

ОКРЕМА (ЗБІЖНА) ДУМКА

судді Конституційного Суду України Олександра Водяннікова стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Гнезділова Сергія Олексійовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини восьмої статті 176 Кримінального процесуального кодексу України від 24 червня 2026 року № 4-р(П)/2026

Свобода, гідність і рівність утворюють „Великий трикутник“ сучасного конституціоналізму¹. Ці три цінності є не лише окремими правами, закріпленими в конституційному тексті. Вони становлять взаємопов’язану архітектурну основу конституційного ладу, у межах якої кожна з них набуває повного змісту лише у зв’язку з двома іншими. Свобода без рівності перетворюється на привілей; рівність без гідності – на нівелювання особистості; гідність без свободи – на патерналістську опіку. Саме тому конституційне правосуддя у найбільш принципових своїх рішеннях неминуче постає перед питанням конфігурації цього трикутника, як у конкретній правовій ситуації співвідносяться між собою його кути і де проходить межа між допустимим законодавчим балансуванням та конституційно забороненим втручанням у його основи.

Справа за конституційною скаргою Гнезділова С.О. є саме такою, і це пояснює її особливу конституційну вагу. Вона порушує питання не просто про право на свободу, вона стосується збереження всього трикутника в умовах, коли держава відчуває спокусу пожертвувати одним із його кутів заради того, що здається їй нагальною суспільною потребою і важливим публічним інтересом. Ця спокуса є особливо сильною в умовах воєнного стану, коли політична нація переживає екзистенційну загрозу самому своєму існуванню і коли аргументи на користь „виняткових заходів“ набувають максимальної переконливості. Саме тому питання, поставлене в цій справі, є сутнісно конституційним: чи може

¹ Baer S. Dignity, Liberty, Equality: A Fundamental Rights Triangle of Constitutionalism. *The University of Toronto Law Journal*. 2009. Vol. 59, No.4. P. 418-419. Водянніков О. *Гендерна рівність Теорія і практика в порівняльному конституційному праві*. Київ: ВАІТЕ, 2021. С. 61–65.

держава, навіть у екстремальних умовах, що загрожують самому її існуванню жертвувати цінностями „Великого трикутника“.

Рішення Конституційного Суду України (далі – Суд) у справі за конституційною скаргою Гнезділова Сергія Олексійовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини восьмої статті 176 Кримінального процесуального кодексу України (далі – Кодекс) від 24 червня 2026 року № 4-р(II)/2026 (далі – Рішення) дає відповідь, яку я вважаю важливою і правильною: ні. Другий сенат Суду не обмежився вузькою процесуальною оцінкою оспорюваного припису – він проаналізував конституційне питання саме крізь призму цього трикутника, розглянувши свободу (стаття 29 Конституції України), гідність (стаття 28 Конституції України) і рівність (стаття 24 Конституції України) як єдину систему гарантій, жодна з яких не може бути принесена в жертву навіть під тиском обставин воєнного часу. Це потребувало певної інституційної мужності – адже Суд розглядав питання, яке стосується чутливої сфери військових кримінальних правопорушень, а отже, і обороноздатності держави, і обрав конституційний стандарт, а не зручний компроміс. Я підтримую це рішення і повністю його поділяю.

Рішення є водночас продуктом суддівського компромісу – як і будь-яке рішення колегіального органу. Це не вада, а природа колегіального конституційного правосуддя: для того, щоб необхідне і правильне по суті рішення було ухвалене, кожен суддя має бути готовий поступитися тими власними акцентами, які не є вирішальними для резолютивної частини. Саме тут відкривається простір для окремої думки: вона дає змогу повернути в публічний дискурс ті аргументи, якими довелося пожертвувати задля спільного результату, або розшифрувати ті, які залишилися в Рішенні імпліцитними, але мають самостійне доктринальне значення.

У Рішенні є кілька таких моментів, яким, на мою думку, варто приділити окрему увагу. Деякі з них є фундаментальними і заслуговують на більш детальне розгортання – зокрема те, чому вимога „вмотивованого рішення суду“ в частині другій статті 29 Конституції України є матеріальною конституційною

забороною безальтернативних запобіжних заходів; і те, чому друге речення частини другої статті 64 Конституції України є самостійним і достатнім аргументом на користь неконституційності оспорюваного припису Кодексу. Є й такі, де я, не відступаючи від загального висновку, обрав би інший аргументаційний шлях, зокрема в питанні про конституційну оцінку виокремлення військовослужбовців як спеціального суб'єкта.

Проте найважливішими – і саме тому такими, що потребують окремого осмислення, – є дві позиції, сформульовані в мотивувальній частині Рішення. Перша з них є одним з *ratio decidendi*: Суд констатував, що „неправомірне унормування порядку обрання запобіжного заходу для військовослужбовців, зазначених в оспорюваному приписі Кодексу, має наслідком посягання на їхню людську гідність“. Це конституційний висновок про те, що процесуальна безальтернативність запобіжного заходу у виді тримання під вартою є не лише порушенням процедури, а й актом, що зачіпає гідність людини як таку. Цей висновок заслуговує на самостійне доктринальне розгортання. Другу позицію сформульовано як *obiter dictum* – і саме тому вона може здатися менш значущою. Однак я переконаний, що ця позиція є одним із найглибших висловлювань Рішення: „Готовність до виконання обов'язку захищати Вітчизну (стаття 65 Конституції України) заснована, крім іншого, на довірі громадян до України – демократичної держави, яка є справедливою та безумовно керується вимогами Конституції України“. Це є постулатом про природу конституційного зобов'язання між державою і громадянином, виразом конституційного „військового ковенанту“: держава не може вимагати від особи готовності до самопожертви, одночасно відмовляючи їй у мінімальних конституційних гарантіях. Але його осердя полягає у більш засадничому конституційному принципі – принципі довіри до держави.

Саме ці питання і є предметом моєї окремої думки.

На підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“, § 74 Регламенту Суду вважаю за потрібне викласти окрему (збіжну) думку щодо Рішення.

1. Стаття 29 Конституції України: вимога вмотивованості як конституційна заборона безальтернативного запобіжного заходу

Частина друга статті 29 Конституції України проголошує: „Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом“. Ця норма традиційно читається як процедурна гарантія – вимога того, щоб рішення про позбавлення особи свободи ухвалювалося судом. Однак таке прочитання є неповним. Воно вловлює форму, але пропускає зміст.

Конституційне поняття „вмотивоване рішення“ не є синонімом „рішення, що містить мотивувальну частину“. Мотивація у конституційному сенсі – це не опис підстав, обраних законодавцем заздалегідь, і не констатація того, що передбачені законом формальні умови настали. Мотивація є поясненням вибору: чому в цьому конкретному випадку, з урахуванням цих конкретних обставин і цих конкретних ризиків, суд дійшов саме такого, а не іншого результату. Поняття мотивації невіддільне від поняття вибору – і там, де вибору немає, немає й мотивації у цьому сенсі слова.

