

Страсбург, 12 грудня 2016 року
Висновок № 870/2016

**Європейська Комісія за демократію через право
(Венеціанська комісія)**

**Висновок
щодо Проекту закону
Про Конституційний Суд України**

**Прийнятий Венеціанською комісією
на 109 Пленарній сесії
(Венеція, 9-10 грудня 2016 року)**

**На основі коментарів:
Пана Османа Кана (член, Туреччина)
Пана Крістофера Грабенвотера (член, Австрія)
Пана Вольфганга Хоффман-Рейма (член, Бельгія)
Пані Ханни Сухоцької (почесний голова)**

Вступ

1. Під час візиту президента Венеціанської комісії Джанні Букіккіо до Києва 7 жовтня 2016 року Президент України, пан Петро Порошенко, звернувся з проханням надати висновок щодо Проекту Закону про Конституційний суд (CDL-REF (2016) 066, далі "проект закону"). Проект закону підготовлено на основі конституційних змін, що стосуються реформування судової системи, прийнятих в червні 2016 року.

2. Комісія запропонувала панові Осману Кану, панові Крістоферу Грабенвотеру, панові Вольфгангу Хоффман-Рейму і пані Ханні Сухоцькій виступати в якості доповідачів з цього питання.

3. 16 листопада 2016 року, делегація Комісії, до складу якої входили пан Кан, пан Хоффман-Рейм і пані Сухоцька, в супроводі пана Дюра із Секретаріату, відвідала Київ і зустрілася з (в хронологічному порядку) з неурядовими організаціями, робочою групою по проекту Закону про Конституційний Суд, створеною Радою судової реформи, судьями Конституційного Суду України та пані Валентиною Симоненко, головою Ради Суддів.

4. 5 грудня 2016 року, українська влада надала переглянутий переклад проекту закону, який також містить зміни, що були внесені до проекту до того, як його було представлено на розгляд парламенту 17 листопада 2016 року (CDL-REF (2016) 066add).

5. Цей висновок був підготовлений на основі матеріалів, представлених доповідачами і на основі неофіційного перекладу законопроекту. Неточності можуть виникнути в цьому висновку, як результат неправильного перекладу.

6. Після обміну думками з паном Олексієм Філатовим, заступником глави президентської Адміністрації України, цей висновок був прийнятий Венеціанською комісією на своєму 109-му пленарному засіданні (Венеція, 9-10 грудня 2016 року).

II. Аналіз

7. Проект закону про Конституційний Суд був підготовлений в результаті змін до Конституції України, прийнятих в червні 2016 року. Окремі висновки Венеціанської комісії містять рекомендації щодо Конституційного Суду, деякі з яких залишаються похідними.¹

¹ CDL-AD(2015)043 Меморандум Секретаріату про узгодженість проекту Закону України про внесення змін до Конституції України в частині правосуддя, який представлено Головою Верховної Ради 25 листопада 2015 року (CDL-REF(2015)047) з висновком Венеціанської комісії щодо запропонованих змін до Конституції України щодо судової влади, затверджених конституційною комісією 4 вересня 2015 року (CDL-AD(2015)027); CDL-AD(2015)027. Висновок стосовно запропонованих змін до Конституції України, що стосуються судової системи, схвалених Конституційною комісією 4 вересня 2015 року; CDL-PI(2015)016 Попередній висновок стосовно запропонованих конституційних змін, що стосуються судової системи України; CDL-AD(2013)034 Висновок щодо пропозицій про внесення змін до проекту закону про внесення змін до Конституції, щоб зміцнити незалежність суддів України; CDL-AD(2013)014 Висновок щодо проекту закону про внесення змін до Конституції, зміцнення незалежності суддів і про зміни до Конституції, запропоновані конституційними зборами України; CDL-AD(2006)016 Висновок

8. Проект закону перебуває в рамках зміненої Конституції, яка створює обмеження для законодавця в деяких відносинах.

А. Склад Конституційного Суду

9. Відповідно до статті 148 Конституції України, Конституційний Суд складається з вісімнадцяти суддів (п. 1). Президент України, Верховна Рада і з'їзд суддів призначають по шість суддів Конституційного Суду (п. 2). Конституційні зміни червня 2016 року запровадили принцип, за яким вибір суддів Конституційного Суду повинен проводитися на конкурсній основі², але з визначенням процедури цього конкурсного відбору, визначеної законом (п. 3). У пункті 4 описуються критерії, відповідність яким є необхідною, щоб бути суддею (громадянин, володіння державною мовою, принаймні 40 років, вища юридична освіта і не менше 15 років професійного юридичного досвіду і бути юристом з визнаним авторитетом і високими моральними цінностями). Судді не повинні належати до політичних партій, профспілок, брати участь в будь-якій політичній діяльності, мати представницький мандат, займати будь-яку іншу оплачувану посаду або виконувати іншу оплачувану роботу, крім наукової, викладацької або творчої діяльності (п. 5). Судді мають мандат дев'ять років і не можуть бути перепризначені (пункт. 6). Мандат судді починається зі складенням присяги на пленарному засіданні Суду (п. 7). Суд обирає свого голову таємним голосуванням строком на три роки (п. 8).

