

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Первомайського О.О. 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“

Конституційний Суд України (далі – Конституційний Суд) 28 серпня 2020 року ухвалив Рішення № 9-р/2020 у справі № 1-9/2020 за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України „Про призначення А. Ситника Директором Національного антикорупційного бюро України“ (далі – Рішення).

Поважаючи, однак не підтримуючи Рішення, вважаю за потрібне на підставі статті 93 Закону України „Про Конституційний Суд України“ та § 74 Регламенту Конституційного Суду викласти окрему думку щодо Рішення та низки пов’язаних із Рішенням понять і явищ.

Зміст резолютивної частини Рішення

1. Конституційний Суд, зокрема, вирішив:

„1. Визнати таким, що не відповідає Конституції України (є неконституційним), Указ Президента України „Про призначення А. Ситника Директором Національного антикорупційного бюро України“ від 16 квітня 2015 року № 218/2015.

<...>

3. Рішення Конституційного Суду України не поширюється на правовідносини, які виникли внаслідок здійснення посадових обов’язків особою, призначеною Указом Президента України „Про призначення А. Ситника Директором Національного антикорупційного бюро України“ від 16 квітня 2015 року № 218/2015“.

***Міркування щодо юрисдикції Конституційного Суду
у цьому конституційному провадженні***

2. Вважаю, що правильне вирішення цієї справи перебувало у зв'язку з таким же правильним розв'язанням, перш за все, низки процесуальних проблем. На підтвердження цього зазначу таке.

3. Одне з перших питань, відповідь на яке мав віднайти Конституційний Суд у цьому конституційному провадженні, – наявність у Конституційного Суду юрисдикції стосовно перевірки на відповідність Конституції України Указу Президента України „Про призначення А. Ситника Директором Національного антикорупційного бюро України“ від 16 квітня 2015 року № 218/2015 (далі – Указ).

Потреба у мотивуванні наявності у Конституційного Суду юрисдикції у цьому конституційному провадженні обумовлена, по-перше, тим, що Указ є індивідуально-правовим актом, по-друге, призначення особи Директором Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ) відбулось ще у квітні 2015 року, а отже, виникає цілком логічне питання стосовно чинності Указу на момент розгляду Конституційним Судом у 2020 році справи щодо його відповідності Основному Закону України (конституційності).

4. Щодо наявності у Конституційного Суду юрисдикції перевіряти Указ як акт індивідуальної дії можна дати ствердну відповідь, оскільки такі повноваження Конституційного Суду ґрунтуються не лише на приписах статей 147, 150, 152 Конституції України, а також на юридичній позиції, сформульованій Конституційним Судом у своїх рішеннях.

Так, у Рішенні № 7-рп/2002 від 27 березня 2002 року Конституційний Суд відзначив, що „перевірці на предмет конституційності підлягають, зокрема, правові акти Верховної Ради України, акти Президента України. При цьому серед них не виділено нормативно-правових актів або індивідуально-правових актів. Тобто до повноважень Конституційного Суду України належить

вирішення питань щодо конституційності правових актів Верховної Ради України та Президента України *незалежно від того, мають вони нормативно-правовий чи індивідуально-правовий характер*“ (виділено мною – О.П.) (абзац п'ятий пункту 4 мотивувальної частини).

Підтверджував цю юридичну позицію Конституційний Суд і в подальшому, зокрема в Ухвалі від 2 липня 2020 № 6-уп/2020 (підпункт 2.1 пункту 2 мотивувальної частини).

Тобто повноваження Конституційного Суду зі здійснення так званого *нормоконтролю* слід тлумачити в контексті того, що об'єктом конституційного контролю можуть бути й ті акти права, які не містять норм права у їх традиційному розумінні.

5. Значно складніше з іншою передумовою констатації наявності юрисдикції Конституційного Суду щодо перевірки Указу на відповідність Основному Закону України. Йдеться про те, що системне та сутнісне застосування норм Конституції України дає змогу дійти висновку, що об'єктом конституційного контролю є, перш за все, *чинні* акти.