Я вже писав у окремій (збіжній) думці стосовно Рішення Суду у справі за конституційною скаргою Горобця Артура Валерійовича від 4 березня 2026 року № 1-р(П)/2026: *«Вимога „вмотивованого рішення суду“, закріплена у частині другій статті 29 Конституції України, передбачає не лише формальну участь суду у процедурі обмеження свободи особи, а й наділення суду реальною дискрецією щодо оцінки обставин конкретної справи та вибору запобіжного заходу, який є необхідним і пропорційним у відповідній ситуації. Така конституційна вимога означає, що рішення про тримання особи під вартою повинно бути результатом індивідуалізованого судового розсуду, заснованого на оцінці наявності обґрунтованої підозри та процесуальних ризиків. Відповідно законодавець, установлюючи правила застосування запобіжних заходів, не може позбавляти суд можливості здійснювати такий розсуд, зокрема у спосіб нормативного визначення єдиного обов'язкового запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою для певних категорій кримінальних правопорушень.*

Подібне регулювання фактично перетворювало б судові рішення на формальне підтвердження наперед визначеного результату, що суперечило б конституційному змісту вимоги про вмотивоване рішення суду як гарантії ефективного судового контролю за обмеженням свободи особи»².

Звідси випливає висновок, який, на мою думку, є прямим текстуальним наслідком частини другої статті 29 Конституції України: законодавчий припис, що наперед і безумовно визначає єдиний можливий запобіжний захід для визначеної категорії осіб незалежно від оцінки судом обставин конкретної справи, є несумісним зі статтею 29 Конституції України за своєю суттю. Не тому, що результат обов'язково є несправедливим. І не тому, що тримання під вартою не могло б бути обраним у конкретній справі. А тому, що конституційна умова правомірності тримання під вартою – вмотивоване рішення суду – є в такій ситуації структурно нездійсненою. Суддя може написати будь-яку кількість сторінок „мотивування“, але якщо закон позбавив його чи її можливості обрати інший результат, написане є не мотивацією вибору, а оформленням наперед заданого рішення. Це – не „вмотивоване рішення суду“ у сенсі статті 29 Конституції України. І тому Суд підкреслив: „конституційна вимога вмотивованого судового рішення виражає саму суть порядку обмеження особистої свободи у питанні призначення (обрання) запобіжного заходу у виді тримання під вартою особі, яку підозрюють чи обвинувачують у вчиненні кримінального правопорушення“ (абзац десятий підпункту 4.1 пункту 4 мотивувальної частини Рішення), а далі наголосив: «Конституційна роль правосуддя не може бути зведена законодавцем до техніко-юридичного „оформлення“ волі парламенту, вираженої в законодавчому приписі. У кожній справі суддя, суд зобов'язаний повноцінно здійснювати правосуддя незалежно та неупереджено, втілюючи його наслідки у вмотивованому судовому рішенні» (абзац п'ятий пункту 5 мотивувальної частини Рішення).

² Окрема (збіжна) думка судді Конституційного Суду України Олександра Водянікова стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою Горобця Артура Валерійовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини першої статті 76 Кримінального процесуального кодексу України від 4 березня 2026 року № 1-р(II)/2026. Вісник Конституційного Суду України. 2026. № 3. С. 27.

Цей висновок – і в цьому я вбачаю принципову важливість підходу Суду у Рішенні – стосується не ступеня втручання, а його виду: питання полягає саме в тому, чи здатна норма за своєю будовою взагалі задовольнити конституційну вимогу правомірності тримання під вартою. Цей підхід не передбачає зважування мети законодавця проти обраного засобу, не питає, чи є мета достатньо важливою, чи є засіб найменш обтяжливим, чи є баланс справедливим. Він аналізує лише одне: чи зберігає законодавче регулювання мінімальний структурний простір, без якого вимога „вмотивованого рішення суду“ стає порожньою формулою. Якщо роль суду зводиться до *«техніко-юридичного оформлення» волі парламенту*, норма є неконституційною незалежно від того, якими міркуваннями керувався законодавець.

Саме звідси випливає, що законодавчий припис, який регулює підстави застосування тримання під вартою, є несумісним із частиною другою статті 29 Конституції України, якщо він позбавляє слідчого суддю, суд можливості здійснити змістову оцінку хоча б одного з елементів, без яких мотивація є неможливою: наявності ризиків (стаття 177 Кодексу), індивідуальних обставин справи (стаття 178 Кодексу) або вибору між запобіжними заходами, передбаченими частиною першою статті 176 Кодексу. Частина восьма статті 176 Кодексу позбавляла суд можливості здійснити оцінку всіх трьох елементів.

2. Спеціальний суб'єкт: рівність, гідність і довіра до держави

Оспорюваний припис Кодексу виокремив особливу категорію осіб – військовослужбовців, підозрюваних або обвинувачених у вчиненні злочинів, передбачених статтями 402–405, 407, 408, 429 Кримінального кодексу України, – та встановив для них режим, відмінний від режиму, що діє щодо всіх інших підозрюваних і обвинувачених. Це виокремлення потребує конституційного обґрунтування. Його відсутність і є другою, самостійною підставою неконституційності оспорюваного припису Кодексу.

Суд будує аргумент у три кроки. Спершу встановлює нормативну базу, цитуючи три різних джерела: статтю 21 Конституції України (рівність у гідності

та правах), частину першу статті 24 Конституції України (рівність перед законом) і частину другу статті 24 Конституції України (заборона привілеїв та обмежень за певними ознаками). Далі Суд формулює стандарт перевірки, згідно з яким диференціація є допустимою, якщо має легітимну, об'єктивно обґрунтовану мету і належні та потрібні засоби: *«Допустимість обмеження конституційного принципу рівноправності пов'язана з тим, що „таке обмеження має правомірну, об'єктивно обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та потрібними“»* (абзац четвертий підпункту 6.1 пункту 6 мотивувальної частини Рішення). Нарешті Суд застосовує цей стандарт до конкретної норми: перевіряє, чи є засіб раціонально пов'язаним із метою, і констатує, що такого зв'язку немає: *„не було об'єктивного й розумного підґрунтя для встановлення законодавцем різниці у статусі для виокремлення відповідної групи військовослужбовців і застосування до такої групи виключно запобіжного заходу у виді тримання під вартою“* (абзац сьомий підпункту 6.3.2 підпункту 6.3 пункту 6 мотивувальної частини Рішення).

Аналіз оспорюваного припису Кодексу крізь призму статті 24 Конституції України, здійснений у пункті 6 мотивувальної частини Рішення, є правильним за результатом, але методологічно неповним. Ця неповнота не впливає на висновок у цій справі, проте може мати значення для майбутніх справ, у яких постане схоже питання. Саме тому вважаю за необхідне її позначити.

2.1. Стаття 24 Конституції України: три гарантії і їх відмінна нормативна природа

Стаття 24 Конституції України є складнішою за своєю нормативною архітектурою, ніж це зазвичай відображається в судовій практиці, зокрема й у мотивувальній частині Рішення. Вона містить три самостійні приписи і один виняток, кожен із яких має відмінну природу, відмінний предмет і відмінну логіку застосування. Їх змішування – нехай і таке, що не завжди впливає на результат конкретної справи – породжує доктринальну неясність, наслідки якої стають відчутними саме тоді, коли справа є складною.