10. Щодо відсутності докладних конституційних положень, Венеціанська комісія заявляє, що "[І] відповідно до стандартів Венеціанської комісії, не існує жодних вимог, як таких, для того, щоб процедура призначення на посади суддів була б детально описана в самій Конституції."³ Однак Венеціанська комісія також заявила, – щодо Конституції Фінляндії – що "так як призначення суддів має життєво важливе значення для забезпечення їх незалежності і неупередженості, рекомендується регулювати порядок призначення більш детально в Конституції."⁴

11. Критерій визнаної правової компетентності для цього вибору може бути важко визначити на практиці, але він може бути прийнятний. Метою цієї формули є вказати, що судді Конституційного Суду повинні мати спеціальний "високий" рівень правових знань. Аналогічні положення існують і в інших країнах.⁵

про можливі конституційні і законодавчі удосконалення для забезпечення безперервного функціонування Конституційного Суду України.

² Цей шлях підтримується у Висновку щодо запропонованих змін до Конституції України щодо судової влади, затверджених конституційною комісією 4 вересня 2015 року (CDL-AD (2015) 027), § 24.

³ CDL-AD(2013)010, Висновок щодо проекту нової Конституції Ісландії, § 135.

⁴ CDL-AD(2008)010, Висновок щодо Конституції Фінляндії, § 112.

⁵ наприклад Албанія: "адвокати [...] з відомою діяльністю в галузі конституційного права, прав людини та інших галузях права" (стаття 125.4 Конституції); Хорватія: "видатні юристи, особливо судді, прокурори, адвокати і професори права університетів" (стаття 122); Польща: "особи, що відрізняються своїм знанням права" (стаття 194 Конституції); Румунія: "отримали юридичну освіту, і мають високу

1. Конкурсний відбір - відбір комітетів

12. Вибір конкурсної процедури добору суддів схвалюється і відповідає кращим європейським та міжнародним практикам для судової влади.⁶ Найбільш помітне положення, що стосується добору суддів Конституційного Суду, міститься в статті 12 проекту закону, де передбачено, що конкурсний відбір кандидатів здійснюється трьома конкурсними комісіями, створеними Президентом, Верховною Радою і з'їздом суддів України "в порядку, встановленому цим Законом." Ідея створити єдину конкурсну комісію була обговорена, але не прийнята авторами. Делегація Венеціанської комісії була проінформована про те, що три окремі комісії були обрані, щоб з'їзд суддів міг отримати вигоду зі своєї власної комісії, яка складається з суддів без будь-яких впливів двох інших – політичних – влад.

13. Стаття 12 передбачає загальні правила для всіх трьох конкурсних комісій: член кожної комісії повинен бути юристом "з визнаним рівнем компетентності, який не бере участі в конкурсному відборі на посаду судді Конституційного Суду." (п. 3). Пункт 4 також дає детальний перелік документів, які повинні бути представлені разом з кандидатурою на посаду судді Конституційного Суду;

14. Дивно, але немає жодних вимог, що стосуються загальної кількості членів комісій і відсутні будь-які критерії, встановлені для вибору іншої половини членів. Існує небезпека того, що особи можуть бути обрані, керуючись іншими міркуваннями, ніж професійна компетенція судді. Там також немає норми, що ці комісії є постійними або створеними спеціально для кожної відкритої вакансії в Суді. Проект закону повинен включати в себе чіткі правила кваліфікації другої половини членів і яким чином будуть створюватися комісії для того, щоб уникнути будь-яких зловживань.

15. Відповідно до статті 12.3 проекту закону, конкурсна комісія Ради "повинна включати в себе щонайменше одного представника від парламентської фракції". Делегація Комісії була проінформована про те, що цей переклад був неправильним і що українською версією передбачено, що "кожна" фракція повинна відправити принаймні одного представника. Це можна тільки вітати. Проте – також залежно від розміру комісії – немає жодної гарантії, що це призведе до збалансованої структури, в якій представлені пропорційно всі політичні сили в Раді. Для того, щоб забезпечити збалансований склад комісії, рекомендується, щоб фракції Ради були представлені пропорційно в комісії.

16. "Після розгляду документів та інформації, наданої кандидатами та співбесіди з ними, конкурсні комісії складають список кандидатів,

професійну компетентність і не менше вісімнадцяти років досвіду роботи в юридичній або науковій діяльності в галузі права" (стаття 143 Конституції); Словенія "експерт по праву" (стаття 163 Конституції).

⁶ CDL-AD(2013)014 Висновок щодо проекту закону про внесення змін до Конституції, зміцнення незалежності суддів і про внесення змін до Конституції, запропоновані конституційними зборами України, § 27.

рекомендованих для зайняття посади судді Конституційного Суду "(стаття 12.5). Список має містити кількість кандидатур, яка щонайменше втричі перевищує кількість вакансій. Проте, положення, що стосуються призначень від трьох гілок влади (статті 13 - 15), не належать до них. Тому незрозуміло, чи Президент України, Верховна Рада та з'їзд суддів пов'язані списком кандидатів (в якому повинні бути вказані рекомендовані кандидати) складеним відповідними конкурсними комісіями. Відповідні положення лише встановлюють, що ці державні органи повинні призначити суддю Конституційного Суду "[] згідно з конкурсним відбором".

17. Разом з тим, відсутність будь-якого зв'язку між результатом процесу відбору і призначенням може зробити всі ці заходи безглуздими. Перелік повинен містити, щонайменше, три кандидати на кожну вакансію і саме серед цих кандидатів конкурсна комісія може представити свої рекомендації. Роль конкурсної комісії є подвійною, по-перше, щоб виключити кандидатів, які не відповідають вимогам і, по-друге, щоб забезпечити ранжування серед інших кандидатів. Президент, Рада і з'їзд суддів обов'язково зберігають реальний вибір в цьому списку і можуть вибрати кандидата, який не досяг високого рейтингу (рекомендації). Там може, звичайно, бути суспільний тиск, щоб призначити одного з більш високим рейтингом кандидата, але рішення залишається за компетентним органом. Щоб уникнути того, що кандидати, які не пройшли конкурсний відбір, призначаються/обираються, слід чітко визначити в проекті закону, що тільки кандидати зі списку, підготовленого конкурсною комісією, можуть бути призначені/обрані.

