

## ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Первомайського О.О. у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень пунктів 4, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 17, 20, 22, 23, 25 розділу XII „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ від 2 червня 2016 року № 1402–VIII

Конституційний Суд України (далі – Конституційний Суд) 18 лютого 2020 року ухвалив Рішення № 2-р/2020 (далі – Рішення) у справі № 1-15/2018 за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень пунктів 4, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 17, 20, 22, 23, 25 розділу XII „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ від 2 червня 2016 року № 1402–VIII (далі – Закон № 1402).

Я усвідомлюю те, що в той час, коли літак з евакуйованими українцями вимушений довго кружляти в небі України<sup>1</sup>, тому що інші українці молитвами<sup>2</sup> чи іншим чином протестують проти його приземлення на їх малій батьківщині, ця окрема думка, як, можливо, і саме Рішення, мало кого зацікавлять.

Однак значущість Рішення, відчуття відповідальності за його ухвалення зобов'язують мене як суддю Конституційного Суду України викласти власні міркування щодо справи та ухваленого в ній Рішення.

### *Зміст резолютивної частини Рішення*

1. Конституційний Суд, зокрема, ухвалив таке:

«1. Визнати такими, що відповідають Конституції України (є конституційними), положення пунктів 4, 8, 9, 11, 13, 17 розділу XII

---

<sup>1</sup>Літак з Уханя з українцями н борту кружляє між Харковом, Дніпром та Полтавою. URL: <https://www.unn.com.ua/uk/news/1853320-litak-z-ukhanya-z-ukrayintsyami-na-bortu-kruzhyaye-mizh-kharkovom-dniprom-ta-poltavoyu>; Евакуація з Уханя: літак досі кружляє між Харковом, Полтавою і Дніпром. URL: <https://glavcom.ua/news/evakuaciya-z-uhanya-litak-dosi-kruzhyaje-mizh-harkovom-poltavoyu-i-dniprom--660652.html>

<sup>2</sup> Під Тернополем жителі вийшли співати молебень до Богородиці проти евакуйованих з Уханя. URL: <https://ukranews.com/ua/news/685190-pid-ternopolem-molyatsya-shhob-evakujovanyh-z-uhanyu-do-nyh-ne-pryvezly>

„Прикінцеві та перехідні положення“ Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ від 2 червня 2016 року № 1402–VIII зі змінами.

2. Визнати такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення розділу XII „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ від 2 червня 2016 року № 1402–VIII зі змінами:

- пункту 7 „та ліквідуються“ в частині Верховного Суду України;
- пункту 14 „судді Верховного Суду України“;
- пункту 25.

...

4. Закрити конституційне провадження у справі в частині перевірки на відповідність Конституції України (конституційність) положень:

– пункту 20 розділу XII „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ від 2 червня 2016 року № 1402–VIII зі змінами на підставі пункту 3 статті 62 Закону України „Про Конституційний Суд України“ – невідповідність конституційного подання вимогам, передбаченим цим законом;

– пунктів 22, 23 розділу XII „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону України „Про судоустрій і статус суддів“ від 2 червня 2016 року № 1402–VIII зі змінами на підставі пункту 5 статті 62 Закону України „Про Конституційний Суд України“ – втрата чинності актом (його окремими положеннями), щодо якого порушено питання відповідності Конституції України».

### ***Основні висновки Конституційного Суду***

2. Методологія Конституційного Суду щодо опрацювання фінального тексту рішення у більшості справ, особисто для мене, має такий недолік, як постійне скорочування тексту мотивувальної частини рішення у зв'язку з тим, що певні частини тексту рішення не дістають підтримки у необхідній кількості суддів Конституційного Суду. Внаслідок цього ухвалені рішення іноді мають

своєрідні „прогалини“ в мотивуванні юридичної позиції Конституційного Суду, що, звісно, не сприяє зовнішньому сприйняттю та якісному тлумаченню рішень Конституційного Суду, їх подальшому виконанню тощо.

