

## РОЗБІЖНА ДУМКА

судді Сергія Головатого

у справі щодо відкриття конституційного провадження за конституційним поданням 45 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) припису частини сьомої статті 208 Регламенту Верховної Ради України, затвердженого Законом України «Про Регламент Верховної Ради України», Постанови Верховної Ради України «Про призначення Денісової Л. Л. Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини» (справа № 1-220/2018(2758/18) (Ухвала Великої палати Конституційного Суду України від 29 серпня 2018 року № 50-у/2018)

1. Я не голосував за рішення відмовити у відкритті провадження за цим конституційним поданням через те, що не згоден із позицією Суду, на якій уґрунтовано відмову загалом. Підставами для такої відмови Суд визначив: 1) неналежність до повноважень Суду питань, що їх порушено в конституційному поданні; 2) невідповідність конституційного подання вимогам, що їх передбачено Законом «Про Конституційний Суд України» (пункт 1 Ухвали).

### *А. Щодо належності/неналежності до повноважень Суду порушених у поданні питань*

2. Одне з питань, що їх було порушено в конституційному поданні, має фундаментальний характер і є принциповим: воно стосується такого стану, що виник у вітчизняному юридичному порядку, коли по ухваленні Верховною Радою 13 липня 2017 року Закону № 2136–VIII набрала чинності нова редакція статті 208 Регламенту Верховної Ради (за частиною сьомої цієї статті парламент ухвалює рішення про призначення на посаду та звільнення з посади Уповноваженого Верховної Ради з прав людини в спосіб відкритого голосування), а частину першу статті 5 Закону «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» від 23 грудня 1997 року № 776/97–ВР (відповідно до якої парламент призначає на посаду та звільняє з посади Уповноваженого Верховної Ради з прав людини в спосіб таємного голосування шляхом подання бюлетенів) скасовано не було. За такого стану до національного правопорядку належали рівночасно чинні норми однакового рівня (двох законів), що в протилежно відмінний спосіб урегульовували порядок призначення парламентом його

Уповноваженого з прав людини. Саме за такого стану – коли два закони рівночасно передбачали два відмінних один від одного способи призначення на посаду Уповноваженого Верховної Ради з прав людини – парламент 15 березня 2018 року вирішував питання щодо призначення на цю посаду відповідного кандидата.

3. Ситуація, за якої наявний конфлікт між двома чинними приписами права, тоді як ці приписи однакового рівня й мають той самий предмет регулювання, спричиняє юридичну невизначеність. За такого стану суб'єктам правовідносин бракує впевненості, ясності й однозначності щодо того, котрий із двох приписів буде обрано за потреби застосування. Тоді суб'єкти застосування котрогось із приписів мають необмежені можливості для вільного вибору. Можливість дискреційно обирати перший-ліпший припис на досягнення своєї мети потенційно спричиняє для суб'єктів правовідносин в одному випадку одні наслідки, а в другому – відповідно інші. Стан юридичної невизначеності в конкретній ділянці правовідносин потребує застосування відповідних дій з боку відповідних інститутів публічної влади для його усунення, тому що вже сама наявність такого стану вказує на брак правовладдя не лише саме в цій ділянці, а й свідчить про те, що на брак правовладдя хибують і національна система права, і національні політична та юридична системи.

4. Правовладдя є однією із засад українського конституційного ладу. Її виражено через формулу частини першої статті 8 Конституції («В Україні визнається і діє принцип верховенства права»). В українському конституційному правопорядкові ця формула є двоскладовою: з неї випливає, що в Україні, крім просто формального визнання правовладдя (верховенства права) як принципу – хоч би й у вигляді норми конституційного рівня, ще має бути забезпечено його дієвість. Дієвість цього принципу чи її брак надається до оцінювання за тими критеріями, що виступають стрижневими елементами правовладдя як його складники. Для того, щоб принцип правовладдя – як засада українського конституційного ладу – не був лише формальним записом, що засвідчує його офіційне визнання, інститути держави зобов'язані не лише дотримуватися його вимог, а й забезпечувати його практичну дієвість, тим самим виказуючи, що він є не правом на папері, а правом, що діє на практиці. Дієвість принципу правовладдя залежить від того, чи органи державної влади та їх посадові особи, здійснюючи свої повноваження, виконують його вимоги, матеріальний зміст яких виражено через його складники.

