

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Первомайського О.О. у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень законів України „Про судоустрій і статус суддів“ від 2 червня 2016 року № 1402–VIII, «Про внесення змін до Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» від 16 жовтня 2019 року № 193–IX, „Про Вищу раду правосуддя“ від 21 грудня 2016 року № 1798–VIII

Конституційний Суд України (далі – Конституційний Суд) 11 березня 2020 року ухвалив Рішення № 4-р/2020 (далі – Рішення) у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень законів України „Про судоустрій і статус суддів“ від 2 червня 2016 року № 1402–VIII, «Про внесення змін до Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» від 16 жовтня 2019 року № 193–IX, „Про Вищу раду правосуддя“ від 21 грудня 2016 року № 1798–VIII.

Конституційний Суд, зокрема, вирішив:

1. Визнати такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними):

– частину першу статті 37, частину першу статті 94, пункт 3 частини третьої статті 135 Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ від 2 червня 2016 року № 1402–VIII зі змінами, внесеними Законом України «Про внесення змін до Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» від 16 жовтня 2019 року № 193–IX (далі – Закон № 1402);

– пункти 4, 5, 6, 7, 9, 10 розділу II „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону України «Про внесення змін до Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» від 16 жовтня 2019 року № 193–IX (далі – Закон № 193);

– частину третю статті 24, статтю 28¹, частину восьму статті 31, частину першу статті 42, частину третю статті 47, частину четверту статті 48 Закону України „Про Вищу раду правосуддя“ від 21 грудня 2016 року № 1798–VIII зі змінами, внесеними Законом України «Про внесення змін до Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування» від 16 жовтня 2019 року № 193–IX (далі – Закон № 1798).

За ті кілька днів, що минули з дня ухвалення Рішення й які надаються судді для викладення окремої думки, стало зрозумілим, що наше уявлення про світ, життєві цінності та соціальні зв'язки в черговий раз зазнало та зазнає істотних змін.

Події останніх днів майже повністю витіснили з нашої пам'яті нескінченні січневі колективні святкування та такі ж колективні, але вже протести лютого 2020 року. Друга половина березня 2020 року вже ввійшла в історію людства іншим: правилом-порадою про соціальну самоізоляцію потенційно хворих та вимогою „не збиратись більше двох осіб“¹.

Фактично людство мимоволі проживає „сценарій невідомого фільму“ з драматичним сюжетом соціального, економічного та біологічного апокаліпсису, під час якого може виникнути спокуса відсунути уявлення про *Право* та *Справедливість* на „узбіччя“ людських пріоритетів як щось другорядне, коли йдеться про саме виживання.

Мені, як і абсолютній більшості інших людей, невідомий подальший розвиток сучасної історії, однак, опонуючи ідеї послаблення ролі *Права* в часи таких важких потрясінь, перефразую відомий вислів про те, що світ, дійсно, не має гинути заради звершення правосуддя, але світ людей ризикує загинути кожного разу, коли *Право* намагаються підмінити чимось іншим, і тут вже не

¹ Більше двох не збиратися: Німеччина обмежує контакти. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-world/2902172-nimeccina-obmezue-kontakti-za-formulou-11.html>

важливо, чи є цим чимось іншим воля класу, що панує, сваволя людини, що керує, чи SARS-CoV-2².

***Щодо передумов внесення змін до законодавства про судоустрій,
статус суддів та органів суддівського врядування***

29 серпня 2019 року особисто мені запам'яталось не лише лаконічним за часом урочистим засіданням Верховної Ради України, на якому новообрані народні депутати прийняли присягу, та подальшим пленарним засіданням парламенту³, а також і тим, що цього самого дня до Верховної Ради України було подано та зареєстровано значну кількість законопроектів, у тому числі проект Закону „Про внесення змін до деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування“⁴ реєстр. № 1008 (далі – проект № 1008), поданий Президентом України як суб'єктом законодавчої ініціативи та визначений невідкладним.

10 вересня 2019 року проект № 1008 був розглянутий на засіданні Комітету Верховної Ради України з питань правової політики.

Вже 12 вересня 2019 року проект № 1008 був розглянутий та схвалений Верховною Радою України за основу.

1 жовтня 2019 року проект № 1008 був розглянутий на засіданні Комітету з питань правової політики в процесі його підготовки до другого читання.

І нарешті 16 жовтня 2019 року проект № 1008 був ухвалений Верховною Радою України у другому читанні та в цілому.

У подальшому ухвалений акт був підписаний Головою Верховної Ради України, Президентом України, опублікований та 7 листопада 2019 року набув чинності.