18. Відповідно до загальних положень статті 12, проект закону встановлює конкретні процедури призначення/обрання суддів Президентом України (стаття 13), Верховною Радою (стаття 14) і з'їздом суддів (стаття 15).

19. Що стосується призначення Верховною Радою, проект закону передбачає в статті 14.2 спеціальну процедуру, якщо Рада не зможе обрати суддю Конституційного суду. Тоді, буде другий тур голосування для двох кандидатів з найбільшою кількістю голосів у першому турі. Рекомендується передбачити, що друге голосування відбувається незабаром після першого туру голосування.

20. У статті 16.2 проекту закону передбачається, що суддя повинен залишатися на посаді до тих пір, доки не буде призначено нового суддю – але не більше трьох місяців – якщо припинення його або її мандата призведе до скорочення кількості суддів, яка буде менша кворуму. Це становище намагається виправити проблему, яка в 2005 році призвела до конституційної кризи. Вже потім Рада обрала одну третину суддів Суду, а також прийняла присягу всіх суддів, у тому числі тих, які були призначені або обрані іншими двома гілками влади. Рада не тільки не змогла обрати суддів зі своєї квоти, але і відмовилася прийняти присягу суддів, які були призначені чи обрані двома іншими гілками влади. Як наслідок, в зв'язку з

виходом на пенсію суддів, кількість суддів стала меншою необхідного кворуму, і Суд не міг проводити засідання протягом півтора року.⁷

21. На її думку щодо кризи,⁸ Комісія рекомендувала, щоб був механізм прийняття присяги. Комісія схвалює, що ця проблема в даний час врегульована прийняттям присяги перед Судом.⁹ Ця ж позиція також рекомендується для того, щоб судді, які йдуть у відставку, залишалися б на своїй посаді, допоки їх наступник не займе посаду. Остання рекомендація повністю залишається в силі. Положення статті 16.2 проекту закону є занадто обмеженим. Воно застосовується тільки тоді, коли кількість суддів вже становить кворум. Якщо один з суддів буде занадто хворим, щоб працювати в якості судді або помре, то Суд більше не зможе засідати. Судді повинні залишатися на посаді, поки їх наступник не вступить на посаду, навіть якщо тримісячний строк закінчився. Це рішення вимагатиме конституційної зміни.

2. Строки призначення

22. Після закінчення строку дії мандата судді, проект закону передбачає зобов'язання призначити наступника протягом трьох місяців (статті 13.2, 14.3 і 15.3). У ході досвіду 2005 року ці обмежені часові рамки, ймовірно, не повинні гарантувати, що не буде жодної вакансії протягом більш тривалого періоду. Таке врегулювання можна тільки вітати, оскільки це спрямовано на запобігання можливості того, що призначення нових суддів буде затримано з тактичних міркувань, наприклад для того, щоб впливати на більшість у Великій палаті, сенатах або колегіях.

23. Проте, немає жодного правила про те, що відбувається після того, як закінчилися ці три місяці. Єдиним можливим рішенням є забезпечення того, що особа з найвищим рейтингом у конкурсній комісії може прийняти присягу в суді. Альтернативою може бути те, що – політичні органи – Президент і Рада втрачають право призначити нового суддю один раз, коли тримісячний термін закінчився. Тоді з'їзд суддів України – як неполітичний орган – може мати право обирати суддю замість Президента або Ради. Слід визнати, що це рішення не може працювати, якщо з'їзд суддів не обрав суддю, але це менш імовірно. Ці рішення вимагатимуть конституційної зміни.

3. Більшість для обрання суддів Верховною Радою

24. Щодо виборів суддів Верховною Радою є ще одне питання. Відповідно до статті 14.2 проекту закону Верховна Рада обирає суддів

⁷ Венеціанська комісія та Литва під час головування на Конференції європейських конституційних судів зробили спільну заяву, що закликає парламент покласти край цій ситуації:
http://www.venice.coe.int/files/2005_12_17_ukr_declaration_appointment_cc_judges_E.htm

⁸ CDL-AD(2006)016 Висновок про можливі конституційні і законодавчі удосконалення для забезпечення безперервного функціонування Конституційного Суду України, прийнятий Венеціанською комісією на її 67-му пленарному засіданні (Венеція, 9-10 червня 2006 року).

⁹ Див. також CDL-AD(2016)001, § 108.

простою більшістю. Це створюватиме небезпеку того, що всі обрані судді могли б вважатися такими, що є близькими до більшості в парламенті. Якщо на додаток думка більшості буде також близька до політичних поглядів Президента України, то існує ризик того, що склад Суду буде незбалансований.

25. Венеціанська комісія рекомендувала введення кваліфікованої більшості для обрання суддів Конституційного Суду парламентом. Однак ця пропозиція не була підтримана українською владою в процесі внесення змін до Конституції в червні 2016 року і залишилася система простої більшості.¹⁰ Венеціанська комісія підтримує цю рекомендацію для майбутніх змін до Конституції України.

