

## ОКРЕМА ДУМКА

судді Конституційного Суду України Лемака В. В.  
стосовно Рішення Конституційного Суду України  
у справі за конституційним поданням  
Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини  
щодо відповідності Конституції України (конституційності)  
окремих положень абзацу першого пункту 40 розділу VI  
«Прикінцеві та перехідні положення»  
Бюджетного кодексу України

Вважаю обов'язком зафіксувати свою позицію стосовно Рішення Конституційного Суду України від 11 жовтня 2018 року № 7-р/2018 (далі — Рішення), з яким не погоджуюся ні з огляду на його стиль і аргументацію, ні з огляду на резолютивну частину. У Рішенні Конституційний Суд України визнав такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), окремі положення абзацу першого пункту 40 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України (далі — Кодекс) щодо права Міністерства фінансів України (далі — Міністерство) отримувати інформацію, що містить персональні дані.

### **1. Верховенство права, якість закону і аргументованість Рішення**

Положеннями абзацу першого пункту 40 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Кодексу передбачено: «Установити, що під час здійснення повноважень з контролю за дотриманням бюджетного законодавства в частині моніторингу пенсій, допомог, пільг, субсидій, інших соціальних виплат Міністерство фінансів України має право на безоплатне отримання інформації, що містить банківську таємницю, персональні дані, та на доступ до автоматизованих інформаційних і довідкових систем, реєстрів та банків даних, держателем (адміністратором) яких є державні органи або органи місцевого самоврядування». Звертаю увагу, що йдеться про повноваження Міністерства на безоплатне, з чіткою метою отримання інформації, що містить, окрім іншого, персональні дані. У наведеному фрагменті Кодексу не зазначено, що це повноваження Міністерство здійснює з відступом від порядку доступу до персональних даних, визначеного спеціальним законодавством України.

Конституційний Суд України (далі — Суд) у мотивувальній частині Рішення розпочав аргументацію з доречного дослідження принципу поваги до прав людини (стаття 3 Конституції України). Суд логічно пов'язав цей принцип із правом на захист особистого і сімейного життя, передбаченим частиною першою статті 32 Конституції України, за якою «ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України», та зауважив, що при цьому у Конституції України встановлено такі випадки, а саме: «не допускається збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах

національної безпеки, економічного добробуту та прав людини» (частина друга цієї статті).

Далі Суд так само доречно послався на юридичну позицію, викладену ним у Рішенні від 20 січня 2012 року № 2-рп/2012, у резолютивній частині якого зазначено, зокрема, що «збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди державою, органами місцевого самоврядування, юридичними або фізичними особами є втручанням в її особисте та сімейне життя. Таке втручання допускається винятково у випадках, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини».

Отже, Суд у мотивувальній частині Рішення дослідив, що конституційні норми і конституційна доктрина (попередня практика Суду) допускають збирання, зберігання і використання конфіденційної інформації про особу без її згоди, однак лише у випадках, визначених законом, і лише для досягнення установлених Конституцією України трьох цілей, а саме: «в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини». Навіть на цьому рівні з'ясування аргументів очевидною є неможливість Суду дійти в результаті протилежного висновку. Після перших кроків в аргументуванні здавалося, що Суд піде й далі цим же шляхом, зокрема дослідить, наскільки мета оспорюваних положень Кодексу узгоджується з наведеними положеннями Конституції України (щодо «інтересів національної безпеки, економічного добробуту та прав людини»), а також обґрунтованість (суспільну значимість) такої мети.

Проте Суд відкинув з'ясовані правові підстави й зробив крутий поворот в аргументації — взявся за критерій «якості закону», розуміючи його доволі специфічно, дійшов суперечливих висновків, в основному з яких констатував, що оспорювані положення Кодексу «не відповідають критерію якості закону у розумінні частини другої статті 32 Конституції України, оскільки вони суперечать таким елементам принципу верховенства права, як юридична визначеність і заборона свавілля, що може призвести до порушення конституційного права кожного на приватне життя». Після цього Суд зазначив: «Враховуючи те, що Конституційний Суд України встановив невідповідність оспорюваних положень Кодексу такому критерію, як якість закону, відпала необхідність здійснювати перевірку, чи втручання у конституційне право особи на приватне життя шляхом отримання та обробки Міністерством її персональних даних без згоди цієї особи переслідувало якусь легітимну мету та чи були пропорційними обрані законодавцем засоби досягнення такої мети» (абзаци десятий, одинадцятий пункту 3 мотивувальної частини Рішення).