Перший припис – гарантія рівних конституційних прав і свобод, принцип рівноправності (частина перша статті 24 Основного Закону України). Він стосується прав і свобод, безпосередньо закріплених Конституцією України, або таких, що випливають із її цінностей і принципів, і встановлює, що ці права і свободи є рівними для всіх. На перший погляд може здатися, що цей припис є надлишковим, адже більшість конституційних прав і свобод сформульовані через *universalia* – „кожен“, „усі“, „ніхто“ – які самі по собі передбачають рівність їх носіїв. Однак самотійне значення першого припису полягає в іншому, більш засадничому вимірі: його сенс – у закріпленні рівної конституційної правосуб’єктності, тобто конституційної засади, що впливає з приписів статей 1, 3, 21 Конституції України, згідно з якою жодна особа не може бути апріорі виключена з кола носіїв конституційних прав як така. Суд не випадково означив цей припис як „принцип рівноправності“: Конституція України захищає кожного, завжди і безумовно. У цьому і полягає фундаментальний завіт конституційного ладу: жодна людина не стоїть поза Конституцією – і жодна не стоїть у ній нижче за іншу.

Другий припис – рівність перед законом (частина перша статті 24 Конституції України). Він регулює відносини між особою і законом як таким – у його формулюванні й застосуванні. Однак рівність перед законом є значно складнішою вимогою, ніж проста однаковість поводження. Сама по собі відмінність у поводженні із особами, встановлена законом, не є неминуче нерівністю, адже однакове поводження з особами, що перебувають у принципово різних обставинах, може саме по собі породжувати серйозну нерівність. Тому право на рівність перед законом є всеохоплюючим: воно регулює як сутність закону, не дозволяючи встановлювати довільні відмінності між особами у схожих обставинах, так і його застосування, вимагаючи, щоб однакові норми застосовувалися однаково до всіх, кого вони стосуються.

У цьому сенсі право на рівність перед законом споріднене з ідеалами „рівної справедливості“ та „рівного доступу до права“, відомими в європейській конституційній традиції. Воно ґрунтується на моральному та етичному

переконанні, засадничому для вільного і демократичного суспільства: кожна особа заслуговує на те, щоб закон ставився до неї з рівною увагою і рівною повагою, визнаючи її гідність і цінність рівною мірою з усіма іншими. Це є передусім індивідуальним правом – правом конкретної людини не бути підданою довільному законодавчому розрізненню, яке не має раціонального обґрунтування.

Третій припис – заборона привілеїв чи обмежень за визначеними ознаками (частина друга статті 24 Конституції України). Він є принципово відмінним за своєю природою від двох попередніх. Саме ця відмінність є найважливішою для методологічно коректного конституційного аналізу.

Право на рівність перед законом є переважно індивідуальним: воно захищає конкретну особу від конкретного довільного та свавільного розрізнення і дозволяє їй оскаржувати це розрізнення незалежно від того, чи перебуває вона в якій-небудь групі. Заборона дискримінації є за своєю природою груповою: вона захищає не індивіда як такого, а індивіда як члена певної спільноти, виокремленої або вказаною в частині другій статті 24 Конституції України ознакою, або аналогічною їй. Саме тому оскаржувати порушення заборони дискримінації можна лише тоді, коли особа є частиною такої спільноти – реальної чи такої, що конструється самою оспорюваною нормою.

Ця групова природа визначає і відмінну темпоральну логіку недискримінації. Право на рівність перед законом є орієнтованим на майбутнє: воно прагне до побудови суспільства, в якому кожен індивід рівною мірою отримує піклування, увагу і повагу, а його гідність рівною мірою визнається безвідносно до будь-якого соціального статусу чи належності до будь-якої групи. Заборона дискримінації в свою чергу є водночас і проспективною, і ретроспективною: її фокус спрямований на усунення конкретних історично сформованих несправедливостей – групової нерівності, стереотипів, забобонів і упередженостей, що вже склалися в суспільстві та відтворюються через правові механізми, зокрема через законодавчі класифікації. Саме тому перелік ознак у частині другій статті 24 Конституції України відображає ознаки, за якими в

реальному суспільстві склалися відносини систематичної нерівності, стигматизації або виключення.

Тому відкрита формула „або інші ознаки“ у цьому переліку має тлумачитися системно: вона охоплює характеристики, що є аналогічними наведеним за своєю природою, тобто такими, що слугують підставою для суспільної стигматизації, відображають відносини систематичної нерівності або є вимушеними і не залежать від вільного вибору особи.

Виняток – заходи підтримчої дії (*affirmative action*) щодо рівності прав жінки і чоловіка (частина третя статті 24 Основного Закону України) – є конституційним підтвердженням того, що рівність не завжди досягається однаковим поводженням: іноді саме для усунення реальної нерівності необхідне тимчасове диференційоване ставлення.

Ця архітектура статті 24 Конституції України має безпосереднє значення для справи Гнезділова С.О. Суд у пункті 6 мотивувальної частини Рішення фактично застосував гібридний стандарт аналізу – об’єктивне і розумне обґрунтування, пропорційний зв’язок між засобом і метою, чітко не вказавши, яка саме гарантія є застосовною і яка методологія аналізу з цього випливає³ – і виснував, що „частина восьма статті 176 Кодексу не узгоджена з вимогами частин першої, другої статті 24 в її системному зв’язку зі статтею 21 <...> Конституції України“ (абзац восьмий підпункту 6.4 пункту 6 мотивувальної частини Рішення).

Отже, Суд не визначив, який саме із приписів статті 24 Конституції України він застосовував і, як видається, не вважав це за необхідне, оскільки результат є однаковим за застосування будь-якого з них. Із цього погляду Рішення є правильним незалежно від того, який саме нормативний режим статті 24 Конституції України обрати відправною точкою. Водночас аналіз, що

³ Суд таким чином описав свій підхід у цій справі: „Конституційний Суд України висновує, що для висновку про порушення конституційного принципу рівноправності й заборони дискримінації недостатньо виявити різницю в установленому статусі (правах і обов’язках) певних груп осіб, які перебувають у подібних обставинах та сформовані як за передбаченими в частині другій статті 24 Конституції України ознаками, так і за іншими ознаками; потрібно довести, що встановлена законодавцем різниця в нормативному статусі відповідних груп осіб (їх правах і обов’язках) не має легітимної мети та не може бути виправдана раціональними та об’єктивними аргументами“ (абзац п’ятий підпункту 6.2 пункту 6 мотивувальної частини Рішення).

імпліцитно закладений у Рішенні, але не знайшов у ньому повного вираження, має самостійне доктринальне значення для майбутньої практики Суду. Саме тому вважаю за необхідне розгорнути його в наступному підрозділі.

2.2. Статус військовослужбовця як аналогічна ознака

Визначення того, чи є певна ознака „аналогічною“ наведеним у частині другій статті 24 Конституції України, є визначальним для застосування цього припису Основного Закону України, адже саме він встановлює, чи є заборона дискримінації взагалі застосовною. Це є принципово важливим, оскільки право на рівність перед законом вимагає лише раціонального обґрунтування диференціації, а частина друга статті 24 Конституції України оперує суворішим стандартом, що пов'язаний із природою самої ознаки і з тим, що вона відображає в конституційному та соціальному вимірах.

Аналіз за частиною другою статті 24 Конституції України має відбуватися послідовно. Спершу необхідно встановити, чи запроваджує оскаржуваний припис розрізнення, що покладає нерівний тягар або позбавляє рівних переваг. У цій справі відповідь очевидна: частина восьма статті 176 Кодексу встановлює для визначеної категорії осіб режим, суттєво відмінний від загального, – безальтернативне тримання під вартою без індивідуалізованої судової оцінки. Це є нерівним тягарем у найбільш чутливій сфері – обмеженні особистої свободи.