На мою думку, має окремі недоліки й мотивувальна частина Рішення, внаслідок чого є ризики хибного тлумачення його змісту у цілому (мотивувальна та резолютивна частини) та потенційні проблеми з його подальшим виконанням.

3. З метою мінімізації цих ризиків, вважаю за необхідне відзначити таке.

По-перше, зі змісту Рішення випливає, що в окремих нормах Закону № 1402 всупереч Конституції України була закріплена *спроба ліквідації* найвищого суду в системі судустрою України.

Ця спроба відповідно до Рішення була не лише неконституційною, а також *невдалою*, оскільки згідно з Конституцією України, іншими нормами Закону № 1402 у 2016, 2017 роках було здійснено лише *перейменування* найвищого суду у системі судустрою України, в процесі якого з словесної конструкції „Верховний Суд України“ було вилучено власну назву держави „Україна“ та залишено тільки власну назву органу – „Верховний Суд“ (пункт 7, абзац третій пункту 13 мотивувальної частини Рішення).

По-друге, згідно з Рішенням на момент його ухвалення в Україні існує та діє *лише один* найвищий суд у системі судустрою України – Верховний Суд.

По-третє, Рішенням визнано такими, що відповідають Конституції України (є конституційними), положення пунктів 4, 8, 9, 11, 13, 17 розділу XII „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону № 1402, а отже, Рішенням, зокрема, *не ставиться* під сумнів повноважність Верховного Суду як органу судової влади у цілому, наявність повноважень у суддів Верховного Суду, обраних до його складу в результаті проведення двох відповідних конкурсів протягом 2016–2019 років.

По-четверте, згідно з Конституцією України та Рішенням щодо суддів, які перебували на посадах суддів Верховного Суду України (до його

перейменування), можуть бути проведені процедури оцінювання, як це передбачено підпунктом 4 пункту 16<sup>1</sup> розділу XV „Перехідні положення“ Основного Закону України в порядку, визначеному законом, однак ці судді не повинні проходити конкурс для зайняття посад у Верховному Суді, оскільки станом на 15 грудня 2017 року<sup>3</sup> вони *вже були* суддями найвищого суду у системі судоустрою України.

По-п'яте, виконання Рішення потребує невідкладного внесення змін до законодавства (пункт 5 резолютивної частини Рішення), зокрема в частині проведення оцінювання суддів, які до 15 грудня 2017 року перебували на посадах суддів Верховного Суду України.

#### ***Недоліки Рішення та додаткові міркування щодо внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)***

4. Сучасна конституційна демократія неможлива, зокрема, без поділу державної влади та розумного балансу в її поділі.

Беззаперечним є також те, що конституційна демократія потребує існування судової влади та її незалежності й інституційної самостійності від інших гілок влади.

Зазначені засадничі положення дістали своє текстуальне закріплення в статті 6 Основного Закону України, норми якої мають тлумачитись в сутнісному зв'язку з іншими конституційними приписами.

Конституція України визначала, що Верховний Суд є *єдиним та одиничним* органом судової влади, який є найвищим судом у системі судоустрою України.

Таким чином, Верховний Суд як єдиний та одиничний суд у системі судоустрою України, що безпосередньо визначений в Конституції України, *de jure* та *de facto* репрезентує судову владу в Україні.

---

<sup>3</sup> День початку діяльності Верховного Суду.

На мою думку, в Рішенні мало б бути закріплено те, що *Верховний Суд*<sup>4</sup> *взагалі не може бути ліквідований*, у тому числі шляхом внесення змін до Конституції України Верховною Радою України, за винятком ухвалення рішення щодо такої ліквідації безпосередньо Українським народом.

