

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Лемака В.В. стосовно Рішення від 16 вересня 2020 року № 11-р/2020 у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України „Про Національне антикорупційне бюро України“

На підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“ вважаю своїм обов’язком викласти окрему думку стосовно Рішення Конституційного Суду України від 16 вересня 2020 року № 11-р/2020 (далі – Рішення), оскільки не погоджуюсь з мотивувальною та резолютивною частинами Рішення.

Не зміг у цілому підтримати Рішення, виходячи з деяких аргументів, пов’язаних із конституційними аспектами функціонування Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ) як незалежного спеціалізованого антикорупційного органу. Окрім складних конституційних питань, прикро, що Конституційний Суд України упустив можливість відповісти на ряд важливих питань, пов’язаних із балансом державної влади в Україні, зокрема щодо розуміння конституційних повноважень вищих органів державної влади.

I. Форма правління в Україні й здійснення Президентом України виконавчої влади

У цій справі Конституційний Суд України (далі – Суд), мав дослідити окремі питання змісту Закону України „Про Національне антикорупційне бюро України“ 14 жовтня 2014 року № 1698–VII зі змінами (далі – Закон).

Однак, суть цієї справи – розуміння обсягу конституційних повноважень Президента України та парламенту, а не питання існування НАБУ чи його Директора, як нерідко на цьому акцентує суспільство. Суд дійшов висновку, що парламент законом України не може наділити Президента України відповідними повноваженнями щодо НАБУ, мотивуючи це у Рішенні тим, що, по-перше, Законом порушено принцип поділу влади, оскільки

парламент надав Президенту України повноваження у сфері виконавчої влади (а НАБУ має ознаки органу виконавчої влади) та, по-друге, тим, що парламент „розширив“ повноваження глави держави, створивши для нього нове повноваження, яке не передбачене „виключним переліком“ повноважень, закріпленим у статті 106 Конституції України.

З наведеними доводами Рішення погодитися не можу. Вважаю за доцільне зупинитися на питанні, чи здійснює Президент України виконавчу владу.

В Україні як і в інших змішаних республіках (semi-presidential system) має місце **дуалізм виконавчої влади**. Для розуміння цього важливе сучасне тлумачення принципу поділу влади та функціонального призначення органів державної влади, звісно на тлі розуміння самої Конституції України. Ще раз повторюся, Конституція України – не книжка з елементами підручника, в якому органи державної влади розписані між гілками влади для зручності засвоєння навчального матеріалу. Все набагато складніше.

Стверджувати, що Президент України не має стосунку до виконавчої влади, і з цього виводити неможливість наділення його законом повноваженнями щодо кадрових призначень у НАБУ (і ніби це загрожує поділу влади) – невірно. Насправді, **Президент України здійснює низку прямо визначених у Конституції України повноважень у сфері виконавчої влади.**

На підтвердження цього достатньо уважно прочитати текст Основного Закону України та звернути увагу на такі його положення:

1. Президент України визначається Конституцією України „гарантом“ низки конституційних принципів.

В одній із справ Суд визначився з розумінням цієї конституційної функції Президента України, сформулювавши таку юридичну позицію: «Стосовно тлумачення повноважень Президента та способів їх реалізації, частина друга статті 102 Конституції України проголошує, що Президент є „гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина“. За главою держави закріплено широкі повноваження як у вирішенні загальнодержавних проблем,

котрі вимагають поєднання політичних, економічних, соціальних та інших аспектів функціонування держави, так, рівнозначно, і у розгляді локальних питань, що стосуються захисту справедливості, прав, свобод та інтересів окремої людини в разі їх порушення будь-ким, в тому числі і державою. Для реалізації цих функцій Президент приймає рішення, які мають силу законодавчих актів (глава держави на той час мав право видавати укази на підставі пункту 4 розділу XV „Перехідні положення“ Конституції України – автор), а в разі необхідності – безпосередньо втручається в критичну ситуацію з метою усунення будь-якої загрози для держави та її громадян“ (абзац четвертий мотивувальної частини Ухвали Суду від 8 травня 1997 року № 11-з).

Окрім права видавати схвалені Кабінетом Міністрів України і скріплені підписом Прем'єр-міністра України укази з економічних питань, не врегульованих законами, функція Президента України щодо „гарантування“ конституційного порядку залишається незмінною, більше того, 7 лютого 2019 року були внесені зміни до Конституції України, якими статтю 102 Основного Закону України було доповнено частиною третьою такого змісту: „Президент України є гарантом реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору“.

Наведене означає, що Президент України, крім гарантування таких об'єктів конституційного ладу, як державний суверенітет, територіальна цілісність України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина, наділений функцією гарантування також імплементації цінностей та стандартів Європейського Союзу та Організації Північноатлантичного договору – умови набуття повноправного членства в цих організаціях. З цією метою, як було відзначено в юридичній позиції Суду, **Президент України уповноважений вирішувати загальнодержавні та локальні проблеми через ухвалення рішень, в разі необхідності – через безпосереднє втручання у критичну ситуацію з метою усунення будь-якої загрози для держави та її громадян.**

2. Хоча уряд України проголошується в Конституції України „вищим органом у системі органів виконавчої влади“, однак він є „відповідальним“ саме перед Президентом України, указами якого він „керується“ (стаття 113), більш того – Президент України унікально має можливість „зупинити“ дію акту Кабінету Міністрів України з наступним спрямуванням до Конституційного Суду України (пункт 15 частини першої статті 106). При цьому, звісно, дія акта зупиняється негайно, а розгляд справи щодо його конституційності потребує певного часу.

