

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Олега Первомайського у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України стосовно конституційності змін до статті 80 Конституції України (щодо недоторканності народних депутатів України)

Конституційний Суд України (далі – Конституційний Суд) 1 листопада 2022 року ухвалив Рішення № 2-р/2022 у справі № 1-1/2020(39/20) за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України „Про внесення змін до статті 80 Конституції України (щодо недоторканності народних депутатів України)“ від 3 вересня 2019 року № 27–ІХ (Відомості Верховної Ради України, 2019 р., № 38, ст. 160) (далі – Рішення).

Не підтримуючи Рішення, на підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“ та § 74 Регламенту Конституційного Суду вважаю за доцільне висловити кілька міркувань щодо Рішення, справи в цілому та низки важливих і присутньо пов’язаних із ними явищ і понять.

Що ухвалив Конституційний Суд

1. Із найважливішого, на мою думку, у цій справі та для подальшої конституційної доктрини й практики в Рішенні є таке:

– *«Визнати таким, що відповідає Конституції України (є конституційним), Закон України „Про внесення змін до статті 80 Конституції України (щодо недоторканності народних депутатів України)“ від 3 вересня 2019 року № 27–ІХ, оскільки конституційну процедуру розгляду, ухвалення та набрання чинності цим законом не було порушено»* (пункт 1 резолютивної частини);

– *„Конституційному Суду України належить здійснювати подальший (a posteriori) конституційний контроль щодо конституційних поправок після набрання ними чинності, оскільки відсутність судового контролю за*

процедурою розгляду та ухвалення відповідних законів, що її визначено приписами розділу XIII Конституції України, може мати наслідком обмеження чи скасування прав і свобод людини і громадянина, ліквідацію незалежності чи порушення територіальної цілісності або зміну конституційного ладу у спосіб, не передбачений Конституцією України“ (друге речення абзацу другого підпункту 2.4 пункту 2 мотивувальної частини);

– «Як впливає зі статті 157 Конституції України, установча влада експліцитно обмежила себе тим, що не дозволила змінювати ті приписи Конституції України, що захищають „права і свободи людини і громадянина“, „незалежність“ і „територіальну цілісність“» (четверте речення підпункту 2.4 пункту 2 мотивувальної частини);

– „Здійснюючи конституційний контроль за дотриманням конституційної процедури розгляду, ухвалення або набрання чинності законами України <...>, Конституційний Суд України перевіряє не тільки дотримання формальних процедур, передбачених у Конституції України. Перевірі також підлягає додержання парламентом як представницьким органом народу своєї демократичної сутності, зокрема зваженість, послідовність та обґрунтованість процесу обговорення рішень, які він ухвалює, реальна можливість народних депутатів України здійснити свої права в цьому процесі“ (абзац шостий підпункту 5.2 пункту 5 мотивувальної частини).

Щодо поняття „конституційна поправка“ та незмінюваних приписів Конституції України

2. Посутнє тлумачення низки конституційних приписів, зокрема частин другої, третьої, четвертої статті 5, пунктів 1, 3 статті 85, статей 92, 93, 154–159 Конституції України, дає змогу стверджувати про нетотожність понять „конституційна поправка“ та „закон“ з огляду на те, що йдеться про застосування цих понять у процесі реалізації українським парламентом не лише законодавчої, а й інших належних йому функцій, а саме: установчої, представницької. Тому

процедура розгляду, ухвалення та набрання чинності будь-якою конституційною поправкою не є тотожною схожим стадіям „звичайної“ законодавчої процедури.

Власне, щодо такого розмежування цих понять є згадка в підпункті 2.1 пункту 2 мотивувальної частини Рішення, згідно з якою *конституційною поправкою є ухвалений законопроект як акт установчої влади народу про внесення змін до Конституції України.*

Оскільки Конституційний Суд у Рішенні виявив традиційну для його рішень лаконічність у розкритті змісту, обсягу та значення поняття „конституційна поправка“, концепція розумних очікувань у законодавчій діяльності дає підстави для припущення, що на виконання вимог Конституції України та Рішення в Законі України „Про Регламент Верховної Ради України“ відповідні конституційні приписи будуть належним чином конкретизовані, деталізовані та розвинені передусім у спосіб унормування в цьому акті права інституту „конституційної поправки“.