Оцінюючи зміст та форму цього законодавчого процесу, відзначу таке.

² Штам коронавірусу, що був виявлений у другій половині 2019 року, зараження яким людини викликає в неї інфекційну хворобу – COVID-19.

³ Проведенням якого було, власне, вичерпано 1-шу (першу) сесію Верховної Ради України IX скликання.

⁴ У процесі внесення змін до проекту Закону № 1008 між першим і другим читанням його назва зазнала змін.

По-перше, в процесі розгляду справи в Конституційному Суді залишилися незрозумілими мотиви та причини такої поспішності з проведенням цієї „судової реформи“⁵.

Оскільки йдеться про одну з гілок влади, процес внесення змін до законодавства, що регулює утворення та діяльність органів судової влади, не може не лише *de facto* та *de jure* бути поспішним, а й *навіть виглядати як поспішний*.

Фактична чи удавана поспішність в цих питаннях загрожує делегітимізації найкращих ідей та намірів.

По-друге, зміни до законодавства, що регулює утворення та діяльність органів судової влади, без сумнівів та не випадково збіглися у часі з початком нового „політичного сезону“, коли за результатами проведення других за рік виборів був обраний не лише Президент України, а й новий склад парламенту та утворено новий уряд країни, на формування яких вирішальний вплив мала лише одна політична сила.

Зрозуміло, що в конституційній демократії судова влада та суди не мають зазнавати кардинальних змін, а судді – піддаватись звільненням тощо у разі зміни політичної влади у державі, оскільки це є прямим та відкритим посяганням на принципи верховенства права, демократії, поділу влади, незалежності суддів та інші конституційні цінності.

По-третє, незважаючи на те, що указами Президента України від 21 червня 2019 року № 421/2019 та від 7 серпня 2019 року № 584/2019 була створена Комісія з питань правової реформи (далі – Комісія) та затверджено її персональний склад⁶, в матеріалах справи відсутні документи та інші докази, які б свідчили про те, що проєкт № 1008 розроблявся за участю членів Комісії

⁵ Президент України як суб'єкт законодавчої ініціативи не кваліфікував ці зміни до законодавства як „судову реформу“, й таку назву вона отримала від інших осіб в подальшому, а тому вказівка на „судову реформу“ здійснюється з використанням лапок.

⁶ У складі Комісії була утворена, зокрема, робоча група з розвитку законодавства про організацію судової влади та здійснення правосуддя.

або члени Комісії хоча б були долучені до розробки проєкту № 1008 в будь-якій іншій формі, наприклад як експерти, консультанти.

Уникаючи спекуляцій щодо справжніх авторів чи автора проєкту № 1008, що поширюються у ЗМІ, слід зазначити, що в матеріалах справи відсутні вказівки на те, які ж фахівці з процесуального права та (або) питань судоустрою розробляли цей законопроект, що, звісно, не найкращим чином характеризує вваженість та раціональність процесу його підготовки.

По-четверте, в процесі розгляду справи з'ясувалась відсутність розумно необхідної комунікації між Президентом України як суб'єктом законодавчої ініціативи, Верховною Радою України та Верховним Судом й іншими органами судової влади, зокрема Радою суддів України, Вищою радою правосуддя.

Щиро вразив коментар з цього питання Голови Верховного Суду про те, що, готуючи та подаючи проєкт № 1008 до парламенту, підтримуючи його надалі, Президент України як суб'єкт законодавчої ініціативи відшукав час для спілкування з актором Томом Крузом, але не знайшов можливості для зустрічі з очільником Верховного Суду.

Перекоаний, що комунікація між органами державної влади в чутливих питаннях поділу влади, здійсненні будь-яких організаційних заходів щодо засад функціонування органів влади є надійним запобіжником від можливих звинувачень в узурпації влади, що прямо заборонено статтею 5 Конституції України.

Щодо кількісного складу Верховного Суду

Конституцією України не визначено кількісний склад суддів Верховного Суду, наприклад шляхом встановлення максимальної кількості його суддів, а тому слід визнати, що це питання має бути врегульовано у законі, повноваження щодо ухвалення якого має Верховна Рада України на підставі

пункту 14 частини першої статті 92 Основного Закону України у системному зв'язку з іншими конституційними приписами.

Власне, у Рішенні й не ставиться під сумнів зазначене міркування.

Тобто потенційно суддів Верховного Суду дійсно може бути 380⁷, 100, 20⁸ чи навіть 9⁹, й таке формулювання закону за наявності необхідних передумов для цього відповідатиме Конституції України.

