

ОКРЕМА (РОЗБІЖНА) ДУМКА
судді Конституційного Суду України Олега Первомайського
у справі № 1-18/2020(332/20)

Велика палата Конституційного Суду України (далі – Конституційний Суд) 16 травня 2024 року ухвалила Ухвалу № 3-уп/2024 (далі – Ухвала), якою закрила конституційне провадження у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) приписів абзаців першого – четвертого частини другої, частини третьої, частин шостої – дев'ятої, частин двадцятої, двадцять першої, двадцять другої, частин двадцять шостої, частин двадцять восьмої – тридцять третьої статті 9¹, статті 9² Закону України „Про альтернативні джерела енергії“, частин другої, четвертої, пункту 3 частини дев'ятої статті 65 Закону України „Про ринок електричної енергії“ [далі – справа № 1-18/2020(332/20)].

На підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“, § 74 Регламенту Конституційного Суду України вважаю за потрібне викласти окрему думку щодо Ухвали та низки значущих для цього провадження понять та явищ.

***Щодо дотримання вимоги безсторонності складу
Конституційного Суду для закриття конституційного провадження***

1. Конституційний Суд 16 травня 2024 року ухвалив два процесуальні рішення про закриття двох конституційних проваджень¹, які я не підтримав з однакової підстави – недотримання, на мою думку, вимоги безсторонності складу Конституційного Суду.

¹ Див. також Ухвалу Конституційного Суду України від 16 травня 2024 року № 2-уп/2024 про закриття конституційного провадження у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 3 розділу III „Прикінцеві та перехідні положення“ Закону України «Про визнання таким, що втратив чинність, Закону України „Про перелік об'єктів права державної власності, що не підлягають приватизації“».

Мотивуючи свою позицію в цьому конституційному провадженні, зазначу таке.

2. Конституційне подання 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) приписів абзаців першого – четвертого частини другої, частини третьої, частин шостої – дев'ятої, частин двадцятої, двадцять першої, двадцять другої, частин двадцять шостої, частин двадцять восьмої – тридцять третьої статті 9¹, статті 9² Закону України „Про альтернативні джерела енергії“, частин другої, четвертої, пункту 3 частини дев'ятої статті 65 Закону України „Про ринок електричної енергії“ надійшло до Конституційного Суду 17 липня 2020 року вх. № 03/332.

Третя колегія суддів Другого сенату Конституційного Суду Ухвалою від 10 серпня 2020 року № 167-3(II)/2020 відкрила конституційне провадження в цій справі.

Отже, Конституційний Суд здійснював конституційне провадження у справі № 1-18/2020(332/20) з 10 серпня 2020 року.

3. Верховна Рада України 16 жовтня 2019 року ухвалила Постанову „Про участь постійного представника Верховної Ради України у конституційному провадженні“ № 194–XI (далі – Постанова № 194).

Цього ж дня Верховна Рада України Постановою № 195–XI призначила Совгірю Ольгу Володимирівну постійним представником Верховної Ради України у Конституційному Суді (далі – Постійний представник).

Згідно з пунктом 1 Постанови № 194 „Голова Верховної Ради України відповідно до повноважень, наданих пунктом 4 частини другої статті 88 Конституції України, безпосередньо подає необхідні матеріали від імені Верховної Ради України при підготовці та розгляді Конституційним Судом України конкретних справ, у яких має право брати участь постійний представник Верховної Ради України з метою сприяння повноті і всебічності розгляду справ та прийняття Конституційним Судом України обґрунтованих рішень“.

Постановою № 194 затверджено „Положення про постійного представника Верховної Ради України у Конституційному Суді України“ (пункт 2) (далі – Положення).

Відповідно до пункту 1 Положення Постійний представник є «уповноваженою особою, яка відповідно до вимог, передбачених Законом України „Про Конституційний Суд України“, бере участь у веденні справи – конституційному провадженні, наділена правом вчинення від імені Верховної Ради України, яку представляє, всіх процесуальних дій, крім повної або часткової відмови від заявленої позиції, викладеної у поясненні чи висновку, поданому Головою Верховної Ради України до Конституційного Суду України, а також зміни чи уточнення предмета розгляду, передачі своїх повноважень іншій особі (передоручення)».

Згідно з пунктом 8 Положення Постійний представник виконує, зокрема, такі функції:

„1) за дорученням Голови Верховної Ради України:

– готує матеріали відповідно до конституційних подань, конституційних звернень та конституційних скарг, щодо яких відкрито конституційне провадження, або у зв'язку з офіційним тлумаченням положень Конституції України, щодо яких було внесено конституційне подання або конституційне звернення до Конституційного Суду України, або необхідність у якому виникла під час розгляду Сенатом чи Великою палатою питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) законів України (їх окремих положень) за конституційними скаргами;

– готує проекти висновків, пояснень, які на запит Конституційного Суду України мають бути подані у зв'язку з розглядом справ за конституційним поданням, конституційним зверненням або конституційною скаргою;

<...>

б) бере участь у засіданнях колегій, засіданнях та пленарних засіданнях сенатів, Великої палати Конституційного Суду України;

7) доповідає на засіданнях колегій, засіданнях та пленарних засіданнях сенатів, Великої палати Конституційного Суду України про необхідні уточнення до поданих документів і матеріалів, які досліджуються у конституційному провадженні“.