5. До загальноновизнаного переліку стрижневих елементів правовладдя як складник належить принцип *юридичної визначеності (legal certainty)*. До інструментів перевірки на відповідність того або іншого стану в національному правопорядкові вимогам юридичної визначеності належить оцінювання правопорядку з погляду передбачності актів права. Як зазначила Європейська комісія за демократію через право (Венеційська комісія) у спеціальному тематичному дослідженні «Мірило правовладдя» (CDL-AD(2016)007), «передбачність означає не лише те, що приписи акта права мають бути (де можливо) проголошеними ще до їх імплементації, а й що вони мають бути передбачними за своїми наслідками: їх має бути сформульовано з достатньою чіткістю та зрозумілістю, аби суб'єкти права мали змогу впорядкувати свою поведінку згідно з ними» (II.B.3.58). Отже, перевірка й оцінювання приписів актів права в цій площині потребують чіткої відповіді на запитання: «Чи наслідки приписів права є передбачними?». А допоміжну роль на шляху до такої мети виконують сформульовані Венеційською комісією в її дослідженні інші запитання: «Чи вказує нове законодавство чітко на те, що попередньо ухвалене (і яке саме) законодавство скасовано або змінено? Чи зміни інкорпоровано до зведеної версії приписів актів права, приступної для суспільства?» (II.B.3.ii).

6. Зі змісту конституційного подання випливає, що з 13 липня 2017 року (коли було ухвалено Закон № 2136–VIII) в національному правопорядкові виник стан, за якого було запроваджено новий порядок призначення (у спосіб відкритого голосування) на посаду і звільнення з посади парламентського Уповноваженого з прав людини, а старий порядок (у спосіб таємного голосування шляхом подання бюлетенів) скасовано не було, як і не було інкорпоровано зміни порядку до зведеної версії приписів актів права з цього питання. Саме на цьому наголосив, виділивши своє твердження напівжирним шрифтом, суб'єкт права на конституційне подання: «Таким чином, з прийняттям Закону № 2136–VIII виникла пряма суперечність двох норм однакової сили, суть яких також була розглянута парламентом в один день, тобто 13 липня 2017 року. Однак прийняті норми встановлюють не просто суперечливе, а взаємовиключне регулювання процедури прийняття рішення про призначення на посаду та звільнення з посади Уповноваженого, що підриває принцип юридичної визначеності, який є одним з елементів верховенства права <...>» (цитата з пункту 3 подання на стор. 11–12).

7. Імператив, що випливає з формули, передбаченої у частині першій статті 8 Конституції, покладає на Верховну Раду двоскладовий обов'язок: по-

перше, не діяти всупереч вимозі припису частини другої статті 19 Конституції («Органи державної влади <...>, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України»), а отже – забороняє порушувати правила, що їх визначає Регламент Верховної Ради стосовно всіх стадій законодавчого процесу; по-друге, як єдиний національний законодавець – відповідати не лише за формальне дотримання означених приписів, а й запроваджувати в національний правопорядок приписи права на рівні звичайного закону такої якості, що забезпечить дійєвість правовладдя в Україні та його стале й неухильне утвердження в державі.

8. Перший аспект обов'язку, що його покладає на Верховну Раду припис частини першої статті 8 Конституції, включає вимогу припису частини другої статті 19 Конституції. Загальновизнаний перелік стрижневих елементів правовладдя, що їх наведено в спеціальному тематичному дослідженні Венеційської комісії (CDL-AD(2016)007), вказує на те, що першим у ряду стрижневих елементів є такий складник правовладдя, як *законність (legality)*. Сам цей елемент також є багатоскладовим, до нього входять зокрема й такі компоненти: ієрархічна вищість приписів права (*supremacy of the law*), дотримання приписів актів права (*compliance with the law*) та зв'язок між правом міжнародним і правом національним (*relationship between international law and domestic law*) (II.A.1.,2.,3.). Отже, перевірка приписів права на відповідність вимогам правовладдя однозначно потребує відповідей, зокрема, на такі запитання, що їх містить документ Венеційської комісії: «Чи забезпечено відповідність законодавства Конституції?» (II.A.1.ii.); «Чи встановлено приписами права процедури, що їх органи публічної влади мають дотримуватися?» (II.A.2.iii.); «Чи забезпечує національна юридична система неухильне додержання державою зобов'язань, взятих нею за міжнародним правом? Зокрема: чи забезпечує вона згідність із правом щодо людських прав <...>?» (II.A.3.i). Понад те, саме при оцінюванні певної юридичної ситуації на відповідність вимогам правовладдя, зокрема в аспекті вимоги щодо дотримання приписів права, «*Мірило правовладдя*» роз'яснює, що поняття «право» (від англ. “law”) охоплює *inter alia*: «конституції, міжнародне право, статутне право та підзаконні акти» (CDL-AD(2016)007, параграф 46). З викладеного випливає, що Суд, визначаючись у питанні щодо відкриття провадження був зобов'язаний здійснити перевірку актів права (Закону № 2136–VIII та Постанови Верховної Ради від 15 березня 2018 року) на відповідність вимогам припису частини другої статті 19 Конституції, який в рамках

українського конституційного правопорядку є втіленням принципу законності як складника принципу правовладдя. Суд, навіть визнавши, що суб'єкт права на конституційне подання в частині визнання Постанови неконституційною на підставі того, що її ухвалення відбулось у порушення приписів Закону № 776/97–ВР, «фактично ставить питання про законність дій єдиного органу законодавчої влади в Україні при її прийнятті», зазначив, що «вирішення цього питання не належить до повноважень Конституційного Суду України» (пункт 2.3 мотивувальної частини Ухвали). Таку позицію Суду вважаю юридично безпідставною.