Однак розглянута Конституційним Судом сучасна спроба зменшення максимального кількісного складу Верховного Суду Законом № 1402 в редакції Закону № 193 слушно визнана такою, що *не* відповідає Основному Закону України.

Із системного зв'язку конституційних приписів статей 1, 6, 8, 55, 124, 129 Основного Закону України слідує, що держава зобов'язана забезпечити людині та громадянину *реальні*, а не ілюзорні передумови здійснення права на судовий захист, без існування ефективного механізму здійснення якого можливість реалізації інших конституційних прав та свобод ставиться під сумнів.

На підставі цих самих приписів Конституції України кожен має право розраховувати, що Україна є *справжньою*, а не декларативною *правовою* державою (стаття 1), в якій державна влада здійснюється на засадах її *поділу* на законодавчу, виконавчу та судову (частина перша статті 6), в якій визнається та *діє* принцип *верховенства права* (частина перша статті 8).

Тобто кожна особа має право очікувати на можливість здійснення у своїй справі *правосуддя* як однієї з основних функцій демократичної та правової держави, а здійснення правосуддя в конституційній демократії можливе лише у разі існування *ефективних* та *спроможних* судових інституцій із забезпеченням незалежності та недоторканності суддів.

⁷ У 2017 році у Верховному Суді України та трьох вищих касаційних судах сумарно було 380 суддів.

⁸ Зазначене положення про 20 суддів Верховного Суду України *тимчасово* було закріплено в статті 39 Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ від 7 липня 2010 року № 2453–VI.

⁹ З незрозумілою метою періодично згадується про досвід США в цьому питанні.

У процесі розгляду справи Конституційним Судом було, зокрема, з'ясовано, що станом на 18 січня 2020 року залишок нерозглянутих справ у Верховному Суді становив 54 тис. 300 справ¹⁰. За 6 робочих днів нового 2020 року до Верховного Суду надійшло 2746 касаційних скарг, а це 457 скарг на день. Водночас фактично кожен суддя Верховного Суду розглядає більше 100 справ щотижня¹¹.

При цьому навіть подальше внесення змін до процесуального законодавства з метою закріплення так званих „процесуальних фільтрів“ касаційного оскарження при одночасному істотному зменшенні максимальної кількості суддів Верховного Суду до 100 не забезпечує розумної прогнозованості в строках розгляду справ у суді касаційної інстанції таким скороченим складом суддів.

Таким чином, істотне скорочення Законом № 1402 максимальної кількості суддів Верховного Суду з 200 до 100 ризикує перетворити цей найвищий орган судової влади на *неспроможний* до виконання своїх конституційних функцій щодо здійснення правосуддя та захисту прав і свобод людини і громадянина.

У сутнісному зв'язку з нормою статті 37 Закону № 1402 щодо зменшення максимальної кількості суддів Верховного Суду перебувають норми пунктів 4–7 розділу II „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону № 193, в яких вказано на потребу проведення „відбору суддів до касаційних судів у складі Верховного Суду“ (пункти 5–7), та на можливе „переведення суддів Верховного Суду, які не пройшли процедуру відбору, до апеляційних судів“ (пункт 7).

Розглядаючи справу Конституційний Суд встановив, що зазначені положення Закону № 193 можуть бути кваліфіковані або як не передбачена

¹⁰ Станом на 1 січня 2019 року залишок нерозглянутих справ у Верховному Суді складав 71 тис. Тобто, за рік залишок нерозглянутих справ зменшився приблизно на 20 тис.

¹¹ За іронією долі у відомому прикладі щодо суддів Верховного Суду США, до складу якого входять всього 9 осіб, навантаження у 100 справ є *річним*, а не *тижневим*.

Конституцією України підстава для звільнення судді, або як форма впливу на незалежність та незмінюваність судді.

Важливо, що під час розгляду справи учасники конституційного провадження висловили думку про те, що відмова судді Верховного Суду, який не пройшов процедуру відбору, від переведення до апеляційного суду може також розглядатись або як істотний дисциплінарний проступок, або як грубе нехтування обов'язками, що є несумісним зі статусом судді, а це є самостійними підставами для звільнення судді згідно з пунктом 3 частини шостої статті 126 Конституції України.

Зрозуміло, що такі положення Закону № 193 Конституційний Суд мав оцінити та оцінив у Рішенні як такі, що не відповідають нормам Основного Закону України, зокрема приписам статей 8, 19, 126, 131.

Щодо „відбору“ суддів Верховного Суду

У фінальному тексті Рішення відсутня окрема оцінка положень Закону № 193 в контексті згадування в цих положеннях такого явища та поняття, як *„відбір суддів до касаційних судів у складі Верховного Суду“*.