4. Звільнення суддів

26. Венеціанська комісія вітає нове положення про те, що Президент, парламент і з'їзд суддів, відповідно, не мають права звільнити суддів Конституційного Суду. Це усуває небезпеку тиску на суддю. Суддя може бути звільнений тільки за рішенням щонайменше двох третин від загальної кількості суддів самого Конституційного Суду.

27. Вітається інше рішення, яке відображає одну з позитивних змін до Конституції – що одна з сильно критикованих підстав для звільнення суддів була вилучена, а саме "порушення присяги", яка використовується не за призначенням – зокрема, в звичайній судовій системі – для усунення суддів, що не довели свою лояльність по відношенню до державних чиновників. Відповідно до статті 21 проекту закону, суддя Конституційного Суду може бути звільнений через вчинення ним істотного дисциплінарного проступку, грубе чи систематичне нехтування своїми обов'язками, що є несумісним зі статусом судді Конституційного Суду або виявило його невідповідність займаній посаді. Ця формула забезпечує кращий захист, ніж "порушення присяги".

5. Політична діяльність суддів

28. Відповідно до статті 148.5 Конституції, судді Конституційного Суду України, *inter alia*, не можуть належати до політичної партії або брати участь у будь-якій політичній діяльності. У спільному висновку щодо Грузії, Венеціанська комісія та ОБСЄ / БДПЛ вважають, що "[судді] не можуть бути членами політичних партій або брати участь у політичній діяльності."¹¹ "Крім того, судді не повинні ставити себе в становище, де їх незалежність або неупередженість може бути поставлена під сумнів. Це виправдовує національні правила про несумісність посади судді з іншими функціями і також є причиною того, що багато держав обмежують політичну діяльність суддів."¹²

¹⁰ CDL-AD(2015)027, § 25.

¹¹ CDL-AD(2005)003 Спільний висновок Венеціанської комісії та ОБСЄ / БДПЛ щодо конституційного закону про внесення змін і доповнень до Конституції Грузії, § 104.

¹² CDL-AD(2010)004 Звіт про незалежність судової системи, частина I: Незалежність суддів, § 62.

29. В українському контексті судді були підпорядковані провідній ролі партії понад 70 років. З цієї причини принцип нейтральності був введений, і це виправдовує заборону членства в політичній партії з метою усунення суддів з політичної арени і забезпечити гарантії незалежності суддів.

30. Разом з тим, в статті 11.3 проекту закону поширюється вимога утримання від політичної діяльності протягом двох років, перш ніж стати конституційним суддею і виключає в якості судді будь-яку особу (а), яка була членом або займала посаду в політичній партії або подібній організації, (б) була кандидатом або була обрана урядом або урядовою установою або (с) брала участь в управлінні або фінансуванні політичної кампанії чи іншої політичної діяльності.

31. В той час як Венеціанська комісія вітає підхід гарантувати, що судді Конституційного Суду не будуть під впливом політичних мотивів, політична діяльність громадян належать до ядра плюралістичної демократії і, таким чином, її слід заохочувати. Це включає в себе політичну діяльність в політичних партіях, навіть для осіб, які можуть бути кваліфіковані, щоб стати конституційними суддями в майбутньому.

32. Два важливих принципи – захист неупередженості судді і цінність політичної волі в умовах демократії – повинні бути узгоджені. На думку Венеціанської комісії, зокрема, просте членство в партії не повинні дискваліфікувати, і навіть обов'язок утримуватися від кваліфікованої політичної діяльності протягом трьох років є занадто суворим, щоб збалансувати ці принципи. Видалення цього обмеження слід врахувати.

Б. Конституційна скарга

1. Повна конституційна скарга проти нормативної конституційної скарги

33. У своєму дослідженні щодо індивідуального доступу до конституційного правосуддя, Венеціанська комісія проводить відмінність між "нормативною конституційною скаргою" і "повною конституційною скаргою"; перші спрямовані проти застосування неконституційних нормативних актів (законів), тоді як другі спрямовані проти неконституційних окремих актів, незалежно від того, чи вони засновані на неконституційному нормативному акті.¹³

34. У 2013 році Венеціанська комісія рекомендувала Україні запровадити "повну конституційну скаргу до Конституційного Суду – щодо всіх випадків порушення прав людини індивідуальними актами".¹⁴ Було додано: "В Україні, індивідуальні скарги до Конституційного Суду

¹³ CDL-AD(2010)039rev, Дослідження індивідуального доступу до конституційного правосуддя - прийняте Венеціанською комісією на її 85-му пленарному засіданні (Венеція, 17-18 грудня 2010 року), пункти 77 і 79.

¹⁴ CDL-AD(2013)034, Висновок щодо пропозицій про внесення змін до проекту закону про внесення змін до Конституції щодо зміцнення незалежності суддів України, пункт 11.

можуть бути направлені тільки проти неконституційного законодавства, але не проти неконституційних актів".¹⁵ У 2015 році у Попередньому висновку до проекту закону про судоустрій українській владі була повторена ця рекомендація і пояснено: "конституційна скарга, запропонована відповідно до статті 151-1 йде далі, ніж поточна можливість звернутися щодо офіційного тлумачення Конституції, оскільки вона дозволяє Конституційному Суду анулювати неконституційні закони за зверненнями фізичних осіб. Це можна тільки вітати, навіть якщо це не заходить так далеко, як запровадження повної конституційної скарги проти індивідуальних актів відповідно до рекомендацій Венеціанської комісії".¹⁶

35. Проект закону визначає конституційну скаргу на підставі статті 151-1 Конституції і, отже, не відносить її до повної конституційної скарги, як в Німеччині (*Verfassungsbeschwerde*) або Іспанії (*amparo*).¹⁷ Різниця полягає в тому, що заявник не може стверджувати, що індивідуальний акт порушує його права, виходячи з неконституційного тлумачення і застосування оскарженого закону, якщо закон не буде оскаржений як неконституційний. Предметом рішення Суду повинна бути конституційність самого закону, хоча заявник повинен довести, що застосування закону, що вважається неконституційним, порушило права заявника.

