

ОКРЕМА ДУМКА (частково збіжна)

судді Конституційного Суду України Василя Лемака стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення зміни до статті 12 Закону України „Про свободу совісті та релігійні організації“ щодо назви релігійних організацій (об’єднань), які входять до структури (є частиною) релігійної організації (об’єднання), керівний центр (управління) якої знаходиться за межами України в державі, яка законом визнана такою, що здійснила військову агресію проти України та/або тимчасово окупувала частину території України» (справа щодо повної назви релігійних організацій)

Підтримуючи Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення зміни до статті 12 Закону України „Про свободу совісті та релігійні організації“ щодо назви релігійних організацій (об’єднань), які входять до структури (є частиною) релігійної організації (об’єднання), керівний центр (управління) якої знаходиться за межами України в державі, яка законом визнана такою, що здійснила військову агресію проти України та/або тимчасово окупувала частину території України» (справа щодо повної назви релігійних організацій) від 27 грудня 2022 року № 4-р/2022 (далі – Рішення), вважаю за доцільне підготувати Окрему (частково збіжну) думку.

Попередні зауваження

1. Кожне рішення Конституційного Суду України (далі – Суд) є компромісом, що особливо актуально в умовах, коли склад Суду не є укомплектованим відповідно до Конституції України (на сьогодні виконують повноваження 13 суддів із 18) та ще й в умовах воєнного стану.

Неукомплектованість складу Суду, що зумовлена непослідовною практикою законодавця, який протягом останніх років тривало виписує процедуру проведення конкурсного відбору суддів Суду (конституційна норма

про „конкурсні засади“ відбору була запроваджена ще в 2016 році й де-факто була втілена законом лише у відборі і призначенні суддів за квотою Президента України), істотно впливає на роботу Суду у різних аспектах. Серед таких аспектів одними із найголовніших є різке ускладнення діяльності Суду з огляду на встановлені Законом України „Про Конституційний Суд України“ вимоги до кворуму пленарного засідання Великої палати Суду (12 суддів) та до необхідної кількості голосів суддів Суду для ухвалення рішення (10 голосів суддів). Забезпечення безперервної роботи Суду (континуїтет здійснення конституційних повноважень) і необхідність ухвалення рішень практично одноставним голосуванням ведуть до пошуку компромісу у змісті кожного рішення й водночас при цьому поле для такого компромісу є різко звуженим.

2. Я підтримав Рішення, оскільки його резолютивна частина відповідає моєму баченню суті розв'язання конституційної проблеми, яка є в основі предмета справи. Суд у цій справі за наслідками конституційного провадження мав відповісти на питання – чи є виправданим (а відтак – конституційним) втручання держави в свободу світогляду та віросповідання, гарантованої приписом статті 35 Конституції України. Таке втручання держави відбулось через законодавчі приписи, які передбачили: 1) нові вимоги статті 12 Закону України „Про свободу совісті та релігійні організації“ від 23 квітня 1991 року № 987–ХІІ (далі – Закон № 987–ХІІ) щодо уточнення назви релігійної організації, яка має зв'язок із релігійним центром у державі-агресорі (для відображення такого зв'язку); 2) запровадження Законом України «Про внесення зміни до статті 12 Закону України „Про свободу совісті та релігійні організації“ щодо назви релігійних організацій (об'єднань), які входять до структури (є частиною) релігійної організації (об'єднання), керівний центр (управління) якої знаходиться за межами України в державі, яка законом визнана такою, що здійснила військову агресію проти України та/або тимчасово окупувала частину території України» від 20 грудня 2018 року № 2662–VIII (далі – Закон № 2662–VIII) обмежень у доступі священнослужителів та інших

представників відповідної релігійної організації до частин і з'єднань Збройних Сил України.