Вважаю за потрібне висловити власні міркування щодо цього явища та поняття.

По-перше, у відкритій частині розгляду цієї справи представник Президента України, відповідаючи на одне з запитань, чітко зазначив, що процедура *відбору* суддів, передбачена Законом № 193, не тотожна процедурі *добору* суддів.

З цього твердження виникає проблема конституційного підґрунтя можливого проведення на підставі Закону № 193 *відбору* суддів, оскільки в нормах розділу VIII „Правосуддя“ Конституції України відсутнє таке явище та поняття.

Тобто щодо суддів згідно з Конституцією України можуть бути проведені, зокрема, процедури *оцінювання, добору* (частина десята статті 131), призначення судді на посаду здійснюється *за конкурсом* (частина перша статті 128), проте жодна з норм Основного Закону України не вказує на можливість проведення *відбору* суддів.

Сучасний персональний склад Верховного Суду сформований внаслідок проведення протягом 2016–2019 років двох *конкурсів*, здійснення яких стало можливим внаслідок внесення змін до Конституції України в частині правосуддя в 2016 році. Внаслідок цього формування персонального складу Верховного Суду шляхом проведення конкурсів мало конституційну передумову та основу, в той час як ухвалення Верховною Радою України Закону № 193, яким внесено зміни й до інших законів, не було пов'язано з попереднім внесенням відповідних змін до Основного Закону України.

Отже, закріплення в Законі № 193 такого явища, як *„відбір суддів до касаційних судів у складі Верховного Суду“*, не відповідає не лише приписам розділу VIII „Правосуддя“ Конституції України, а й нормам розділу I „Загальні засади“ Конституції України, зокрема статтям 1, 6, 19.

По-друге, *„відбір суддів до касаційних судів у складі Верховного Суду“* в пунктах 5–7 розділу II „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону № 193, інших положеннях цього закону або Закону № 1402 фактично *не врегульований*, оскільки єдине, що вказано в Законі № 193 щодо змісту процедури відбору суддів так це те, що він здійснюється „...за критеріями професійної компетентності, етики та доброчесності“ (абзац перший пункту 5 розділу II „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону № 193).

При цьому в абзаці другому пункту 5 розділу II „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону № 193 зазначено, що „порядок проведення відбору суддів до касаційних судів у складі Верховного Суду затверджується Вищою кваліфікаційною комісією суддів України за погодженням із Вищою радою правосуддя“. У зв'язку з відсутністю в Законі № 193 та Законі № 1402 інших

норм щодо процедури та змісту такого відбору суддів можна дійти висновку, що всі складові такого відбору будуть визначені у *підзаконному* акті, ухваленому Вищою кваліфікаційною комісією суддів України.

Таким чином, винятково підзаконний рівень регулювання процедури відбору суддів до касаційних судів у складі Верховного Суду є додатковим аргументом на підтвердження тези щодо неконституційності окремих норм Закону № 193.

Щодо грошової винагороди суддів

У Рішенні Конституційний Суд вирішив також чутливе питання щодо розміру грошової винагороди суддів Верховного Суду, визнавши неконституційним пункт 3 частини третьої статті 135 Закону № 1402, подолавши при цьому клопотання щодо закриття провадження у справі в цій частині у зв'язку з конфліктом інтересів стосовно цього питання у *всіх* суддів Конституційного Суду України.

Констатуючи послідовність юридичних позицій Конституційного Суду в цьому питанні, вважаю, що у Рішенні мало б бути також зазначено таке.

По-перше, розмір грошової винагороди суддів все ж *може бути зменшений* за наявності для цього необхідних передумов та послідовних кроків парламенту та уряду. За відсутності таких передумов зменшення розміру грошової винагороди має розглядатися як свавільні дії одних гілок влади стосовно іншої – судової.

Події останнього часу, у тому числі масштаби можливої економічної кризи, дають підстави для припущення, що будуть чергові спроби зменшення розміру грошової винагороди суддів, однак для відсутності судової перспективи поставлення їх вчергове під сумнів у Конституційному Суді процедура внесення цих змін та самі зміни щодо зменшення грошової винагороди суддів не мають бути свавільними, розмір зменшення грошової

винагороди має бути вмотивованим та пропорційним, не бути вибіркоким і стосуватись усіх органів державної влади, таке зменшення грошової винагороди має бути тимчасовим заходом економічної стабілізації.

У разі недотримання цих передумов можливі подальші пропозиції та кроки щодо зменшення розміру грошової винагороди суддів будуть сприйматись як спроба тиску на судову владу та посягання на незалежність суддів.