Про ієрархію стосунків між главою держави і урядом України йдеться і у пункті 1 статті 116 Конституції України, в якому встановлено, що Кабінет Міністрів України забезпечує, зокрема, виконання актів Президента України.

3. Президент України забезпечує та керує в сферах оборони, національної безпеки та зовнішньої політики (пункти 1, 3, 17 частини першої статті 106 Конституції України).

4. Глава держави призначає на посаду і звільняє з посад голів місцевих державних адміністрацій – керівників виконавчої влади в регіонах, які є відповідальними перед ним (частини четверта і п'ята статті 118 Конституції України).

Наведене означає, що Президент України наділений низкою самостійних конституційних повноважень у сфері виконавчої влади. Навіть у тих питаннях, у яких має місце „конкуренція“ між його повноваженнями та повноваженнями уряду України, пріоритет глави держави є безумовним.

Так, наприклад, відповідно до Конституції України стосовно національної безпеки Президент України, як було відзначено, „забезпечує“ національну безпеку і „здійснює керівництво“ у цій сфері (пункти 1, 17 частини першої статті 106), тоді як Кабінет Міністрів України „здійснює заходи“ щодо національної безпеки України (пункт 7 статті 116).

З цього випливає, що навіть встановлення у функціональній суті НАБУ ознак органу виконавчої влади не дає підстави для висновку, що цей правоохоронний орган автоматично належить до сфери компетенції

Кабінету Міністрів України, а Президент України не має стосунку до цієї сфери.

II. Ще раз про доктрину inherent powers

Мені приємно, що Суд у Рішенні сформулював таку юридичну позицію: „Таким чином, парламент може ухвалювати законодавчі акти виключно на **розвиток конституційних приписів, конкретизуючи та деталізуючи їх.** Це означає, що Верховна Рада України, запроваджуючи законодавче регулювання, не може допускати довільного їх застосування“ (виділення автора) (абзац третій підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення). Повністю підтримую цю юридичну позицію, хоча вона й залишилася нерозгорнутою.

Багато в чому вказана позиція збігається з аргументами, викладеними в моїй окремій думці стосовно Рішення Суду від 28 серпня 2020 року № 9-р/2020 (далі – Окрема думка). Зверніть увагу, в який спосіб я окреслив проблему:

„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...“. А далі висновок: «... „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)» (сторінки 5, 11 Окремої думки).

Звертаю увагу на викладені вище **параметри в розумінні та застосуванні доктрини inherent powers,** які не дозволяють перетворити її на спосіб маніпулювання конституційними нормами, а відтак створити загрозу для

суті Конституції України (ідеї обмеження публічної влади для захисту прав людини). Отже, для запобігання наданню законодавцем „гумового“ характеру положенням Конституції України, йому слід дотримуватись таких правил:

1) специфікація (конкретизація) може стосуватися лише тих формулювань Конституції України, які мають відкритий характер (і навпаки – вона не може стосуватися текстуально визначених положень);

2) положення Конституції України потребують специфікації в змісті виключно в змісті законів України, а не інших актів (законом така функція не може бути делегована уряду);

3) *inherent powers* мусять бути іманентно пов'язаними з відповідними положеннями Конституції України, тобто передавати окремі властивості та органічну сутність закріплених повноважень органів державної влади та виражати їхню конституційну роль;

4) ці повноваження мають бути спрямовані виключно на досягнення тієї конституційної цілі, яку переслідує відповідний орган державної влади;

5) приховані повноваження у жодному випадку не можуть суперечити конституційним принципам та нормам *expressis verbis*.

Виявивши наведену юридичну позицію, отже, Суд у цій справі повинен був з'ясувати, принаймні такі питання: а) чи є положення Закону щодо кадрових призначень у НАБУ саме конкретизацією та деталізацією конституційного повноваження Президента України стосовно забезпечення ним національної безпеки та керівництва в цій сфері; б) чи впливає така конкретизація конституційного повноваження Президента України на принцип поділу влади в такий спосіб, що баланс влади може бути порушений або ж вважатися навіть узурпацією влади.

На мою думку, на перше питання слід надати однозначну ствердну відповідь, а друге – заперечити.

Суд обмежився констатацією, що „приписи Закону спричиняють порушення балансу в системі функціонування державної влади (системи стримувань і противаг) та, як наслідок, призводять до послаблення конституційних гарантій забезпечення прав і свобод людини і громадянина, а

також до негативного впливу на стабільність конституційного ладу“. Аргументів стосовно того, як призначення Директора НАБУ, тим більше після проведення конкурсу на посаду конкурсною комісією, до якої Президент України делегував лише 3 із 9 членів, може бути кваліфіковане як „порушення балансу в системі функціонування державної влади“ не наведено.