Далі постає ключове питання: чи є статус військовослужбовця ознакою, аналогічною безпосередньо зазначеним у частині другій статті 24 Конституції України. Конституційна доктрина розрізняє три групи ознак, що визначають інтенсивність судового контролю. До першої належать найособистіші характеристики – вроджені, загалом незмінні, тісно пов'язані з гідністю та ідентичністю особи: стать, раса, колір шкіри, етнічне походження, сексуальна орієнтація, фізичні або психічні особливості. До другої – характеристики, важливі для вільного розвитку особистості в демократичному суспільстві: релігійні та політичні переконання, мова, соціальне походження, національність. До третьої – периферійні набуті характеристики: місце проживання, майновий

стан, сімейний стан, членство в організаціях. Усі три групи підпадають під дію заборони дискримінації як *lex specialis*; інші об'єктивні характеристики регулюються загальним правом на рівність перед законом. Лорд Волкер оф Гестінгторп у справі *R (On The Application of RJM) (FC) v. Secretary of State For Work and Pensions* так описав цю логіку в контексті статті 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі – Конвенція)⁴:

«„Особисті ознаки“ не є точним виразом і, на мою думку, бінарний підхід до його розуміння є недоречним. „Особисті ознаки“ схожі на серію концентричних кіл. Найособистіші ознаки включають ті, що є вродженими, загалом незмінними і тісно пов'язаними з особистістю індивіда: гендер, сексуальна орієнтація, колір шкіри, волосся і очей, вроджені вади. Національність, мова, релігія і політичні погляди можуть бути майже вродженими (залежно від сімейних обставин при народженні) або можуть бути набутими (хоча деякі релігії не схвалюють ані відступників, ані навернених); однак всі такі ознаки вважаються важливими для розвитку особистості індивіда (вони відбивають, як можна сказати, важливі цінності, що захищаються статтями 8, 9 та 10 Конвенції). Інші набуті характеристики знаходяться далі у цих концентричних колах; вони стосуються швидше того, що люди роблять або того, що з ними відбувається, аніж того, хто вони є; але вони також підпадають під дію статті 14 (лорд Нойбергер наводить такі приклади: статус військового, місце проживання чи доміцилій і колишня робота на КДБ). Як і він, я би включив безпритульність у цій перелік, незалежно від того чи вважається вона питанням вибору (часто це є наслідком поєднання декількох лих, що трапляються з особою і з якими він чи вона не можуть більше впоратись). Чим більш периферійною чи спірною є будь-яка із запропонованих ознак, тим менш імовірно, що вона належатиме до найбільш чутливої сфери, дискримінацію у якій особливо важко виправдати».

⁴ United Kingdom House of Lords. *R (On The Application of Rjm) (Fc) V Secretary of State For Work and Pensions*. [2008] UKHL 63.(per Lord Walker of Gestingthorpe). URL: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd081022/rjm-1.htm>

Верховний Суд Канади у справі *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* також виснував, що „ми шукаємо ознаки розрізнення, які є аналогічними чи подібними до ознак, перелічених в статті 15 [Канадської Хартії прав і свобод] – раса, національне чи етнічне походження, колір, релігія, стать, вік, психічні чи фізичні вади. Як нам видається, всі ці ознаки мають спільним те, що вони слугують основою для стереотипних рішень, що приймаються не на основі заслуг, а на основі особистісних характеристик, що не можуть бути змінені або зміна яких може відбутися за неприйнятною ціною для особистої ідентичності. Це означає, що головна увага у разі ідентифікації аналогічних ознак <...> приділяється виявленню ознак, що базуються на характеристиках, які не можуть бути змінені або вимога щодо зміни яких не може бути виправдана жодним легітимним інтересом уряду, для користування рівним ставленням згідно із законом“⁵.

Практика іноземних органів конституційної юрисдикції не дає однозначної відповіді на питання, чи є статус військовослужбовця аналогічною ознакою. Верховний Суд Канади послідовно виходить із того, що професійний статус, службове становище або зайнятість у певній організації самі по собі не становлять „аналогічної ознаки“ для цілей конституційної заборони дискримінації. Такі характеристики, на відміну від наведених або аналогічних підстав, не мають ознак незмінності, особистісної фундаментальності або історично вкоріненої соціальної вразливості, які обґрунтовують посилений конституційний захист за статтею 15 Канадської хартії прав і свобод⁶. Разом з тим суддя Лямер, викладаючи позицію більшості суддів Верховного Суду Канади у справі *R. v. G  n  reux*, *obiter dicta* зазначив: „Я не хочу цим сказати, що військовослужбовці ніколи не можуть бути об’єктами несприятливого ставлення чи дискримінації у спосіб, який міг би підпадати під зміст статті 15

⁵ Supreme Court of Canada. *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* [1999] 2 S.C.R. 203 URL: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/1704/index.do>

⁶ Див.: Supreme Court of Canada. *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1721/index.do> ; *Baier v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 673. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2371/index.do> ; *Health Services and Support-Facilities Subsector Collective Bargaining Association v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391 URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2366/index.do>

Хартії. Безумовно, наприклад, після періоду масової демобілізації по завершенні воєнних дій військовослужбовці, які повертаються до цивільного життя, цілком можуть зазнавати несприятливого становища та дискримінації, специфічних для їхнього статусу; і я не виключаю, що за таких обставин члени Збройних сил могли б становити клас осіб, аналогічний тим, що перелічені у статті 15(1) “⁷.

Конституційний Суд Чеської Республіки у рішенні II.ÚS 2925/20 від 15 листопада 2021 року (у справі щодо відшкодування шкоди, завданої трудовим каліцтвом, у світлі принципу рівності) встановив, що „інший статус“ має стосуватися „особистої характеристики, яка, як правило, не підлягає зміні, або ж має бути пов’язаною з особистим вибором, що відображає індивідуальні риси чи світогляд людини“ ⁸. Статус працівника – на відміну від раси, статі чи релігійних переконань – цьому критерію не відповідає, оскільки „сам по собі статус працівника не є настільки специфічною характеристикою, яка істотно відрізняє особу від інших або автоматично робить її юридично чи фактично особливо вразливою або незахищеною“⁹. Отже обидва критерії – незмінна особиста характеристика або особистий вибір, що відображає індивідуальні риси людини, – стосуються ознак, що визначають, ким є особа, а не того, яку функцію вона виконує у певний момент, тобто це характеристики, невіддільні від ідентичності та гідності індивіда незалежно від будь-яких зовнішніх відносин, у яких він перебуває.

У практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) також немає однозначної відповіді на питання, чи становить статус військовослужбовця „інший статус“ у сенсі статті 14 Конвенції. У справі *Engel and Others v. Netherlands* ЄСПЛ визнав, що різниця в поводженні між офіцерами та рядовими солдатами під час виконання дисциплінарних покарань є різницею, що ґрунтується на „статусі“ у сенсі статті 14 Конвенції, однак ця ознака стосувалася не власне статусу військовослужбовця, а ієрархічного становища в межах армії,

⁷ Supreme Court of Canada. *R. v. G  n  reux*, [1992] 1 S.C.R. 259. URL: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/836/index.do>

⁸  esk   republika. Nález  stavn  ho soudu II. S 2925/20 ze dne 15. 11. 2021. Para. 42. URL: <https://nalus.usoud.cz/Search/GetText.aspx?sz=2-2925-20>

⁹ Ibid.

