

ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Колісника В.П. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України „Про Національне антикорупційне бюро України“

Враховуючи те, що не всі підходи, застосовані Конституційним Судом України (далі – Суд) у Рішенні від 16 вересня 2020 року № 11-р/2020 (далі –Рішення), є зваженими, прийнятними та переконливими, виникла потреба у викладі окремої думку стосовно до Рішення.

1. Суд не мав достатніх підстав для визнання неконституційними положень Закону України „Про Національне антикорупційне бюро України“ від 14 жовтня 2014 року № 1698–VII зі змінами (далі – Закон), якими закріплено такі повноваження Президента України: визначати трьох осіб до складу комісії з проведення конкурсу на зайняття посади Директора Національного антикорупційного бюро України (пункт 1 частини третьої статті 7); визначати одного члена комісії зовнішнього контролю (друге речення абзацу другого частини шостої статті 26); затверджувати Положення про Раду громадського контролю та про порядок її формування (частина друга статті 31).

Ці повноваження впливають, насамперед, зі статусу Президента України як глави держави, гаранта державного суверенітету, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина (частини перша, друга статті 102 Конституції України).

Ухвалюючи Рішення в частині визнання неконституційними положень пункту 1 частини третьої статті 7, другого речення абзацу другого частини шостої статті 26 та частини другої статті 31 Закону, Суд мав би всебічно дослідити сутнісний зміст цих приписів, насамперед, з огляду на доктрину так званих „прихованих повноважень“ глави держави, з’ясувати особливості статусу та функцій Президента України як глави держави (частина перша статті 102 Конституції України) за існуючої моделі змішаної (парламентсько-президентської) форми правління, а також – змістовне наповнення повноважень глави держави, пов’язаних з потребою забезпечити

„державну незалежність, національну безпеку і правонаступництво держави“ (пункт 1 частини першої статті 106 Конституції України), що є вельми актуальним, враховуючи ті виклики і загрози, які постали перед Україною у 2014 році (*зокрема, тимчасова втрата частини української державної території та війна, яку веде проти української держави Російська Федерація уже понад шість років*). Визначальні функції та роль глави держави потребують відповідного обсягу загальних установчих конституційних повноважень, зокрема, й щодо організації належного функціонування державного апарату та демократичної системи здійснення державної влади.

2. У 2009 році Суд у своїх рішеннях виявив у змісті Конституції України „приховані повноваження“ глави держави у сферах зовнішньополітичної діяльності та оборони (рішення від 15 січня 2009 року № 2-рп/2009, від 25 лютого 2009 року № 5-рп/2009), хоча на той час загроза державній незалежності України, її державним кордонам та навіть сама можливість втратити частину державної території виглядали лише гіпотетичними (чи навіть фантастичними) з огляду на загалом вдале подолання кримської кризи 1994–1995 років та кризової ситуації, пов’язаної з жорстким російсько-українським протистоянням у 2003 році навколо українського острова Коса Тузла. Зазначені рішення Суд ухвалив задовго до зухвалого порушення територіальної цілісності України, тобто ще до російської анексії Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, а також до розв’язування Росією війни на українському Сході й фактичної окупації нею частини Донецької та Луганської областей.

Суд мав би врахувати, що доктрина „прихованих повноважень“ має своє походження із Сполучених Штатів Америки (далі – США), під якими розуміють повноваження глави держави, які не передбачені в конституції, однак впливають із її змісту і стосуються особливостей його діяльності в екстраординарних ситуаціях, зокрема у випадку військової агресії¹. Під час громадянської війни Президент США А. Лінкольн видав низку указів, що

¹ Конституційне право України: підручник / за загальною редакцією Т. М. Слінько. – Харків: Право, 2020. – С. 501.

виходили за межі президентських повноважень, у яких заявив, що виклик, який Південь кинув Союзу, змусив його діяти, не очікуючи зібрання Конгресу США, та наголосив, що „не можна втратити націю і при цьому зберегти Конституцію“. Згодом і Конгрес США, і Верховний суд США підтримали такі дії глави держави, що, власне, й стало підґрунтям для формування доктрини „прихованих повноважень“, і це при тому, що за Конституцією США питання війни та миру належить Конгресові США. Однак за всю історію США Конгрес формально оголосив війну лише п'ять разів, проте у багатьох випадках (а таких випадків було понад 200) рішення про використання військової сили та ведення бойових дій ухвалив Президент США².