Суд ствердно відповів на питання про відповідність Конституції України зазначених приписів в обох аспектах. **Однак, підтримавши Рішення в його резолютивній частині, я не поділяю того способу, в який Суд його мотивував. Водночас, керуюсь тим, що саме ланцюжок аргументів будь-якого судового рішення є його „серцем“ і саме передовсім через ці аргументи Суд комунікує з суспільством, здобуваючи (акумулюючи) довіру з його боку.** Право на справедливий суд у певному аспекті означає право на юридично вмотивоване судове рішення. Власне цим усі суди відрізняються від політичних органів, які ухвалюють рішення насамперед волею суб'єкта. Лорд Джонатан Манс (Jonathan Mance) якраз із цього приводу, зокрема, зазначав: „Судові рішення можуть мати політичні наслідки, але це не робить їх політичними. Вони вирішуються на підставі юридичних аргументів та правової основи“.

Вимога належної вмотивованості судових рішень, безперечно, є важливою для роботи судів і в умовах воєнного стану. І, тим більше, це стосується органів конституційної юстиції.

I. Конституційний контроль обмеження релігійної свободи в умовах воєнного стану: у чому специфіка?

3. Масштабні воєнні дії, а саме відсіч Україною збройної агресії Російської Федерації, а також умови воєнного стану, запровадженого 24 лютого 2022 року, створюють нову реальність і абсолютно новий контекст, у якому суди ухвалюють рішення.

Очевидним і безперечним є те, що під час війни немає більш переконливого державного інтересу, ніж безпека нації. Зрештою, у статті 17 Основного Закону України наголошено, що захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу

(частина перша); оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності покладаються на Збройні Сили України (частина друга). Водночас слід керуватись тим, що органи державної влади, які засновані відповідно до Конституції України, мають достатньо повноважень і ресурсів, щоби не лише вести війну, а й для того, щоби завершити її переможно для України. Спадає на думку ідея А. Гамільтона про те, що сила захисту нації має існувати без обмежень, оскільки неможливо завчасно передбачити безліч потенційних і реальних загроз для оборони і національної безпеки, а відтак, неможливо передбачити відповідний обсяг чи різноманітність засобів, які можуть знадобитися для їх подолання. На його ж думку, **обставини, які загрожують безпеці націй, нескінченні; і з цієї причини жодні конституційні кайдани не можуть бути мудро нав'язані владі, якій доручено піклуватися про цю безпеку.** Ця сила має бути співмірною (відповідною) будь-якій комбінації таких обставин і повинна перебувати під керівництвом тих же органів, яким доручено оборону. Засоби мають відповідати цілям, а особи, від яких очікують досягнення будь-якої цілі, повинні володіти засобами для її досягнення („Федераліст“, Лист № 23) (виділено автором).

Розуміння ролі конституційної влади під час війни вже було проявлено Судом, який в умовах воєнного стану та інтенсивних бойових дій, сформулював відповідні юридичні позиції, а саме: „Заходи в сфері оборони держави мають бути своєчасними, послідовними та комплексними, оскільки від їх ефективного запровадження залежить стан обороноздатності України“; „підтримання високого рівня обороноздатності є найвищим державним інтересом і однією з найбільш захищених конституційних цінностей України“; „в умовах воєнного стану держава зобов'язана мобілізувати всі доступні їй ресурси для посилення своєї обороноздатності та відсічі збройної агресії Російської Федерації проти України“ (абзац сьомий підпункту 5.1 пункту 5; перше речення абзацу першого, перше речення абзацу другого підпункту 5.2 пункту 5 мотивувальної частини Рішення Суду від 6 квітня 2022 року № 1-р(II)/2022).

Під час війни право не „мовчить“, як часто стверджувалося в людській історії. Головна ідея Конституції України під час війни, як і в мирний час, залишається незмінною й полягає у встановленні меж для публічної влади для запобігання свавілля та гарантування прав і свобод людини. Водночас окреслені конституційні цілі й пріоритети діяльності всієї держави під час війни мають значну специфіку. Оборона держави та захист Вітчизни як конституційні цінності, з одного боку, тісно взаємодіють із повагою до індивідуальних прав і свобод людини, з другого боку, і не можуть бути протиставлені одна одній, оскільки від реального забезпечення першого залежить стан другого. Воєнні злочини у багатьох населених пунктах України, які були тимчасово окуповані російськими військами, зокрема скоєні ними масові убивства цивільного населення, підтверджують взаємозв'язок між обороною Української держави та захистом індивідуальних прав і свобод людини не лише доктринально, а й обставинами трагічної реальності.