Довільне розуміння поняття «якості закону», як і зневага Судом «якоїсь легітимної мети», відображає ігнорування ним класичних методів дослідження конституційності закону.

Верховенство права є фундаментальним принципом сучасного конституційного порядку України, однак його неадекватне сприйняття й намагання вкласти в нього будь-який зміст може спровокувати виникнення його антипода — свавільного застосування влади та невизначеності.

1.1. Суд не розібрався з обсягом того, що він вважає «встановлено законом» у контексті статті 32 Конституції України. Суд по суті ізолював оспорювані поло-

ження Кодексу (текстуально йдеться про один абзац Кодексу) від цілісної законодавчої матерії та оголосив їх «неякісними» та такими, що не містять «заборони свавілля», що «унеможлиблює настання відповідальності держави за відповідні зловживання». За такою «логікою» Суд очікував, що саме у цьому абзаці Кодексу законодавець мав передбачити і виключний перелік повноважень Міністерства, і відповідні процедури, і склади злочинів та адміністративних проступків із санкціями, які в сукупності мають уможливити настання відповідальності за зловживання.

Суд не врахував, що в цьому питанні чинним є доволі розгорнутий комплекс законодавства України, який охоплює, зокрема: 1) спеціальний закон у цій сфері — Закон України «Про захист персональних даних»; 2) Закон України «Про інформацію»; 3) положення статті 188<sup>39</sup> «Порушення законодавства у сфері захисту персональних даних» Кодексу України про адміністративні правопорушення; 4) положення статті 182 Кримінального кодексу України, згідно з якою «порушення недоторканності приватного життя» якраз і полягає у «незаконному збиранні, зберіганні, використанні, знищенні, поширенні конфіденційної інформації про особу або незаконній зміні такої інформації» та за обтяжуючих обставин карається позбавленням волі до п'яти років.

Можна по-різному оцінювати достатність регулювання та захисту персональних даних у чинному законодавстві України, але не помітити його неприпустимо. Річ у тім, що «закон» або «законодавство» слід сприймати як цілісну і системну матерію, в якій окремі складові здійснюють свої функції, що презюмуються як взаємоузгоджені між собою.

1.2. «Якість закону» — ключова категорія в Рішенні, яку Суд розглядає як складову принципу верховенства права. Вказане поняття зустрічається в практиці Європейського суду з прав людини, однак зовсім в іншому сенсі. Різниця полягає у трьох аспектах.

По-перше, оцінка «якості закону» пояснюється в контексті юридичної визначеності в аспектах доступності, точності і передбачуваності національного законодавства (а не одного сегмента закону). Наприклад, у рішенні у справі «*Del Rio Prada* проти Іспанії» від 21 жовтня 2013 року Європейський суд з прав людини вказав: «Якість закону» означає, що якщо національне законодавство дозволяє позбавлення волі, воно має бути достатньо доступним, точним та передбачуваним у своєму застосуванні, аби уникнути будь-якого ризику свавілля... Встановлений Конвенцією стандарт «законності» вимагає, щоб усе законодавство було достатньо чітким для того, щоб дати особі можливість — за необхідності, після відповідної консультації — передбачити настільки, наскільки це є розумним за обставин, наслідки, які певне діяння може тягти за собою» (пункт 125).

Наведене означає, що Суд для того, щоб дійти висновку про «неякісний закон», повинен був переконливо навести аргументи того, що національне законодавство в даному питанні: а) є недостатньо доступним; б) його положення є нечіткими; в) воно є непередбачуваним у своєму застосуванні. Однак Суд навіть не приступив до вирішення цих завдань, а відтак його висновок про «неякісний закон» є очевидно таким, що не стосується юридичної визначеності як елемента принципу верховенства права. По-друге, повторюю, йдеться не про окремий ізольований сегмент закону, а про «національне законодавство» (усе законодавство)

як цілісну систему, в якій окремі складові взаємодіють між собою. По-третє, оцінка «якісний закон» (як складова формули «встановлений законом») не може виходити за межі загальної методики аналізу державного втручання у здійснення прав людини або, тим більше, протиставлятися їй. Суд у Рішенні, нагадаю, дійшов висновку, що недотримання вимог «якості закону» призвело до ситуації, коли «відпала необхідність перевіряти» інші істотні параметри оцінки державного втручання, зокрема «якусь легітимну мету» закону (вислів, ужитий у Рішенні).