3. Багато років поспіль Україна потерпає не лише від агресивної зовнішньої політики Російської Федерації, але й від масштабної корупції, про що Суд зазначив у Рішенні від 26 лютого 2019 року № 1-р/2019, наголосивши, що „корупція є однією з основних загроз національній безпеці України...“ (абзац четвертий підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини). Для будь-кого з неупереджених дослідників та експертів є зрозумілим, що значне поширення корупції послаблює українську державу так само істотно, як і війна та пов'язані з нею значні втрати і колосальні витрати.

Суд мав би виходити ще й з того, що „Президент України є гарантом реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору“ (частина третя статті 102 Конституції України), а набуття членства у зазначених міжнародних організаціях є неможливим без істотного скорочення рівня корупції та одночасного здійснення глибоких і системних демократичних перетворень. До того ж поряд з іншими основними функціями глави держави (представницька, установча, безпекова, оборонна, зовнішньополітична тощо) науковці виокремлюють ще й так звану „антикорупційну“ функцію³.

4. Отже, у 2009 році Суд вважав прийнятним посилення інституту глави держави, його повноважень і реального впливу у сферах зовнішньополітичної

² Лафитский В. Конституционный строй США. – М.: Статут, 2011. – С. 282.

³ Федоренко В. Л. Конституційне право України: підручник / В. Л. Федоренко. – К.: Ліра-К, 2016. – С. 389-393.

діяльності та оборони за рахунок розширеного розуміння „прихованих“ президентських повноважень, незважаючи на те, що про це буквально (дослівно) не зазначено у Конституції України, а реальні загрози існуванню української державності не були такими очевидними.

У 2020 році, на шостому році війни, започаткованої державою-агресором, насамперед, з метою руйнації української державності, Суд визнав неконституційним, зокрема, повноваження глави держави визначати трьох осіб до складу комісії з проведення конкурсу на зайняття посади Директора Національного антикорупційного бюро України (пункт 1 частини третьої статті 7 Закону), хоча ця комісія могла бути утвореною лише на паритетних засадах за участю ще двох суб'єктів владних повноважень (парламенту та уряду), кожний з яких уповноважений призначати так само по три особи до її складу комісії (як і глава держави). Отже, роль Президента України у формуванні комісії з проведення конкурсу на зайняття посади за такої процедури, передбаченої Законом, не була ні визначальною, ні провідною, ні домінуючою, адже він міг призначити лише третину складу такої комісії.

5. Участь глави держави у створенні комісії з проведення конкурсу на зайняття посади Директора Національного антикорупційного бюро України шляхом призначення до її складу трьох осіб з дев'яти може розглядатися з певними застереженнями і як використання повноваження, передбаченого пунктом 28 частини першої статті 106 Конституції України, згідно з яким Президент України „створює у межах коштів, передбачених у Державному бюджеті України, для здійснення своїх повноважень консультативні, дорадчі та інші допоміжні органи і служби“.

Якщо глава держави має повноваження щодо утворення аналогічних органів і служб, тоді немає перешкод і для того, щоб він міг створити схожий орган спільно з іншими державними органами, оскільки, як відомо, потреба узгодження зусиль та взаємодії між різними ланками державного апарату є допустимою, прийнятною та впливає зі змісту Конституції України. Варто звернути увагу й на те, що за Законом комісія з проведення конкурсу на зайняття посади Директора Національного антикорупційного бюро України (далі –

Конкурсна комісія) не має права ухвалювати остаточне та обов'язкове рішення. Конкурсна комісія лише здійснювала відбір кандидатів, а відібрані нею два або три кандидати подавалися на розгляд Президенту України, тобто Конкурсна комісія фактично проводила співбесіду з претендентами та дорадче обговорення кандидатур, за результатами якого могла лише рекомендувати главі держави обрати одну особу з двох або трьох кандидатів.

6. Суд не врахував повною мірою ті приписи Конституції України, згідно з якими Президент України займає особливе місце в системі органів державної влади та не належить до жодної з її гілок (законодавчої, виконавчої, судової).