Розуміння ролі Конституції України в умовах воєнного стану ґрунтується на доктрині, за якою вона не є „пактом для суїциду“ (suicide pact), тобто з Основного Закону України, його принципів і норм не може впливати нічого такого, що зменшує спроможність держави до оборони від агресії.

Стосовно ж цієї справи зазначу, по-перше, що Конституція України й надалі має „верховенство“ щодо інших правових актів та „прямую дію“. Це також означає, що відповіддю на питання конституційності не може бути вказівка Судом на те, що будь-яке питання (наприклад, найменування юридичних осіб) „регулюють норми Цивільного кодексу України та інших законів України, а не норми Основного Закону України“ (абзац перший підпункту 4.5 пункту 4 мотивувальної частини Рішення). Правда полягає в іншому – хоча Конституція України регулює не всі людські відносини, її основоположні цінності втілені в кожному акті публічного і приватного права, вони мають „проникаючий ефект“ стосовно всіх сегментів законодавства. Відтак розв'язати питання конституційності Судом означає перевірку того, наскільки і як саме

конституційні цінності були втілені в нормах усіх галузей законодавства (це стосується і Цивільного кодексу України).

По-друге, недоречно зазначати в Рішенні окремим аргументом, що відсутність у конституційному тексті певної заборони *expressis verbis* на вчинення певної дії (йшлося про релігієзнавчу експертизу) розширює прерогативи публічної влади (див. абзац другий підпункту 4.7 пункту 4 мотивувальної частини). Наша Конституція і в особливий період є складною взаємодією принципів, норм і цінностей, частина з яких перебуває за межами її тексту, проте важливо, що і в умовах воєнного стану Конституція України, безумовно, обмежує діяльність органів публічної влади, зокрема і через формулу, закладену в її приписі частини другої статті 19.

З огляду на те, що і під час війни головним обов'язком для держави залишається „утвердження і забезпечення прав і свобод людини“ (третє речення частини другої статті 3 Конституції України), доречність (розумність, підставність) механізмів втручання держави до цих прав і свобод, як і мета такого втручання, мають дещо інше наповнення, пов'язане з потребами оборони держави та захистом безпеки громадян.

Тому важливим є й інше. Конституційний порядок, який опинився під ударом зовнішньої агресії, втілює конституційні цінності, які в сукупності і є тим, що робить Українську націю сильною, створює ту Українську державу, яку героїчно захищають наші захисники. Демократія, плюралізм, парламентаризм, незалежні суди, які формують конституційний простір навколо ключової цінності – захисту життя кожної людини, її свободи та гідності – це не лише те, що вирізняє Україну від ворога, а й те, що надає їй у цей період надихаючу перевагу у протистоянні з автократичним режимом Російської Федерації.

З іншого боку, саме в такі дні й місяці піддається найжорстокішому випробуванню прихильність Українського народу зберегти свою відданість основоположним цінностям конституційної демократії. Саме нині виникає найбільша спокуса обійтися без конституційних гарантій для прав і свобод, які, як є побоювання, будуть перешкоджати зусиллям держави у відсічі збройній

агресії Російської Федерації. До речі, свого часу Верховний Суд Сполучених Штатів Америки (далі – США) у справі *United States v. Robel* (1967), доволі слушно наголосив на тому, що було б справді іронією, якби в ім'я національної оборони ми санкціонували підрив однієї з тих свобод, яка робить ціннісною захист нації.

На мою думку, в основі мотивації Рішення мали бути покладені міркування (аргументи) щодо пошуку балансу між конституційною потребою протистояти ворогу, з одного боку, і потребою в особливій конституційній гарантії свободи віросповідання та права на об'єднання громадян, з другого боку. Суд не зробив цього розгорнуто, обмежившись констатацією певних обставин.

Нижче зроблю деякі пояснення.