3. Надважливим у процедурі внесення змін до Конституції України та змісту можливих конституційних поправок є те, що *«як впливає зі статті 157 Конституції України, установча влада експліцитно обмежила себе тим, що не дозволила змінювати ті приписи Конституції України, що захищають „права і свободи людини і громадянина“, „незалежність“ і „територіальну цілісність“»* (четверте речення підпункту 2.4 пункту 2 мотивувальної частини Рішення).

Отже, не мають розглядатись та відповідно ухвалюватись конституційні поправки, що змістовно „атакують“ приписи Конституції України, які захищають зазначені конституційні цінності.

У конституціоналізмі такі незмінювані приписи конституцій отримали позначення як „вічні“.

З огляду на цілісність Конституції України та присутній зв'язок між її приписами можна стверджувати, що з посиланням на статтю 157 Основного Закону України Конституційний Суд у Рішенні імпліцитно зазначає на *неможливості* внесення змін до *всіх* приписів Конституції України, що є

складниками її ядра та які у своїй сукупності становлять підґрунтя існуючого конституційного ладу.

4. Звісно, сформульована в Рішенні юридична позиція щодо незмінюваності приписів Конституції України, що захищають права і свободи людини і громадянина, незалежність і територіальну цілісність, спрямована на досягнення амбітної мети – захист конституційної ідентичності України.

Водночас слід ураховувати, що „вічність“ конституційних приписів не є єдиним підґрунтям для існування та стабільного розвитку держави.

Крім того, якщо й вести мову про „вічність“ у контексті внесення змін до конституцій, то, по-перше, така „вічність“ не є аксіомою конституціоналізму, по-друге, передусім ідеться про незмінність конституційних принципів, а не приписів, що їх формулюють.

Як слушно зазначено в Доповіді про конституційні поправки, схваленій Європейською Комісією „За демократію через право“ (Венеційська Комісія) на її 81-му пленарному засіданні, яке відбулося 11–12 грудня 2009 року, CDL-AD(2010)001, „конституціоналізм означає, що загальні правила ефективної реалізації державної влади і захисту індивідуальних прав людини повинні бути стабільними та передбачними та не мають бути легко змінюваними. Це дуже важливо для легітимності конституційного ладу. У той же час, навіть цілком фундаментальні зміни конституції іноді потрібні для того, щоб покращити демократичне управління або прилаштуватись до політичних, економічних і соціальних змін“ (друге, третє, четверте речення § 5); „Комісія вважає, що незмінюваність є складним та потенційно спірним конституційним інструментом, який повинен використовуватись з особливою обережністю, і застосовуватись тільки до засад демократичного порядку. Конституційна демократія має дозволяти відкрите обговорення реформування навіть її основних принципів і структур управління. Крім того, якщо в конституції закріплені суворі правила щодо поправок, то це, зазвичай, забезпечує належну гарантію проти зловживань –

і якщо потрібна більшість, дотримуючись запропонованих процедур, хоче ухвалити реформу, то це є демократичним рішенням, яке загалом не повинно бути обмежено“ (§ 218).

Тобто констатована незмінюваність низки приписів Основного Закону України має захищати Український народ, Україну та, власне, Конституцію України, але, звісно, ця незмінюваність не може бути перешкодою в подальшому розвитку національної конституційної ідентичності.

Щодо предмета конституційного контролю

5. За Конституцією України предметом конституційного контролю може бути певний різновид актів права та дій.

Із Рішення, на мою думку, убачається певна юридична невизначеність щодо предмета конституційного контролю в цій справі в аспекті того, чи був таким предметом *акт* (конституційна поправка) та (або) *дія*, тобто процедура розгляду, ухвалення та набрання чинності цією поправкою.

Так, підсумовуючи в абзаці четвертому підпункту 6.1 пункту 6 мотивувальної частини Рішення надане обґрунтування, Конституційний Суд зазначив, що „<...> конституційну процедуру розгляду, ухвалення та набрання чинності Законом не було порушено“.

