

ОКРЕМА ДУМКА (ЗБІЖНА)

судді Конституційного Суду України Лемака В.В. стосовно Рішення Конституційного Суду України (Другий сенат) у справі за конституційною скаргою Поліщука Сергія Олексійовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 статті 16³ Закону України „Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей“ (справа про посилений соціальний захист військовослужбовців)

Підтримуючи Рішення Конституційного Суду України (Другий сенат) від 6 квітня 2022 року № 1-р(П)/2022 у справі за конституційною скаргою Поліщука Сергія Олексійовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 статті 16³ Закону України „Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей“ (справа про посилений соціальний захист військовослужбовців) (далі – Рішення), я вирішив підготувати окрему (збіжну) думку з кількох мотивів, і найважливішими з них є навіть не додаткові міркування, що не стали частиною Рішення, а потреба зафіксувати бачення того, якою має бути правозастосовна практика з цього питання і, головне, якою є роль судів в умовах війни, власне, якою є роль конституційного судочинства в період, коли нація перебуває в смертельній небезпеці через збройну агресію проти неї, нації, яка бореться за незалежність і територіальну цілісність своєї держави. Я не політик, я суддя і громадянин, а тому почну з найбільш важливого.

Рішення, як і сотні інших рішень судів системи судоустрою України, писалося й обговорювалося в останні тижні, під звуки сирен повітряних тривог у ситуації безперервних загроз ракетних і бомбових ударів з боку Російської Федерації (далі – Росія).

У цих умовах хочу передусім звернутися до колег, суддів конституційних і верховних судів демократичних держав із закликом: всіма можливими способами апелюйте до власних урядів щодо більш активної підтримки України, Українського народу в його боротьбі з російською агресією. Більше санкцій проти держави-агресора, більше допомоги

Україні. Зробіть це, оскільки йде боротьба не тільки за Україну, але й за ті цінності, які є спільними для всіх нас. Людська гідність, влада народу, його право вільно обирати свою долю, життя і свобода кожної окремої людини – те, що в останні століття називають конституційними цінностями – все це під ударом брутальних загарбників. Це не прості слова. Українці не з книжок, а на власному досвіді переконалися – там, де конституційний порядок через окупацію російськими загарбниками зруйновано хоча би на один-два тижні, і в XXI столітті може запанувати середньовічна сваволя у вигляді масових убивств, насилля і пограбування цивільного населення, в тому числі жінок і дітей.

I. Роль судів і конституційного судочинства в умовах війни

Конституційний Суд України (далі – Конституційний Суд, Суд) на прикладі цієї справи в умовах війни, що триває, багато в чому відповів на запитання про роль конституційного судочинства в особливий період виходячи з того, що Конституція України і під час війни залишається вищим наказом і для нації, що воює, і для кожного громадянина. Суд виявив усвідомлення того, що ніщо в принципах і нормах Конституції України не може бути прочитане і витлумачене як таке, що становить перешкоди для ведення державою і народом оборонної війни, більш того – для ведення успішної війни проти ворога. Це є головною позицією у Рішенні.

1. Отже, яка роль судів у цей час? Я переконаний, що сама по собі ця роль нічим не відрізняється від тієї, що була в мирні часи. Завдання судів є конституційно чітким – здійснювати правосуддя справедливо, незалежно та неупереджено.

Слід розуміти також, що останніми роками саме Конституційний Суд своїми рішеннями заблокував здійснення в Україні всіх основних наративів, які просувалися і були озвучені у державі-агресорі перед початком розпочатої повномасштабної війни проти України. Йдеться про

два рішення щодо російської анексії Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, два рішення про українську мову, декомунізацію суспільства, заборону пропаганди держави-агресора через кінематографію, висновок про закріплення на рівні Конституції України євроатлантичного курсу України, послідовна підтримка соціального захисту військовослужбовців Збройних Сил України. Цими та іншими рішеннями Суд захистив і зміцнив ядро конституційного порядку, його суверенний характер, зокрема і його спроможності до самозахисту від внутрішніх і зовнішніх загроз.

