

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Лемака В.В. стосовно Ухвали про закриття конституційного провадження у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень підпункту 17 пункту 10 постанови Кабінету Міністрів України „Про встановлення карантину та запровадження посилених протиепідемічних заходів на території із значним поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2“ від 22 липня 2020 року № 641 зі змінами

На підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“ вважаю за необхідне викласти окрему думку стосовно Ухвали про закриття конституційного провадження у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень підпункту 17 пункту 10 постанови Кабінету Міністрів України „Про встановлення карантину та запровадження посилених протиепідемічних заходів на території із значним поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2“ від 22 липня 2020 року № 641 зі змінами, постановленої 25 травня 2021 року № 2-уп/2021 (далі – Ухвала), оскільки не погоджуюсь з мотивувальною та резолютивною частинами Ухвали з огляду на таке.

I. Суть справи – захист прав людини

У цій справі йшлося про оцінку того, наскільки відповідає Конституції України постанова Кабінету Міністрів України „Про встановлення карантину та запровадження посилених протиепідемічних заходів на території із значним поширенням гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2“ від 22 липня 2020 року № 641 зі змінами (далі – Постанова), якою, зокрема, було встановлено загальну заборону на планові заходи з госпіталізації осіб закладами охорони здоров'я. Попри винятки, наведені у Постанові, ця заборона стосувалася мільйонів громадян, які вперше зіткнулися із безпрецедентною і масштабною проблемою, відчуваючи страх

перед невизначеністю стосовно доступу до якісної медичної допомоги, від якої нерідко залежало їх здоров'я, а інколи – й життя. Попри реальну загрозу здоров'ю та життю населення, викликану пандемією COVID-19, найпоширенішими серед українців, за даними Національної служби здоров'я України, є серцево-судинні захворювання, які є основною причиною смертності населення (у понад 68 % випадків причиною смерті є саме ці хвороби), а також низка інших захворювань. Такі реалії потребують від органів публічної влади виваженого підходу з цього питання. Тобто, йдеться про оцінку конституційності акта публічної влади, який став серйозним державним втручанням у сферу прав і свобод людини.

Я вважаю, що орган конституційного правосуддя не має права відмовляти у виконанні свого обов'язку – захисті верховенства Конституції України та прав і свобод людини – під час надзвичайної ситуації у житті нашого суспільства. Подолання пандемії COVID-19 та її наслідків неможливе без зміцнення конституційного правопорядку, зосередження зусиль держави в цьому напрямі саме на конституційних засадах. Попри уявне поліпшення епідеміологічної ситуації у день постановлення Ухвали майже 250 загиблих стали жертвами пандемії COVID-19. Це трагічне тло безпосередньо стосується цієї справи, особливо з огляду на те, що Уряд України вчергове порушив викладену Конституційним Судом України (далі – Суд) юридичну позицію стосовно того, що виключно на законодавчому рівні можуть встановлюватися обмеження прав і свобод людини.

II. Формальні та субстантивні межі повноважень Конституційного Суду України

Чому не можу погодитися з Ухвалою?

1. Усі рішення Суду незалежно від їх форми мають бути обґрунтовані. Суспільна довіра до Суду та легітимність його рішень очевидно пов'язані з цією вимогою. Ухвала не містить належної аргументації. Не погоджуюся, що навіть з попередньої практики Суду випливає, що „ухвали про закриття“ не

мотивувалися субстантивними аргументами, які містили б юридичні позиції Суду. Суд неодноразово висловлював юридичні позиції в ухвалах, якими закривалися конституційні провадження. Наприклад, в ухвалі Суду про припинення конституційного провадження у справі за конституційними поданнями 57 та 69 народних депутатів України щодо «визнання неконституційними актів, прийнятих на засіданні частини народних депутатів України у приміщенні „Українського дому“ 21 січня та 1 лютого 2000 року» № 2-уп/2000 від 27 червня 2000 року Суд надав оцінку подій у Верховній Раді України 21 січня та 1 лютого 2000 року і висловив відповідну юридичну позицію. В ухвалі про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) постанов Верховної Ради України „Про утворення Тимчасової спеціальної комісії Верховної Ради України з питань дотримання органами державної влади і місцевого самоврядування та їх посадовими особами, Центральною виборчою комісією норм виборчого законодавства під час підготовки і проведення виборів Президента України“ та „Про інформацію Тимчасової спеціальної комісії Верховної Ради України з питань дотримання органами державної влади і місцевого самоврядування та їх посадовими особами, Центральною виборчою комісією норм виборчого законодавства під час підготовки і проведення виборів Президента України“ № 35-у/2000 від 13 квітня 2000 року Суд дослідив та визначив природу правового акта Верховної Ради України.

2. Ухвалою Суд закрит справу на підставі пункту 5 статті 62 Закону України „Про Конституційний Суд України“, мотивуючи це формальними законними підставами – зміною предмета оскарження. Я не підтримую таку позицію Суду з огляду на таке.