Так, згідно з частиною другою статті 152 Конституції України „Закони, інші акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення...“.

При цьому Конституція України прямо не передбачає юридичних наслідків ухвалення Конституційним Судом рішення щодо неконституційності акта, якщо він уже втратив чинність¹.

Тому можна зробити припущення, що згідно з приписами Основного Закону України Конституційний Суд може визнати неконституційними *лише ті акти, які є чинними на день ухвалення Конституційним Судом рішення.*

¹ Звісно, окремої уваги та дискусії заслуговують норми статті 8 Закону України „Про Конституційний Суд України“.

6. У зв'язку з наведеним виникає доволі просте запитання: *чи був Указ чинним станом на 28 серпня 2020 року?*

Відповідь на таке запитання в межах цього конституційного провадження була, на мою думку, нагальною не лише через наявність прямої вказівки приписів Основного Закону України, а також з огляду на те, що Конституційний Суд попередньо вказав, зокрема, 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*“ (виділено мною – О.П.) (абзац четвертий пункту 1 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду від 23 червня 1997 року № 2-зп).

Розвиваючи свою юридичну позицію у Рішенні від 22 квітня 2008 року № 9-рп/2008, Конституційний Суд був ще більш категоричним і зазначив таке: „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*“² (виділено мною – О.П.) (абзаци перший, третій пункту 5 мотивувальної частини).

7. Складність розв'язання окресленої проблеми полягає в тому, що використана у згаданих рішеннях Конституційного Суду словесна конструкція „*вичерпали свою дію*“ не повною мірою відповідає термінологічно-понятійному апарату Основного Закону України.

² Укази Президента України „Про звільнення В. Горбуліна від тимчасового виконання обов'язків Секретаря Ради національної безпеки і оборони України“ від 10 жовтня 2006 року № 864, „Про призначення В. Гайдука Секретарем Ради національної безпеки і оборони України“ від 10 жовтня 2006 року № 865, „Про призначення І. Дріжчаного заступником Секретаря Ради національної безпеки і оборони України“ від 30 листопада 2006 року № 1013.

Так, згідно з частиною третьою статті 106 Конституції України Президент України на основі та на виконання Конституції і законів України видає *укази* і розпорядження, які є обов'язковими *до виконання* на території України.

Тобто у цій нормі Основного Закону України прямо *не* вказується на такий юридичний результат *виконання* указу, як *вичерпання його дії*.

8. У дослідженні цієї проблеми важливо також те, що в Конституції України не йдеться про таке явище, як *вичерпання дії акта*, водночас містяться поняття *чинність* акта та *дія* акта.

Слід нагадати, що у згаданій частині другій статті 152 Конституції України вказується на поняття *чинності* акта. Це поняття також використано, зокрема, у частині третій статті 57, частині п'ятій статті 94, пунктах 1, 4–9, 12, 13 розділу XV „Перехідні положення“ Основного Закону України. Прикметно, що згідно зі статтею 160 розділу XIV „Прикінцеві положення“ та положеннями згаданих пунктів розділу XV „Перехідні положення“ Основного Закону України Конституція України теж набула *чинності*, а не була введена *в дію*.

Водночас в інших приписах Основного Закону України є вказівка на *дію* актів права, зокрема в частині першій статті 58, пункті 15 частини першої статті 106, пункті 11 розділу XV „Перехідні положення“.

У зв'язку з наведеним варто зазначити, що набуває реальних рис така модель правозастосування, за якої акт права може набути *чинності* в один день, а вводиться у подальшому *в дію* в інший. Тобто *чинність* акта – це його здатність до правозастосування, що існує у певних часових межах. Тоді як *дія* акта – це його безпосереднє застосування для врегулювання суспільних відносин.

У такому разі „*чинність акта*“ та „*дія акта*“ не є тотожними поняттями, а тому *припинення дії* акта, у тому числі у формі *вичерпання дії*, повного виконання акта тощо, не рівнозначне втраті ним *чинності*.