2. В особливий період важливим є врахування контексту тих умов українського правопорядку, в яких працює Суд і які пов'язані з його оцінками конституційності актів, спрямованих на протидію зовнішній агресії – ситуації, яка вперше постала після 20 лютого 2014 року і яка сьогодні має зовсім інші масштаби, невідомі конституційним та верховним судам континентальної Європи після 1945 року. Водночас конституційне право воєнного часу в Україні формується не на пустому місці. На сьогодні перед нами арсенал підходів, напрацьованих найбільш авторитетними судовими органами, які здійснюють функції конституційного судочинства у тих державах, які мають досвід функціонування судів у воєнний час (чи час „війни з тероризмом“). Цей досвід для нас цінний передусім тим, що у Сполучених Штатах Америки, Державі Ізраїль, Сполученому Королівстві Великобританії і Північної Ірландії чи у Федеративній Республіці Німеччина було досягнуто успіху не тільки у воєнних і антитерористичних кампаніях, а й також тим, що в найскладніші часи було збережено відданість верховенству права, незалежності судів, захисту прав і свобод людини (особливо відзначу міркування й позиції з цих питань багаторічного голови Верховного Суду Ізраїлю Аарона Барака).

Суд у Рішенні побачив „конституційне питання“ у справі, не відриваючи його від реальності, що полягає у агресивній війні, яку розпочала Росія проти України. Сьогодні йдеться про той період життя суспільства і держави, який у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року

називається у пункті 1 статті 15 „час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації“.

У зв'язку з цим Суд чітко визначив:

„Внаслідок збройної агресії Російської Федерації проти України, розпочатої 20 лютого 2014 року, частина території України (Автономна Республіка Крим і місто Севастополь) є анексованою, деякі райони Донецької та Луганської областей є тимчасово окупованими. Починаючи з 24 лютого 2022 року збройна агресія Російської Федерації проти України набула повномасштабного характеру. Головну роль в обороні України відіграють Збройні Сили України та інші військові формування, які своєю мужньою боротьбою здійснюють ефективний захист Української держави та Українського народу“ (абзац перший підпункту 5.1 пункту 5 мотивувальної частини Рішення).

Суд виявив розуміння реалій, які створюють не тільки загальний контекст здійснення ним повноважень (і розгляду цієї конкретної справи), а й усвідомлення системи координат конституційного порядку в цей особливий період, саме через яку й необхідно давати оцінку юридичному регулюванню з боку органів публічної влади.

3. Під час війни неприпустимим є різке протиставлення публічного (державного) інтересу, відповідних конституційних цінностей, з одного боку, та поваги до індивідуальних прав людини, з іншого боку, як це нерідко бувало в мирні часи. Під час війни найбільше має виявлятися сприйняття того, що публічний інтерес (наприклад, оборона, національна безпека), в якому акумулюються індивідуальні права і свободи людини. Наприклад, обмеження пересування громадян (комендантська година, блокпости) чи навіть вилучення для потреб оборони майна громадян спрямоване на захист найбільш засадничих прав і свобод людини – права на життя, їх гідності і свободи (наприклад, захист від діяльності диверсійно-підривних груп ворога). Такий підхід підтверджується не тільки теоретично, а й суворими реаліями оборонної війни в Україні.

Слід розуміти, що усі гарантії індивідуальних прав і свобод людини спираються на конституційний порядок України і ефективно діють там, де цей конституційний порядок реально функціонує, а його зовнішні межі під час військових дій захищені Збройними Силами України та іншими військовими формуваннями України. З іншого боку, наголошую – там, де частина території України перебуває в тимчасовій окупації, індивідуальні права і свободи людини атаковані окупантом найбільш брутально. В окупованому місті Херсоні одне з мирних зібрань громадян України було розігнано російськими загарбниками мінометним обстрілом, усім відомі тяжкі злочини проти мирного населення (увесь спектр міжнародних злочинів – воєнні злочини, геноцид, злочини проти людяності), в тому числі масові вбивства беззбройних людей (міста Буча, Бородянка, Ірпінь на Київщині), які були вчинені протягом декількох тижнів російської окупації.