Статус Президента України як глави держави вказує на те, що він є представником усієї держави, важливою ланкою у механізмі „стримувань і противаг“ та державної влади загалом, а отже, й гарантом і координатором злагодженого, узгодженого, скоординованого, безперебійного функціонування усього державного владного механізму та взаємодії між його головними складовими, уповноваженим за потреби вживати організаційно-правових заходів для започаткування у порядку, визначеному Конституцією та законами України, роботи відповідних нових органів, що мають відігравати важливу роль у забезпеченні або виконанні функцій держави (*у тому числі з огляду на нові виклики, загрози або небезпеку, що постала перед українською державою*).

Варта уваги у цьому контексті також французька конституційна модель, яка «передбачає, по суті, приховане президентське домінування у внутрішній та зовнішній політиці через використання конструкції „президент – арбітр нації“ (дослівно: „Своїм арбітражем Президент забезпечує належне функціонування органів публічної влади та спадковість держави“ (ч. 1 ст. 5 Конституції Франції 1958 р.)... подібні формули в тих чи інших інтерпретаціях сприйняли й інші країни, де вирішено було запровадити напівпрезидентську модель. Для прикладу, у ст. 120 Конституції Португалії 1976 р. передбачено, що „президент забезпечує єдність держави та нормальне функціонування демократичних інститутів»⁴.

⁴ Барабаш Ю. Г. Президент у змішаних республіках: деякі питання конституційно-правової теорії та практики // Право України. – 2012. - № 8. – С. 70.

7. Суд також мав би взяти до уваги приписи пункту 14 частини першої статті 92 Конституції України, згідно з якими виключно *законами* України визначаються організація і діяльність органів досудового розслідування. До того ж відповідно до пункту 9 розділу XV „Перехідні положення“ Конституції України „Прокуратура продовжує виконувати відповідно до чинних законів функцію досудового розслідування до початку функціонування органів, яким законом будуть передані відповідні функції...“ Тобто у 1996 році законодавець передбачив у розділі XV „Перехідні положення“ Конституції України можливість утворення нової системи органів досудового слідства, що можуть не входити ні до системи органів виконавчої влади, ні до системи органів прокуратури. Такий висновок впливає також і з порівняльного аналізу приписів, що містяться у пунктах 12, 14 частини першої статті 92 Конституції України, адже у пункті 12 ідеться про органи виконавчої влади, а у пункті 14 – про органи досудового слідства, й саме тому є достатні підстави вважати, що законодавець свідомо розмежував ці дві складні категорії та відповідні системи державних органів (насамперед, з огляду на позитивний досвід провідних демократичних держав з урегулювання системи досудового слідства та організації її ефективного функціонування). Отже, органи досудового слідства можуть функціонувати і в системі органів виконавчої влади (наприклад, слідчі органи у складі Національної поліції), і поза межами цієї системи як незалежні державні органи. Вирішення цього питання залежить, перш за все, від визначення пріоритетів державної правової політики, обрання певної моделі організації досудового слідства та фактично віднесене до дискреційних повноважень парламенту.

Однак, ухвалюючи Рішення у частині визнання неконституційними зазначених положень Закону, Суд не врахував наведені приписи Конституції України.

8. Суд має керуватися з-поміж іншого принципом *обґрунтованості*, однак мотивувальна частина Рішення не містить належного обґрунтування невідповідності Конституції України положень пункту 1 частини третьої статті 7, другого речення абзацу другої частини шостої статті 26 та

частини другої статті 31 Закону. Ці положення Закону визнані Судом неконституційними так би мовити „на додаток“ до визнання такими, що не відповідають Конституції України, положень частини другої статті 1, частини першої статті 6, абзацу другої частини дев'ятої статті 7 (щодо повноважень Президента України утворювати Національне антикорупційне бюро України, призначати на посаду та звільняти з посади Директора цього органу).