9. Підтвердження нетотожності понять „чинність акта“ та „дія акта“ можна відшукати у Конституції України та законах України.

Так, у пункті 11 розділу XV „Перехідні положення“ Основного Закону України вказується на те, що частина перша статті 99 Конституції України вводиться *в дію* після введення національної грошової одиниці – гривні. Тобто ця норма була чинною з 26 червня 1996 року, а введена в дію пізніше.

Згідно з частиною другою статті 8 Закону України „Про Конституційний Суд України“ Конституційний Суд розглядає питання щодо відповідності Конституції України (конституційності) акта (його окремих положень), який втратив *чинність*, але продовжує застосовуватись (тобто *діяти* – О.П.) до правовідносин, що виникли під час його чинності.

10. З іншого боку, слід визнати, що етимологія явища та поняття *чинності* передбачає не лише існування акта а, в першу чергу, його *дієвість* як нормативно-правового чи індивідуально-правового джерела права. Якщо акт права з різних підстав не може бути застосований до врегулювання суспільних відносин, то він не лише *не діє*, а також *не є чинним*.

11. Зазначені міркування та сумніви щодо *чинності* Указу станом на 28 серпня 2020 року, що не були спростовані мотивами, викладеними у Рішенні, завадили мені погодитись із тим, що Конституційний Суд мав юрисдикцію перевіряти Указ на конституційність, і, як логічний наслідок підтримати Рішення.

Міркування щодо умов для об'єднання конституційних проваджень

12. Наступне процесуальне питання, яке, на мою думку, мав вирішити Конституційний Суд під час розгляду цієї справи, пов'язане з можливістю використання дискреційного повноваження, передбаченого статтею 76 Закону України „Про Конституційний Суд України“, щодо можливості об'єднання

конституційних проваджень, якщо до Конституційного Суду надійшло декілька звернень, що стосуються взаємопов'язаних питань.

13. Ідеться про те, що у 2020 році до Конституційного Суду надійшло конституційне подання стосовно перевірки на відповідність Конституції України Указу, а також інше конституційне подання – щодо перевірки на відповідність Конституції України окремих положень Закону України „Про Національне антикорупційне бюро України“ від 14 жовтня 2014 року № 1698–VII (зі змінами) (далі – Закон).

У прохальній частині цього умовно „другого“ конституційного подання міститься клопотання про визнання неконституційними:

„– абзац перший частини першої статті 1 Закону, який визначає, що Національне антикорупційне бюро України є державним правоохоронним органом;

– частину другу статті 1 Закону, яка встановлює, що Національне антикорупційне бюро України утворюється Президентом України;

– частину першу статті 6 Закону, згідно якої керівництво діяльністю Національного бюро здійснює його Директор, який призначається на посаду та звільняється з посади Президентом України;

– пункт 1 частини третьої статті 7 Закону щодо визначення Президентом України трьох осіб Конкурсної комісії;

– абзац другий частини дев'ятої статті 7 Закону, який закріплює, що Президент України призначає на посаду Директора Національного бюро одного з відібраних Конкурсною комісією кандидатів протягом десяти днів з дня внесення Конкурсною комісією відповідного подання;

– друге речення другого абзацу частини шостої статті 26 Закону щодо визначення Президентом України по одному члену комісії;

– частину другу статті 31 Закону, яка визначає, що Положення про Раду громадського контролю та про порядок її формування затверджуються Президентом України“.

Зрозуміло, що всі ці положення Закону (окрім першого), стосуються повноважень Президента України та відповідності цих положень Закону Конституції України. Крім того, одне з цих положень Закону щодо повноваження Президента України призначати Директора НАБУ (частина перша статті 6 Закону) безпосередньо було використано при виданні Указу.

14. Звісно, вжите у статті 76 Закону України „Про Конституційний Суд України“ поняття „взаємопов’язані питання“ може бути витлумачене по-різному. Однак для мене цілком достатнім для вирішення процесуального питання щодо об’єднання зазначених конституційних проваджень є таке розуміння „взаємопов’язаності питань“, коли вирішення справи безпосередньо пов’язане з розв’язанням в обох конституційних провадженнях спільної (або тотожної, або максимально близької за змістом) проблеми. Такою спільною проблемою у цих двох конституційних провадженнях є визначення змісту та меж конституційних повноважень Президента України щодо призначення Директора (керівника) НАБУ.

