

## ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Литвинова О. М.  
стосовно Висновку Конституційного Суду України  
у справі за зверненням Верховної Ради України  
про надання висновку щодо відповідності доопрацьованого  
законопроекту про внесення змін до Конституції України  
(щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України

Верховна Рада України згідно з Постановою «Про включення до порядку денного третьої сесії Верховної Ради України восьмого скликання доопрацьованого законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) і про його направлення до Конституційного Суду України» від 28 січня 2016 року № 950-VIII звернулася до Конституційного Суду України з клопотанням дати висновок щодо відповідності доопрацьованого законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) (реєстр. № 3524) в редакції від 26 січня 2016 року (далі — Законопроект) вимогам статей 157 і 158 Конституції України.

Концептуально погоджуючись з Висновком Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності доопрацьованого законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 30 січня 2016 року № 2-в/2016, на підставі статті 64 Закону України «Про Конституційний Суд України» вважаю за необхідне висловити окрему думку щодо істотних ризиків, закладених в окремих положеннях Законопроекту, які є ідентичними положенням законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) (реєстр. № 3524) в редакції від 25 листопада 2015 року, щодо якого Конституційний Суд України дав Висновок від 20 січня 2016 року № 1-в/2016.

Хочу зауважити, що на аналогічних істотних ризиках я вже акцентував увагу в окремій думці стосовно вказаного висновку, проте вони не були усунуті в Законопроекті.

**1.** Пропонованою Законопроектом редакцією статті 126 Конституції України передбачено наділення Вищої ради правосуддя повноваженням надавати згоду на затримання судді або утримування його під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

У редакції статті 149 Основного Закону України, пропонованій Законопроектом, передбачається, що без згоди Конституційного Суду України суддю Конституційного Суду України не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Таким чином, Законопроектом пропонується закріпити в Конституції України функціональний імунітет для суддів судів загальної юрисдикції і суддів Конституційного Суду України стосовно можливості позбавлення або обмеження їхньої свободи.

У зв'язку з наведеним вважаю за необхідне звернути увагу на те, що за правовою позицією Конституційного Суду України, викладеною ним у Висновку від 16 червня 2015 року № 1-в/2015, вчинення суддею тяжкого чи особливо тяжкого злочину проти життя та здоров'я особи є обґрунтованою підставою для його затримання в момент вчинення або безпосередньо після вчинення такого злочину (абзац другий підпункту 4.2.2 підпункту 4.2 пункту 4 мотивувальної частини).

Проте на відміну від законопроекту, щодо якого Конституційний Суд України дав вказаний висновок, Законопроект не містить положень, за якими вчинення суддею тяжкого або особливо тяжкого злочину проти життя та здоров'я особи є підставою для його затримання в момент вчинення або безпосередньо після вчинення такого злочину без згоди Вищої ради правосуддя чи Конституційного Суду України.

Іншими словами у Законопроекті пропонується значно розширити перелік випадків, коли суддю може бути затримано без згоди Вищої ради правосуддя чи Конституційного Суду України. Крім того, пропонувані Законопроектом редакції статей 126 і 149 Конституції України не забезпечують суддів від безпідставного затримання, наприклад, у випадку, коли відразу ж після ухвалення ними рішення, яке не задовольнятиме і вважатиметься правоохоронними органами завідомо неправосудним, судді можуть бути затримані у залі суду як особи, які щойно вчинили тяжкий злочин.

У цьому контексті доречно зазначити, що згідно з правовою позицією Конституційного Суду України, викладеною у Висновку від 10 липня 2012 року № 1-в/2012, недоторканність суддів не є їх особистим привілеєм; ця гарантія спрямована, передусім, на забезпечення безперешкодного виконання суддями своїх професійних обов'язків — здійснення об'єктивного і справедливого правосуддя, метою якого є захист прав і свобод людини і громадянина (абзац дванадцятий підпункту 5.2.2 підпункту 5.2 пункту 5 мотивувальної частини).

Конституційний Суд України у Рішенні від 1 грудня 2004 року № 19-рп/2004 (справа про незалежність суддів як складову їхнього статусу) також наголошував, що зниження рівня гарантій незалежності суддів опосередковано може призвести до обмеження можливостей реалізації особою права на судовий захист, визначеного статтею 55 Конституції України (абзац п'ятий підпункту 4.3 пункту 4 мотивувальної частини).

**2.** У пропонуваній Законопроектом редакції статті 128 Конституції України передбачається, що суб'єктом, повноважним призначати суддів на посади, є Президент України, який може реалізувати своє повноваження за поданням Вищої ради правосуддя та в порядку, встановленому законом.

На відміну від законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо посилення гарантій незалежності суддів (реєстр. № 2522а), в якому шляхом викладення у новій редакції пункту 23 частини першої статті 106 Основного Закону України та внесення змін до статті 128 Конституції України пропонувалося наділити Президента України повноваженням призначати суддів на посади на підставі та згідно з поданням Вищої ради юстиції, щодо якого Конституційний Суд України дав Висновок від 19 вересня 2013 року № 2-в/2013, із Законопроекту

незрозуміло, чи реалізація главою держави такого повноваження є його правом чи обов'язком.