На підставі наведеного, можна дійти висновку, що наявна в Рішенні аргументація стосовно процедури ліквідації, зміни найменування, перегляду конституційних повноважень так званих конституційних органів<sup>5</sup> (абзац другий пункту 4 Рішення) в порядку внесення змін до Конституції України Верховною Радою України, на моє переконання, хибно застосована Конституційним Судом щодо Верховного Суду, оскільки рівень його своєрідної конституційної захищеності<sup>6</sup> *більший* порівняно з такими конституційними органами, як, наприклад, Фонд державного майна, Антимонопольний комітет України, Національна рада України з питань телебачення і радіомовлення.

5. Вважаю, що Конституційний Суд в Рішенні мав можливість сформулювати та вмотивувати юридичну позицію, згідно з якою положення частини другої статті 125 Конституції України щодо повноважень Верховної Ради України, Президента України та Вищої ради правосуддя стосовно утворення, реорганізації та ліквідації судів *не може бути поширено на Верховний Суд як орган судової влади взагалі*, оскільки сам факт існування Верховного Суду як органу, що презентує судову владу, не може залежати від дискреційних повноважень органів інших гілок державної влади<sup>7</sup>.

Ігнорування Конституційним Судом потреби в такому тлумаченні норм Конституції України в Рішенні не захищає Верховний Суд від подальших спроб атак на нього з боку інших гілок влади.

---

<sup>4</sup> Власна назва (найменування) якого все ж може змінюватись шляхом внесення змін до Конституції України Верховною Радою України.

<sup>5</sup> Органи, власна назва (найменування), конституційні повноваження яких повністю або частково визначено в Конституції України.

<sup>6</sup> Поряд з такими органами державної влади, як, наприклад, Верховна Рада України, Конституційний Суд України.

<sup>7</sup> Зазначений висновок не стосується конкурсу на посади суддів Верховного Суду, який має відбуватись з урахуванням конституційних повноважень Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради правосуддя.

6. Конституція України містить положення, яке передбачає проведення оцінювання в порядку, визначеному законом, відповідності судді займаній посаді за критеріями компетентності, професійної етики, доброчесності (підпункт 4 пункту 16<sup>1</sup> розділу XV „Перехідні положення“).

Зазначене положення узгоджується з приписом частини десятої статті 131 Конституції України, згідно з яким щодо суддів може здійснюватись, у тому числі, *оцінювання*.

Щодо зазначених положень Конституції України в січні 2016 року було здійснено попередній конституційний контроль та визнано Конституційним Судом такими, що відповідають вимогам статей 157, 158 Основного Закону України (висновки від 20 січня 2016 року № 1-в/2016, від 30 січня 2016 року № 2-в/2016).

У конституційному поданні Верховний Суд України запропонував Конституційному Суду перевірити на відповідність ряду статей Основного Закону України положення пункту 20 Закону № 1402, яке майже дослівно відтворює положення підпункту 4 пункту 16<sup>1</sup> розділу XV „Перехідні положення“ Конституції України.

Закриваючи конституційне провадження в частині перевірки на відповідність Основному Закону України положень пункту 20 Закону № 1402, Конституційний Суд, на мою думку, мав визнати це положення таким, **що відповідає Конституції України**, а не уникати відповіді стосовно цієї частини конституційного подання шляхом тверджень щодо його необґрунтованості.

7. Стосовно положення підпункту 4 пункту 16<sup>1</sup> розділу XV „Перехідні положення“ Основного Закону України пов’язане також моє наступне зауваження щодо Рішення.

У зазначеному положенні Конституції України передбачено проведення оцінювання в порядку, визначеному законом, відповідності судді займаній посаді за **критеріями компетентності, професійної етики, доброчесності**.

Згідно з першим реченням підпункту 4 пункту 16<sup>1</sup> розділу XV „Перехідні положення“ Основного Закону України відповідність судді займаній посаді шляхом зазначеного оцінювання має бути проведена стосовно суддів, яких 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)“.

Тобто зазначене положення Конституції України стосується *всіх* суддів, призначених або обраних на посаду судді до 30 вересня 2016 року.