На мій погляд, у жодному випадку норма законодавчого акта не може стати перепорою для виконання Судом своїх конституційних повноважень. Якщо таке гіпотетично може відбутися, така норма повинна стати предметом конституційного контролю. Припустити зворотне означатиме, що саме від волі

законодавця залежить здійснення Судом конституційних повноважень та, зокрема, окреслення меж таких повноважень.

Конституція України містить іншу філософію. У частині першій статті 147, частині першій статті 150 Основного Закону України, в яких визначаються повноваження Суду, „закон“ чи „закон України“ як форми права загалом не згадуються, з чого можна зробити один висновок – конституцієдавець (народ України) підкреслив у такий спосіб, що джерелом повноважень для Суду є виключно Конституція України. Більше того, у частині другій статті 147 Конституції України наголошено, що діяльність Суду здійснюється на принципах верховенства права та незалежності. У положеннях статті 153 Конституції України, де зазначено „порядок діяльності Конституційного Суду України“ та „процедура розгляду ним справ“, не йдеться про межі здійснення Судом конституційних повноважень.

III. Застосовність оскаржуваних норм та їх трансформація

Навіть якщо погодитися з формальними підставами, які використав Суд постановляючи Ухвалу, а саме – скасування положення акта, який оскаржувався – то і в цьому випадку була можливість провести повноцінну конституційну перевірку. У частині другій статті 8 Закону України „Про Конституційний Суд України“ зазначено:

„2. З метою захисту та відновлення прав особи Суд розглядає питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) акта (його окремих положень), який втратив чинність, але продовжує застосовуватись до правовідносин, що виникли під час його чинності“ (виділено автором).

Нагадаю, що предметом конституційного контролю в цій справі був підпункт 17 пункту 10 Постанови, яким передбачалася, **заборона на території України проведення закладами охорони здоров'я планових заходів з госпіталізації, окрім 7 випадків. Ця загальна заборона діяла з 11 листопада 2020 року (в редакції постанови Кабінету Міністрів України „Про внесення**

змін до постанови Кабінету Міністрів України від 22 липня 2020 року № 641“ від 11 листопада 2020 року № 1100) до 9 грудня 2020 року (тобто майже один місяць), коли було видано постанову Кабінету Міністрів України „Про встановлення карантину та запровадження обмежувальних протиепідемічних заходів з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2“ від 9 грудня 2020 року № 1236, відповідно до якої оспорювані положення Постанови втратили чинність.

Відтак протягом одного місяця у великій європейській державі, якою є Україна, заборона закладам охорони здоров'я проведення планових заходів з госпіталізації, очевидно, завдала прямої шкоди десяткам (можливо, сотням) тисяч громадян України, які пробували звертатися до них, зважаючи на багато чинників, зокрема, неможливості (складності) завчасного виявлення „існування значного ризику для життя чи здоров'я“ (виняток для госпіталізації). Все це призвело до того, що певна кількість осіб пробують у судовому порядку захистити своє право на охорону здоров'я, перебуваючи на різних стадіях судових процесів. **А це, в свою чергу, означає, що норми Постанови, які втратили чинність, все ще застосовуються (підлягають застосуванню) в судах.** Зайве й говорити, що потреба захисту прав людини зумовлює необхідність в конституційній оцінці й перевірці норм Постанови. Однак Суд, закривши конституційне провадження, відмовився це робити.

IV. „Судова стриманість“ чи „судовий активізм“

Суд не повинен був закривати конституційне провадження ще з однієї причини. Ухваливши Постанову „Про встановлення карантину та запровадження обмежувальних протиепідемічних заходів з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2“ від 9 грудня 2020 року № 1236, Кабінет Міністрів України в пункті 19 частини другої цієї постанови заново заборонив проведення державним та комунальним закладам охорони здоров'я

планові заходи з госпіталізації (з винятками). **Це означає, що змістовно оскаржувана норма, хоч і в дещо модифікованому (звуженому) виді, продовжує бути чинною.** Суд, встановивши, що оскаржувані положення Постанови були змінені, не виявив „життя“ відповідної норми в іншому акті законодавства.

Відомою є роль конституційного правосуддя – захистити стабільні конституційні принципи від обраних народом політичних гілок влади (парламенту і уряду), які гіпотетично представляють суспільну більшість. Тим більше ця роль повинна активно проявлятися: а) під час надзвичайних обставин у житті суспільства і держави; б) коли йдеться про захист прав людини, які є особливо чутливими для людської гідності. Обидва ці фактори мають місце в Україні станом на кінець травня 2021 року. Однак, схоже, на Суд істотно впливав так званий „охолоджувальний ефект“, викликаний бурхливою риторикою й ініціативами політичної влади від кінця жовтня 2020 року стосовно його окремих рішень. Справді, слід пам'ятати формулу „нестримні суди формують нестримну реакцію“ від Річарда Познера (Richard A. Posner), найчастіше цитованого в американських судових рішеннях вченого-правознавця. Однак, наведена теза не стосується цієї судової справи.