Стосовно цього у пункті 16 Висновку Венеційської комісії щодо пропозицій стосовно внесення змін до проекту Закону про внесення змін до Конституції щодо посилення незалежності суддів України від 10 грудня 2013 року № 747/2013 вказано таке: «Щоб роль Президента була лише церемоніальною, у Конституції може бути закріплено, що пропозиції ради суддів набувають чинності безпосередньо, без втручання Президента, якщо Президент не надасть їм чинності в межах певного часу».

Крім того, у попередньому висновку щодо запропонованих змін до Конституції у частині правосуддя в Україні від 24 липня 2015 року № 803/2015 Венеційська комісія висловила свою рішучу підтримку пропозиції стосовно того, щоб судді призначалися на посаду Президентом України (який відіграватиме виключно формальну, церемоніальну роль) за поданням (обов'язковим) Вищої ради правосуддя (пункт 27); однак необхідно уточнити, що подання про призначення судді, підготовлене Вищою радою правосуддя, є обов'язковим для Президента України (пункт 32).

Наведене дає підстави стверджувати, що є необхідність додаткового законодавчого врегулювання питання щодо призначення судді на посаду у разі ігнорування Президентом України подання Вищої ради правосуддя про призначення конкретної особи на посаду судді.

**3.** У запропонованій Законопроектном редакції статті 131 Конституції України наводяться повноваження Вищої ради правосуддя, але їх перелік не є вичерпним, оскільки передбачено здійснення нею інших повноважень, визначених законами України.

У зв'язку з цим вважаю за доцільне звернути увагу на те, що реалізація вказаного положення може призвести до неконтрольованої зміни на законодавчому рівні повноважень Вищої ради правосуддя — конституційного органу, що може негативно відобразитися на стабільності та прогнозованості діяльності цього органу; надання йому невластивих повноважень; політизації його діяльності тощо.

Варто також зауважити, що в Основному Законі України вичерпно визначено повноваження Президента України, Верховної Ради України, Конституційного Суду України, Вищої ради юстиції.

**4.** Шляхом викладення у новій редакції статті 147 Основного Закону України, внесення зміни до пункту 2 частини першої статті 150 Конституції України Законопроектном передбачається безальтернативне позбавлення Конституційного Суду України його повноваження здійснювати офіційне тлумачення законів України.

Дотримуюся думки, що офіційне тлумачення законів України будь-яким іншим органом, крім Конституційного Суду України, може створити загрозу невідповідності змісту правової норми конституційним приписам чи надання офіційного тлумачення законам України, які не відповідають Конституції України. Так, у разі запропонованого Законопроектном виключення з Основного Закону України повно-

важення Конституційного Суду України давати офіційне тлумачення законів України автоматично нівелюється його право вирішувати питання щодо їх конституційності, передбачене частиною другою статті 95 Закону України «Про Конституційний Суд України». Така прерогатива Конституційного Суду України є відображенням класичного методу юридичної герменевтики, який у контексті конституційного провадження означає, що для вирішення питання конституційності правової норми необхідно, по суті, дати її тлумачення; водночас для того, аби витлумачити правову норму, необхідно визначитися з її конституційністю.

**5.** Стаття 151 Конституції України в пропонованій Законопроектном редакції містить положення, за яким Конституційний Суд України повноважний давати за зверненням Президента України або не менш як сорока п'яти народних депутатів України висновки щодо відповідності Конституції України (конституційності) питань, які виносяться на всеукраїнський референдум за народною ініціативою.

Пропонованою конституційною новелою передбачається встановлення додаткового етапу проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, а саме отримання висновку Конституційного Суду України щодо конституційності питань, які пропонуються для винесення на такий референдум.

Однак пропоноване Законопроектном закріплення такого положення у статті 151 Конституції України потребує внесення відповідних змін до статті 72 Основного Закону України, якою врегульовано певні процедурні аспекти проголошення всеукраїнського референдуму за народною ініціативою. Ця стаття міститься у розділі III Конституції України, внесення змін до якого здійснюється за спеціальною більш ускладненою процедурою, оскільки такі зміни мають бути затверджені на всеукраїнському референдумі.

Крім того, на законодавчому рівні необхідно чітко визначити строк дачі висновку Конституційним Судом України з цього питання з метою недопущення суттєвого затягування процесу референдуму та нівелювання сутності фундаментального конституційного права громадян України на безпосереднє здійснення влади шляхом референдуму.

**6.** Редакцією частини другої статті 152 Конституції України, пропонованою Законопроектном, передбачається, що закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення.

Пропонована конституційна новела полягає у наданні Конституційному Суду України права у своєму рішенні встановлювати особливості втрати чинності законами, іншими актами або їх окремими положеннями, у тому числі права відтермінувати втрату чинності актами або їх окремими положеннями, визнаними неконституційними.