9. Із другого аспекту обов'язку, покладеного на Верховну Раду, випливає, що в результаті діяльності законодавця, котрого підпорядковано імперативові формули частини першої статті 8 Конституції, не повинно бути таких приписів законів, які не відповідають вимогам юридичної визначеності як стрижневому елементові (складникові) правовладдя. У контексті конституційного подання законодавець як орган державної влади не тільки не виконав свого обов'язку на запобігання виникнення юридичної невизначеності, а й став її творцем. Іншими словами, законодавець при творенні закону не виконав ролі запобіжника юридичної невизначеності – це той випадок, коли парламент, творячи новий закон, став її продуцентом.

10. Завдання забезпечити узгоджений характер усієї системи права в умовах співіснування суперечливих норм (а тим самим досягти ефективності правовладдя, себто його *дійєвості*) покладається передусім на інститути судової влади. Тому особливу роль у системі інституційного забезпечення й утвердження правовладдя відведено конституційному та адміністративному судочинству. У випадках співіснування суперечливих норм різного ієрархічного рівня на орган конституційної юрисдикції покладено завдання перевіряти, чи відповідають Конституції звичайні закони (або окремі підзаконні акти), завдяки чому встановлюється їх конституційність/неконституційність. А на органи адміністративного судочинства покладено функцію перевіряти адміністративні акти (будь-який нормативний або індивідуальний акт), дії або бездіяльність органів влади та їх посадових осіб на відповідність Конституції та законам України, завдяки чому встановлюється законність/незаконність акта/акту. Проте завдання забезпечити узгодженість усієї національної системи права не обмежується лише ситуацією, обумовленою співіснуванням суперечливих норм різного ієрархічного рівня. Принцип правовладдя вимагає суддівської дії також і за ситуацій, коли співіснують суперечливі норми одного ієрархічного рівня. Тоді до судів різних видів юрисдикції, в

тому числі й конституційної, висувається вимога застосовувати класичні для юридичної практики формули: *lex posterior derogat priori* – *lex specialis derogate generali* – *lex posterior non derogat speciali priori*. Незастосування судом таких формул за обставин, що вимагають саме такої дії, позбавляє принцип правовладдя (верховенства права) його дієвості. У контексті конституційного подання Суд зобов'язаний був розглянути питання про співіснування приписів одного ієрархічного рівня, що містяться у двох законах та, суперечачи один одному, створюють стан юридичної невизначеності в конкретній ділянці правовідносин. Натомість Суд, пославшись на свою давню юридичну позицію (ухвали від 15 січня 2004 року №1-у/2004 та від 23 вересня 2008 року № 43-у/2008), яка формувалася швидше за все під впливом панівної на той час доктрини юридичного позитивізму, самоусунувся від виконання такої дії, зазначивши, що «усунення колізій <...> у законах з цього питання <...> не належить до компетенції Конституційного Суду України», що таку колізію має вирішувати сама «Верховна Рада України в законодавчому порядку», а тому це є «підставою для відмови у відкритті конституційного провадження у справі в цій частині згідно з пунктом 2 статті 62 Закону № 2136 – неналежність до повноважень Конституційного Суду України питань, порушених у конституційному поданні» (пункт 2.2 мотивувальної частини Ухвали). Я вважаю таку позицію Суду юридично помилковою. Перекладення відповідальності за усунення такої колізії на законодавця не вирішує питання по суті, позаяк не виключає можливості ухвалення ним третьої норми, котра потенційно може вступити в колізію з попередніми двома. Тому Суд в майбутньому повинен переглянути свою позицію в цьому питанні та встановити ту, що спрямовувала б Суд на виконання свого обов'язку щодо утвердження в Україні верховенства права та на забезпечення його дієвості.

***Б. Щодо невідповідності конституційного подання вимогам, що їх передбачено Законом «Про Конституційний Суд України»***

11. Резолютивну частину Ухвали сформульовано так, що обидві підстави – «неналежність до повноважень Конституційного Суду питань, порушених у конституційному поданні; невідповідність конституційного подання вимогам, передбаченим Законом України „Про Конституційний Суд України”» – рівночасно й рівною мірою поширюються на клопотання суб'єкта права на конституційне подання визнати неконституційними і

припис частини сьомої статті 208 Регламенту Верховної Ради, і Постанову Верховної Ради від 15 березня 2018 року.

