

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Лемака В.В. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України „Про призначення А. Ситника Директором Національного антикорупційного бюро України“ від 28 серпня 2020 року № 9-р/2020

На підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“ вважаю за необхідне викласти окрему думку стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України „Про призначення А. Ситника Директором Національного антикорупційного бюро України“ від 28 серпня 2020 року № 9-р/2020 (далі – Рішення).

Мною не було підтримано Рішення з таких причин.

1. Указ Президента України „Про призначення А. Ситника Директором Національного антикорупційного бюро України“ від 16 квітня 2015 року № 218/2015 (далі – Указ) є актом індивідуального характеру, а тому він не може „втратити чинність“ внаслідок рішення Конституційного Суду України (далі – Суд), оскільки з самого моменту його видання він мав лише індивідуальну дію та вичерпав її понад п'ять років тому. Конституційний Суд України визнав неконституційним індивідуальний (ненормативний) акт, який був реально виконаний, тобто спричинені ним юридичні наслідки знайшли втілення в набутті конкретною особою прав і обов'язків посадової особи – Директора Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ). Після цього – виходячи з консенсусу в рамках правової доктрини та попередніх юридичних позицій Суду – такий акт вичерпав свою дію.

Звертаю увагу, що межі повноважень Суду окреслюються виходячи з логіки частини другої статті 152 Конституції України, яка встановила, що „закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення

про їх неконституційність, якщо інше не встановлено самим рішенням, але не раніше дня його ухвалення“. Якщо конституціодавець визначив наслідком визнання неконституційності акта втрату ним чинності, то, вочевидь, йдеться про перевірку Судом саме „чинних“ актів, які охоплюють нормативні акти, спрямовані на багаторазове застосування та звернуті на невизначене коло осіб, та не охоплюють акти індивідуального характеру.

Окрім того, аргументом на користь такого твердження є неодноразове висловлення Судом юридичних позицій з цього питання. Наприклад, в абзаці четвертому пункту 1 мотивувальної частини Рішення від 23 червня 1997 року № 2-зп у справі про акти органів Верховної Ради України Суд зауважив, що „за своєю природою ненормативні правові акти, на відміну від нормативних, встановлюють не загальні правила поведінки, а конкретні приписи, звернені до окремого індивіда чи юридичної особи, застосовуються одноразово й після реалізації вичерпують свою дію“.

Так, у 2008 році, розглядаючи справу щодо оцінки указів Президента України про кадрові призначення та звільнення у сфері національної безпеки, Суд зазначив: „Укази Президента України № 864, № 865 та № 1013 є правовими актами ненормативного характеру (індивідуальної дії), якими В. Горбуліна звільнено від тимчасового виконання обов’язків Секретаря Ради, а В. Гайдука та І. Дріжчаного призначено відповідно Секретарем Ради і заступником Секретаря Ради. Ці Укази стосувалися окремих фізичних осіб, були розраховані на персональне (індивідуальне) застосування і після їх реалізації вичерпали свою дію... У зв’язку з вичерпанням своєї дії зазначені Укази не можуть бути об’єктом конституційного контролю. Отже, питання щодо їх конституційності не належать до повноважень Конституційного Суду України“ (абзаци перший, другий, третій пункту 5 мотивувальної частини Рішення від 22 квітня 2008 року № 9-рп/2008).

Це означає, що, навіть оцінивши відповідність Указу Конституції України і сформулювавши відповідну юридичну позицію щодо нього, Суд повинен був закрити конституційне провадження у справі, підтвердженням чого є і те, що межі його повноважень у частині першій статті 8 Закону України „Про Конституційний Суд України“ (далі – Закон) визначаються в такий спосіб: „Суд

розглядає питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) **чинних актів** (їх окремих положень)“ (виділення автора). Такий підхід передбачено в частині першій статті 92 Закону. Виявлена „втрата чинності актом (його окремими положеннями), щодо якого порушено питання відповідності Конституції України“ є підставою для закриття конституційного провадження у справі, якщо прочитати частину четверту статті 63 у зв'язку з пунктом 5 статті 62 Закону.

При цьому в частині другій статті 8 Закону є застереження: „З метою захисту та відновлення прав особи Суд розглядає питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) акта (його окремих положень), який втратив чинність, але продовжує застосовуватись до правовідносин, що виникли під час його чинності“. **Однак у цій справі не йдеться про такі правовідносини, в яких міститься потреба в захисті прав людини (наприклад, захисту від звільнення суб'єкта владних повноважень, проведеного в неконституційний спосіб), її фокус стосується обсягу конституційних повноважень Президента України, врешті – конституційного поділу влади та меж здійснення повноважень органів державної влади.**

Отже, з огляду на попередні юридичні позиції Суду (офіційну конституційну доктрину) та з урахуванням норм Закону, якими встановлено підстави для закриття конституційного провадження у справі, резолютивна частина Рішення мала бути іншою.