36. Українська конституційна скарга спрямована на контроль конституційності законів, навіть якщо фізична особа є ініціатором цього контролю. Якщо звернення є успішним, то заявник має перевагу, так як його або її індивідуальна справа підлягає повторному відкриттю загальними судами.

37. Аналогічні нормативні конституційні скарги існують, наприклад, у Вірменії,¹⁸ Польщі¹⁹ або Російській Федерації.²⁰ У порівнянні з

¹⁵ CDL-AD(2013)034, Висновок щодо пропозицій про внесення змін до проекту закону про внесення змін до Конституції щодо зміцнення незалежності суддів України, пункт 11 (з посиланнями в початковому тексті)

¹⁶ CDL-PI(2015)016, Попередній висновок щодо запропонованих конституційних змін, що стосуються судової системи України, пункт 52. До запровадження конституційної скарги особи могли звертатися тільки щодо "офіційного тлумачення" відповідно до статті 147 Конституції. У Конституції зазначено, хто може звернутися щодо прийняття рішення (конституційне «подання» офіційними органами), але вона мовчить про те, хто може звертатися щодо тлумачення. Чинний Закон про Конституційний Суд заповнив цю прогалину і дозволяє також особам звертатися щодо тлумачення шляхом подання конституційного звернення (стаття 42 Закону). Відповідно до статті 62 Закону, якщо в ході розгляду подання (державними органами) або тлумачення Суд приходять до висновку про неконституційність положення, то він може скасувати це положення.

¹⁷ Існують системи конституційного правосуддя (навіть старі, як австрійська), які не йдуть так далеко, щоб забезпечити скасування ухвал (звичайних кримінальних або цивільних) судів, які тлумачили закон неконституційним шляхом. В Австрії до 2014 року, не було навіть можливості оскаржити рішення суду про застосування неконституційного закону. Тільки в 2015 році, з'явилася можливість введення скарги проти закону, застосованого судом (а не проти самого рішення суду), але тільки судом першої інстанції.

¹⁸ Стаття 169 Конституції Вірменії:

"1. Наступні особи можуть звернутися до Конституційного суду: ... 8) Кожен - в конкретному випадку, коли є остаточне рішення суду, всі судові засоби захисту були вичерпані, а особа оскаржує конституційність положення нормативного правового акта, що застосовується по відношенню до нього таким актом суду, що призвело до порушення його основних прав і свобод, закріплених у розділі 2

попередньою системою, її впровадження в Україні може розглядатися як перший крок з метою зміцнення системи захисту прав людини. Конституційна скарга, за своєю суттю, пов'язує приватний інтерес (конкретна справа фізичної особи) і суспільний інтерес (захист Конституції шляхом усунення неконституційних законів з правового порядку).

38. У Німеччині, наприклад, заявники частіше звертаються щодо неконституційного застосування закону, який є конституційним. Конституційний Суд застосовує тільки Конституцію як критерій контролю і не приймає рішення про правильне застосування закону з інших аспектів. Таким чином, Конституційний Суд здійснює субсидіарний, конкретний конституційний контроль і він не діє як "4-а влада". Як наслідок, всі рішення щодо правильного застосування звичайного права залишаються в сфері загальних судів. Єдиним винятком є те, що Конституційний Суд може тлумачити звичайний закон, щоб уникнути його скасування, якщо він може тлумачитися відповідно до Конституції ("*verfassungskonforme Auslegung*").

39. В даний час конституційна ситуація не відстає від європейських стандартів, коли існують системи конституційного правосуддя (навіть старі, як австрійська), які не забезпечують скасування ухвал (звичайних кримінальних або цивільних) судів, які тлумачили закон в неконституційний спосіб. Проте, повна конституційна скарга буде мати позитивний ефект, коли особи мають можливість ефективного захисту своїх основних прав на національному рівні в українських судах без необхідності звертатися до Європейського суду з прав людини. Венеціанська комісія підтримує рекомендацію запровадити повну конституційну скаргу в майбутніх конституційних змінах.

2. Здійснення і розширення в проєкті закону

40. Конституційна скарга регулюється статтями 55 і 56 проєкту закону. Це дозволяє "особі" звернутися до Конституційного Суду з скаргою, якщо загальний суд в остаточному рішенні застосовує закон, що суперечить Конституції. Скарга може бути подана тільки щодо остаточного рішення суду, а не щодо рішення державних

Конституції, беручи до уваги також трактування такого положення в його практичному юридичному застосуванні; ... "

¹⁹ Стаття 79 Конституції Польщі

"1. Відповідно до принципів, встановлених законом, кожен, чий конституційні свободи або права були порушені, має право звернутися до Конституційного суду для прийняття ним рішення про відповідність Конституції закону або іншого нормативного акту, на підставі якого суд або орган державного управління прийняв остаточне рішення про його свободи чи права або його обов'язки, зазначені в Конституції. ... "

У Польщі, близько 80% скарг складають індивідуальні скарги.

²⁰ "Стаття 125 Конституції Російської Федерації: ...