Об’єднання зазначених конституційних проваджень в одне було б, на мою думку, логічним з огляду також на те, що подальше вирішення справи щодо перевірки на конституційність окремих положень Закону перебуває значною мірою під впливом змісту вже ухваленого Рішення.

Отже, на мою думку, Конституційний Суд мав скористатися приписом статті 76 Закону України „Про Конституційний Суд України“ та об’єднати зазначені конституційні провадження.

Міркування щодо прав особи у конституційному провадженні

15. Зазначене конституційне провадження, безперечно, стосувалося змісту та меж конституційних повноважень Президента України, принципу поділу влади та інших конституційних цінностей.

Водночас Указ був актом індивідуальної дії, а тому визнання (невизнання) його таким, що відповідає Конституції України, стосувалось, на мою думку, також прав посадової особи – Директора НАБУ А. Ситника.

16. Помилковим буде ототожнення конституційного процесу з адміністративним або, наприклад, цивільним у зв'язку зі значною кількістю відмінних ознак між ними.

Однак можна стверджувати, що у цій справі посадовій особі не було надано ефективних правових засобів *бути почутою* під час конституційного провадження через те, що розгляд справи відбувся у письмовій формі, так і з огляду на мінімальне коло експертів та представників інших органів влади, що були залучені до розгляду справи.

Щодо меж конституційних повноважень Президента України

17. Серцевина аргументації Рішення пов'язана з приписами Конституції України та юридичними позиціями Конституційного Суду, відповідно до яких повноваження Президента України визначені *лише* нормами Основного Закону України.

Так, у Рішенні, зокрема, зазначено, що „повноваження Президента України визначаються виключно Конституцією України і не можуть бути розширені законом або іншим нормативно-правовим актом (рішення від 10 квітня 2003 року № 7-рп/2003, від 7 квітня 2004 року № 9-рп/2004, від 17 грудня 2009 року № 32-рп/2009, від 13 червня 2019 року № 5-р/2019)“ (перше речення абзацу шостого підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини).

Конституційний Суд також вказав, що „Указ суперечить нормам частини другої статті 8, пункту 31 частини першої статті 106 Конституції України, які обмежують Президента України вичерпним переліком його конституційних повноважень“ (абзац шостий підпункту 2.3 пункту 2 мотивувальної частини).

Крім того, Конституційний Суд України дійшов висновку, що „призначення Президентом України керівника органу, який за своїми

повноваженнями функціонально належить до органу виконавчої влади, призведе до розбалансування системи стримувань і противаг, порушення функціонального розподілу влад та фактичної зміни форми державного правління, передбаченої Конституцією України. Таким чином, Указ суперечить вимогам частини четвертої статті 5, статті 6, частини другої статті 19, пункту 9² статті 116 Конституції України“ (абзац шостий підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини).

18. Формальна правильність використаної у Рішенні мотивації має, на мою думку, окремі вади. На підтвердження цього зазначу таке.

19. Конституція України не має недоліків, суперечностей та прогалин (лакун) не внаслідок ірраціональної віри в її приписи, а у зв'язку з тим, що вона сприймається як „живий“ Основний Закон нашої держави, що тлумачиться цілісно та з урахуванням не лише букви (тексту), а й духу (контексту), змісту та суті конституційних приписів.

Певною мірою з цих міркувань статтею 92 Закону України „Про Конституційний Суд України“ Конституційному Суду надано повноваження не лише формулювати юридичні позиції, а також *розвивати і конкретизувати* їх та навіть *змінювати*. Такі повноваження є у Конституційного Суду навіть у випадках коли текст Основного Закону України залишається без змін.

20. Наведені міркування стосуються юридичної позиції Конституційного Суду щодо меж повноважень Президента України.