Водночас згідно з пунктом 1 резолютивної частини Рішення констатовано „визнати таким, що відповідає Конституції України (є конституційним), Закон України <...>, оскільки конституційну процедуру розгляду, ухвалення та набрання чинності цим законом не було порушено“.

Однак, по-перше, умотивування в Рішенні відсутності порушень конституційної процедури не є тотожним мотивуванню конституційності акта.

Ураховуючи ж ту обставину, що в 2018 році Конституційний Суд у Висновку від 19 червня 2018 року № 2-в/2018 сформулював застереження щодо змісту майбутньої конституційної поправки й ці застереження Верховна Рада України дев'ятого скликання не розглянула, є сумніви щодо істинності цього висновку Конституційного Суду.

По-друге, незрозумілим є сенс твердження про конституційність акта в контексті того, що за юридичною позицією Конституційного Суду йому „належить здійснювати подальший (*a posteriori*) конституційний контроль щодо конституційних поправок після набрання ними чинності, оскільки відсутність судового контролю за процедурою розгляду та ухвалення відповідних законів <...> може мати наслідком обмеження чи скасування прав і свобод людини і громадянина, ліквідацію незалежності чи порушення територіальної цілісності або зміну конституційного ладу у спосіб, не передбачений Конституцією України“ (друге речення підпункту 2.4 пункту 2 мотивувальної частини Рішення).

Тобто повноваження на здійснення подальшого конституційного контролю щодо конституційних поправок умотивовано в Рішенні потребами судового контролю за *процедурою*, недопущенням застосування *способу внесення змін*, не встановленого Конституцією України.

Отже, згідно з Рішенням на відміну від *передувального* конституційного контролю *подальший* конституційний контроль передбачає насамперед процедуру розгляду, ухвалення та набрання чинності конституційною поправкою, а не безпосередньо таку поправку, оскільки вона вже є складником „тіла“ Конституції України.

6. Погоджуюсь із тим, що Основний Закон України є підставою для здійснення Конституційним Судом конституційного контролю за процедурою розгляду, ухвалення та набрання чинності конституційною поправкою, хоча й є дискусійним позначення такого контролю з використанням терміна „*подальший*“, оскільки будь-який інший контроль, зокрема *передувальний*, стосовно процедури не може бути здійснений.

Водночас вважаю, що з метою юридичної визначеності змісту Рішення в частині окреслення предмета конституційного контролю воно мало б містити більш чіткі формулювання стосовно, по-перше, загальних передумов виникнення повноважень Конституційного Суду в здійсненні *подальшого*

конституційного контролю щодо чинної конституційної поправки, по-друге, умов для здійснення Конституційним Судом такого виду контролю стосовно приписів статті 80 Конституції України в цьому провадженні.

7. У контексті дискусії щодо предмета конституційного контролю також актуальним, на моє переконання, є питання обґрунтованості юридичної позиції Конституційного Суду, за якою, по-перше, вирізняються дві окремі процедури: конституційна та законодавча, по-друге, стверджується, що орган конституційного контролю перевіряє дотримання під час розгляду та ухвалення актів (законів та конституційних поправок) лише вимог конституційної процедури, визначених приписами виключно Основного Закону України.

Вважаю неправильним таке жорстке розмежування Конституційним Судом двох окремих процедур з огляду на те, що приписи Закону України „Про Регламент Верховної Ради України“ не сформульовані на невідомому та (або) абстрактному підґрунті, а є раціональним і конституційно обумовленим результатом розвитку, деталізації та конкретизації приписів Конституції України, що, як відомо, є основою галузевого законодавства.

Унаслідок цього немає „непереборної стіни“ між Конституцією України та законами України, які згідно з презумпцією конституційності є нормативним продовженням якщо не „тіла“, то щонайменше духу Конституції України.