Відповідно до пункту 9 Положення Постійний представник під час здійснення своїх повноважень має право, зокрема:

«1) представляти Верховну Раду України в Конституційному Суді України у випадках, передбачених Законом України „Про Конституційний Суд України“;

2) подавати Голові Верховної Ради України проекти висновків, пояснень, заперечень щодо розгляду справ, провадження по яких відкрито у Конституційному Суді України;

3) брати участь у розгляді справ на засіданнях колегій, засіданнях та пленарних засіданнях сенатів, Великої палати Конституційного Суду України у порядку та в строки, визначені Законом України „Про Конституційний Суд України“».

4. Отже, на день відкриття конституційного провадження у справі № 1-18/2020(332/20), тобто 10 серпня 2020 року, Совгиря Ольга Володимирівна перебувала на посаді та виконувала функції Постійного представника, зокрема й у цьому конституційному провадженні.

Підтвердженням цього факту є лист Постійного представника від 14 грудня 2020 року вих. № 30/7-2020/239424, що надійшов до Конституційного Суду 15 грудня 2020 року вх. № 11/2344, в якому Совгиря Ольга Володимирівна заявила клопотання про розгляд справи за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) приписів абзаців першого – четвертого частини другої, частини третьої, частин шостої – дев’ятої, частин двадцятої, двадцять першої, двадцять другої, частин двадцять шостої, частин двадцять восьмої – тридцять третьої статті 9¹, статті 9² Закону України „Про альтернативні джерела енергії“, частин другої, четвертої, пункту 3 частини дев’ятої статті 65 Закону України

„Про ринок електричної енергії“ в формі письмового провадження за її відсутності.

5. Верховна Рада України Постановою від 27 липня 2022 року № 2442–ІХ призначила Совгирю Ольгу Володимирівну на посаду судді Конституційного Суду.

Верховна Рада України Постановою від 27 липня 2022 року № 2444–ІХ припинила повноваження Совгирі Ольги Володимирівни як Постійного представника.

Совгиря Ольга Володимирівна склала присягу судді Конституційного Суду 2 серпня 2022 року.

6. З огляду на наведене Конституційний Суд ухвалив Ухвалу за участю судді, яка з моменту відкриття конституційного провадження в цій справі, – з 10 серпня 2020 року – до моменту її призначення на посаду судді Конституційного Суду – 27 липня 2022 року – перебувала на посаді та виконувала функції Постійного представника, зокрема й у справі № 1-18/2020(332/20).

Ураховуючи, що один суддя Конституційного Суду до моменту набуття статусу судді представляв одного з суб'єктів конституційного провадження – Верховну Раду України, на мою думку, має місце процесуальне сумісництво, що унеможлиблює ухвалення Конституційним Судом у такому складі процесуальних актів та рішень, що розв'язують конституційний спір з дотриманням вимоги безсторонності.

7. Велика палата Конституційного Суду в Ухвалі від 8 вересня 2022 року № 525-у/2022 у справі № 1-234/2019(5329/19) виснувала, що „<...> процесуальне сумісництво судді Конституційного Суду України та учасника конституційного провадження в межах однієї і тієї ж справи неприпустиме, суддя

Конституційного Суду України Совгиря О.В. не може брати участі у розгляді цієї справи як суддя“ (абзац другий підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини).

Послідовно обстоюючи цю позицію, Конституційний Суд протягом 2022–2024 років неодноразово ухвалював подібні процесуальні рішення щодо відводу судді в низці інших конституційних проваджень (ухвали від 21 грудня 2022 року № 568-у/2022, від 21 грудня 2022 року № 569-у/2022, від 31 січня 2023 року № 6-у/2023, від 31 січня 2023 року № 7-у/2023, від 2 лютого 2023 року № 10-у/2023, від 2 лютого 2023 року № 12-у/2023, від 16 березня 2023 року № 29-у/2023, від 18 квітня 2023 року № 39-у/2023, від 18 квітня 2023 року № 40-у/2023, від 18 квітня 2023 року № 42-у/2023, від 20 квітня 2023 року № 44-у/2023, від 20 квітня 2023 року № 47-у/2023, від 16 травня 2023 року № 53-у/2023, від 11 липня 2023 року № 68-у/2023, від 1 лютого 2024 року № 18-у/2024).

8. Усупереч своїй юридичній позиції, Конституційний Суд Ухвалою від 15 червня 2023 року № 59-у/2024 відмовив у задоволенні самовідводу судді Совгирі Ользі Володимирівні в справі № 1-18/2020(332/20), унаслідок чого подальше ухвалення процесуального рішення із закриття конституційного провадження в цій справі суперечило вимозі безсторонності суду та наведеній практиці Конституційного Суду.