4. Конституційний Суд Російської Федерації на порушення конституційних прав і свобод за скаргами громадян та за запитами судів, перевіряє відповідність Конституції будь-якого закону, який застосовується або повинен застосовуватися в конкретній справі в порядку, встановленому федеральним законом. ... "

адміністративних органів. Скаргу до Конституційного Суду можна подати тільки після вичерпання всіх інших внутрішніх засобів правового захисту, тобто звертаючись до вищої можливої судової інстанції. Конституційна скарга охоплює всі конституційні права, в тому числі соціальні.

41. "Особа" (заявник) також може бути юридичною особою (стаття 56.3), що є позитивним кроком. Проте, відповідно до статті 56.1 проекту закону слово "особа" не поширюється на юридичні особи публічного права. Це означає, що конституційна скарга не є доступною для органів місцевого самоврядування. Конституційні зміни, що стосуються місцевого самоврядування досі не прийняті, і це питання має бути вирішене в окремому порядку в цих межах.

42. Проект статті 89.3 пропонує довгоочікуваний крок для підвищення шансів для особи (людини) добитися справедливості у випадку, коли закон не є неконституційним, але коли Конституційний Суд виявив, що загальний суд витлумачив правову норму у спосіб, який не відповідає Конституції.

43. Стаття 89.3 передбачає, що, якщо Конституційний Суд, розглядаючи справу за конституційною скаргою, визнав закон таким, що відповідає Конституції, але одночасно виявив, що загальний суд застосував закон, витлумачивши його у спосіб, що не відповідає Конституції, то Конституційний Суд "вказує на це у резолютивній частині рішення." Так як про це вже не зазначено вичерпно у статті 89.3 (саме по собі виключення останнього речення статті 89.3 в CDL-REF(2016)066add), то це буде підставою для поновлення остаточного судового рішення у справі в загальних судах. Дійсно, прикінцеві положення 8, пункти 2 і 4-6 проекту закону також вносять зміни до різних процесуальних кодексів для того, щоб зобов'язати загальні суди поновити розгляд справи не тільки тоді, коли "неконституційність закону України або будь-якого іншого акта (або окремого його положення) [це] встановлено Конституційним судом України", а й тоді, коли "Офіційне тлумачення положень Конституції України, надане Конституційним Судом України [...], відрізняється від того, яке застосовується судом у своєму рішенні".²¹

44. Стаття 89.3 проекту Закону України про Конституційний Суд є кроком у правильному напрямку, що дозволяє продовжити розгляд конституційності актів, навіть якщо не можна запровадити повну конституційну скаргу. Делегація Венеціанської комісії була повідомлена, що це рішення гаряче обговорювалося в рамках робочої групи по проекту закону.

45. На практиці, може трапитися, що індивід оскаржує правове положення, повністю усвідомлюючи, що це положення є конституційним, лише з метою дозволити Конституційному Суду встановити

²¹ Положення, що є зі змінами: стаття 361 Цивільного процесуального кодексу України (Офіційний вісник Верховної Ради України, 2004 р, № 40-42, стор 492.); стаття 245 Кодексу адміністративного судочинства України; стаття 112 Господарського процесуального кодексу України (Офіційний вісник Верховної Ради України, 1992 р, № 6, стор. 56); стаття 459 Кримінального процесуального кодексу України (Офіційний вісник Верховної Ради України, 2013 р №. 9-13, стор. 88).

неконституційне застосування закону. Ця проблема може бути вирішена за допомогою суду під час розгляду питання про прийнятність справи. Коли колегія приходить до висновку про те, що скарга насправді не стосується оскарження конституційності закону, а тільки його застосування, то вона може відмовити відповідно до статті 77.4 проекту закону як "явно необґрунтовану". Такий контроль не повинен надмірно навантажувати Конституційний Суд.

В. Строки розгляду

46. Проект закону передбачає строки розгляду. З дати порушення справи, строк конституційного провадження не може перевищувати шести місяців (стаття 75.2). В особливих випадках, стаття 75.3 передбачає строк – один місяць, зокрема, (а) коли Конституційний Суд надає висновок щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції вимогам статей 157 і 158 Конституції, (б) за зверненням Президента щодо конституційності актів уряду (стаття 106.1.15 Конституції) (с), коли Сенат або Велика палата визнали конституційне провадження невідкладним.

47. Для індивідуальних скажників, проект статті 61.4 передбачає, що рішення ініціювати або відхилити провадження у справі повинно бути прийнято колегією протягом одного місяця з моменту призначення судді-доповідача у справі. Проте, цей строк може бути продовжений Великою палатою на прохання судді-доповідача або голови сенату. Якщо проект закону визначає такий крайній строк, то він також повинен бути введений і для подань та звернень, що вносяться державними органами.

48. У принципі, Венеціанська комісія схвалює, що проект закону звертається до "серйозних проблем повільності або тривалості провадження і тим самим захищає право на справедливий судовий розгляд",²² зокрема, тому що із запровадженням нормативної конституційної скарги це безпосередньо стосується прав людини. Щодо статей 6 і 13 ЄКПЛ, то "договірні Держави мають велику свободу вибору у тому, як вони виконують свої зобов'язання в цьому відношенні."²³ Однак, обмежений строк судового розгляду включає небезпеку втрати правової якості тих справ, які є складними і вимагають часу, щоб бути ретельно розглянутими, чи в ситуаціях, коли багато справ очікують розгляду Конституційним Судом України. Строк від шести до одного місяця в багатьох справах може бути недостатнім для забезпечення необхідного розгляду (складного) юридичного питання. Комісія рекомендує, щоб Велика палата могла продовжувати ці строки у виняткових випадках.