По-друге, Конституційний Суд у Рішенні мав відзначити неможливість закриття провадження в цій справі у зв'язку з конфліктом інтересів у частині перевірки на конституційність норми статті 137 Закону № 1402 з тих причин, що в Україні відсутній інший орган, який би мав компетенцію для вирішення цього конституційного спору.

Тому уникнення конфлікту інтересів шляхом відмови у вирішенні конституційного спору у запропонований одним з учасників конституційного провадження спосіб є неможливим.

Щодо Вищої кваліфікаційної комісії суддів України

Конституційний Суд України у Рішенні визнав неконституційною також частину першу статті 94 Закону № 1402, якою визначено нову кількість членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України – 12 та вказано на нового суб'єкта затвердження персонального складу цієї комісії – Вищу раду правосуддя.

Переконаний, що Конституційний Суд своїм Рішенням насправді *визнав неконституційною прогалину в нормативному регулюванні*, оскільки сама по собі норма частини першої статті 94 Закону № 1402 (в редакції Закону № 193) не мала конституційних вад.

В обґрунтування цієї тези зазначу таке.

Конституція України вказує на існування певних конституційних функцій, зокрема добір суддів, оцінювання суддів тощо (частина десята статті 131).

Законодавець може обрати різні організаційні рішення або моделі для забезпечення виконання цих конституційних функцій. Однак неконституційною є законодавча практика, коли внаслідок неякісного нормативного регулювання ці, тобто передбачені частиною десятою статті 131 Основного Закону України, або інші конституційні функції взагалі не здійснюються та (або) не можуть бути здійснені.

Тобто законом, не порушуючи Конституцію України, можна змінити кількісний склад Вищої кваліфікаційної комісії суддів України з 16 до 12 осіб, порядок формування її кількісного складу та навіть реорганізувати або ліквідувати цей орган системи правосуддя. Однак припинення повноважень членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України з 7 листопада 2019 року¹² *без визначення тих органів або осіб, які будуть виконувати зазначені конституційні функції*, є порушенням Конституції України, а саме статей 6, 8, 55, 126, 131.

Слід додаткового зазначити, що, оскільки об'єктом конституційного контролю не був пункт 2 розділу II „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону № 193¹³, Рішення не слід розглядати як підставу для поновлення повноважень членів Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, які були в її складі станом на 6 листопада 2019 року.

Водночас застосований в Законі № 193 спосіб припинення повноважень членів колегіального органу суддівського врядування для стороннього спостерігача може виглядати як помста чи покарання, а тому застосування таких законодавчих механізмів впливу на кар'єру особи слід розглядати як

¹² День набрання чинності Законом № 193.

¹³ Він не визнаний Конституційним Судом неконституційним.

ultima ratio, для застосування якого мають бути надзвичайно вагомими передумови.

Висновки

Кілька років поспіль триває послаблення та стагнація верховенства права у всьому світі, у тому числі у країнах зі сталими та ефективними демократичними і правовими традиціями та інститутами¹⁴.

Тому мені невідомо, що буде з верховенством права у світі та в Україні далі, але в тому, що цей принцип конституційної демократії потребує щоденного захисту та підтримки, я вже на маю сумнівів.

І наостанок одне з „польових“ спостережень щодо дієвості приписів Конституції України, а саме статті 8 щодо *верховенства права*, статей 147, 151², стосовно *обов'язковості* рішень та висновків Конституційного Суду України на прикладі цієї справи.

Рішення Конституційного Суду в цій справі ухвалено та датовано 11 березня 2020 року. Як цього вимагає законодавство, Рішення було опубліковано на офіційному веб-сайті Конституційного Суду 12 березня 2020 року.

Згідно з частиною другою статті 152 Конституції України 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.

Однак на офіційному веб-сайті Верховної Ради України станом на **24 березня 2020 року** в законах № 1402, № 193, № 1798 немає жодного посилання на Рішення, а норми, що визнані неконституційними, так і залишаються в редакції Закону № 193.

¹⁴ World Justice Project Rule of Law Index® 2020. URL: <https://www.worldjusticeproject.org/our-work/research-and-data/wjp-rule-law-index-2020>

Звісно, не виключаємо поважність причин такого факту, оскільки особи, відповідальні за внесення змін до законодавства, можливо, перебувають в самоізоляції. Проте поки є змога парламент має продовжувати виконання своїх функцій, оскільки Конституція України не передбачає іншого.



Конституційного Суду України

О. ПЕРВОМАЙСЬКИЙ