Натомість в Рішенні наголошено на тому, що законодавець має передбачити *спеціальну процедуру та критерії оцінювання* суддів Верховного Суду України (абзац четвертий пункту 12).

Вважаю, що критерії оцінювання відповідності судді займаній посаді, а саме компетентність, професійна етика, добросовісність, *вже встановлені зазначеною нормою Конституції України* як нормою прямої дії, а тому закон *не може* передбачати інших критеріїв такого оцінювання в контексті положень підпункту 4 пункту 16<sup>1</sup> розділу XV „Перехідні положення“ Основного Закону України.

З цих міркувань не можу погодись з Рішенням Конституційного Суду в цій частині.

8. Рішення Конституційного Суду є обов'язковим (стаття 151<sup>2</sup> Конституції України).

Іманентною ознакою будь-якого рішення Конституційного Суду є те, що воно, по-перше, може бути виконано (об'єктивна складова), по-друге, є зрозумілим для суб'єктів виконання (суб'єктивна складова).

Вважаю, що Рішення в цьому аспекті має певні вади, у зв'язку з чим зазначаю таке.

9. За межами Рішення залишилась та обставина, що в національній правовій системі обрано модель юридичного регулювання, згідно з якою

відбувається наділення *органу державної влади*, в цьому випадку Верховного Суду держави<sup>8</sup>, статусом *юридичної особи (юридичної особи публічного права)*.

Так, з часу проголошення незалежності України 24 серпня 1991 року в Україні існував такий орган судової влади, як Верховний Суд, в назві якого у вересні 1991 року зникла вказівка на „Українську РСР“<sup>9</sup>, а із внесенням змін до Конституції України в червні 2016 року – і вказівка на власну назву держави „Україна“.

Водночас 24 лютого 1994 року до чинного на той час Державного реєстру звітних (статистичних) одиниць України було включено відомості щодо юридичної особи – *Верховний Суд України*<sup>10</sup>, код 00019034, адреса: 01024, м. Київ, Печерський район, вул. Пилипа Орлика, буд. 4.

У свою чергу 9 листопада 2017 року до Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань було внесено реєстраційний запис щодо юридичної особи – *Верховний Суд*, код 41721784, адреса: 01043, м. Київ, Печерський район, вул. Пилипа Орлика, буд. 8.

Таким чином, з ухваленням Закону № 1402, що містив, зокрема, положення пункту 7 розділу XII „Прикінцеві та перехідні положення“ щодо припинення діяльності та ліквідації Верховного Суду України, дискусія стосовно можливості *припинення діяльності* та (або) *ліквідації* найвищого суду у системі судоустрою України фактично та безпідставно змішалась з дискусією щодо *припинення* (у формі одного з видів *реорганізації* або *ліквідації*) юридичної особи публічного права.

10. Вважаю, що в Рішенні мало було б чітко зазначено, що проблематика припинення діяльності та (або) ліквідація юридичних осіб публічного права в контексті цієї справи перебуває за межами конституційно-правового

---

<sup>8</sup> В цьому випадку вже не має значення назва цього органу.

<sup>9</sup> З використанням у назві суду власної назви держави – „Україна“.

<sup>10</sup> Згідно з даними Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань ця юридична особа перебуває в стані *припинення*.



регулювання, а тому безпідставно ототожнювати *припинення діяльності та ліквідацію Верховного Суду як конституційного органу* та *припинення та ліквідацію Верховного Суду як юридичної особи публічного права*.

Іншими словами, Верховний Суд як орган державної влади взагалі може не мати статусу юридичної особи (юридичної особи публічного права), як, наприклад, відсутній такий статус у Верховної Ради України чи Кабінету Міністрів України, але наявність чи відсутність статусу юридичної особи у Верховного Суду не впливає на його конституційно-правовий статус, його повноваження та діяльність, а тому Верховний Суд як орган державної влади *не може* бути припинений (реорганізований чи ліквідований) як „звичайна“ юридична особа публічного права.

