

Professor Mirosław Wyrzykowski

To the
Chairman of the Competition Commission

Dear Mr. Chairman,

with reference to the request to provide the motivation for my negative position on the Commission's setting of a deadline for the submission of candidates for the position of a judge of the Constitutional Court I kindly present my reasoning.

1. The controversy concerns a fragment of the resolution of the Competition Commission (hereinafter "Commission") entitled "The announcement of the beginning of the competition for the selection of candidates for the position of a judge of the Constitutional Court of Ukraine in respect of persons appointed by the President of Ukraine". The passage reads: 'Acceptance of documents for participation in the competition will be carried out within 30 calendar days, namely from August 25 to September 23, 2021, inclusive'.
2. The wording of this part of the resolution could mean two legally important situations. The first situation, the Commission decided that there is a vacancy in the constitutional court for a judge appointed by the President of Ukraine and it is necessary to hold a competition for this position. However, during the meeting we received information that the mandate of the most senior judge appointed by the President expires in May 2022. A fundamental question therefore arises as to whether the Commission has a legal basis for declaring a vacancy and whether such a declaration has the character of an official act of the Commission. In other words, whether the Commission's authority includes determinations resulting in the opening of a competitive process. The legal problem is that every institution must act on the basis and within the limits of the law, and I am not aware of a provision designating such a competence, while the provisions of the Act on the Constitutional Court that were referred to during the session of the Commission do not, in my understanding, include the competence of the Commission, since the Act on the Constitutional Court does not know the institution of the Commission. The principle that competence is not to be presumed is decisive.
3. The second situation, if it is assumed that the Commission has the above-mentioned competencies, it is necessary to regulate, for example, in the Decree of the President on the appointment of the Commission or in the law on the Constitutional Court, the circumstances, and consequently, the timing, of the commencement of the work of the Commission to give an opinion on the candidates for the vacant post of judge of the Constitutional Court. If this matter is not regulated by a decision of the decision-making body (the Commission is only an opinion-making, and therefore advisory body), it means that the decision taken on 20 August to announce the competition has the character of a legal precedent, by which the Commission is bound. This means, consequently, that in order - among others - to maintain the principle of equal treatment of identical situations, it will be necessary each time to launch a competition for a (non-)vacant judge's position approximately 9 months before the end of the term

of office of the judge appointed by the President (counting the time between the date of the Commission's decision of 20 August 2021 and the nearest expiration of the term in May 2022). At the same time, this means that the Commission itself has established a rule that it will be bound by. The question arises as to whether the setting of this rule falls within the Commission's competence. In other words, does it not create a situation of presumed competence to regulate this matter, and possibly other matters as well. This is all the more important because during the meeting of the Commission arguments were presented about the closed nature of the Commission's competences.

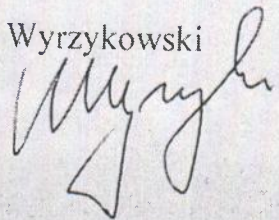
4. From a constitutional perspective, the necessity to justify such a long period of time prior to giving an opinion on the candidates is likely to arise. This would be all the more expected as the President of Ukraine has an independent power to appoint 6 Constitutional Court judges and his official act - both on proclamation (declaration) of the expected vacancy and on appointment of a new judge - may be issued within a reasonable time. Crucial argument is that the President is empowered in an exclusive competence and does not require cooperation with other organs of the state.
5. The more so, as there are known situations in other countries when the selection of judges of the Constitutional Court "in advance" was the source of a dramatic constitutional crisis. What is more, the European Court of Human Rights in the case *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. v. Poland* (application no 4907/18) stated that a court adjudicating with the participation of an improperly elected judge (replaced an already properly elected judge, i.e. a seat was not vacant) is not a court within the meaning of Article 6 of the European Convention on Human Rights. A judgment issued by an improperly constituted court suffers from a legal defect: the European Court of Human rights "considers that the applicant company was denied its right to a "tribunal established by law" on account of the participation in the proceedings before the Constitutional Court of Judge M.M., whose election was vitiated by grave irregularities that impaired the very essence of the right at issue (para 290) The Court therefore concludes that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in this regard (para 291)". This in turn gives rise to liability on the part of the state for a judgment rendered by a court improperly constituted. This in turn gives rise to state liability on the side of the litigant for a judgment rendered by an improperly constituted court.
6. Creating such a situation would fundamentally contradict the intentions expressed in the justification of the President's decree on the appointment of the Commission.

Conclusion: I am of the opinion that in order to avoid the risk of undermining the correctness of the procedure for the selection of a judge of the Constitutional Court by the President of Ukraine, the judicial review procedure should be initiated

1. either at a statutorily defined time before the expiration of a judge's term (for example - 3 months) or
2. at the time of official determination of a vacancy in the position of a judge caused by reasons other than the expiration of the term of office.

Having failed to obtain a convincing argumentation overruling the indicated doubts as to the legal basis of the above-mentioned fragment of the resolution, I expressed a votum separatum to this passage.

/-/ Mirosław Wyrzykowski

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Wyrzykowski', written in a cursive style.

