для відвернення загрози, відсічі збройної агресії та забезпечення національної безпеки, усунення загрози небезпеки державній незалежності України, її територіальній цілісності, а також тимчасове, зумовлене загрозою, обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень (стаття 1).

Відповідно до статті 1 Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16 березня 2000 року № 1550–III надзвичайний стан — це особливий правовий режим, який може тимчасово вводитися в Україні чи в окремих її місцевостях при виникненні надзвичайних ситуацій техногенного або природного характеру не нижче загальнодержавного рівня, що призвели чи можуть призвести до людських і матеріальних втрат, створюють загрозу життю і здоров'ю громадян, або при спробі захоплення державної влади чи зміни конституційного ладу України шляхом насильства і передбачає надання відповідним органам державної влади, військовому командуванню та органам місцевого самоврядування відповідно до цього закону повноважень, необхідних для відвернення загрози та забезпечення безпеки і здоров'я громадян, нормального функціонування національної економіки, органів державної влади та органів місцевого самоврядування, захисту конституційного ладу, а також допускає тимчасове, обумовлене загрозою, обмеження у здійсненні конституційних прав і свобод людини і громадянина та прав і законних інтересів юридичних осіб із зазначенням строку дії цих обмежень.

Зі змісту наведених положень вбачається, що воєнний та надзвичайний стан є особливими адміністративно-правовими режимами, які вводяться в Україні або в окремих її місцевостях указом Президента України, що підлягає затвердженню Верховною Радою України протягом двох днів з моменту звернення Президента України.

Воєнний або надзвичайний стан вводить на певний, визначений в указі Президента України строк. Наслідком введення цих режимів є, зокрема: розширення повноважень органів публічної влади; утворення, за необхідності, нових органів управління; тимчасова дерогація прав і свобод громадян, у тому числі конституційних, з одночасним повідомленням про це Генерального Секретаря Організації Об'єднаних Націй та інших суб'єктів.

Враховуючи аналіз зазначених правових актів, повідомлень засобів масової інформації та аналітичних звітів можна дійти висновку, що розпочата 14 квітня 2014 року антитерористична операція вже давно вийшла за межі свого призначення, має чітко виражений військово-оборонний характер та спрямована на відновлення суверенітету і територіальної цілісності України.

Як зазначається в аналітичній доповіді до Щорічного Послання Президента України до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2015 році», здійснювану Україною відсіч збройній агресії Російської Федерації слід однозначно кваліфікувати не як антитерористичну операцію, а як індивідуальну самооборону від агресії відповідно до статті 51 Статуту Організації Об'єднаних Націй¹. У процесі її проведення відбувається широкомасштабне використання підрозділів Збройних Сил України, інших військових формувань та правоохоронних органів, застосування важкого озброєння та військової техніки. За даними, оприлюдненими в засобах масової інформації, у районі проведення антитерористичної операції щоденно відбуваються збройні зіткнення між українськими силами та регулярними збройними формуваннями Російської Федерації і підконтрольними їм незаконними збройними формуваннями. Як наслідок, загинула значна кількість людей, багато людей стали вимушеними переселенцями.

За даними Управління Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй з прав людини у період з квітня 2014 року по 25 травня 2015 року були задокументовані вбивства принаймні 6 417 осіб², а за повідомленням Управління Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй з прав біженців за станом на 21 травня 2015 року в Україні налічується 1 299 800 внутрішньо переміщених осіб³.

Незважаючи на те, що воєнний або надзвичайний стан офіційно не запроваджений, Конституційний Суд України у Висновку мав би звернути увагу на наявність кризової ситуації в суспільстві і виробити критерії допустимості внесення змін до Конституції України в умовах суспільної небезпеки, на що вказує частина друга статті 157 Конституції України.

Я вважаю, що в існуючих умовах до Основного Закону України, відповідно до розширеного тлумачення частини другої статті 157 Конституції України, не можна вносити зміни, які:

– затверджуються всеукраїнським референдумом, оскільки держава тимчасово не може встановити свій контроль та поширити державний суверенітет на всі конституційно визначені адміністративно-територіальні одиниці;

– передбачають суттєву зміну системи конституційних прав і свобод людини і громадянина, їх гарантій, змісту й обсягу, у тому числі обов'язків, критеріїв обмеження, або введення обмежень щодо конституційних прав і свобод, які не охоплюються переліком, що міститься у частині другій статті 64 Конституції України, але обумовлені фактичним воєнним станом, адже ці питання потребують детального вивчення та публічного обговорення в режимі мирного часу (наприклад, запровадження смертної кари як виду кримінального покарання);

¹ Аналітична доповідь до Щорічного Послання Президента України до Верховної Ради України «Про внутрішнє та зовнішнє становище України в 2015 році». — К. : НІСД, 2015. — С. 101.

² Моніторингова місія ООН з вивчення ситуації з прав людини в Україні [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.un.org.ua/ua/information-centre/news/1870>

³ Лица, перемещенные внутри страны [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://unhcr.org.ua/uk/novini/novyny/1232-litsa-peremeshchennye-vnutri-strany>

– передбачають зміну конституційного ладу держави через істотний перерозподіл повноважень між гілками влади, визначених у тих розділах Конституції України, які не потребують затвердження на всеукраїнському референдумі, але впливають на конституційний механізм стримувань і противаг та, як наслідок, на надмірну концентрацію влади, що призводить до її узурпації і знищення свободи під гаслами боротьби з ворогами.

Суддя Конституційного Суду України

С. ШЕВЧУК