Доречно зазначити, що прийняття Конституційним Судом України рішення про неконституційність законів України, інших актів повністю чи окремих їх положень може бути підставою для перегляду судового рішення, яке ухвалювалося на підставі неконституційних норм, а саме у зв'язку з нововиявленими обставинами, як це встановлено процесуальним законодавством України. Таким чином, можливе

запровадження варіативності моменту набуття чинності актами Конституційного Суду України опосередковано може призвести до позбавлення права особи на перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами.

Крім того, ймовірно відтермінування набуття чинності рішенням Конституційного Суду України про неконституційність законів України, інших актів повністю чи окремих їх положень може призвести до того, що судові рішення буде виконане після прийняття відповідного рішення Конституційним Судом України, але до набуття ним чинності.

7. У Законопроекті пропонується розділ XV «Перехідні положення» доповнити пунктом 16<sup>1</sup>, яким, зокрема, передбачити таке:

«16<sup>1</sup>. З дня набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)»:

...

4) відповідність займаній посаді судді, якого призначено на посаду строком на п'ять років або обрано суддею безстроково до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», має бути оцінена в порядку, визначеному законом. Виявлення за результатами такого оцінювання невідповідності судді займаній посаді за критеріями компетентності, професійної етики або доброчесності чи відмова судді від такого оцінювання є підставою для звільнення судді з посади. Порядок та вичерпні підстави оскарження рішення про звільнення судді за результатами оцінювання встановлюються законом;

5) у випадках реорганізації чи ліквідації окремих судів, утворених до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», судді таких судів мають право подати заяву про відставку або заяву про участь у конкурсі на іншу посаду судді в порядку, визначеному законом. Особливості переведення судді на посаду в іншому суді можуть бути визначені законом;

...

8) судді Конституційного Суду України, призначені до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», продовжують здійснювати свої повноваження до припинення повноважень або звільнення в порядку, передбаченому статтею 149<sup>1</sup> Конституції України, без права призначення повторно. Повноваження судді Конституційного Суду України, який на день набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» досяг шістдесяти п'яти років, але рішення щодо звільнення такого судді з посади не ухвалено, припиняються;

9) представництво відповідно до закону прокуратурою громадян в судах у справах, провадження в яких було розпочато до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», здійснюється за правилами, які діяли до набрання ним чинності, — до ухвалення у відповідних справах остаточних судових рішень, які не підлягають оскарженню;

10) Генеральний прокурор України, призначений на посаду до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», здійснює повноваження Генерального прокурора до звільнення в уста-

новленому порядку, але не довше строку, на який його було призначено, та не може обіймати посаду два строки поспіль;

11) ...

Представництво в суді у провадженнях, розпочатих до набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)», здійснюється за правилами, які діяли до набрання ним чинності, — до ухвалення у відповідних справах остаточних судових рішень, які не підлягають оскарженню».

Переконаний, що Конституція України як Основний Закон України, у тому числі її розділ XV «Перехідні положення», має бути взірцем бездоганної юридичної техніки. Специфікою перехідних положень Конституції України є те, що вони повинні забезпечувати реалізацію основної конституційної матерії, а отже, мають бути спрямовані у майбутнє.

Як вказував Конституційний Суд України у своєму Висновку від 15 січня 2008 року № 1-в/2008, перехідні положення Конституції України спрямовані на її запровадження в життя; значна частина перехідних положень згодом вичерпує свою дію і має лише історичне значення (абзац другий підпункту 4.10 пункту 4 мотивувальної частини).

Разом з тим зазначені підпункти пункту 16<sup>1</sup> розділу XV «Перехідні положення» Основного Закону України, пропоновані у Законопроекті, містять суттєві алогізми. Так, ними передбачено, що з дня набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» створюються правові наслідки до набрання ним чинності, тобто складається парадоксальна ситуація, за якої ще не чинний конституційний закон вже врегульовує правовідносини у минулому.

Стосовно запропонованого Законопроектом у підпункті 4 пункту 16<sup>1</sup> розділу XV «Перехідні положення» Конституції України оцінювання суддів, що відображає існуюче законодавче регулювання, варто звернути увагу на таке.

Конституційний Суд України у Рішенні від 19 листопада 2013 року № 10-рп/2013 наголосив, що в Основному Законі України закріплено вичерпний перелік підстав для звільнення судді з посади, що унеможлиблює законодавче розширення чи звуження цього переліку (абзац третій підпункту 3.1 пункту 3 мотивувальної частини).

Проте в Конституції України та в Законопроекті не міститься такої підстави для звільнення судді з посади, як «невідповідність судді займаній посаді за критеріями компетентності, професійної етики або доброчесності чи відмова судді від такого оцінювання».

Крім того, у пункті 48 Висновку Венеційської комісії щодо пропозицій стосовно внесення змін до проекту Закону про внесення змін до Конституції щодо посилення незалежності суддів України від 10 грудня 2013 року № 747/2013 зазначено, що кваліфікаційний тест для всіх діючих суддів є дуже делікатним питанням; кваліфікаційні тести для всіх діючих суддів можуть поставити під загрозу незалежність суддів, а тому їх слід уникати; проблеми з кваліфікацією суддів мають вирішуватися шляхом ефективного дисциплінарного провадження в окремих випадках.

Суддя Конституційного Суду України

О. ЛИТВИНОВ