Отже, в мотивувальній частині Рішення мало бути зазначено, що Верховна Рада України на виконання рішення має шляхом ухвалення змін до чинного законодавства вирішити проблему одночасного існування<sup>11</sup> двох окремих юридичних осіб публічного права, які обидві в теперішній час (у зв'язку з недоліками нормативного регулювання та правозастосування) є цивільно-правовим уособленням єдиного та одиничного органу державної влади – Верховного Суду.

11. Важливо, що вирішення проблеми одночасного існування зазначених двох окремих юридичних осіб публічного права необхідне також для належного врегулювання:

– трудових та інших відносин за участю працівників, роботодавцем для яких була юридична особа з назвою (найменуванням) „Верховний Суд України“, код 00019034;

– майнових відносин щодо державного рухомого та нерухомого майна, яке перебуває на балансі або іншим чином обліковується чи перебуває на

---

<sup>11</sup> З 9 листопада 2017 року.

певному праві (титулі) у такої юридичної особи, як „Верховний Суд України“, код 00019034.

12. У Рішенні в одному з висновків зазначено, що „... судді Верховного Суду України мають продовжувати здійснювати свої повноваження як судді Верховного Суду“ (перше речення абзацу третього пункту 13).

Насправді, з цієї та інших частин Рішення залишається незрозумілим, по-перше, чи були ці судді повноважними в період з 15 грудня 2017 року до моменту набуття чинності Рішенням, по-друге, які інші акти (крім самого Рішення) та дії Верховної Ради України, Голови Верховного Суду та (або) інших органів та (або) посадових осіб необхідні для фактичного допуску цих суддів до здійснення правосуддя у складі Верховного Суду.

Відсутність бажаної юридичної визначеності в цій частині Рішення створює ризики для його належного виконання в розумні строки.

13. Можливо, й слушно, але Конституційний Суд у Рішенні оминув ще одну важливу проблему.

Ідеться про визначення *розумних* строків проведення оцінювання, яке передбачено підпунктом 4 пункту 16<sup>1</sup> розділу XV „Перехідні положення“ Конституції України, з метою виявлення відповідності (невідповідності) судді займаній посаді.

Зазначене положення Конституції України набуло чинності 30 вересня 2016 року, але у зв'язку з різними обставинами відповідна процедура оцінювання щодо значного кола суддів, яких було призначено або обрано на посаду до набрання чинності Законом України „Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)“, до цього часу не завершена.

Така обережність Конституційного Суду у формуванні юридичних позицій не завжди є виправданою, тим більше, коли це стосується таких важливих питань, як конституційні гарантії незалежності суддів.

*Висновки*

Переконаний, що лютий 2020 року залишиться в новітній історії України не лише у зв'язку з ганебною для національної гідності „битвою під Новими Санжарами“<sup>12</sup>.

Значно важливішим для історії у цілому та розбудови України як правової держави, зокрема, буде Рішення у цій справі, згідно з яким Конституційний Суд здійснив, можливо, й не ідеальну, але цілком свідому та необхідну спробу щодо захисту незалежності та самостійності судової гілки влади, без існування якої, як відомо, неможливі ні конституційна демократія, ні гарантування прав і свобод людини і громадянина.



Судія  
Конституційного Суду України

**О. ПЕРВОМАЙСЬКИЙ**

---

<sup>12</sup> За фактом масових заворушень у Нових Санжарах поліція відкрила провадження за п'ятьма статтями. URL: <https://www.unian.ua/incidents/10886099-za-faktom-masovih-zavorushen-u-novih-sanzharah-policiya-vidkrila-provadhennya-za-p-yatma-stattiyami.html>; „Гостинний“ прийом у Нових Санжарах. Люди махали зустрічаючим, а в них летіло каміння. URL: <https://glavcom.ua/news/lyudi-mahali-zustrichayuchim-a-v-nih-letilo-kaminnya-evakuyovani-z-kitayu-ukrajinci-uzhe-rozmishchuyutsya-u-sanatoriji-660822.html>