## **2. Ігнорування «якоїсь легітимної мети» закону**

Як уже було зазначено, Суд, констатувавши, що «відпала необхідність здійснювати перевірку, чи втручання у конституційне право особи на приватне життя... переслідувало якусь легітимну мету», не дослідив ступінь легітимності мети оспорюваних положень Кодексу, хоча й дійшов парадоксального висновку про відсутність у них «заборони свавілля». Парадоксальність такого висновку полягає у тому, що мета закону, її формальний (закріплений у тексті Конституції України) і сутнісний (пов'язаний зі значимим суспільним інтересом) аспекти дають можливість оцінити, наскільки закон відповідає тесту на свавільність/несвавільність у контексті принципу верховенства права. Мета закону є першим, хоч і не єдиним, лімітуючим фактором, який впливає на здійснення дискреційних повноважень органами державної влади.

Суд не дослідив, наскільки повноваження Міністерства «з контролю за дотриманням бюджетного законодавства в частині моніторингу пенсій, допомог, пільг, субсидій, інших соціальних виплат» і його «право на безоплатне отримання інформації, що містить банківську таємницю, персональні дані, та на доступ до автоматизованих інформаційних і довідкових систем» є сумісними з положеннями частини другої статті 32 Конституції України, які вказують на суспільні інтереси щодо «національної безпеки, економічного добробуту та прав людини».

Суд у цьому аспекті повинен був дати чітку відповідь на питання: чи узгоджується заявлена в законі мета («контроль за дотриманням бюджетного законодавства в частині моніторингу пенсій, допомог, пільг, субсидій, інших соціальних виплат» з боку Міністерства) з одним із трьох суспільних інтересів, зазначених у частині другій статті 32 Конституції України, а саме: а) національною безпекою; б) економічним добробутом; в) правами людини.

На мою думку, контроль державного органу за дотриманням бюджетного законодавства під час виплати пенсій, допомог, інших соціальних виплат узгоджується водночас принаймні з двома такими суспільними інтересами: економічним добробутом та правами людини.

Річ у тім, що створення складного механізму виплат пенсій, допомог, пільг, субсидій, інших соціальних виплат є суспільним благом, забезпечення якого є позитивним обов'язком держави, а також тією діяльністю держави, яка безпосередньо стосується прав мільйонів людей в Україні. Малоімовірно, що цей механізм можливий без доступу Міністерства до персональних даних, які містяться переважно у державних базах даних.

Суспільний контекст лише підсилює твердження про обґрунтовані межі дискреції Міністерства щодо контролю за дотриманням бюджетного законодавства у сфері виплат. З одного боку, йдеться про виплату пенсій усіх видів для понад

11 млн осіб; за даними Державної служби статистики України у січні — серпні 2018 року по субсидії для відшкодування витрат на оплату житлово-комунальних послуг звернулось 4244,2 тис. домогосподарств, крім того, у січні — серпні 2018 року 613,5 тис. домогосподарств було призначено субсидії готівкою на придбання скрапленого газу, твердого та рідкого пічного побутового палива; отримують соціальні виплати інші категорії осіб. З іншого боку, вказана система соціальної допомоги перебуває в процесі постійного удосконалення, викликаного реформами в цій сфері, зміною обсягу й структури її клієнтської бази внаслідок динаміки доходів населення.

Крім того, внаслідок агресії Російської Федерації, анексії Автономної Республіки Крим і міста Севастополя, тимчасової окупації частини Донецької та Луганської областей понад 1,4 млн осіб набули статус внутрішньо переміщених осіб, які потребують термінової допомоги з боку держави. Понад 300 тис. пенсіонерів перебувають на тимчасово окупованих територіях у Донецькій і Луганській областях, однак значна їх частина отримує пенсії після перетинання лінії зіткнення, на території, в межах якої здійснюють свої повноваження органи державної влади України. Високий рівень динаміки у цій сфері, ускладнення контролю за дотриманням бюджетного законодавства під час здійснення соціальних виплат зумовлює наділення відповідних державних органів достатніми повноваженнями.