Із цих міркувань конституційні процедури розгляду, ухвалення та набрання чинності конституційною поправкою та законами внаормовані приписами як Конституції України, так і законів України, передусім Закону України „Про Регламент Верховної Ради України“. Убачається, що саме тому в Рішенні кілька сторінок мотивувальної частини присвячені аналізу відповідних приписів Закону України „Про Регламент Верховної Ради України“.

Ураховуючи наведене, можна стверджувати, що якщо орган конституційного контролю виявить порушення приписів Закону України „Про Регламент Верховної Ради України“, що є елементами конституційної процедури розгляду, ухвалення та набрання чинності конституційною поправкою, це буде

підставою для висновку про порушення такою процедурою або її окремими складниками Конституції України.

Щодо юридичних наслідків формулювання Конституційним Судом застережень стосовно процедури внесення змін до Конституції України

8. Слід визнати, що пошук вдалої моделі взаємодії між парламентом та органом конституційного контролю є надскладним завданням для більшості демократій, що розвиваються.

Ризик конфлікту між парламентом та органом конституційного контролю значно збільшується у випадках, коли перший намагається не лише ухвалювати закони¹, а й, керуючись певними та потенційно мінливими політичними та (або) світоглядними уподобаннями й міркуваннями, змінити конституцію держави.

Український досвід унесення змін до Конституції України з початком кожного нового „політичного сезону“ наочно підтверджує зазначену вище закономірність.

Тому з метою недопущення або щонайменше мінімізації ризиків конституційного конфлікту між парламентом та органом конституційного контролю під час спроб внесення змін до Конституції України в законодавстві та конституційній доктрині України застосовують поняття „застереження до законопроекту про внесення змін до Конституції України“. Іншими словами, це застереження є вказівкою Конституційного Суду на змістовну невідповідність між запропонованим у конституційній поправці приписом та приписом або навіть цілою низкою приписів Конституції України.

Такі застереження Конституційний Суд формулює в разі, коли він з тих чи інших причин не вважає за потрібне або не наважується чітко та недвозначно сформулювати у висновку тезу про те, що конституційна поправка не відповідає Конституції України. Як наслідок, зміст конституційної поправки, щодо якої

¹ У процесі реалізації парламентом виборчих обіцянок політичних партій, які завдяки отриманню парламентської більшості його контролюють.

Конституційний Суд сформулював застереження, мав би зазнати відповідних змістовних змін з метою уникнення конфлікту з приписами Конституції України.

9. У абзаці четвертому пункту 4 мотивувальної частини Рішення Конституційний Суд зазначає, що він *„надав Висновок у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності Законопроекту вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 19 червня 2018 року № 2-в/2018 (далі – Висновок), у якому Законопроект визнав таким, що відповідає вимогам статей 157 і 158 Конституції України, але висловив ряд застережень“*.

Описуючи подальші події з розгляду та ухвалення зазначеної конституційної поправки, Конституційний Суд *de facto* констатує, що Верховна Рада України дев'ятого скликання не розглянула цих застережень органу конституційного контролю.

Не даючи оцінки такому ігноруванню парламентом сформульованих органом конституційного контролю застережень, Конституційний Суд у Рішенні *„<...> робить конституційне застереження стосовно практики підготовки й ухвалення законів про внесення змін до Конституції України, які не мають належних ознак зваженості та послідовності, що іманентно мають бути властивими для ухвалення конституційних поправок“* (перше речення абзацу сьомого підпункту 5.2 пункту 5 мотивувальної частини).

Поважаючи Рішення й уникаючи недоречної іронії стосовно формулювання Конституційним Судом на адресу українського парламенту ще одного конституційного застереження стосовно процедури внесення змін до Конституції України зауважу, що з Рішення зрозумілий лише загальний сенс викладення такого застереження, однак у ньому не визначені юридичні наслідки формулювання зазначеного застереження в межах цієї справи.

У цьому контексті слід нагадати, що 3 вересня 2019 року Верховна Рада України не лише остаточно ухвалила зміни до статті 80 Конституції України, а й, ухваливши низку законопроектів, розпочала конституційну процедуру

розгляду та ухвалення ще 7 (семи) конституційних поправок, які до цього часу перебувають на різних процедурних стадіях.