August 23, 2021

Професор Мірослав Вижиковський

Голові конкурсної комісії

Шановний пане Голово,

відповідно до прохання надати мотивацію моєї негативної позиції щодо визначення конкурсною комісією строку подання документів кандидатами на посаду судді Конституційного Суду України, я люб'язно подаю свої міркування.

1. Дискусійним видається такий абзац тексту оголошення конкурсної комісії (далі «Комісія») про початок конкурсу: «Приймання документів для участі у конкурсі здійснюватиметься впродовж 30 календарних днів, а саме з 25 серпня по 23 вересня 2021 року включно».

2. Формулювання цієї частини оголошення може означати дві юридично важливі ситуації.

Перша ситуація - Комісія вирішила, що у Конституційному Суді є вакансія судді, призначеного Президентом України, і необхідно провести конкурс на цю вакансію.

Однак під час засідання ми отримали інформацію про те, що мандат судді, призначеного Президентом, закінчується у травні 2022 р. Тому виникає принципове питання щодо того, чи має Комісія правові підстави для оголошення вакансії та чи має таке оголошення характер офіційного акту Комісії. Іншими словами, чи має Комісія повноваження здійснити дії, що призведуть до початку конкурсного процесу.

Юридична проблема полягає в тому, що кожна установа має діяти на основі та в межах закону, і мені невідоме положення про визначення такої компетенції Комісії. Положення Закону про Конституційний Суд, на які було посилення під час засідання Комісії, на мою думку, не включають таку компетенцію Комісії, оскільки Закон про Конституційний Суд не передбачає такого інституту як Комісія. Принцип, згідно з яким не слід передбачати невластиві компетентності, є вирішальним.

3. Друга ситуація. Якщо вважати, що Комісія має вищезгадані повноваження, необхідно врегулювати, наприклад, в Указі Президента про призначення Комісії або в законі про Конституційний Суд, обставини і

строки початку роботи Комісії щодо надання рекомендацій щодо кандидатів на вакантну посаду судді Конституційного Суду. Якщо це питання не регулюється актом органу, що приймає рішення (Комісія - це лише консультативний, дорадчий орган), це означає, що рішення, прийняте 20 серпня щодо оголошення конкурсу, має характер юридичного прецеденту.

Отже, це означає, що для того, щоб, серед іншого, дотримуватись принципу рівного ставлення до однакових ситуацій, щоразу буде потрібно проводити конкурс на (не)вакантну посаду судді приблизно за 9 місяців до закінчення строку повноважень судді, призначеного Президентом (з урахуванням часу між датою прийняття рішення Комісією від 20 серпня 2021 року та найближчим закінченням терміну повноважень у травні 2022 року).

Водночас це означає, що Комісія сама встановила правило, якого повинна буде дотримуватися в майбутньому. Виникає питання чи відноситься встановлення цього правила до компетенції Комісії. Іншими словами чи не створює це ситуацію передбачуваної компетенції регулювати це питання, а, можливо, й інші питання. Це тим більше важливо, оскільки під час засідання Комісії були представлені аргументи щодо обмеженості повноважень Комісії.

4. З конституційної точки зору, ймовірно, перш ніж давати висновок щодо кандидатів виникне необхідність обґрунтувати такий довгий завчасний період. Було б більш очікуваним, якби Президент України, який має конституційне право призначати 6 суддів Конституційного Суду, своїм офіційним актом оголосив про наявність вакансії і про призначення нового судді. Важливим аргументом є те, що Президент наділений виключною компетенцією і не потребує погодження з іншими органами держави.

5. В інших країнах відомі ситуації, коли відбір суддів Конституційного Суду "заздалегідь" став джерелом потужної конституційної кризи. Більш того, Європейський суд з прав людини у справі *Хего Flor w Polsce sp. z o.o. проти Польщі* (заява № 4907/18) заявив, що суд, який виносить рішення за участю неналежно обраного судді (замість належним чином обраного судді, тобто місце не було вакантним), не є судом у розумінні статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Рішення, винесене неправомірно сформованим судом, має юридичні недоліки. Європейський суд з прав людини вважає, що «компанії заявника було відмовлено у її праві на трибунал, створений законом» через участь у провадженні Конституційного Суду судді М.М., обрання якого відбулося з серйозними помилками, які порушували саму сутність оспорюваного права

(параграф 290). Тому Суд прийшов до висновку про порушення пункту 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (параграф 291)". Це, у свою чергу, породжує відповідальність з боку держави за рішення, винесене судом, створеним неналежним чином.

6. Виникнення такої ситуації фундаментально суперечило б намірам, викладеним в обґрунтуванні указу Президента про призначення Комісії.

Висновок: Я вважаю, щоб уникнути ризику визнання процедури відбору судді Конституційного Суду за квотою Президента України некоректною чи нелегітимною, конкурс слід розпочати

1. або у встановлений законом час до закінчення строку повноважень судді (наприклад - 3 місяці) або

2. після офіційного оголошення вакансії судді Конституційного Суду з інших причин, окрім закінчення строку повноважень судді.

Не отримавши переконливої аргументації, що спростовує зазначені сумніви щодо правової підстави вищезгаданого абзацу оголошення щодо конкретних строків приймання документів, я висловив свою окрему думку до цього абзацу.

/-/ Мірослав Вижиковський

23 серпня 2021 року