Звісно, сталість юридичної позиції Конституційного Суду в цьому питанні заслуговує на повагу та підтримку, оскільки, по-перше, юридична визначеність є вкрай бажаною у конституційному судівництві, по-друге, ця юридична позиція Конституційного Суду є ефективним запобіжником від спроб узурпації влади Президентом України.

21. З іншого боку, не слід ігнорувати те, що згідно з частиною другою статті 19 Конституції України органи державної влади та їх посадові особи діють на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені не лише Основним Законом України, а й законами України.

Тобто нормативною підставою дій та рішень Президента України, на якого, без сумнівів, поширюється регулятивна дія частини другої статті 19 Основного Закону України, у будь-якому випадку є Конституція України та закони, що ухвалені органом іншої гілки влади – Верховною Радою України.

Власне, у розвиток цього методу регулювання суспільних відносин частиною третьою статті 106 Конституції України передбачено, що Президент України на основі та на виконання Конституції і законів України видає укази і розпорядження, які є обов'язковими до виконання на території України.

Зайве нагадувати, що згідно з матеріалами справи та Указом останній було видано на виконання чинного та станом на 28 серпня 2020 року конституційного Закону.

22. Не слід ігнорувати також те, що відповідно до статті 102 Конституції України Президент України є главою держави (частина перша), гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина (частина друга).

Саме на виконання цих конституційних функцій приписами Конституції України, у першу чергу статті 106, визначено перелік конституційних повноважень Президента України, спосіб та межі здійснення яких можуть бути передбачені також законами України, приписи яких не можуть суперечити Конституції України, однак можуть розвивати та деталізувати конституційні норми.

23. Враховуючи наведені міркування, хочу зазначити, що, вирішуючи цю справу, Конституційний Суд вкотре, на мою думку, безпідставно проігнорував потребу формування власної юридичної позиції щодо доктрини так званих

прихованих повноважень (inherent powers), яка є актуальною не лише для справ, пов'язаних із визначенням змісту та меж конституційних повноважень Президента України, а також для з'ясування змісту та меж повноважень українського парламенту та певною мірою самого Конституційного Суду³.

Така стриманість у мотивуванні Рішення є недоліком як для цієї конкретної справи, так і для практики конституціоналізму в цілому, оскільки за роки незалежності України більшість глав держави намагались збільшити свої повноваження не лише шляхом внесення відповідних змін до Конституції України, а також у спосіб застосування зазначеної доктрини на практиці.

Щодо юридичних наслідків ухвалення Рішення

24. З посиланням на зміст частини другої статті 152 Конституції України, частини першої статті 97 Закону України „Про Конституційний Суд України“ Конституційний Суд у Рішенні дійшов висновку про те, що „може не поширювати це Рішення на певні правовідносини, які виникли внаслідок дії Указу, у разі визнання його неконституційним“ (абзац третій пункту 4 мотивувальної частини).

Крім того, Конституційний Суд у Рішенні зазначив, що він „враховує потребу в дотриманні балансу суспільно значущих інтересів, зокрема прав учасників правовідносин та належного функціонування Національного антикорупційного бюро України, та бере до уваги, що зацікавлені особи не були позбавлені можливості оскаржити до суду рішення, дії чи бездіяльність посадової особи, яку було призначено в неконституційний спосіб до Національного антикорупційного бюро України.

Обрання іншого підходу у цій справі призвело б до перегляду правовідносин, учасниками яких є невизначена кількість осіб, тобто до порушення принципу юридичної визначеності та балансу конституційно

³ Наприклад, у контексті нормативних підстав для такої сталої практики Конституційного Суду, як формулювання застережень у висновках, що надаються на законопроекти щодо внесення змін до Основного Закону України. Як відомо, Конституція України, на відміну від Закону України „Про Регламент Верховної Ради України“, не містить відповідних норм, тому така практика Конституційного Суду періодично зазнає критики.

значущих цінностей, що є неприпустимим за Конституцією України“ (абзаци четвертий, п’ятий пункту 4 мотивувальної частини).