III. Протидія політичній корупції іманентно впливає із потреби захисту конституційних цінностей

Суд самостійно не обирає предмету конституційного контролю, не проявляє ініціативи в цьому питанні, це можуть робити виключно закріплені в частині другій статті 150 Конституції України суб'єкти, які мають право звернутися до Суду з конституційним поданням. Це важливо розуміти також і стосовно питань, які є резонансними для суспільства.

Хочу підкреслити, що в цій справі Суд не тільки не „ліквідував“ НАБУ (як нерідко стверджується), він навіть не досліджував питань змісту положень Закону, які встановлюють гарантії інституційної незалежності НАБУ. Хоча суб'єкт права на конституційне подання порушував питання щодо розширення предмету оскарження та визнання Закону неконституційним у цілому, Суд не пішов на такий крок. З одного боку, питання призначення на посаду й звільнення з посади Директора НАБУ є психологічно чутливим з огляду на інституційний дизайн цього правоохоронного органу, проте, з іншого боку, важливішим у цьому аспекті є збереження саме конкурсного характеру призначення, що серйозно обмежує дискрецію того органу, який призначає на посаду Директора НАБУ.

З Рішення випливає, що, перемогло розуміння того, що НАБУ повинно бути збережене й захищене як правоохоронна інституція, більш того, ядро законодавчого статусу НАБУ, яке втілене в його незалежності від політичних впливів, і є тією умовою, яке дозволяє йому ефективно здійснювати повноваження. Зайве доводити, що протидія політичній корупції неможлива без засобів, які є недосяжними для політичних еліт.

Суд з цією метою заклав провадження у справі в частині абзацу першого частини першої статті 1 Закону щодо визначення НАБУ „державним правоохоронним органом“. Крім того, Суд пішов на те, що відстрочив (хоча робить це доволі рідко) втрату чинності тими нормами Закону, які були визнані неконституційними, на три місяці. То які ж норми Закону були визнані неконституційними?

На мою думку, предмет конституційного контролю охопив такі положення Закону, які на сьогодні прямо не впливають на діяльність НАБУ, а отже, визнання їх неконституційними не створює істотної загрози для цієї інституції.

Давайте звернемо увагу на резолютивну частину Рішення, які саме норми Закону Суд визнав неконституційними:

– частина друга статті 1 Закону, якою передбачено, що саме Президент України „утворює“ НАБУ. Однак, після створення НАБУ понад п'ять років тому й проведення всіх необхідних організаційних заходів, зрозуміло, потреби утворювати НАБУ і так немає;

– частина перша статті 6 Закону щодо надання Президенту України повноважень призначати на посаду та звільняти з посади Директора Національного антикорупційного бюро України. Звертаю увагу, що визнано неконституційною не всю норму, а лише її другий сегмент. Перший сегмент, який передбачає, що „керівництво діяльністю Національного бюро здійснює його Директор“ залишається незмінним. Натомість Рішенням скасовано другий сегмент, в якому були встановлені повноваження Президента України щодо призначення на посаду та звільнення з посади Директора НАБУ. Звісно, питання, який саме суб'єкт буде призначати Директора НАБУ, стане актуальним після того, як посада стане вакантною та буде проведено, після відповідного врегулювання законодавцем, відповідний конкурс.

Такі ж аргументи можуть бути застосовані й щодо визнаних неконституційними положень Закону стосовно участі Президента України в формуванні конкурсної комісії, яка робить пропозиції для призначення Директора НАБУ, визначення Президентом України одного члена комісії

зовнішнього контролю, а також затвердження Президентом України положення про Раду громадського контролю.

Підсумовуючи, хочу підкреслити, що жодне положення Закону, якими визначається діяльність НАБУ щодо протидії корупції, у Рішенні не було визнано неконституційним. Ідеться фактично про повноваження Президента України щодо призначення на посаду та звільнення з посади Директора НАБУ та участі глави держави в допоміжних організаційних та контрольних заходах щодо НАБУ.

Важливо підкреслити ще одне – **сама постановка питання про звуження обсягу конституційних повноважень Президента України і парламенту в сфері національної безпеки може завдати шкоди спроможності Української держави до захисту її державного суверенітету та територіальної цілісності в умовах протистояння агресії Російської Федерації, окупації нею частини території України.** Такій спроможності загрожує й відмова України від міжнародних зобов'язань у сфері національної безпеки, зокрема стосовно вибудови незалежних антикорупційних органів. Суд в останні роки завжди виявляв розуміння конституційної матерії через презумпцію узгодження з нею міжнародних зобов'язань держави.

Конституціодавець (народ України) прямо вказав, що захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу (частина перша статті 17 Основного Закону України). Отже, захист національної безпеки, прав людини та інших фундаментальних цінностей, належить до імпліцитного ядра Конституції України. Це означає, що ніщо в тексті Основного Закону України не може бути витлумачене для зниження ефективності організаційних зусиль держави і народу в цій сфері.



Суддя
Конституційного Суду України

В. В. ЛЕМАК