4. Виходячи з наведеного у Рішенні у справі про посилений соціальний захист військовослужбовців, як це має бути і в інших справах у період війни, Суд **шукав баланс** між конституційною цінністю оборони (пов'язавши статус військовослужбовця зі станом обороноздатності), яка є суспільним (публічним) інтересом, в якому акумулюються індивідуальні права кожного, з одного боку, та метою законодавчого впорядкування одного з видів допомоги для військовослужбовців, з іншого боку.

Шукати баланс конституційних цінностей не означає, що знахідка буде „посередині“, навпаки, Суд через їх зважування може надати перевагу одній із них. У цій справі Суд зазначив, що „**конституційний обов'язок держави щодо забезпечення посиленого соціального захисту військовослужбовців (статті 17, 46 Конституції України) є значущішим ніж будь-які цілі, досягнення яких законодавець визначав як підставу для запровадження обмеження права на отримання одноразової грошової допомоги у збільшеному розмірі при зміні групи інвалідності, збільшенні відсотка втрати працездатності часовими рамками**“ (абзац перший підпункту 5.3 пункту 5 мотивувальної частини Рішення).

5. Одним із важливих моментів для здійснення конституційного судочинства є адекватна оцінка Судом заходів публічної влади (законодавця, уряду, спеціальних органів), які вживаються нею у воєнний час і які є необхідними для ведення успішної війни. Ці заходи є справді необхідними, інколи вони здаються незвичними і надто сміливими для мирного періоду. Засіб „єдині новини“, більш глибоке та інтенсивне втручання до приватного життя громадян чи їх права на об'єднання – ці заходи, безумовно, викликані суспільним інтересом оборони держави. Варто нагадати, що, хоча ситуація є більш загрозливою, Українська держава не вдалася до заходів, які, зокрема, вживали Сполучені Штати Америки після нападу на Перл-Харбор у 1941 році (наприклад, примусове переселення окремих груп громадян через неможливість індивідуальної перевірки їх лояльності) або навіть Сполучене Королівство Великобританії і Північної Ірландії в період активної фази протидії тероризму.

Однак обмежувальних заходів все ж немало, доцільність їх вжиття визначається іншими гілками державної влади, а питання полягає в тому, наскільки вони є сумісними з Конституцією України. В цьому аспекті варто наголосити й на тому, що потреби оборони не можуть спричиняти свавілля цивільних чи воєнних властей. Навпаки, заслуговують на підтримку зусилля і законодавця, і глави держави, і уряду в умовах воєнного стану постійно публічно мотивувати свої рішення нормами Конституції України.

З цього приводу Суд у Рішенні наголосив:

«Підтримання високого рівня обороноздатності є найвищим державним інтересом і однією з найбільш захищених конституційних цінностей України. Захист суверенітету та територіальної цілісності України є „найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу“ (частина перша статті 17 Основного Закону України).

В умовах воєнного стану держава зобов'язана мобілізувати всі доступні їй ресурси для посилення своєї обороноздатності та відсічі збройної агресії Російської Федерації проти України. Відтак усебічна підтримка військовослужбовців Збройних Сил України є одним із засобів розширення

оборонних можливостей держави» (абзаци перший, другий підпункту 5.2 пункту 5 мотивувальної частини Рішення).

Отже, навіть у Рішенні під час війни, Суд акцентував, що „в умовах воєнного стану держава зобов’язана мобілізувати всі доступні їй ресурси для посилення своєї обороноздатності та відсічі збройної агресії Російської Федерації проти України“ (абзац другий підпункту 5.2 пункту 5 мотивувальної частини). Наведене, навіть під час воєнного стану, не означає будь-яких дій держави, навпаки – обов’язок мобілізувати всі доступні їй ресурси чітко обумовлені цілями – посиленням обороноздатності держави та відсічі збройної агресії Росії проти України. Іншими словами – за межами воєнного стану та у зв’язку з досягненням інших суспільних цілей розсуд держави є істотно вужчим.