4. Фактичні обставини війни чи умови воєнного стану автоматично не є підґрунтям для обмеження конституційних прав і свобод. Якщо Суд урахує їх як аргумент, то він має відкрито про це зазначити, оскільки підстави для обмежень прав і свобод людини ніколи не можуть бути абстрактними (як і механізми таких обмежень). Суд ухвалює рішення не у Вежі зі слонової кістки, як повторював А. Барак, не в пустелі, а в реальних умовах (і сам суд є частиною цієї реальності).

Для логічного наповнення Рішення (і проведення зв'язку потреб оборонної війни і обмежень свободи віросповідання) у цій справі Суд не повинен був робити натяки, а чітко вказати, що ворог використовує в агресивній війні проти України не лише ракети, літаки, танки і „Шахеда“, а й організації, які традиційно за радянських часів перебували під управлінням з Москви. Якщо релігійна організація, до якої застосовані чи можуть бути застосовані оспорювані законодавчі приписи, умовно є „невідомою“, то агресор є чітко ідентифікованим – це Російська Федерація.

Напряму удару Москви за допомогою цього інструменту спрямований на свідомість і духовне життя нації, найдорожчі цінності для українців, які становлять основу їх ідентичності. Крім того, через подібні інструменти

держава-агресор посягає на такі конституційні цінності, як „зміцнення громадянської злагоди на землі України“ (абзац п’ятий преамбули Конституції України), сприяння „консолідації та розвиткові української нації, її історичної свідомості, традицій і культури“ (стаття 11 Конституції України). Ці суспільні цінності так само гарантовані Конституцією України, як і життя людей, свобода та людська гідність.

Якщо ворог застосовує як зброю вплив певної релігійної організації з центром у Москві, то під час війни проявляється міцний раціональний зв’язок між потребами нашої оборони, національної безпеки та обов’язком (не лише можливостями) Української держави запроваджувати такі засоби, які є адекватними для нейтралізації відповідних загроз. Саме в такому контексті слід розглядати оспорювані законодавчі приписи – як засоби захисту України від реальної загрози з боку агресивної держави.

5. Окремо Суд повинен був дослідити в цьому аспекті питання про те, що свобода світогляду і віросповідання (стаття 35 Конституції України) перебуває серед таких, які можуть бути обмежені в умовах воєнного стану – відповідно до частини другої статті 64 Основного Закону України.

Більше того, у частині другій статті 35 Конституції України встановлено: „Здійснення цього права може бути обмежене законом лише в інтересах охорони громадського порядку, здоров’я і моральності населення або захисту прав і свобод інших людей“. Це означає, що **Конституція України все ж допускає обмеження цього конституційного права.**

В свою чергу, наведене у частині другій статті 35 Конституції України передбачає не автоматичні підстави для обмеження цього права людини, а встановлює три конкретні конституційні цілі для такого обмеження, одну або дві з яких Суд повинен був встановити релевантними для цієї справи. **На моє переконання, такими цілями є і „охорона громадського порядку“ (в розумінні цього „порядку“ практикою Європейського Суду з прав людини), і „захист прав і свобод інших людей“ – цей публічний інтерес під час війни полягає у виживанні нації, збереженні незалежності та**

суверенітету держави, захисті нею життя, здоров'я і безпеки мільйонів людей. Хоча оспорювані законодавчі приписи були ухвалені і набрали чинності значною мірою в інших суспільних умовах, однак і станом на кінець 2018 року Україна здійснювала оборону від збройної агресії Російської Федерації на сході України, частина Донецької і Луганської областей була окупована Російською Федерацією, а Автономна Республіка Крим і місто Севастополь були анексовані державою-агресором. Тому на той час не йшлося про „ймовірні (гіпотетичні) ризики, що могли існувати під час ухвалення Закону № 2662–VIII“ (див. абзац другий підпункту 3.3 пункту 3 мотивувальної частини Рішення) – ці ризики були реальними, а після 24 лютого 2022 року вони не лише були підтвержені, а й значно зросли.

Однак Суд не зробив усього цього, що могло надати мотиваційній частині Рішення внутрішньої логіки та більшої зрозумілості.