12. Таке юридичне оформлення рішення Суду є хибним, позаяк підставу за формулою «невідповідність конституційного подання вимогам, передбаченим Законом України „Про Конституційний Суд України”» взагалі не могло бути застосовано до клопотання стосовно припису частини сьомої статті 208 Регламенту Верховної Ради. Адже Суд не заперечив того, що між нормами одного рівня (на рівні закону), що регулюють той самий предмет, існує колізія. Суд лише визначив цей предмет як такий, що «не належить» до його компетенції. Сама ж наявність такої колізії потребує не доведення, бо вона існує *ipso facto*, а юридичного розв’язання, можливість якого настає лише за умови відкриття Судом провадження.

13. Що ж стосується позиції Суду, відповідно до якої він у частині клопотання стосовно конституційності/неконституційності Постанови Верховної Ради від 15 березня 2018 року встановив, що суб’єкт права на конституційне подання «не навів доказів щодо порушення конституційної процедури розгляду, ухвалення або набрання чинності» нею (пункт 2.3 мотивувальної частини Ухвали), то тут має місце довільне звуження Судом обсягу клопотання. Суд сам звів його лише до питання про «процедуру розгляду, ухвалення або набрання чинності» підзаконним актом, тоді як на уґрунтування його неконституційності суб’єкт права на конституційне подання посилається й аналізує приписи Конституції України (зокрема, приписи статей 8 і 19, що є засадничими для предмета клопотання), позиції Суду (що їх сформульовано в рішеннях № 17-рп/2010, № 2-р/2018, № 4-р/2018), приписи міжнародного права (зокрема, що містяться в: Додатку до Резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 20 грудня 1993 року, A/RES/48/134 – Принципи щодо статусу національних інститутів задля сприяння правам людини та їх захисту; Рекомендації ПАРЕ № 1615 (2003) «Інститут омбудсмена», документі Венеційської комісії «Збірник висновків Венеційської комісії щодо інституту омбудсмена», CDL-PI(2016)001 від 5 лютого 2016 року), приписи Законів України (у тому числі № 776/97–ВР, № 1861–VI, № 3206–VI, № 576–VIII, № 2136–VIII), приписи підзаконних актів (зокрема Постанов Верховної Ради – № 4660–VI, № 2094–VIII, № 2344–VIII).

14. Приписи наведених актів національного й міжнародного права виходять далеко за межі питання про «процедуру розгляду, ухвалення або набрання чинності» підзаконним актом, бо містять норми матеріального права, що

безпосередньо стосуються порушень у конституційному поданні питань. Крім того, такі приписи цілком підпадають під тлумачення поняття «право», що його наведено в пункті 46 документа Венеційської комісії «Мірило правовладдя». А що стосується джерел міжнародного права, то хоча вони й належать до так званого м'якого права, це не означає, що держава може нехтувати ними, бо за своїм юридичним значенням вони відіграють роль міжнародних стандартів у конкретній ділянці спільного європейського правного простору. За таких обставин Суд мав неодмінно здійснити дослідження предмета конституційного подання на відповідність усім таким міжнародним стандартам. Тому резолютивну частину Ухвали слід було оформити в такий спосіб, коли стосовно кожного елемента, що є предметом оспорювання, встановлено відповідну підставу для відмови. Втім я вважаю, що наведені в Ухвалі підстави, навіть якщо їх застосувати до кожного з елементів предмета оспорювання, не мають юридичного підґрунтя. У будь-якому разі Суд мав би відкрити провадження у справі безвідносно вирішення питання по суті – конституційності/неконституційності окремого припису закону чи окремого підзаконного акта.

### ***В. Висновок***

15. На підставі викладеного вважаю, що відмова Суду відкрити провадження у справі за цим конституційним поданням позбавлена юридичного ґрунту. Якщо переслідувати мету забезпечення в Україні дієвості правовладдя та його утвердження як однієї з цінностей спільного європейського правного порядку на основі формули, що її зафіксовано в частині першій статті 8 Конституції України, то Суд не повинен нехтувати власним обов'язком – усувати колізію, за якої співіснують суперечливі норми одного ієрархічного рівня, та перекладати цей обов'язок на законодавця. Також Суд не повинен надалі ігнорувати припис частини другої статті 19 Конституції України при перевірці на законність актів права відповідно до вимог правовладдя. Сподіваюсь на те, що засвідчена цією Ухвалою практика Суду, обтяжена не в останню чергу успадкованою від радянських часів спадщиною доктрини юридичного позитивізму, відійде в минуле.

Суддя **Сергій ГОЛОВАТИЙ**