тобто відносної позиції в системі військових чинів¹⁰. У справі *Konstantin Markin v. Russia* ЄСПЛ зіткнувся безпосередньо із ситуацією, в якій в основі диференціації поєднувалися два елементи – статус військовослужбовця і стать як підстави диференціації. ЄСПЛ зосередився на аналізі статевої дискримінації та утримався від самостійного аналізу питання, чи є статус військовослужбовця як такий „іншою ознакою“ у сенсі статті 14 Конвенції¹¹. Наразі питання про те, чи становить статус військовослужбовця „іншу ознаку“ для цілей застосування конвенційних приписів про заборону дискримінації залишається відкритим¹².

¹⁰ Як зазначив ЄСПЛ у цьому рішенні, «Розрізнення, що ґрунтується на військовому званні, може суперечити статті 14 Конвенції. Перелік ознак, наведений у цьому положенні, має ілюстративний, а не вичерпний характер, про що свідчать слова „за будь-якою ознакою, такою як“ (французькою — *notamment*). Крім того, поняття „інша ознака“ (французькою — *situation*) є достатньо широким, щоб охоплювати і військове звання». *Engel and others v. The Netherlands* (1976), appl. no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72. Para. 72. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57479>

У справі *Clift v. United Kingdom* ЄСПЛ уточнив розуміння поняття „інша ознака“: стаття 14 Конвенції не забороняє будь-яких відмінностей у поводженні, а лише ті, що ґрунтуються на ідентифіковній, об’єктивній або особистій характеристиці, або „статусі“, за якими особи чи групи осіб відрізняються між собою; перелік ознак у статті 14 Конвенції є ілюстративним і невичерпним, на що вказують слова „за будь-якою ознакою, зокрема“ (*notamment*): «Отже, Суд вважає очевидним, що хоча у своїй усталеній практиці він послідовно наголошував на необхідності того, щоб для застосування статті 14 відмінність у ставленні ґрунтувалася на „особистій“ характеристиці, як свідчить наведений вище огляд його практики, захист, гарантований цією статтею, не обмежується лише різним ставленням, заснованим на характеристиках, які є особистими в тому розумінні, що вони є вродженими або невід’ємно притаманними особі. Відповідно, навіть якщо, як стверджував Уряд, у цій справі було б доречним застосування принципу *eiusdem generis*, це саме по собі не виключало б можливості визнання цієї ознаки, на яку посилається заявник, підставою для застосування статті 14 Конвенції». *Clift v. the United Kingdom* (2010), appl. no. 7205/07. Para. 59. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-99913>

Хоча ЄСПЛ послідовно посилається на необхідність відмінності, заснованої на „особистій“ ознаці для того, щоб стаття 14 Конвенції стала застосовною, захист, який надається нею, не обмежується відмінностями у поводженні, що ґрунтуються на характеристиках, які є особистими у тому сенсі, що є вродженими або притаманними особі від природи.

¹¹ Так ЄСПЛ виснував, що „система військової дисципліни за своєю природою передбачає можливість встановлення певних обмежень окремих прав і свобод військовослужбовців, які не можуть бути покладені на цивільних осіб. Такі обмеження самі по собі не суперечать зобов’язанням держав за Конвенцією (див. рішення у справі *Engel та інші проти Нідерландів* від 8 червня 1976 року, § 57, Series A № 22). З цього випливає, що кожна держава користується у цій сфері певним простором обдумування, обсяг якого залежить від характеру діяльності, що підлягає обмеженню, та цілей, які переслідує відповідне обмеження <...>. Водночас слід наголосити, що військовослужбовці користуються захистом, гарантованим Конвенцією, і не можна вважати, що, вступаючи на військову службу, вони відмовляються від своїх прав, гарантованих Конвенцією“. *Konstantin Markin v. Russia* (2010), appl. no. 30078/06. Para. 51. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-100926>. Однак далі ЄСПЛ встановив, що „Суть цієї справи полягає у відмінності у ставленні до військовослужбовців-чоловіків і військовослужбовців-жінок щодо їхнього права на відпустку для догляду за дитиною“, відкинувши можливий аналіз щодо статусу військовослужбовця як „іншої ознаки“ і визначивши це питання як суто питання контексту. Ibid. Para. 54. Велика Палата ЄСПЛ підтримала такий підхід. *Konstantin Markin v. Russia* [GC] (2010), appl. no. 30078/06. Para. 134-137. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/ukr?i=001-109868>

¹² Водночас справа *Markin* є важливою в іншому аспекті, що безпосередньо стосується цієї справи. ЄСПЛ відкинув твердження уряду про те, що підписання військового контракту є відмовою від права не зазнавати дискримінації: „щодо доводу Уряду про те, що, уклавши контракт про проходження військової служби, заявник відмовився від свого права не зазнавати дискримінації, Суд вважає, що з огляду на фундаментальне значення заборони дискримінації за ознакою статі жодна відмова від права не піддаватися такій дискримінації не може бути визнана допустимою, оскільки це суперечило б важливому публічному інтересу“. *Konstantin Markin v. Russia* [GC] (2010), appl. no. 30078/06. Para. 150. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/ukr?i=001-109868>. ЄСПЛ наголосив: „дія Конвенції не припиняється на порозі військових казарм, а військовослужбовці, як і всі інші особи, які перебувають під юрисдикцією Договірних держав, користуються захистом, гарантованим Конвенцією. Тому національні органи влади не можуть посылатися на особливий статус збройних сил з метою нівелювання або обмеження прав військовослужбовців, гарантованих Конвенцією“. Ibid. Para. 136.

За звичайних умов статус військовослужбовця, вочевидь, не є аналогічною ознакою у сенсі частини другої статті 24 Конституції України. Він є функціональним і набутим, визначається характером діяльності особи і не стосується її природжених чи незмінних характеристик. За цих умов диференціація за ознакою такого статусу є питанням права на рівність перед законом як *lex generalis*. Однак умови воєнного стану суттєво змінюють цю оцінку. В умовах загальної мобілізації статус військовослужбовця набувається особою не внаслідок вільного індивідуального вибору, а внаслідок виконання конституційного обов'язку. Отже, він набуває рис, що зближують його з ознаками другої групи: він не залежить від індивідуального рішення і безпосередньо визначає правове становище особи у її відносинах із державою саме в той момент, коли особа найбільш вразлива.

Вирішальним є третій крок аналізу: чи має встановлена диференціація наслідком приниження людської гідності через закріплення, посилення або відтворення упереджень, стереотипів чи соціальної вразливості. Загальна мета заборони дискримінації – запобігання порушенню людської гідності через обмеження, що ґрунтуються на стереотипах та упередженості, і сприяння утвердженню суспільства, в якому всі особи вважаються вартими рівної поваги й уваги, є визначальною для відповіді на це питання¹³. При цьому принципово важливим є те, що аналіз не обмежується вже сформованими стереотипами: конституційний захист є орієнтованим і на майбутнє, передбачаючи запобігання становленню нових упереджень, у тому числі тих, що виникають внаслідок законодавчих рішень, прийнятих в умовах кризи або надзвичайних обставин.