II. Масштаб і предмет конституційного контролю у цій справі

6. Як уже було зазначено, предметом цієї справи було встановлення не лише конституційної можливості обмеження свободи світогляду та віросповідання в умовах воєнного стану, а й перевірка Судом того, чи є конкретний засіб, який для досягнення конституційної цілі був спрямований на таке обмеження, таким, що відповідає Конституції України.

Рішення стосується чутливої теми – свободи віросповідання, а відтак, у ньому мало бути чітко відображено не стільки логічну послідовність, як суворий тест контролю за законодавчими обмеженнями в свободі діяльності релігійної організації.

Отже, йдеться про дослідження Судом двох питань: 1) масштабу конституційного контролю – змісту статті 35 Конституції України (як її розуміти через конституційне тлумачення); 2) змісту оспорюваних законодавчих приписів.

Звісно, Суд для окреслення масштабу конституційного контролю повинен був дати тлумачення приписів статті 35 Конституції України з урахуванням: а) міжнародних договорів України та практики їх застосування (йдеться про Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 року, Конвенцію про захист прав і основоположних свобод 1950 року і відповідну практику Європейського суду з прав людини); б) наукової правової доктрини України; в) іноземного права, зокрема рішень конституційних судів інших країн. Ураховуючи практику конституційних (верховних) судів демократичних держав, можна було звернути увагу на розуміння багатьох аспектів припису статті 35 Конституції України, зокрема співвідношення права на об'єднання в релігійні організації та права на об'єднання громадян (чи є перше особливою формою реалізації другого), як це зробив Конституційний Суд Чеської Республіки у рішенні від 27 листопада 2002 року (*Pl. ÚS 6/02*).

Суд не надав навіть буквального тлумачення приписів статті 35 Основного Закону України, зокрема конституційного формулювання „безперешкодно відправляти **одноособово чи колективно** релігійні культу і ритуальні обряди, вести релігійну діяльність“ (виділено автором). Більше того, Суд спробував сформулювати дещо іншу позицію, зазначаючи, що „гарантоване приписами статті 35 Конституції України право на свободу світогляду і віросповідання – це **індивідуальне право**, що є відмінним від інституційних прав релігійних організацій (об'єднань)“ (виділено автором) (абзац перший підпункту 4.2 пункту 4 мотиваційної частини Рішення).

Хоча приватні переконання й релігійні вірування мають суто особистий характер, зміст права на свободу світогляду та віросповідання має соціальне значення, оскільки передбачає стосунки з іншими особами в межах релігійної спільноти. Релігії є обов'язково колективними соціальними зусиллями. **Звідси випливає, що будь-яка справжня свобода релігії захищає не лише індивідуальні переконання, але й установи та практики, які дозволяють колективний розвиток і вираження цих переконань** (див. рішення Верховного Суду Канади у справі *Syndicat Northcrest v. Amselem* (2004)).

У будь-якому випадку не є доцільним надто дистанціювати один від одного два виміри релігійної свободи, акцентуючи на можливості обмеження другого з них (так званого *forum externum*).

Окремого тлумачення потребував припис першого речення частини четвертої статті 35 Конституції України, яким чітко встановлено: „Ніхто не може бути увільнений від своїх обов’язків перед державою або відмовитися від виконання законів за мотивами релігійних переконань“. Цього також не було зроблено, хоча вочевидь, що ця норма стосується і групи осіб, яка формалізована в юридичну особу, і зокрема виконання вимог закону щодо назви.

7. Так само Суд повинен був більш поглиблено дослідити **предмет конституційного контролю**, тобто специфіку оспорюваних законодавчих приписів у статті 12 Закону № 987–XII. Зокрема, йдеться про ознаки (критерії) того, як законодавець у частині восьмій статті 12 Закону № 987–XII запропонував визначати наявність чи відсутність входження релігійної організації (об’єднання) до структури релігійної організації (об’єднання), керівний центр (управління) якої знаходиться за межами України в державі, яка законом визнана такою, що здійснила військову агресію проти України та/або тимчасово окупувала частину території України.