Приписи Закону, що визначають повноваження Президента України призначати трьох осіб до складу Конкурсної комісії, одного члена комісії зовнішнього контролю, варто витлумачити та сприймати не як законодавчий засіб уточнення повноважень Президента України, визначених у статті 106 Конституції України, а як такі, що впливають із його конституційного статусу і функцій: а) як глави держави; б) як гаранта державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина; в) як суб'єкта забезпечення державної незалежності, національної безпеки та правонаступництва держави; г) як гаранта реалізації стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору. Тобто Суд не врахував повною мірою ті конституційні приписи, що фактично фіксують в узагальненому вигляді іншу частину його конституційних функцій і повноважень (крім передбачених статтею 106 Конституції України), а саме викладені через більш загальні формули.

9. У Рішенні застосований сумнівний, а саме занадто спрощений і формальний *підхід*, який обумовив визнання неконституційними положень частини другої статті 1, частини першої статті 6 щодо надання Президенту України повноважень призначати на посаду та звільняти з посади Директора Національного антикорупційного бюро України, абзацу другої частини дев'ятої статті 7 Закону. Аналогічне посилання (абзац шостий підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення) на наявність водночас і у Верховної Ради України, і у глави держави лише прямо установлених у положеннях Конституції України повноважень може мати у подальшому досить

суттєвий деструктивний вплив на функціонування усієї демократичної системи здійснення державної влади в Україні та унеможливити виконання главою держави і парламентом їх конституційно визначених повноважень.

Так, у абзаці шостому підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Суд зазначив: „Наділення на законодавчому рівні *глави держави та парламенту іншими повноваженнями, ніж ті, що передбачені Основним Законом України*, є допустимим виключно після внесення відповідних змін до Конституції України“.

Досить дискусійний підхід, застосований Судом для визнання неконституційності положень частини другої статті 1, частини першої статті 6 щодо надання Президенту України повноважень призначати на посаду та звільняти з посади Директора Національного антикорупційного бюро України, абзацу другою частини дев'ятої статті 7 Закону, може у подальшому поставити під сумнів конституційність окремих норм цілої низки законів України, що передбачають призначення Верховною Радою України членів конкурсних комісій з відбору кандидатів на посади керівників важливих органів державної влади, а також унеможливити призначення главою держави членів конкурсних комісій з проведення конкурсного відбору для зайняття певних посад. Таким чином, може бути штучно заблокована реалізація Президентом України окремих повноважень, зокрема, передбачених пунктом 22 частини першої статті 106 Конституції України. Тобто підхід, застосований Судом у Рішенні, ставить під сумнів конституційність процедур формування конкурсних комісій з відбору посадовців цілого ряду органів, що є важливими для функціонування держави на такому складному етапі українського державотворення, який нині переживає наше суспільство. Тому обґрунтованість неконституційності зазначених положень Закону є вельми сумнівною й непереконливою.

10. За такого надто формального догматичного підходу первинні органи, тобто органи первинного представництва (глава держави та парламент), не зможуть безпосередньо брати участі у формуванні конкурсних комісій (адже ні в статтях 85, 92, 106 Конституції України, ні в жодній іншій конституційній

нормі не йдеться про повноваження глави держави і парламенту щодо формування чи участі у формуванні будь-яких конкурсних комісій).

А от вторинні органи, якщо під такими органами розуміти ті органи, що їх утворюють первинні органи, за законом можуть набути повноважень щодо формування конкурсних комісій та організації їх діяльності. За такою доволі вразливою логікою можна дійти дивного чи навіть абсурдного висновку про те, що глава держави не матиме повноважень щодо участі у формуванні будь-якої конкурсної комісії з відбору кандидатів на певну посаду, а координаційний орган, що функціонує при Президентові України, зможе брати таку участь (за умови, що таке повноваження буде передбачене законом).

Беручи до уваги підхід та своєрідну логіку, закладені у Рішенні, так само можна дійти абсурдного висновку про те, що парламент не зможе брати участі у формуванні будь-якої конкурсної комісії (з огляду на приписи частини другої статті 85 Конституції України), а участь парламентського комітету у формуванні конкурсної комісії є можливою за умови, що таке повноваження йому може надати той самий парламент, ухваливши відповідний закон (*враховуючи те, що однією з функцій парламентського комітету є підготовка та попередній розгляд питань, віднесених до повноважень парламенту*).



Суддя Конституційного Суду України

В. КОЛІСНИК