Це формальний аспект питання. Однак, головне – це розібратися в сутнісних моментах того, якими є конституційні повноваження Президента України в цьому питанні, враховуючи, що йдеться про діючого Президента України та осіб, які в майбутньому за мандатом народу вступатимуть на цей пост.

2. Доктрина inherent powers: чи справді повноваження Президента визначаються лише текстом статті 106 Конституції України і яким є їх обсяг? Власне, є два аспекти в цьому питанні: а) чи може закон України покладати на Президента України додаткові повноваження (права і обов'язки), тобто такі, які письмово не сформульовані в переліку його повноважень у

частині першій статті 106 Конституції України? б) як слід розуміти обсяг конституційних повноважень Президента України, зазначених у частині першій статті 106 Конституції України?

Досліджуючи перший аспект, слід звернутися до конституційного тексту. Спочатку зверніть увагу на частину другу статті 19 Конституції України, яка передбачає: „Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов’язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України“. Хоча є з цього приводу різні версії, однак **Президент України є органом державної влади, а це означає, що він зобов’язаний діяти на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені не лише Конституцією України, а й законами України.** Наведена конституційна норма міститься серед базових принципів конституційного ладу України – в розділі I „Загальні засади“ Основного Закону України.

Однак у тексті Конституції України підкреслено цю думку ще в одній, спеціалізованій нормі, яка прямо стосується статусу глави держави. Давайте уважно прочитаємо її зміст: „Президент України на основі та на виконання Конституції і законів України видає укази і розпорядження, які є обов’язковими до виконання на території України“ (частина третя статті 106 Конституції України). Добросовісне прочитання цієї конституційної норми не залишає сумнівів – **Президент України видає укази на основі й на виконання як Конституції України, так і законів України.** Ясно, чітко й передбачувано. Видаючи укази, Президент України робить не що інше, як здійснює свої повноваження на основі та на виконання цих двох вищих джерел права.

Тепер другий аспект – як розуміти текст статті 106 Конституції України, де сформульовані повноваження Президента України? Декілька рішень Суду в минулому підкреслюють відому юридичну позицію, наприклад, в одному з них було зазначено: „Таким чином, як вбачається з пункту 31 частини першої статті 106 Конституції України, в якому передбачено здійснення Президентом України й інших, крім перелічених у цій статті повноважень, визначених Конституцією України, законами України не можуть встановлюватися будь-які повноваження глави держави, за винятком тих, що визначені Конституцією

України, як і певні обмеження цих повноважень, оскільки вони також повинні закріплюватися безпосередньо Конституцією України“ (абзац сьомий підпункту 3.1 пункту 3 мотивувальної частини Рішення від 7 липня 2009 року № 17-рп/2009). Тобто, як випливає з цієї юридичної позиції Суду, законами України не можуть встановлюватися будь-які повноваження глави держави, за винятком тих, що визначені Конституцією України. Ніхто не буде дискутувати з приводу того, що повноваження Президента України „вичерпно“ встановлені в Конституції України, питання в іншому – як методологічно правильно розуміти зміст та обсяг цих конституційних повноважень глави держави.

При цьому не відкину тасмниці, якщо буду стверджувати, що Конституція України – не аркуші, на яких нанесені типографською фарбою слова і речення. Це не лише текст (і контекст), вона є ціннісним порядком, який сприймається системно й цілісно.

Прочитання положень частини першої статті 106 Конституції України необхідно виходячи передовсім з того, що формулювання щодо повноважень глави держави слід сприймати у системному зв'язку з принципами та іншими конституційними нормами, якими визначається статус Президента України, зокрема його ролі як гаранта державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина (частина друга статті 102 Конституції України), а також його ролі як гаранта реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору (частина третя статті 102 Конституції України).

Крім того, необхідно зазначити, що конституційні повноваження Президента України, визначені частиною першою статті 106 Конституції України, потребують специфікації (уточнення, визначення особливостей, конкретизації у різновидах), особливо у випадках, коли вони викладені через відкриті формулювання („є Верховним Головнокомандувачем Збройних Сил України“, „представляє державу в міжнародних відносинах, здійснює керівництво зовнішньополітичною діяльністю держави“, „здійснює керівництво у сферах національної безпеки та оборони держави“). Здійснення

наведених конституційних повноважень Президентом України вимагає уточнення та конкретизації їх змісту, яке вчиняється на рівні законів України.