Саме від цих критеріїв залежить визначення релігійної організації, на яку Законом № 987–XII поширено обов’язок «у своїй повній назві, зазначеній у її статуті (положенні), відображати належність до релігійної організації (об’єднання) за межами України, до якої вона входить (частиною якої вона є), шляхом обов’язкового відтворення у своїй назві повної статутної назви такої релігійної організації (об’єднання) з можливим додаванням слів „в Україні“ та/або позначення свого місця в структурі іноземної релігійної організації» (частина сьома статті 12).

Особливу увагу слід звернути на зміст вимоги, передбаченої пунктом 2 частини восьмої статті 12 Закону № 987–XII, в якій зазначено:

„2) У статуті (положенні) закордонної релігійної організації (об’єднання), керівний центр (управління) якої знаходиться за межами України

в державі, яка законом визнана такою, що здійснила військову агресію проти України та/або тимчасово окупувала частину території України, **містяться вказівки на входження до її структури релігійної організації (об'єднання), що діє на території України, а також на право прийняття статутними органами управління зазначеної закордонної релігійної організації (об'єднання) рішень з канонічних і організаційних питань, які є зобов'язуючими для релігійної організації (об'єднання), що діє на території України“** (виділено автором).

Необхідно звернути увагу на декілька аспектів цього припису Закону № 987–XII. Перший і головний – законодавець покладає на релігійну організацію в Україні певний обов'язок щодо назви залежно не від її власної поведінки, а від змісту статуту релігійної організації в державі-агресорі. Другий – згадка про право прийняття рішень з „канонічних“ питань ще більш заплутує питання, оскільки обсяг і зміст канонічного права складно окреслити юридичними аргументами (так само, як і ступінь зобов'язуючої сили з цих питань).

Суд повинен був оцінити такий спосіб викладу законодавчого припису.

8. Одним із найбільш складних завдань Суду у цій справі полягало в оцінці конституційності припису пункту 5 Перехідних та прикінцевих положень Закону № 2662–VIII, а саме:

„5. Не допускається надання переваг або накладення обмежень у діяльності релігійної організації (об'єднання), що входить до структури (є частиною) релігійної організації (об'єднання), керівний центр (управління) якої знаходиться за межами України в державі, яка законом визнана такою, що здійснила військову агресію проти України та/або тимчасово окупувала частину території України, **крім обмеження доступу священнослужителів, релігійних проповідників, наставників такої релігійної організації у частини, з'єднання Збройних Сил України та інших військових формувань України у місцях їхньої дислокації або інших обмежень, передбачених законом“** (виділено автором).

Для розв'язання питань щодо конституційності цього оспорюваного припису Суд повинен був з'ясувати, принаймні, такі аспекти, як:

1) співвідношення поняття „**обмеження**“ доступу священнослужителів певної релігійної організації у частини Збройних Сил України із „**забороною**“ на такий доступ (очевидно, що йдеться про різне значення навіть під час буквального тлумачення цих слів). Обмежувати – це „установлювати певні межі чого-небудь; зв'язувати щось обмежувальними умовами“, а забороняти – „не дозволяти робити, здійснювати що-небудь“ (див. Словник української мови. Академічний тлумачний словник (1970–1980). Відтак, допустити обмеження (навіть не запровадити конкретне обмеження, а допустити його), не означає заборону певної дії. Такі нюанси важливі для з'ясування Судом, щоб правильно визначити відповідність законодавчого припису Конституції України. Варто також зауважити, що такі розпливчаті й надто абстрактні формулювання обмежень навряд чи взагалі можуть бути застосовними практично, а отже, нести роль безпосереднього інструменту порушень прав і свобод людини (що є окремим чинником оцінки конституційності цих приписів);

2) незрозумілим залишається значення останніх слів у наведеному законодавчому приписі („або інших обмежень, передбачених законом“) в контексті необхідної чіткості (визначеності) щодо встановлених законом обмежень релігійної свободи, як і будь-яких інших конституційних прав і свобод. Законодавець має навчитися коректному виписуванню текстів актів, які ухвалює, та враховувати параметри верховенства права. Посилання в тексті одного закону на „інші обмеження, передбачені законом“ – без чіткого зазначення припису у певному законі – в практичному сенсі не має жодного значення (у спеціальному законі про військових капеланів відповідних обмежень не запроваджено). Суд повинен був звернути увагу і на цей аспект оспорюваних приписів.