Із цих міркувань, на мою думку, правильним було би формулювання в Рішенні конституційного застереження не стільки стосовно вже внесеної конституційної поправки², скільки з поглядом „на майбутнє“.

Вважаю, що з цією метою в Рішенні, окрім формулювання нового застереження щодо загальних вимог до конституційної процедури внесення змін до Основного Закону України, по-перше, мало би бути вмотивоване існування конституційного обов'язку Верховної Ради України розглядати надані у висновках органу конституційного контролю застереження щодо недоліків змісту конституційних поправок для узгодження їх змісту з Конституцією України та висновками Конституційного Суду. По-друге, у Рішенні мали би бути сформульовані критерії істотності порушення конституційної процедури внесення змін до Конституції України, у разі порушення яких у Конституційного Суду будуть підстави для визнання процедури або її складників такими, що не відповідають Конституції України.

Щодо пошуку „точки рівноваги“ у конституційній процедурі внесення змін до Конституції України

10. Передусім потрібно визнати, що внесення змін до статті 80 Конституції України є довгоочікуваним позитивним результатом спроб утвердження в українському конституціоналізмі одного з різновидів сучасної моделі функційного або обмеженого депутатського імунітету та (або) індемнітету.

Слід також нагадати, що до внесення змін до статті 80 Конституції України твердження про потребу обмеження депутатської недоторканності протягом тривалого часу було стрижнем політичної агітації більшості політичних сил та окремих політиків як учасників виборчих процесів.

² Ураховуючи такі ознаки рішення Конституційного Суду, як обов'язковість та виконуваність, не зрозуміло, у який спосіб сформульоване застереження може бути виконане щодо процедури внесення змін до статті 80 Конституції України.

11. У цьому конституційному провадженні, на мою думку, значення для Рішення мало також те, що зміни до статті 80 Конституції України стосувались народних депутатів України, тобто Верховної Ради України як представницького органу Українського народу.

Під час ухвалення змін до статті 80 Конституції України і 30 серпня, і 3 вересня 2019 року проголосувала конституційна більшість народних депутатів України з різних політичних сил, що представлені у Верховній Раді України дев'ятого скликання.

Отже, зміни до статті 80 Конституції України отримали високий ступінь демократичної легітимності, і орган конституційного контролю не міг проігнорувати цей факт.

12. Водночас, оцінюючи конституційну процедуру внесення змін до статті 80 Конституції України, Конституційний Суд у Рішенні формулює вже згадане конституційне застереження „<...> стосовно практики підготовки й ухвалення законів про внесення змін до Конституції України, які не мають належних ознак зваженості та послідовності, що іманентно мають бути властивими для ухвалення конституційних поправок. Зокрема, це стосується **реального розведення** в часі двох голосувань Верховною Радою України за законопроект, про що неодноразово зазначав Конституційний Суд України у своїх попередніх юридичних позиціях“ (абзац сьомий підпункту 5.2 пункту 5 мотивувальної частини).

У цьому аспекті значущою є така інформація.

Згідно зі стенограмою засідань Верховної Ради України 30 серпня 2019 року о 00:31 було проголосовано проєкт Постанови (реєстраційний номер 1095) про попереднє схвалення законопроекту (реєстраційний номер 7203) про внесення змін до статті 80 Конституції України (щодо недоторканності народних депутатів України).

Із 363 народних депутатів України „за“ проєкт цієї постанови проголосували 247 народних депутатів України – членів фракції політичної партії, серед яких жоден не був народним депутатом України попередніх скликань парламенту.

Своєю чергою, проєкт Закону (реєстраційний номер 7203) про внесення змін до статті 80 Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України було проголосовано в цілому 3 вересня 2019 року об 11:44.

Із 373 народних депутатів України 252 проголосували „за“ вказаний проєкт Закону в цілому. Народні депутати України, які проголосували „за“, були членами тієї ж фракції політичної партії, які були обрані до парламенту вперше.