Г. Кворум

49. Останнім часом до Венеціанської комісії зверталися з правовими питаннями щодо кворуму в конституційних судах. Венеціанська комісія

²² CDL-AD(2013)005, Висновок про проект змін до законів про судову систему Сербії, пункт 87.

²³ CDL-AD(2013)005, Висновок про проект змін до законів про судову систему Сербії, пункт 91.

вказала, що положення щодо необхідного кворуму для прийняття рішень, є недоречними і несуть ризик блокування процесу прийняття рішень судовим органом і робить його неефективним.²⁴ У цьому випадку, Конституційний Суд не може здійснювати своє ключове завдання забезпечення конституційності законодавства.²⁵

50. Венеціанська комісія відзначила, що, з точки зору порівняльної перспективи, дві третини в якості кворуму в Конституційному Суді, як видається, є найбільш поширеною в європейських країнах.²⁶ Таким чином, статті 9, 66.2 і 67.2 проекту закону відповідають цим європейським стандартам. Проте, примітно, що кворум Великої палати описується в абсолютних цифрах (12 з 18 суддів), а кворум сенатів визначається у відсоткових величинах (дві третини голосів судді, які входять до складу Сенату). У той час як обидва методи можливі як європейський стандарт в перспективі, проект закону повинен бути послідовним у цьому відношенні, якщо немає причини щоб в регулюванні посилалися на відсотки і це може допомогти уникнути проблем 2005 року в Україні.

Г. Інші питання

51. Стаття 18.6 проекту закону чітко спрямована на запобігання того, щоб незалежність судді Конституційного суду ставилася під сумнів, тому що він або вона не може прийняти жодної нагороди – навіть в символічній формі – від інших державних органів (за винятком винагород за героїзм, пов'язаних з ризиком для життя). Це повинно бути оцінено позитивно щодо видимої незалежності суддів Конституційного Суду.

52. У статті 29, проект закону вибирає модель, згідно з якою наукові радники підпорядковані виключно судді і вони не є частиною секретаріату органу. Можна було б передбачити деякі зв'язки між науковим радником і Судом. В доповнення до наукових радників, стаття 41 законопроекту запроваджує науково-консультативну раду. Не зрозумілими є відносини між науковими радниками суддів (стаття 29), науково-консультативною радою і Секретаріатом (стаття 44.2), зокрема, щодо підготовки проектів рішень.

53. Стаття 35.3 до виключних повноважень Великої палати відносить "вирішення ... будь-яких процедурних питань". Це може означати, що сенати і колегії повинні виносити всі процедурні питання на розгляд Великої палати. Це може виявитися неефективним. Незначні процедурні питання мають вирішуватися безпосередньо сенатами і самими колегіями.

²⁴ CDL-AD(2016)001, пункт 67 і наступні.

²⁵ У цьому контексті слід звернути увагу, що проект закону не передбачає заступників членів Конституційного суду. В Австрії, збереження належного функціонування Конституційного Суду досягається за рахунок використання системи шести заступників голови Суду. Це, однак, не є загальноприйнятною європейською моделлю, але її можна знайти і в ЄСПЛ, проте, в іншій інституційній обстановці.

²⁶ CDL-AD(2016)001, пункт 69.

54. Колегія з трьох суддів приймає рішення про порушення провадження у справі (прийнятності). Для конституційної скарги, згідно з проектом статті 37.5 одностайна відмова колегією є остаточною і справа припиняється. Для справ, порушених державними органами – так звані конституційні подання або конституційні звернення – навіть одностайна відмова колегією не припиняє справу, яка, тим не менш, передається на розгляд Великої палати для прийняття рішення (статті 37.4 і 61.2.2 проекту закону). Делегація комісії була проінформована про те, що це було зроблено з поваги до органів, які ініціюють справу, що навіть одногосна відмова колегією з трьох суддів не повинна припинити справу. Проте, якщо це так, то будь-яке рішення колегії – прийняти або відмовити у прийнятті – це зайва і марна трата часу трьох суддів. Всі ці справи повинні бути передані безпосередньо на розгляд Великої палати і бути ініційовані актом керівника Секретаріату Суду.

55. Проект статті 42 передбачає широкий доступ громадськості до судових справ, в тому числі до відкритих справ. Хоча доступ громадськості є позитивним, проте повинні бути деякі виключення, наприклад, щодо проектів рішень або, якщо цього вимагає конфіденційність заявників у справах за конституційною скаргою.

56. З метою забезпечення його матеріальної незалежності, Суд повинен мати можливість захистити свій проект бюджету у Раді (стаття 48).

57. У проекті статей 51-54, відмінність між конституційними поданнями і зверненнями здається штучною. Зокрема, конституційне звернення охоплює дуже різні процедури. Конституція згадує "подання" тільки в статті 150. Це буде зрозумілим, якщо дати конкретну назву для кожного типу провадження і не групувати їх за назвою подань та звернень.

58. Делегація Венеціанської комісії була проінформована про те, що проект статті 58 передбачає автоматичний розподіл справ в колегіях ("по черзі"). Здається, що один з трьох суддів колегії стає суддею-доповідачем у справі. Згідно з проектом статті 59.1, справа передається одному з суддів за рішенням самої колегії. Позитивно, що призначення судді-доповідача не є рішенням голови Суду. Проте, повинні бути правила про те, як справу буде розподілено між трьома судьями. Як це буде відбуватися, якщо кожен з них або жоден з них не хоче бути суддею-доповідачем? Автоматичний розподіл може вирішити цю проблему.