9. Суд у Рішенні зазначив, яку загрозу можуть нести священнослужителі у випадку їх вільного допуску до частин Збройних Сил України – „негативний психологічний вплив на військовослужбовців і поширення серед них дезінформації, одержання інформації про моральний стан особового складу

підрозділів збройних сил, витік даних щодо кількісного складу окремих підрозділів збройних сил, місця їх розташування, оснащення зброєю та військовою технікою тощо“ (абзац четвертий підпункту 4.9 пункту 4 мотивувальної частини).

У цій справі, видаючи оспорювані приписи, законодавець справді раціонально припускав (міг припускати), що серед тисяч священнослужителів певної релігійної організації є/можуть бути окремі особи, які вчиняють поведінку, яка охоплюється обсягом злочину „державна зрада“ та інших злочинів проти національної безпеки на користь держави-агресора, а відтак, звісно, такі особи можуть бути обмежені в допущенні до частин Збройних Сил України.

Водночас, слід визнати, що для тих, хто поважає конституційні цінності, завжди підозрілими видаються законодавчі засоби щодо обмежень прав і свобод не окремих людей, а цілих категорій осіб чи організацій, які під час війни зовні виглядають „ворожими“. Завжди є спокуса йти не шляхом індивідуальної юридичної оцінки поведінки конкретних осіб та притягнення їх до юридичної відповідальності (це складно й вимагає дотримання процедур, у тому числі й конституційних процедур), а піти „простішим шляхом“ – встановити критерії для цілих груп осіб і на цій основі (самого факту приналежності до групи) визначити для них обмеження в правах і свободах.

Постає проблема змішування (чи навпаки – відокремлення) лояльних і нелояльних осіб, як це було у рішенні Верховного Суду США у справі *Korematsu v. United States* (1944). Через 40 років у цій країні було встановлено, що можливість відокремлення перших від других таки була в 1942 році, коли було ухвалено рішення про примусове масове переселення американців японського походження.

Виходячи з наведеного, у цій справі болючим є питання ефективного відокремлення через спеціальні безпекові механізми „нелояльних“ священнослужителів (осіб, які несуть реальну загрозу конституційному порядку) від „лояльних“ священнослужителів (вірних Конституції України), які,

незалежно від приналежності до релігійної організації, мужньо і героїчно виконують духовні обов'язки, сприяючи обороноздатності України. **Ураховуючи складність розв'язання цього питання під час війни, в умовах інтенсивних бойових дій на значній частині території України, Суд повинен був надати тлумачення цьому оспорюваному законодавчому припису, зокрема зазначити втілені в ньому конституційні цінності, створивши передумови для його застосування в дусі таких цінностей та унеможливлення порушення гарантованих Конституцією України прав і свобод людини.** Лише з урахуванням втілення відповідного конституційного контенту у змісті цього припису Суд міг дійти висновку про його відповідність Конституції України.

III. Чи не занадто жорсткими є засоби втручання, вжиті законодавцем до певних організацій

10. Суд окремо мав дослідити питання про оцінку оспорюваних законодавчих приписів з огляду на ступінь їх інтенсивності у втручання до релігійної свободи, оскільки для висновку про виправданість вжитих державою засобів для досягнення правомірної мети (цілей) важливо відповісти на питання – **чи не могла держава вжити менш шкідливий засіб обмеження прав людини для ефективного досягнення тієї ж конституційної цілі.**

Щоб навести методологічну різкість у цьому питанні, цікавим є досвід демократичних держав щодо протидії потенційним чи реальним загрозам з боку певних груп осіб, так чи інакше пов'язаних із державами-агресорами. У США, наприклад, після атаки Японської імперії на базу Перл-Харбор актами воєнних і цивільних властей понад 120 тисяч осіб японського походження (переважна більшість – громадяни США) були примусово виселені з місць постійного проживання до спеціальних таборів, де вони перебували до кінця війни. Обґрунтування цього рішення було засноване на зв'язку багатьох із цих осіб з Японією (зокрема, подвійним громадянством, культурними і освітніми зв'язками). Більше того, навіть у 1944 році, коли загрози вторгнення до