Саме в цьому випадку Суд мав **повноцінне повноваження вийти за межі предмета конституційного подання, охопивши конституційним контролем правову норму, яка хоч і не міститься в акті, який оскаржується, проте за своєю суттю і основними ознаками є такою ж, як і оскаржувана норма Постанови.** Зайве й говорити про необхідність проведення різниці між „положенням“ акта законодавства та змістом правової норми. Хоча в модифікованому виді правової норми йшлося вже про заборону планових заходів з госпіталізації лише для державних та комунальних закладів охорони здоров'я (і дозволом для приватних), **зважаючи на співвідношення обсягу медичних послуг в публічних (державних і комунальних) та приватних закладах охорони здоров'я, слід визнати, що така заборона стосується переважної**

більшості громадян України, право на охорону здоров'я яких гарантується статтею 49 Конституції України.

Враховуючи цю конституційну норму, Суд повинен був звернути увагу на необґрунтований підхід Уряду України, який **заборонив планові заходи госпіталізації саме в тих закладах охорони здоров'я, в яких така госпіталізація здійснюється безоплатно для громадян, і дозволив саме в тих, де вона, ясно, за своєю природою не може бути безоплатною.** Не можна не завважити й те, що відповідно до частини четвертої статті 13 Конституції України „усі суб'єкти права власності рівні перед законом“. Однак у цій справі важливим є інше – захист конституційного права на охорону здоров'я для громадян незалежно від їх доходів та спроможності оплатити, а відтак від реального доступу до медичних послуг у приватних закладах охорони здоров'я. Ця норма, повторюся, є чинною на сьогодні.

Слід врахувати, що судове вирішення питання по суті означало би м'яке застосування Судом доктрини „судового активізму“, яке в цьому випадку є виправданим передовсім з мотивів гострої потреби захисту прав людини.

„Судовий активізм“ як феномен може вести Суд до хибних рішень, якщо це не виправдано серйозними аргументами та не стосується сфери захисту прав людини. Зазвичай він проявляється, наприклад, у таких формах: 1) вирішення справи безпосередньо на підставі виявленого розуміння Судом принципів Конституції України; 2) еволюційного розвитку Конституції України в світлі сьогодення, зокрема виведення „нових прав людини“; 3) покладення на державу нового позитивного обов'язку, яке тягло би значні фінансові збитки; 4) відступу від попередніх юридичних позицій Суду; 5) ухвалення рішення за відсутності чітких правових стандартів судового розгляду, тобто всупереч класичному змісту доктрини „політичного питання“.

Суд застосував протилежний підхід, виявивши у цій справі так звану „судову стриманість“, що є явно недоречним. На мій погляд, Суд має проявляти таку „стриманість“ у справах іншого роду: 1) там, де йдеться про доктрину „політичного питання“, зокрема: а) оцінка розсуду в ухваленні рішень

політичних гілок влади (парламенту й уряду) в межах їх конституційних повноважень (прогнози міркування, зовнішні відносини, соціальна та економічна політика); б) відсутність правових стандартів вирішення спору; в) інше вирішення спору в спосіб, який проявляє явну неповагу до політичних гілок влади та загалом принципу поділу влади; 2) справи, які призводять до оцінки персонального (кадрового) аспекту в певному питанні.

Підсумовуючи, слід наголосити, що Суд повинен був обрати один із двох варіантів: або розглянути справу по суті, або, навіть дійшовши висновку про закриття справи, викласти в ухвалі такі юридичні позиції, які би надали чіткий сигнал (і застереження) органам публічної влади щодо майбутнього нормативного регулювання в тих сферах, де йдеться про державне втручання у право на охорону здоров'я (і навіть, право на життя).

Пошук балансу між „судовою активністю“ та „судовою стриманістю“ не може бути абстрактним, не пов'язаним із практикою, і його досягнення не буде ідеальним ніколи. Немає іншого виходу ніж знайти компроміс „між фальшивими негативами та помилковими позитивами“ в рішеннях Суду і правильною в цьому питанні є думка Сюзанни Шеррі (Suzanna Sherry) з Вандербільтського університету (США), яка говорить, що „занадто мало судової активності гірше, ніж занадто багато“. **Справді суспільство, критика якого є значимою для суддів, набагато більше жалкує про випадки, коли Суд не захотів (не зміг) зупинити публічну владу в неконституційних діях (згадайте Рішення Суду від 30 вересня 2010 року), ніж навпаки – перейшов якусь формальну межу в захисті прав людини. Відтак, я підтримую позицію, за якою нам необхідно більше судової активності у захисті прав людини, проте більше „стриманості“ – в політичних питаннях „спорів про компетенції“.**

Суддя
Конституційного Суду України



В. В. ЛЕМАК