Тобто дія Рішення не поширюється на правовідносини, що виникли внаслідок ухвалення рішень та (або) вчинення дій Директором НАБУ з моменту його призначення на посаду згідно з Указом до дня набрання чинності Рішенням.

25. Звісно, Конституційний Суд не є „відділом кадрів“ органів державної влади та (або) їх юридичним радником з питань державної (публічної) служби.

Однак зрозуміло, що як до процитованих частин Рішення, так і до його своєрідних „прогалин“ з урахуванням певної екстраординарності змісту Рішення у суспільства, органів державної влади та інших зацікавлених осіб за принципом розумних очікувань, на мою думку, може виникнути низка запитань, зауважень та міркувань.

По-перше, через те, що рішення Конституційного Суду мають винятково перспективну дію у часі, Конституційний Суд Рішенням своєрідним чином „захистив“ правовідносини, що виникли до набрання Рішенням чинності. Проте виникає питання щодо легітимності дій та рішень Директора НАБУ після дня набрання Рішенням чинності.

По-друге, на підставі Рішення Указ є нечинним, водночас ні Основний Закон України, ні інші закони України, у тому числі Закон України „Про Національне антикорупційне бюро України“, не передбачають такої юридичної підстави (чи наслідку) для звільнення⁴ Директора НАБУ, як рішення Конституційного Суду.

Внаслідок цього виникає низка запитань щодо легітимності подальшого перебування особи на посаді Директора НАБУ, потреби визначення особи, яка буде тимчасово виконувати функції Директора НАБУ та порядку визначення цієї особи, потреби проведення конкурсу на зайняття цієї посади тощо.

⁴ Чи інші зміни у порядку проходження державної служби та (або) перебування на посаді.

По-третє, оскільки Указ є індивідуально-правовим актом і в Рішенні не зазначено додаткових дій на його виконання стосовно особи, яку призначено Указом на посаду Директора НАБУ, виникає припущення про те, що Рішення в частині звільнення або відсторонення від посади Директора НАБУ взагалі не потребує виконання.

По-четверте, чому Конституційний Суд, прогнозуючи подальші складнощі з виконанням Рішення, не скористався своїм конституційним повноваженням щодо відтермінування втрати чинності Указом з метою належного врегулювання українським парламентом відповідних відносин протягом часу такого відтермінування.

Ці та інші проблемні моменти не слугують позитивному сприйняттю Рішення, а тому вони, на моє переконання, мали б бути вирішені до моменту його ухвалення та відповідним чином відображені в тексті Рішення.

Загальні висновки та міркування

26. Існує думка, що саме існування Конституційного Суду як органу конституційного контролю має справляти „охолоджуючий ефект“ на органи державної влади, органи місцевого самоврядування та їх посадових осіб, стримуючи цих суб'єктів від діяльності та ухвалення рішень, що порушують Конституцію України.

Однак 26 конституційних подань, що надійшли до Конституційного Суду за неповний 2020 рік⁵, є своєрідним натяком на те, що саме існування органу конституційного контролю не забезпечує бажаного „охолодження“ політичних та інших амбіцій, заяв та намірів. Тому суб'єкти звернення очікують рішень Конституційного Суду, які, на думку заявників, мали б довести їхню правоту у тому чи іншому конституційному конфлікті.

Переконаний, що Конституційний Суд своїми рішеннями мав би ефективно розв'язувати конституційні конфлікти, а не створювати юридичне підґрунтя для нових.

⁵ До 1 вересня 2020 року.

Звісно, судовий активізм у цілому є позитивним явищем, однак у випадках, коли в конституційних поданнях поставлено під сумнів, наприклад, повноваження органів державної влади та (або) їх посадових осіб, діяльність та рішення Конституційного Суду мають бути максимально виваженими та стриманими з метою уникнення звинувачень та нарікань у політичній чи іншій заангажованості, виходу за межі повноважень тощо.



Судія
Конституційного Суду України

О. ПЕРВОМАЙСЬКИЙ