6. Особливої специфіки під час війни набуває методика судового конституційного контролю щодо актів (рішень) органів публічної влади під час воєнного стану, зокрема й тих, якими здійснюється захист держави від збройної агресії Росії. Перед тим, як висловлю свої міркування з цього приводу, **хочу наголосити – жоден акт і жодне рішення й під час війни не перебуває за межами судового контролю, а отже – за межами верховенства права.** Іншими словами, не стоїть питання наявності судового контролю, стоїть питання тільки особливостей самого судового контролю. Отже, декілька міркувань.

По-перше, у період війни, як це не парадоксально, важливо розуміти „що ми захищаємо“ і „чим ми відрізняємося від ворога“. Навіть коли держава-агресор грубо порушує власну конституцію і міжнародні зобов’язання, здобуваючи через це нічим не обмежену й тому абсолютно свавільну владу в ухваленні рішень та вчиненні злочинів на території України, навіть у цей період Україна, її органи державної влади та посадові особи не можуть собі дозволити подібних дій та рішень. Для конституційної демократичної держави, якою є Україна, немислимим є вживання методів, які застосовуються Росією до українців. Це дає моральну перевагу українському конституційному ладу, всім нам і найперше – українському воїну, який на передовій усвідомлює, що він

захищає не „розширення імперії“ і не окремих вождів, він захищає створену українцями державу, яка поважає верховенство права і гідність кожної людини.

У зв'язку з цим важливо, що Суд не може оцінювати явно несумісну з вимогами Конституції України практику як „конституційну“ лише з урахуванням періоду війни. Іншими словами, війна, воєнний стан – це істотно для контексту, однак вони не виступають єдиним аргументом в обґрунтуванні судового рішення (хоча і мають ключове значення).

По-друге, судді Суду є громадянами країни, яка перебуває в стані оборонної війни. Це означає, що своєю присягою, яка не містить винятків для воєнного періоду, вони покликані неперервно здійснювати свої повноваження і в ці часи так само незалежно і неупереджено, розуміючи, що, **захищаючи конституційні методи і засоби протидії ворогу, вони зміцнюють державу, її обороноздатність і національну безпеку, сприяють ефективному веденню Україною оборонної війни.**

По-третє, важливо розуміти, що особливий період загострює проблеми, головна з яких – напруженість між двома конституційними цінностями: з одного боку, йдеться про прагнення народу України і сформованих ним органів державної влади задіяти для протидії агресії усі доступні й ефективні засоби, а, з другого боку, – про потребу в конституційному захисті прав і свобод кожної людини (йдеться і про військовополонених Росії, зважаючи не тільки на потребу їх використання під час обміну військовополоненими). Знайти такі формули законодавчого регулювання та їх виконання, які подолали б цю напруженість – конституційний обов'язок Верховної Ради України, Президента України і Уряду України. Однак рішення і в цій сфері безумовно підлягають обґрунтуванню цими органами публічної влади.

Так само важливо розуміти участь Суду та його відповідальність за захист конституційного порядку загалом від зовнішньої збройної агресії (першість у цій місії мають інші органи публічної влади, Збройні Сили України) і відповідальність за контроль за тими конкретними методами і засобами, які вживаються проти ворога. **В оцінці таких методів і способів під час війни**

Конституційний Суд, як і інші суди, безумовно має виявляти обачність і „судову стриманість“ подібно до того, як це робили в подібні періоди часу суди інших демократичних держав.

По-четверте, більш глибоке і більш інтенсивне втручання до захисної сфери особи під час війни може бути передбачене законом, суть в іншому – за цими втручаннями і обмеженнями, як уже було зазначено, зберігається судовий контроль, в тому числі судовий конституційний контроль.

Попередньо варто зауважити, що немає іншої методики судового конституційного контролю за обмеженням прав і свобод людини для особливого періоду, який би відрізнявся від методики такого контролю в мирні часи. Загальні методики є одними, однак особливий період життя держави не може не впливати на окремі аспекти його здійснення.