59. Відповідно до статей 61.2.2, 61.2.3, 66.6 і 84 проекту закону, розподіл видів провадження між Великою палатою і сенатами залежить від того, чи була справа внесена органом влади (конституційне подання і конституційне звернення) або фізичною особою (конституційна скарга). Ця логіка, здається, пов'язана з імовірністю внесення великої кількості скарг від фізичних осіб, а не від важливості справ. Скасування закону на основі скарги може бути настільки ж важливим, як і на підставі звернення від органу влади (подання/звернення). Проблема щодо вирішення у

відповідних сенатах (здається, відсутній розподіл справ, як в Німеччині) може бути узгоджена між ними.

60. Відповідно до статті 68 проекту закону, коли у справі, яка знаходиться на розгляді в сенаті, "виникає істотна потреба в тлумаченні Конституції України або якщо вирішення питання, яке розглядає Сенат, може спричинити несумісність із юридичними позиціями, постановленими Судом попередньо, Сенат може [...]відмовитись від розгляду справи на користь Великої палати." Це положення має бути узгоджено зі статтею 92.3, щоб зрозуміти, що воно є обов'язковим для Сенату, який, бажаючи відступити від попередньої прецедентної практики, може відмовитися від розгляду справи на користь Великої Палати.

61. Проект статті 69.3 передбачає, що Суд може розглянути *amicus curiae* (briefs) на свій розсуд. Законопроект повинен передбачати, що Суд може також активно звертатися за *amicus curiae* (briefs). Відповідно до її Статуту, Венеціанська комісія, наприклад, не може надати консультативний висновок, якщо не буде звернення від Суду.

62. Проект статті 78.2 передбачає повноваження вжити тимчасових заходів за конституційними скаргами в Сенаті "одночасно з відкриттям конституційного провадження у справі за конституційною скаргою". Ці заходи за визначенням є терміновими. Рішення про порушення справи приймається колегією. Таким чином, колегія також повинна бути компетентна видавати тимчасовий наказ. З іншого боку, проект статті 78.5 вказує на втрату чинності тимчасового заходу, коли ухвалюється рішення Судом. Проте, коли Конституційний Суд встановить неконституційність, то це буде занадто швидко, тому що у випадку з конституційною скаргою, загальні суди повинні знову відкрити справу і вирішувати заново. Суд повинен бути компетентним продовжити тимчасові заходи в своєму рішенні, допоки загальний суд не ухвалив рішення про поновлення розгляду справи.

63. Можливість Конституційного Суду відкласти недійсність акта, визнаного неконституційним, є позитивною (стаття 91.2). Це дозволяє уникнути появи правових прогалин, наступних за скасуванням законодавчих положень і дає час Верховній Раді прийняти нове законодавство.

64. Стаття 92.2 відноситься до питання про те, чи пов'язаний Суд своїми власними прецедентами. В Україні, може бути корисно вказати, що це так. Можливість варіювати його позицію за умови обґрунтування повинна дати деяку свободу дій Суду. У будь-якому випадку, усі рішення повинні бути достатньо обґрунтовані.

65. Стаття 94 передбачає, що рішення має бути опубліковано відразу ж після його оголошення. Це дозволяє уникати проблем в розробці рішень після того, як вони вже були оголошені. Це, на жаль, мало місце в інших країнах.

66. Делегація Венеціанської комісії була проінформована Конституційним Судом, що він рішуче відкидає перехідне положення 3, яким передбачено інститут міжнародного радника – відставний суддя іноземного конституційного суду або представник однієї з міжнародних організацій – щоб надавати кваліфіковану допомогу за конституційними скаргами до 1 січня 2020 року. Суд вважає, що він має необхідні знання та досвід для вирішення конституційних скарг.

III. Висновок

67. Переглянута Глава XII Конституції України та Закон України про Конституційний Суд України (проект станом на 1 листопада 2016 року) покращили позицію Конституційного Суду України у порівнянні з попередніми положеннями.

68. Проект закону, реалізувавши конституційні зміни, є явним кроком вперед до європейських правових стандартів щодо конституційного правосуддя. Венеціанська комісія схвалює зокрема конкурсний відбір суддів; прийняття присяги перед Судом; строки для призначення і обрання суддів; звільнення судді тільки самим Судом; скасування звільнення за "порушення присяги"; введення конституційної скарги і положення в проекті статті 89.3, навіть якщо вона обмежена; строки для розгляду; автоматичний розподіл справ у колегіях і можливість Суду відкласти недійсність закону, визнаного неконституційним.

69. Проте, цей висновок містить ряд рекомендацій з метою поліпшення проекту Закону. Зокрема, Венеціанська комісія рекомендує:

1. Проект закону має передбачати максимальну кількість членів конкурсної комісії і повинно бути чітко визначено, чи є ці комісії постійними або створеними спеціально. Венеціанська комісія розуміє, що отриманий список кандидатів є обов'язковим для відбору суддів; в конкурсній комісії Ради, фракції повинні бути представлені пропорційно.

2. Стаття 68 проекту закону повинна бути приведена у відповідність до статті 92.3, щоб зрозуміти, що це є обов'язково для сенату, який бажає відступити від попередньої прецедентної практики, відмовитися від розгляду справи на користь Великої палати.

3. Обмеження щодо попередньої політичної діяльності суддів до обрання має бути виключено.

70. Венеціанська комісія залишається в розпорядженні української влади для подальшої допомоги в цьому питанні.