Два ключові формулювання припису частини другої статті 24 Конституції України підтверджують саме таке розуміння. По-перше, ця норма, на відміну від частини першої статті 24 Конституції України, не обмежує заборону колом „громадян“. Це є усвідомленим вибором конституцієдавця: заборона

¹³ Саме ця мета визначає осердя аналізу: чи має встановлена диференціація наслідком приниження людської гідності шляхом закріплення, посилення або відтворення упереджень, стереотипів чи соціальної вразливості. І питання про те, чи склалися такі упередження, стереотипи чи соціальні вразливості, чи законодавчий припис лише починає формувати, не має вирішального значення.

дискримінації поширюється на осіб незалежно від їхнього правового зв'язку з державою. Сама природа наведених ознак (раса, стать, переконання, походження) вказує, що в центрі її захисту перебуває людська особистість безвідносно до громадянства. Отже, антидискримінаційна заборона є передусім гарантією людської гідності. По-друге, поняття „привілеїв чи обмежень“ є важливим нормативним уточненням, яке означає, що для застосування частини другої статті 24 Основного Закону України недостатньо виявити наявність будь-якої відмінності у поведженні. Потрібно встановити, що ця відмінність надає певній групі осіб перевагу, яка не виправдана об'єктивними відмінностями в їхніх обставинах, або покладає на неї тягар, якого не несуть порівнювані групи. Привілеї і обмеження, таким чином, є нормативними категоріями: вони передбачають оцінку того, чи є встановлена диференціація несправедливою у конституційному сенсі. Разом ці два елементи вказують на одне: осердям аналізу за частиною другою статті 24 Конституції України є змістова оцінка того, чи слугує встановлена диференціація відтворенню несправедливого ставлення до групи осіб, яке зачіпає їхню гідність.

Саме цю оцінку і дає мотивація законодавця, відображена в Пояснювальній записці до проєкту Закону України про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо обрання запобіжного заходу до військовослужбовців, які вчинили військові злочини під час дії воєнного стану (реєстр. № 7431), яку Суд проаналізував у підпункті 6.3.2 підпункту 6.3 пункту 6 мотивувальної частини Рішення. У ній стверджується, що „військовий злочин, вчинений військовослужбовцем під час дії правового режиму воєнного стану, свідчить про максимальний ступінь суспільно-небезпечного діяння“. Це твердження вражає своєю відвертістю: автори законопроєкту говорять про особу, якій лише висунуто підозру і яка відповідно до статті 62 Конституції України вважається невинуватою, щодо якої вирок ще не винесено. Безапеляційна категоризація підозрюваного як такого, що вже вчинив діяння „максимального ступеня суспільної небезпеки“, є прямим запереченням презумпції невинуватості на рівні законодавчого мотивування. Це є

нормативним стереотипом у найбільш точному сенсі: загальне судження про категорію осіб, що замінює індивідуальну оцінку і перетворює статус на автоматичну підставу для найсуворішого процесуального наслідку. Особливої конституційної гостроти цьому стереотипу надає те, що він виникає не зі сформованої соціальної упередженості щодо військовослужбовців, а з логіки надзвичайного стану – тієї самої логіки, яка схиляє законодавця до категоричних автоматичних рішень замість індивідуалізованих і яка, не зустрічаючи конституційного спротиву, перетворює тимчасовий виняток на нормативний прецедент. Саме такі рішення, прийняті у відповідь на реальну загрозу, але такі, що нормативно закріплюють знеособлене ставлення до цілої групи осіб, і є тим, чому частина друга статті 24 Конституції України покликана запобігати.

Висновок Суду про невідповідність оспорюваного припису Кодексу вимогам частини другої статті 24 Конституції України є, на мою думку, правильним. Наведені міркування не відступають від нього і не доповнюють його новими підставами – вони лише розгортають те, що вже імпліцитно закладено в Рішенні, але не знайшло виразу *expressis verbis*: розмежування між правом на рівність перед законом і заборонаю дискримінації як самостійними нормативними режимами статті 24 Конституції України, критерій аналогічної ознаки стосовно статусу військовослужбовця та роль нормативного стереотипу як конституційного тригера для застосування частини другої статті 24 Конституції України. Ці питання, закладені в аргументаційному каркасі Рішення, матимуть значення для майбутньої практики Суду.

2.3. Стаття 28 Конституції України у зв'язку з її статтею 17: гідність і довіра як конституційна архітектура оборони

Рішення містить дві юридичні позиції, які, на мою думку, є найбільш значущими у всій його мотивувальній частині і саме тому потребують окремого осмислення.

Перше є частиною *ratio decidendi*: „*неправомірне унормування порядку обрання запобіжного заходу для військовослужбовців, зазначених в*

оспорюваному приписі Кодексу, має наслідком посягання на їхню людську гідність“ (абзац перший підпункту 6.4 пункту 6 мотивувальної частини Рішення). Це – конституційний висновок про те, що безальтернативність запобіжного заходу є не лише порушенням процедури, вона зачіпає людину у її найглибшому конституційному вимірі. Гідність, гарантована статтею 28 Конституції України, є абсолютною цінністю – її не можна зважити проти публічного інтересу і знайти недостатньою. Вона або поважається, або порушується.

Суд цілком слушно спирається тут на позицію Федерального Конституційного Суду Німеччини: особу, що вчинила кримінальне правопорушення, „не може бути перетворено на простий об’єкт боротьби зі злочинністю“. Однак у цій справі є додатковий, більш гострий вимір такого порушення, який Рішення лише позначає, але не розгортає. Аргументи на користь безальтернативного тримання під вартою апелюють до превентивної функції: суворість заходу має „стримувати потенційні порушення“ і „зміцнювати дисципліну“ (підпункт 2.2.2 підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення). Це – аргумент загальної превенції: обвинувачений розглядається не як суб’єкт індивідуалізованого судового рішення, а як засіб впливу на поведінку інших військовослужбовців. Саме це і є конституційно забороненою інструменталізацією особи: людина використовується як інструмент для досягнення цілей щодо інших людей – і саме в цьому полягає посягання на її гідність у сенсі статті 28 Конституції України.

Але найглибшим у цьому контексті є те, хто саме є жертвою такої інструменталізації. Це – військовослужбовець під час дії воєнного стану. Особа, яка конституційно зобов’язана захищати Вітчизну (стаття 65 Конституції України) і яка, виконуючи цей обов’язок, втілює саме ту цінність, на яку посилається стаття 17 Конституції України, – захист суверенітету і територіальної цілісності держави як найважливіша її функція. Законодавець використав цю конституційну роль як підставу для применшення процесуальних

гарантій того, хто цю роль виконує. Цінність, яку уособлює військовослужбовець, обернулася проти нього самого.

Тут, однак, необхідне застереження: оспорюваний припис Кодексу стосується військовослужбовців, яких підозрюють або обвинувачують у вчиненні злочинів, передбачених статтями 402–405, 407, 408, 429 Кримінального кодексу України, – тобто осіб, щодо яких є підстави вважати, що вони порушили порядок несення військової служби, якого покликані дотримуватись. Можна було б припустити, що саме ця обставина виправдовує особливий режим: хто зрадив свій обов’язок, той не може розраховувати на захист, що випливає з цього обов’язку. Однак це міркування є конституційно хибним з двох причин.