Перше. Обмеження прав людини під час війни є цілеспрямованими і масовими, однак очевидно, що в умовах конституційного особливого режиму – воєнного стану – підстави для його виправдання є іншими ніж у мирний час. Проблема оцінки таких обмежень за традиційними схемами тесту пропорційності пов'язана, окрім іншого, з тим, що у воєнні часи публічна влада з метою здійснення оборони держави може надавати перевагу аргументам, які обумовлюють посилення обороноздатності (потреби оборони), а не іншим аргументам, які, наприклад, акцентують на індивідуальних правах. Більшість конституційних прав можуть бути обмеженими – так впливає прямо з Конституції України. Однак не всі. У частині другій статті 64 Конституції України називається більш як півтора десятка статей Конституції України, якими передбачені права і свободи людини і громадянина, що не можуть бути обмеженими у період воєнного стану.

Однак правдою є і те, що не тільки загалом Конституція України, а й конституційні права не є „суїцидальним пактом“, який би допомагав зруйнувати нашу державу, не надавши механізмів і можливостей для її ефективного захисту під час збройної агресії, саме ту державу, яка й несе головний обов'язок у захисті прав людини. У кожному випадку судовий

контроль спрямований на перевірку виправданості втручання до прав людини. Згадайте „Korematsu v. United States (1944)“ чи низку рішень Верховного Суду Ізраїлю останніх десятиліть стосовно права на шлюб ізраїльських арабів (наприклад, „Adalah Legal Center for Arab Minority Rights in Israel v. Minister of Interior (2006)“.

Друге. У кожному випадку суди (не тільки Конституційний Суд) повинні оцінювати втручання держави до прав і свобод людини не тільки за тим же алгоритмом тесту на пропорційність (належна мета, адекватний засіб, засіб найменш інтенсивний з можливих – з урахуванням раціонального зв'язку кожного елементу зі станом нації, яка захищає своє існування), але й також через субтест пропорційності у вузькому розумінні (*sensu stricto*), коли зважуванню підлягають фундаментальні конституційні цінності, які досягаються (одна з яких – оборона держави, а значить і захист конституційного порядку загалом), із цінностями, які захищають індивідуальні права і свободи людини.

II. Уточнення правозастосовної практики стосовно „кейсу“

Конституційний Суд визнав неконституційними оспорювані приписи Закону України „Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей“ від 20 грудня 1991 року № 2011–XII зі змінами (далі – Закон) повністю у тому обсязі, який окреслив заявник у конституційній скарзі. При цьому Суд відмовився від підходу, за яким гіпотетично існувала можливість „вирізки“ окремих слів з тексту оспорюваних приписів Закону, що би істотно модифікувало (спотворювало) викладену в них законодавчу норму (інколи, як і в цьому випадку, призвело би до протилежного змісту норми). У такий спосіб Суд виявив повагу до законодавця з його конституційними повноваженнями врегульовувати поведінку, обмежившись роллю так званого „негативного законодавця“.

Такий підхід впливав, окрім наведеного, з урахування Судом того, що законодавча матерія змісту Закону загалом (його інші приписи) дозволяє відповідним суб'єктам (військовослужбовцям) реалізувати встановлене Законом

право на одноразову грошову допомогу, а уповноваженим органам публічної влади виконати відповідні обов'язки – навіть за умови відсутності додаткового законодавчого регулювання.

Однак при цьому висловлю декілька міркувань про потребу в корегуванні правозастосовної практики, пов'язаної з предметом цієї справи.

1. З одного боку, Суд звернув увагу на потребу якісного та сумісного з Конституцією України законодавчого регулювання цього питання після ухваленого Рішення, наголосивши: „Отже, хоч сама наявність установленого приписами статті 16 Закону права на одноразову грошову допомогу та його обсяг залежать від розсуду законодавця, Конституційний Суд України дійшов висновку, що в разі запровадження Законом одноразової грошової допомоги та фактичного перерахунку її розміру у зв'язку з погіршенням стану здоров'я відповідне законодавче регулювання порядку реалізації цього права має бути сумісним з Конституцією України, зокрема втілювати її засадничі цінності“ (абзац третій підпункту 4.2.2 підпункту 4.2 пункту 4 мотивувальної частини).

2. Постає питання: чи не виникнуть непереборні проблеми із реалізацією цього права та його гарантуванням правозастосовною практикою у випадку, якщо парламент буде зволікати із запровадженням нового регулювання.