Такий підхід підтверджується практикою законодавчої діяльності парламенту, який законами України наділяє Президента України відповідними повноваженнями (Закони України „Про Службу безпеки України“, „Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб“, „Про Службу зовнішньої розвідки України“, „Про оборону України“, „Про Державне бюро розслідувань“ тощо). Наведеними законами України Президент України наділений повноваженнями щодо призначення керівників служб та органів, їх заступників, керівників регіональних підрозділів тощо. Хоча вони й не згадуються прямо в тексті Конституції України, однак „виводяться“ з конституційних повноважень глави держави у сфері національної безпеки України.

Отже, конституційні повноваження Президента України для реалізації потребують окреслення їх змісту на рівні законів України. Це означає, що вони можуть і не бути відображеними у конституційних формулюваннях, однак повинні впливати з них та бути спрямованими на досягнення конституційних цілей, виражаючи властивості та органічну сутність відповідних положень Конституції України.

3. З урахуванням наведеного, чи охоплюється призначення Директора НАБУ конституційними повноваженнями Президента України? Щоб відповісти на таке запитання, застосуємо двокроковий тест.

Перший крок полягає у з'ясуванні того, якої сфери стосується суть функціонального призначення НАБУ (протидія корупції в органах державної влади)? Очевидно, що протидія корупції є складовою сфери національної безпеки. Звідки такий висновок? Як власне встановити обсяг поняття „національна безпека“? Конституцією України передбачено єдиний спеціальний конституційний орган у цій сфері – Раду національної безпеки і оборони України (стаття 107), яка і ухвалила своїм рішенням Стратегію національної безпеки України (далі – Стратегія), уведена в дію указом Президента України від 26 травня 2015 року № 287/2015. У цьому документі

наголошено, що серед загроз для національної безпеки України мають місце „поширення корупції, її укорінення в усіх сферах державного управління“ (пункт 3.3), а серед завдань державної політики у цій сфері – „нова якість антикорупційної політики“, „очищення влади від корупціонерів і агентури іноземних спецслужб“; вибудова „послідовної антикорупційної політики, яка здійснюватиметься шляхом, зокрема забезпечення невідворотності покарання за корупційні правопорушення“; „забезпечення ефективної діяльності Національного антикорупційного бюро України“ (пункт 4.5 Стратегії).

Тобто протидія корупції в органах державної влади, що є суттю функціонального призначення НАБУ, розглядається як важлива складова сфери національної безпеки в Україні.

Другий крок – необхідно встановити, чи є серед конституційних повноважень Президента України вирішення питань у сфері національної безпеки. Звертаємося до тексту Основного Закону України. У частині першій статті 106 Конституції України зазначено, що глава держави забезпечує державну незалежність, національну безпеку і правонаступництво держави (пункт 1); здійснює керівництво у сферах національної безпеки та оборони держави (пункт 17). **Отже, серед конституційних повноважень Президента України, прямо зазначених у частині першій статті 106 Конституції України, безпосередньо є закріпленими як забезпечення національної безпеки, так і здійснення керівництва в цій сфері. У свою чергу це означає, що повноваження Президента України щодо призначення Директора НАБУ прямо впливає з відповідних конституційних повноважень Президента України.**

Такий підхід уже було застосовано Судом у питанні зі схожими обставинами. У 2009 році, розглядаючи справу щодо конституційності Указу Президента України „Про деякі питання здійснення керівництва у сферах національної безпеки і оборони“ від 4 червня 2008 року № 516, Суд зазначив: „Таким чином, системний аналіз положень Конституції України дає підстави вважати, що Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України мають окремі конституційні повноваження у сферах національної безпеки і оборони держави, але лише Президент України наділений

конституційними повноваженнями здійснювати керівництво у цих сферах. Це означає, що Президент України, здійснюючи таке керівництво, спрямовує діяльність суб'єктів забезпечення національної безпеки і оборони держави, зокрема Збройних Сил України, Служби безпеки України, Служби зовнішньої розвідки України, Державної прикордонної служби України, інших військових формувань, утворених відповідно до законів України... Президент України, маючи конституційні повноваження щодо здійснення керівництва у зазначених сферах, може затверджувати **Перелік посад, кандидатури для призначення на які погоджуються з ним**“ (виділення автора) (абзац шостий підпункту 2.1, друге речення абзацу третього підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення від 25 лютого 2009 року № 5-рп/2009).

Отже, у наведеному рішенні Суду йшлося про розуміння конституційного повноваження Президента України щодо керівництва у сфері національної безпеки. Суд дійшов висновку, що таке керівництво у цій сфері здійснюється лише главою держави, який, здійснюючи таке керівництво, спрямовує діяльність суб'єктів забезпечення національної безпеки, а отже, – має право здійснювати кадрові повноваження стосовно відповідних органів. Суд навіть погодився з тим, що перелік посадових осіб, стосовно яких Президент України здійснює кадрові узгодження, визначається ним самим, а не законом України.