По-перше, і це є принциповим: на момент застосування запобіжного заходу особа є лише підозрюваною або обвинуваченою і відповідно до статті 62 Конституції України вважається невинуватою. Будь-яке міркування про „зраду обов’язку“ є логічно можливим лише після набрання вироком законної сили, а не на стадії, коли суд ще цього не встановив. Застосування найсуворішого запобіжного заходу, обґрунтоване самим фактом обвинувачення у військовому злочині, є не лише порушенням статті 29 Конституції України, а й прихованим запереченням її статті 62.

По-друге, перелік статей Кримінального кодексу України, до яких апелює оспорюваний припис Кодексу, є внутрішньо гетерогенним: він охоплює діяння принципово різної тяжкості – від непокори наказу (стаття 402) і самовільного залишення частини (стаття 407) до дезертирства (стаття 408) і мародерства (стаття 429). Зведення їх до єдиного режиму безальтернативного тримання під вартою означає, що законодавець не розрізняв їх ані за ступенем суспільної небезпеки, ані за характером загрози, лише за ознакою статусу військовослужбовця. Це унеможлиблює будь-яке переконливе твердження про те, що саме ця гетерогенна група є настільки специфічно небезпечною, що заслуговує на винятковий режим. Коли „виняток“ охоплює настільки різноманітні діяння, об’єднані лише статусом суб’єкта, – це вже не виняток, а стигматизація категорії осіб.

Отже, це лише підсилює висновок про інверсію конституційної логіки: законодавець не лише використав конституційну роль військовослужбовця проти нього самого, а й зробив це у спосіб, що є байдужим до конституційної вимоги індивідуалізованої оцінки. Це – інверсія конституційної логіки, яка не може бути виправдана навіть найнагальнішими міркуваннями воєнного часу.

Саме тут стає зрозумілим справжнє значення другої юридичної позиції Рішення, викладеної *obiter dictum*: „Готовність до виконання обов’язку захищати Вітчизну (стаття 65 Конституції України) заснована, крім іншого, на довірі громадян до України – демократичної держави, яка є справедливою та безумовно керується вимогами Конституції України“. Це – конституційне твердження про природу зобов’язання між державою і громадянином у сфері оборони.

Обов’язок захищати Вітчизну є конституційно особливим: він може вимагати від особи найвищої жертви. Але така вимога є конституційно виправданою лише тоді, коли вона вписана в контекст взаємних зобов’язань, – коли держава, що вимагає від громадянина готовності до самопожертви, сама безумовно виконує свої конституційні обов’язки щодо нього. Держава, яка вимагає довіри від тих, кого посилає захищати її існування, зобов’язана сама бути гідною цієї довіри – і передусім у ставленні до тих самих людей, яких вона посилає на цей захист. Норма, що позбавляє обвинуваченого військовослужбовця права на індивідуалізоване судове рішення, підриває саму основу цієї довіри і тим самим підриває конституційну архітектуру оборони держави значно глибше, ніж будь-яка дисциплінарна прогалина, яку вона нібито мала заповнити.

Наведений *obiter dictum* Рішення є, на мою думку, глибшим, ніж це може здатися на перший погляд. Ця юридична позиція описує конституційний „військовий ковенант“ між державою і військовослужбовцем, тобто те, що стаття 17 Конституції України у системному зв’язку з її статтею 65 визначає як особливий тип зобов’язального відношення між державою і тими, хто несе військову службу.

Зміст цього ковенанту є асиметричним, але взаємним. З боку військовослужбовця він передбачає особливі обов'язки: готовність до ризику для життя і здоров'я, підпорядкування дисципліні та ієрархії, обмеження свободи пересування, слова і деяких інших прав, що є несумісними з вимогами служби. Ці обмеження є конституційно допустимими, але лише тою мірою, якою вони безпосередньо впливають із особливої природи військової служби та є необхідними для виконання її конституційної функції. Обмеження прав військовослужбовця, що не мають такого функціонального зв'язку із вимогами служби, не можуть бути виправдані самим статусом – вони є конституційно недопустимими так само, як і обмеження прав будь-якої іншої особи.

З боку держави цей ковенант породжує підвищений обов'язок поваги, захисту і справедливого ставлення. Частина п'ята статті 17 Конституції України прямо встановлює: „Держава забезпечує соціальний захист громадян України, які перебувають на службі у Збройних Силах України та в інших військових формуваннях, а також членів їхніх сімей“. Це є конституційним зобов'язанням. Воно охоплює соціальний захист, але не вичерпується ним: у більш широкому конституційному контексті воно означає, що держава, яка вимагає від особи найбільш обтяжливого з усіх конституційних обов'язків – готовності віддати життя, – зобов'язана у відповідь гарантувати цій особі безумовне дотримання її основних прав у всіх тих вимірах, де це не суперечить вимогам служби. Поважати гідність, забезпечувати справедливе судочинство, гарантувати реабілітацію і компенсацію – це конституційні борги, що впливають із самої природи військового ковенанту.

Конституційний зміст цього ковенанту дає змогу сформулювати принцип, що є, на мою думку, наслідком системного прочитання статей 17, 65 і 28 Конституції України: військовослужбовець залишається повноцінним носієм основних прав, і обмеження цих прав є допустимими лише тією мірою, якою вони є необхідними для виконання конституційної функції оборони. Поза цією межею – у всьому, що не пов'язане з оперативними вимогами військової служби, держава зобов'язана ставитися до нього з тією самою повагою і тим самим

конституційним захистом, що й до будь-якого іншого громадянина. Кримінально-процесуальні гарантії – і, зокрема, право на індивідуалізоване судові рішення про запобіжний захід – належать саме до цього виміру: вони не пов'язані з оперативними вимогами служби і не можуть бути обмежені з посиланням на військовий статус.

Оспорюваний припис Кодексу порушив цей ковенант у найбільш чутливому місці. Він не просто применшив гарантії конкретного права – він використав саму конституційну роль військовослужбовця як інструмент для обґрунтування цього применшення. Держава звернула конституційний обов'язок особи проти неї самої: саме тому, що ця особа несе службу, вона позбавляється того захисту, на який вона мала б право навіть за відсутності цієї служби. Це є не просто порушенням статті 28 чи статті 29 Конституції України – це є порушенням самої конституційної основи відносин між державою і тими, хто її захищає. І саме тому позиція Рішення, яка полягає в тому, що готовність захищати Вітчизну ґрунтується на довірі громадян до держави, має розумітися як засадничий конституційний принцип: без цієї довіри – без впевненості кожного, хто стає до служби, що держава не зверне його конституційну роль проти його власних прав, – конституційна архітектура оборони позбавляється свого засадничого підґрунтя.

3. Частина друга статті 64 Конституції України: заборона обмеження права за статтею 29 Конституції України в умовах воєнного стану

Вище йшлося про неконституційність оспорюваного припису Кодексу на підставі змісту статей 24, 28, 29 Конституції України – тобто виходячи з того, що вимога вмотивованого рішення, право на рівність перед законом, заборона дискримінації і гарантія людської гідності є несумісними з безальтернативністю запобіжного заходу безвідносно до будь-яких обставин. Частина друга статті 64 Конституції України додає до цього аналізу самостійний і достатній аргумент іншого характеру. Він є категоричним: незалежно від того, чи є безальтернативний запобіжний захід несумісним зі статтею 29 Основного Закону

України за звичайних умов, він є несумісним із Конституцією України з ще однієї, самостійної підстави – через те, що він запроваджений саме „під час дії воєнного стану“ і саме щодо права, яке Конституція України прямо забороняє обмежувати навіть в умовах воєнного стану.