Відповідаю: не виникнуть. Після ухвалення Рішення, яким цілком визнано неконституційним (з одночасною втратою чинності) пункт 4 статті 16³ Закону, навіть якщо законодавець вчасно і комплексно не врегулює цього питання, реалізація відповідного права і правозастосовна практика, як і раніше, повинні спиратися не на деякі (ізолювані) приписи Закону, а на правовий комплекс, в основі якого – Конституція України.

Назву складові елементи цього правового комплексу:

А. Приписи Конституції України, стосовно яких Суд виклав у Рішенні чіткі юридичні позиції, зокрема:

– „Отже, установлені оспорюваними приписами Закону обмеження щодо виплати одноразової грошової допомоги в більшому розмірі за умови

встановлення вищої групи інвалідності (або більшого відсотка втрати працездатності) лише протягом двох років є не виправданими та такими, що непропорційно обмежують право на посилений соціальний захист військовослужбовців, гарантований частиною першою статті 46 Конституції України у взаємозв'язку з частиною п'ятою її статті 17“ (абзац другий підпункту 5.3 пункту 3 мотивувальної частини).

– „Таким чином, оспорювані приписи Закону, якими встановлено обмеження щодо виплати одноразової грошової допомоги в більшому розмірі за умови встановлення вищої групи інвалідності (або більшого відсотка втрати працездатності) лише протягом двох років, не узгоджуються з засадничими конституційними цінностями, зокрема такими, як принцип поваги до захисту прав людини, принцип верховенства права в аспекті домірності та вимог щодо соціального захисту військовослужбовців (статті 3, 8, 17, 46 Конституції України)“ (абзац другий підпункту 6.2 пункту 6 мотивувальної частини).

В. Приписи статті 16² Закону, якими, зокрема, передбачено розміри відповідної одноразової грошової допомоги залежно від групи інвалідності, встановленої військовослужбовцеві.

С. Приписи постанови Кабінету Міністрів України, якою визначається порядок призначення і виплати цієї одноразової грошової допомоги, передбаченої в пункті 9 статті 16³ Закону.

Ці три компоненти (конституційні приписи в тому сенсі, як їх витлумачив Конституційний Суд, законодавчі та урядові приписи) слід сприймати не тільки цілісно, а й із врахуванням того, що законодавче й інше регулювання втілює в своєму змісті юридичну позицію Суду у його підсумковому висновку, викладеному в Рішенні, а саме – обмеження щодо виплати одноразової грошової допомоги в більшому розмірі за умови встановлення вищої групи інвалідності (або більшого відсотка втрати працездатності) лише протягом двох років не узгоджуються з засадничими конституційними цінностями.

Отже, іншими словами, у разі погіршення стану здоров'я військовослужбовця і встановлення для нього вищої групи інвалідності (або

більшого відсотка втрати працездатності) виплата одноразової грошової допомоги здійснюється у більшому розмірі, і при цьому не допускається обмеження для встановлення факту погіршення його здоров'я та здійснення таких виплат у вигляді часового проміжку у два роки.

Одноразовий характер цієї грошової допомоги, який впливає з приписів статей 16–16⁴ Закону, означає, що в разі виникнення підстав для її виплати в підвищеному розмірі, нарахування цієї допомоги відбувається з урахуванням грошової суми, яка вже була виплачена суб'єкту за наслідками первинного встановлення йому групи інвалідності (відсотка втрати працездатності).

3. З урахуванням презумпції конституційності актів, окресленої, зокрема, в частині другій статті 152 Конституції України, а також природи конституційності як феномену, який охоплює, окрім іншого, розуміння значення і ваги суспільних цінностей, неприпустимим є ретроактивне застосування наслідків Рішення.

4. Як в цьому судовому кейсі, в умовах війни, що триває, співробітництво й ефективна взаємодія гілок влади важлива не тільки для підтримки військовослужбовців (відтак – для зміцнення обороноздатності держави), а й для досягнення головних цілей нашої оборонної війни – захисту незалежності держави та її територіальної цілісності.

Суддя
Конституційного Суду України



В. В. ЛЕМАК