американського континенту очевидно не було, такі дії властей були визнані Верховним Судом США конституційними (уже наведена справа *Korematsu v. United States*). І хоча у 1980-х роках це судові рішення, по суті, було переглянуто, під час війни судова система цієї країни не наважувалася піддавати сумніву аргументи, які впливали з потреб оборони і національної безпеки. У Сполученому Королівстві Великої Британії та Північної Ірландії ще до початку війни, 23 серпня 1939 року, було ухвалено Закон про надзвичайні повноваження (оборону). Положення 18 В цього закону передбачали можливість інтернування певних категорій осіб без суду, зокрема вони встановлювали: „(1) Якщо державний секретар має обґрунтовані підстави вважати, що будь-яка особа має вороже походження або має вороже об'єднання або нещодавно причетна до дій, що завдають шкоди громадській безпеці чи обороні держави, або до підготовки чи підбурювання до таких дій і що через це необхідно здійснювати контроль над нею, він може видати наказ проти цієї особи про її затримання“. До грудня 1940 року майже 20 тисяч осіб було інтерновано в табори – і підданих Королівства, і іноземців.

В обох цих демократичних країнах, попри мінливу і вкрай складну воєнну ситуацію, за винятком перших місяців війни, не було смертельних загроз для самого існування держави, як не було окуповано і жодного клаптика їх території.

В Україні воєнна ситуація інша. Відтак, станом і на момент ухвалення оспорюваних законодавчих приписів (2018 рік), і, тим більше, на день ухвалення Судом Рішення (кінець 2022 року) загрози для України, її народу та конституційного порядку з боку держави-агресора є набагато вищими, ніж вони були в 1940–1941 роках у зазначених державах.

Отже, роблячи висновки, наголошую на такому.

1. Сьогодні у воюючій Україні, в умовах реальних загроз її незалежності та територіальній цілісності, законодавча вимога щодо уточнення назви певної релігійної організації чи можливе введення деяких обмежень у доступі її священнослужителів до частин і з'єднань Збройних Сил України

не виглядає надмірним (і непропорційним) обмеженням релігійної свободи. Це правда.

2. Суд, визначаючи оспорювані законодавчі приписи такими, що відповідають Конституції України, повинен був дати тлумачення статті 35 Основного Закону України, яке б заклало контури такого застосування оспорюваних приписів загальними судами, яке було би сумісним з конституційними цінностями верховенства права та поваги до прав і свобод людини. Крім того, розв'язуючи питання про конституційність оспорюваних законодавчих приписів, Суд не міг уникнути також тлумачення і цих приписів, зокрема виявлення у їх змісті конституційного контенту.

3. Як свідчить досвід демократичних держав під час війни, судова влада, хоч і не відмовляла в контролі за актами політичної влади, спрямованими на ведення війни, однак особливо зважено оцінювала їх за критеріями конституційності. Якщо законодавчі засоби ведення війни (по суті, інструменти захисту всього конституційного порядку від зовнішньої загрози) виявляли раціональний зв'язок із легітимними цілями, пов'язаними з веденням війни, вони визнавалися сумісними з конституційним порядком. Саме така ситуація сьогодні в Україні.

Однак від часів Другої світової війни пройшло більше 80 років, а тому, коли йдеться про державне втручання до сфери конституційних прав і свобод людини, тест на раціональність має бути доповнений вже визнаним тестом на пропорційність такого втручання. У цій справі такий підхід призвів би до такого самого результату у Рішенні (визнання оспорюваних приписів конституційними), однак висновок був би більш переконливим. Правдою є те, що Рішення у цій справі має підтримку суспільства, проте це потрібно і для якості конституційного правосуддя, і для довіри суспільства до майбутніх рішень Суду.

Суддя
Конституційного Суду України



Василь ЛЕМАК