Щодо оцінювання обґрунтованості конституційного подання

9. Мотивуючи Ухвалу, Конституційний Суд, передусім, послався на вади обґрунтування конституційного подання, а саме: «Автори клопотання, аргументуючи невідповідність приписам статей 6, 8, 19, 85, 92, 116 Конституції України оспорюваних приписів Закону № 555, навели власне бачення щодо визначення механізмів функціонування „зеленого“ тарифу, зокрема стосовно встановлення його розміру саме виконавчою, а не законодавчою гілкою влади, фактично піддавши сумніву доцільність запровадження законодавцем такого

тарифу для стимулювання виробництва електричної енергії з альтернативних джерел енергії в Україні, що не є обґрунтуванням тверджень щодо їх неконституційності» (абзац четвертий підпункту 3.1 пункту 3 мотивувальної частини).

10. Оскільки на прикладі Ухвали йдеться про вияв доволі поширеної практики Великої палати Конституційного Суду та його сенатів з ухвалення процесуальних рішень про закриття конституційних проваджень, вважаю доречним зазначити таке.

По-перше, ухвалення Великою палатою або сенатами Конституційного Суду процесуальних рішень про закриття конституційних проваджень з посиланням на ваду обґрунтованості конституційних звернень (подань, скарг) *de facto* вказує на помилковість рішень органів Конституційного Суду, які відкрили конституційні провадження².

Зрозуміло, що перегляд Конституційним Судом рішень своїх органів нівелює авторитет самої інституції, оскільки якщо один із органів Конституційного Суду міг помилитись у питанні відкриття конституційного провадження, це надає підґрунтя для формування у стороннього спостерігача припущення про те, що й закриття конституційного провадження може бути наслідком помилки.

По-друге, дискусійним є застосовний Конституційним Судом юридичний наслідок встановлення на стадії розгляду справи у закритій частині факту необґрунтованості конституційного звернення (подання, скарги).

В Ухвалі та більшості інших подібних випадків встановлення вади обґрунтованості конституційних звернень (подань, скарг) має наслідком закриття конституційних проваджень.

Водночас зрозумілим є те, що стандарти оцінювання аргументів, викладених у конституційному зверненні (поданні, скарзі) для ухвалення процесуального рішення з відкриття конституційного провадження, та

² Залежно від виду конституційного звернення такими органами можуть бути не лише колегії, а також сенати та Велика палата Конституційного Суду

аргументів, потрібних та достатніх для ухвалення рішення по суті конституційного спору, є різними.

Презумпція конституційності закону та інших актів, що можуть бути предметом конституційного контролю, дає підстави для застосування іншого юридичного наслідку встановлення Конституційним Судом факту відсутності потрібних та достатніх аргументів невідповідності Конституції України приписів актів права, що оспорюють у конституційному зверненні (поданні, скарзі).

Таким альтернативним юридичним наслідком є завершення конституційного провадження та ухвалення відповідного рішення по суті конституційного спору.

Загальні міркування та висновки

11. Безліч разів перечитуючи Конституцію України та аналізуючи контекст її приписів, можу стверджувати про відсутність у Конституційного Суду обов'язку бути обережним. Бути обережним у тому сенсі, що за першої нагоди він має відмовляти у відкритті конституційних проваджень або закривати вже відкриті.

Уважаю, що сенс створення та діяльності будь-якого органу конституційного контролю полягає в дієвому та ефективному захисті людських прав та інших конституційних цінностей.

Сам факт існування органу Конституційного Суду в теперішні часи та в українському контексті має мінімальний „охолоджуючий ефект“ для потенційних учасників конституційних конфліктів.

12. Розмірковуючи про причини поширеної практики ухвалення національним органом конституційного контролю процесуальних рішень щодо закриття конституційних проваджень, слід, безперечно, визнати, що Велика палата Конституційного Суду з низки причин тривалий час функціонує на межі

свого кворуму. У той же час вимога кількості голосів суддів, які мають підтримати проєкт рішення для його ухвалення, є незмінною.

Звісно, в цій ситуації можна обмежитись констатацією існування справжніх або удаваних недоліків законодавства, що вносить порядок організації та діяльності Конституційного Суду, процедуру розгляду ним справ, або послатись на пасивність суб'єктів призначення суддів Конституційного Суду.

Водночас потрібно визнати і те, що Конституційний Суд майже повністю усунувся від будь-яких спроб забезпечити свою інституційну та функційну спроможність.

Отже наразі актуальним є риторичне запитання сучасного конституціоналізму: якщо орган конституційного контролю не в змозі захистити свою інституційну та функційну спроможність, яким чином він зможе захистити конституцію та цінності, що в ній проголошені?

13. У часи війни слухними та правильними є твердження, думки та сентенції, що в інший час видаються дивними та недоречними.

Ніхто не народжувався для війни, тому одним із найважчих завдань у військовій підготовці пересічної людини є не стільки навчити її влучно стріляти та виживати на полі бою, скільки навчити вбивати.

Екстраполюючи ці міркування на діяльність національного органу конституційного контролю, слід констатувати, що Конституційний Суд уміє довго та ретельно розглядати справи.

Однак на часі найважче – ухвалення рішень.

Суддя
Конституційного Суду України



Олег ПЕРВОМАЙСЬКИЙ