3.1. Структура статті 64 Конституції України

Стаття 64 Конституції України містить загальне правило, виняток і „виняток з винятку“, і розуміння їх відносин є ключем до правильного застосування її норм.

Частина перша статті 64 Основного Закону України встановлює загальне правило: конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. Це не є абсолютною заборонаю будь-яких обмежень – це є умовою їхньої допустимості: обмеження можливе лише тоді, коли сама Конституція України це передбачає.

Перше речення частини другої статті 64 Конституції України є надзвичайним винятком із загального правила: в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строків дії цих обмежень. Цей припис є спеціальним конституційним дозволом, який допускає тимчасове обмеження окремих конституційних прав і свобод навіть у тих випадках, коли Конституція України не передбачає можливості їх обмеження за звичайних умов. Водночас реалізація цього дозволу обумовлена двома конституційними вимогами: по-перше, обмеження мають бути „окремими“, а по-друге, вони повинні мати чітко визначений строк дії.

Друге речення частини другої статті 64 Конституції України є „винятком з винятку“, який встановлює абсолютну конституційну заборону обмеження наведених прав і свобод за жодних умов воєнного або надзвичайного стану. До цього переліку прямо віднесено низку статей Основного Закону України: статтю 24 (рівність), статтю 28 (гідність), статтю 29 (свобода та особиста

недоторканність), статтю 55 (право на судовий захист), статтю 62 (презумпція невинуватості) та інші.

3.2. Нормативна функція другого речення частини другої статті 64 Конституції України

Ключовим для правильного розуміння другого речення частини другої статті 64 Конституції України є те, яку саме нормативну функцію воно виконує. Відповідь впливає із самого тексту і конструкції норми: вона виводить наведені права з-під дії дозволу, встановленого першим реченням частини другої статті 64 Конституції України, – повністю і безумовно. Це є заборорою самого предмета регулювання: законодавець позбавлений можливості посилатися на умови воєнного стану як на підставу для будь-якого – прямого чи опосередкованого – обмеження прав, зазначених у другому реченні частини другої статті 64 Конституції України. Саме тому цей бар'єр є пороговим: він передує будь-якому зважуванню мети і засобу і унеможлиблює його.

Припис частини восьмої статті 176 Кодексу мав діяти „під час дії воєнного стану“. Він запроваджував режим, несумісний з вимогою вмотивованого судового рішення, яку містить стаття 29 Конституції України, і тим самим обмежував право, гарантоване цією статтею Основного Закону України. За другим реченням частини другої статті 64 Конституції України, право, гарантоване її статтею 29, не може бути обмежено в умовах воєнного стану. Із поєднання цих трьох елементів – „під час воєнного стану“, „обмеження права за статтею 29 Конституції України“, „стаття 29 Конституції України не може бути обмежена“ – впливає єдиний можливий висновок: оспорюваний припис Кодексу є неконституційним вже з цієї самостійної підстави. Держава може мати найвагоміші підстави на користь оспорюваного припису Кодексу, ґрунтовані на умовах воєнного стану (потреба дисципліни, оперативної ефективності, захист обороноздатності), але вони все одно не мають значення, оскільки Конституція України вирішила це питання наперед і остаточно.

4. Висновки

Ця окрема думка виходить із переконання, що конституційне правосуддя виконує дві нерозривно пов'язані функції: вирішення конкретної справи і формування доктрини, на яку можуть покладатися законодавець, суди і суспільство. Рішення виконало обидві функції. Ця думка прагне заповнити те, що залишилося *in limbo* між його буквою і його духом.

Викладене дає можливість сформулювати чотири висновки.

Перший. Вимога „вмотивованого рішення суду“ у частині другій статті 29 Конституції України є матеріальною конституційною вимогою. Вона є нездійсненною там, де законодавець виключив реальний вибір між запобіжними заходами. Безальтернативність у питаннях особистої свободи є несумісною зі статтею 29 Конституції України за своєю природою – незалежно від тяжкості злочину, статусу суб'єкта чи легітимності мети законодавця.

Другий. Стаття 24 Конституції України містить три самостійних нормативних режими з відмінними логіками застосування: принцип рівноправності, право на рівність перед законом і заборону дискримінації як *lex specialis*. Послідовна конституційна доктрина вимагає їх чіткого розмежування. У цій справі застосування будь-якого із зазначених режимів веде до того самого висновку про неконституційність. Однак аналіз за частиною другою статті 24 Конституції України виявляє додатковий вимір: статус військовослужбовця в умовах загальної мобілізації набуває ознак аналогічної ознаки через вимушений характер його набуття, а оспорюваний припис Кодексу закріплював щодо нього нормативний стереотип – загальне судження про категорію осіб, що замінює індивідуальну оцінку і перетворює статус на автоматичну підставу для найсуворішого процесуального наслідку. Саме в протидії закріпленню таких стереотипів полягає глибинна мета частини другої статті 24 Конституції України.

Третій. Оспорюваний припис Кодексу порушив конституційний ковенант між державою і військовослужбовцем, що впливає із системного прочитання статей 17, 28 і 65 Конституції України. Цей ковенант є асиметричним, але

взаємним: військовослужбовець приймає особливі обов'язки і допустимі обмеження прав, що безпосередньо випливають із вимог військової служби; держава натомість несе підвищений обов'язок поваги, захисту і справедливого ставлення. Кримінально-процесуальні гарантії не пов'язані з оперативними вимогами військової служби і не можуть бути обмежені з посиланням на військовий статус. Держава, яка вимагає готовності до самопожертви, не може одночасно використовувати конституційну роль особи як підставу для применшення її прав. *Obiter dictum* Рішення про довіру громадян до держави формулює конституційний принцип: без цієї довіри конституційна архітектура оборони позбавляється свого засадничого підґрунтя.

Четвертий. Друге речення частини другої статті 64 Конституції України повністю і безумовно виводить право, гарантоване її статтею 29, з-під дії конституційного дозволу на обмеження прав в умовах воєнного стану. Це є пороговим конституційним бар'єром, що передує будь-якій оцінці домірності і не залежить від неї.

Велике питання цієї справи – чи може держава в екстремальних умовах жертвувати цінностями „Великого трикутника“ – отримало в Рішенні правильну відповідь: ні. Ця думка прагне пояснити, чому ця відповідь є не лише правильною, а й неминучою: вона закладена в самій конституційній архітектурі – у тексті статті 29 Конституції України, у структурі її статті 24, у природі конституційного ковенанту між державою і тими, хто її захищає, і в категоричному приписі частини другої статті 64 Основного Закону України. Конституція України не залишала законодавцеві вибору – і Суд правильно це констатував. Завдання цієї думки полягало в тому, щоб показати, наскільки глибоко і з якої кількості незалежних конституційних точок зору цей висновок є обґрунтованим.

Свободу, гідність і рівність не можна принести в жертву заради перемоги, бо вони і є тим, заради чого ведеться кожна справедлива війна.



Суддя
Конституційного Суду України

Олександр ВОДЯННІКОВ