Звертаю увагу, що хоча на той час НАБУ не було створено і спеціальне законодавство у сфері національної безпеки було іншим, Суд сформулював позицію щодо розуміння саме конституційної норми, яка застосовна до оцінки Указу у цій справі.

Такий самий підхід повинен бути застосований щодо оцінки повноваження глави держави стосовно передбачених законами України кадрових призначень Президентом України низки осіб керівного складу Служби зовнішньої розвідки України, Міністерства оборони України, Державного бюро розслідувань, Міністерства закордонних справ України та інших державних органів.

Наведені аспекти, як мінімум, мали бути досліджені в мотивувальній частині Рішення.

4. Що є презумпція конституційності?

Отже, на підставі конституційних повноважень у сфері національної безпеки України Президент України має повноваження видавати відповідні укази. Як уже було зазначено, ці повноваження ґрунтуються на Конституції України та законах України.

У ситуації з Указом так і сталося – він був виданий на виконання Закону України „Про Національне антикорупційне бюро України“ від 14 жовтня 2014 року № 1698–VII, відповідно до частини дев'ятої статті 7 якого встановлено: „Відібрані Конкурсною комісією два або три кандидати подаються на розгляд Президенту України. Президент України призначає на посаду Директора Національного бюро одного з відібраних Конкурсною комісією кандидатів протягом десяти днів з дня внесення Конкурсною комісією відповідного подання“.

Отже, видання Президентом України Указу було виконанням ним наведеної норми Закону № 1698, за що він ніс персональну відповідальність.

Щодо відповідності Закону № 1698 Конституції України слід нагадати аксіому, що **всі закони є такими, що відповідають Конституції України, якщо вони не визнані неконституційними за правилами конституційного судочинства (презумпція конституційності актів)**. Жоден інший державний орган, включно з Президентом України, не може перебрати на себе функції конституційного судочинства.

Стати на протилежну позицію означає піддати загрозі стабільність всього правопорядку та правову безпеку осіб.

5. **Чи містив Указ загрози для поділу влади?** У Рішенні увагу акцентовано на тому, що Указ несе загрози конституційному принципу поділу влади. Мовляв, якби такі призначення Директора НАБУ вчиняв Уряд України – через те, що НАБУ має ознаки органу виконавчої влади, – то це більше відповідало би букві і духу Конституції України. Насправді це не так. Ніхто не

буде заперечувати, що персональний склад Кабінету Міністрів України набагато більше є результатом та втіленням політичного процесу в країні, а його кадровий склад є продуктом мінливої політичної волі більшості депутатів парламенту. На відміну від глави держави, який зберігає інституційну дистанцію від поточної політики, склад Уряду України є залежним від депутатської більшості в парламенті – така модель стосунків передбачена конституційною формою правління. Отже, поставлення антикорупційних органів у залежність від політичних еліт, які персонально наповнюють систему „парламентська більшість – уряд“, м'яко кажучи, не може сприяти ефективності діяльності спеціальних антикорупційних органів.

Указ не несе загрози для принципу поділу влади та не є критичним втручанням до балансу влад. Навпаки, глава держави, який є, поряд із парламентом, одним із двох конституційних органів, які черпають свою легітимність безпосередньо від народу, через відповідні повноваження стверджує принцип народного суверенітету.

З іншого боку, гіпотетичне конституційне закріплення повноваження щодо призначення Директора НАБУ за іншими органами державної влади може істотно розбалансувати конституційну систему влади, в якій Президент України, з одного боку, „забезпечує національну безпеку“ та здійснює керівництво цією сферою, однак, з іншого боку, був би позбавлений інструментів для реалізації цих конституційних повноважень.

Зазначене так само стосується і конституційних повноважень Президента України щодо забезпечення й керівництва у сфері зовнішньої політики та оборони.

Висновок полягає в двох моментах. По-перше, акт індивідуальної дії, яким є указ Президента України про призначення посадової особи, через п'ять років після його видання не може бути оцінений на предмет конституційності, якщо він не стосується захисту конституційних прав людини. У будь-якому випадку рішення Конституційного Суду України, яким визнано акт неконституційним, діють виключно *ex nunc*, тобто на майбутнє, й жодним

чином не піддає сумніву легітимність посадових осіб, персонально яких стосувався відповідний акт.

По-друге, „вичерпність“ конституційних повноважень Президента України не тотожна переліку формулювань у частині першій статті 106 Конституції України. Президент України здійснює й такі повноваження, які випливають з органічної суті та обсягу перерахованих конституційних повноважень та іманентно є властивими для його конституційної ролі, якщо при цьому вони мають підґрунтя в законі України та не суперечать фундаментальним конституційним принципам (поділу влади, демократії, поваги до прав людини).



Суддя
Конституційного Суду України

В. В. ЛЕМАК