При цьому у зв'язку з тривалим процесом формування депутатського корпусу Верховної Ради України дев'ятого скликання, призначення низки народних депутатів України, обраних за списком політичної партії до органів виконавчої влади, кілька народних депутатів України вранці 3 вересня 2019 року після відкриття пленарного засідання лише прийняли присягу народного депутата України, а тому їхнім першим голосуванням у парламенті через півтори години з моменту набуття повноважень було голосування за законопроєкт про внесення змін до статті 80 Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України.

Разом з тим останнє пленарне засідання другої сесії Верховної Ради України дев'ятого скликання було проведено 17 січня 2020 року. Тобто часовий проміжок часу для можливого ухвалення проєкту конституційної поправки в цілому становив кілька місяців.

13. Чи є можливість, з огляду щонайменше на зазначені обставини, стверджувати про зваженість і послідовність в ухваленні конституційної поправки до статті 80 Конституції України та про реальне розведення в часі двох голосувань Верховної Ради України?

Вважаю, що процедура ухвалення Верховною Радою України дев'ятого скликання конституційної поправки до статті 80 Конституції України не мала ознак зваженості й послідовності.

Своєю чергою, розведення в часі двох голосувань Верховною Радою України за законопроект про внесення змін до статті 80 Конституції України лише на кілька календарних днів³ на самому початку функціонування істотно оновленого складу парламенту має ознаки формального, а не реального.

Така практика голосування за конституційну поправку є хибним кроком у формуванні національної конституційної культури та традиції, оскільки вона суперечить низці конституційних цінностей, зокрема принципам демократії, верховенства права, вимозі стабільності конституційно-правового регулювання та ігнорує потребу забезпечення Конституції України від швидких та необдуманих змін.

Заключні висновки та міркування

14. У контексті дискусії щодо засад, підґрунтя та процедур внесення змін до конституцій доречними є висловлювання Штефана Холмса (*Stephen Holmes*) та Касса Санстейна (*Cass R. Sunstein*) про те, що „<...> конституції не лише обмежують владу і запобігають тиранії; вони також створюють та направляють владу і запобігають анархії. Більш зрозуміло, ліберальні конституції покликані допомогти вирішити цілу низку політичних проблем: тиранію, корупцію, анархію <...> політична легітимність в ліберальних системах, у кінцевому рахунку залежить від можливості внести зміни. Легітимність ліберальної конституції має аналогічне підґрунтя, як це не парадоксально, в можливості її перегляду. Її ухвалюють або вона заслуговує на ухвалення в певній мірі у зв'язку з тим, що вона може бути змінена“⁴.

Отже, з огляду на зміст попередньої та чинної редакцій статті 80 Конституції України, потребу в справжньому, а не удаваному врахуванні загальноєвропейських цінностей конституційна правка, що була складником

³30 серпня 2019 року та 3 вересня 2019 року.

⁴ S. Holmes and C. Sunstein. *The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe // Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton University Press: 1995. P. 275–306.

предмета конституційного контролю в цій справі, могла та мала бути внесена до Основного Закону України.

Водночас вважаю, що застосований на початку функціонування Верховної Ради України дев'ятого скликання політико-правовий спосіб внесення змін до Конституції України завдав шкоди інституційній та функційній спроможності українського парламенту.

15. У цій справі Венеційська Комісія надала Конституційному Суду висновок *amicus curiae*, затверджений на 131-му Пленарному засіданні, яке відбулося 17–18 червня 2022 року (CDL-AD (2022)012), у якому, зокрема, зазначено про те, що *«якщо закон про внесення змін до Конституції буде визнано неконституційним через процедурні порушення, розумно було б надати можливість парламентові повторно здійснити процедуру ухвалення, щоб уникнути повного скасування акта установчої влади. Таке тлумачення було б достатнім, щоб збалансувати те, що Венеційська Комісія називає „частково антагоністичними конституційними цінностями народного суверенітету й правовладдя“»* (§ 64).

Вважаю, що наведене розуміння можливого змісту Рішення узгіднено з приписами Конституції України, а тому Конституційний Суд мав змогу розв'язати цю справу в такий спосіб.

Суддя
Конституційного Суду України



Олег ПЕРВОМАЙСЬКИЙ