Наведені факти, що впливають на здійснення органами державної влади відповідних повноважень та обґрунтовують легітимну мету закону, Суд проігнорував.

### **3. Невдалий пошук конституційного права**

Стиль юридичної аргументації Суду в Рішенні не дає можливості встановити конституційно-правові підстави для вирішення справи. Так, у підпункті 2.3 пункту 2 мотивувальної частини Рішення після згадки про принцип верховенства права (частина перша статті 8 Конституції України) і його елемент — юридичну визначеність — Суд звернув увагу не на конституційну доктрину з цього питання (усталену практику, виражену в його рішеннях щодо розуміння юридичної визначеності), а на Рішення Конституційного Суду України від 8 червня 2016 року № 3-рп/2016. Це рішення унікальне тим, що в ньому йдеться не про «передбачуваність юридичної норми», а про «наявність можливості у особи передбачати дії» органів державної влади (абзац третій підпункту 2.4 пункту 2 мотивувальної частини). Однак «можливість передбачати дії» органів державної влади очевидно не розкриває змісту юридичної визначеності, і Суд не випадково ухилився від інших своїх юридичних позицій та позицій Європейського суду з прав людини з цього питання.

Натомість Суд вдався до цитування положень Доповіді «Верховенство права», яка була схвалена Європейською Комісією «За демократію через право» на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року), більше того, обрав ці положення як підставу для ухвалення Рішення.

На мою думку, Суд насправді повинен виходити з того, що позитивні обов'язки держави у сфері гарантування захисту прав людини узгоджуються з її міжнародними зобов'язаннями в цій сфері. Особливо це стосується тих зобов'язань України, які встановлені міжнародними договорами різного рівня у сфері захисту прав людини. Серед таких міжнародних договорів, безумовно, особливе значен-

ня має Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі — Конвенція). Суд повинен враховувати і застосовувати Конвенцію в межах методично прийнятого тлумачення. Гарантії Конвенції впливають на тлумачення прав людини та принципів, закріплених у Конституції України. Текст Конвенції і судова практика Європейського суду з прав людини виступають на рівні конституційного права допоміжною системою тлумачення під час визначення обсягу і сфери дії зазначених прав людини та принципів за умови, що наслідком такого тлумачення не є обмеження або скасування тих гарантій захисту прав людини, які закріплені в Основному Законі України. Цю позицію поділяють також інші авторитетні конституційні суди європейського континенту.

Однак окремі положення Доповіді «Верховенство права», яка була схвалена Європейською Комісією «За демократію через право», не можуть стати безпосереднім масштабом конституційного судового контролю. Незважаючи на авторитет органу, який ухвалив цю доповідь, вона не є джерелом права, хоч і сприяє доктринальному тлумаченню Конвенції.

#### **4. Ігнорування принципу презумпції конституційності акта**

Попри непослідовну аргументацію мотивувальної частини Рішення та певні сумніви, Суд дійшов висновку про неконституційність оспорюваних положень Кодексу. У такий спосіб було проігноровано принцип презумпції конституційності актів, які піддаються конституційному контролю. Одним із перших такий принцип сформулював Олександр Гамільтон у виданні «Федераліст» (№ 78), заявивши, що суди повинні скасовувати лише ті закони, норми яких вступають у «непримиренні протиріччя» з конституцією і за умови, що спроби узгоджувального тлумачення не дали результату. Принцип презумпції конституційності означає, що закон може бути визнаний неконституційним винятково на таких підставах, які передбачають чітке, недвозначне, поза розумним сумнівом порушення конституції, а не в результаті сумнівних аргументативних маніпуляцій. Хоча цей принцип прямо не закріплений у Конституції України (має імпліцитний характер), його значення визнають усі сучасні конституційні держави.

Таким чином, не можна погодитися з підходом, за якого Суд відмовляється досліджувати важливі аспекти справи, зокрема легітимну мету, ігнорує застосування тесту на пропорційність обраного законодавцем засобу, спирається на неправові джерела, однак при цьому доходять висновку про неконституційність закону.

Презумпція конституційності акта означає також, що положення закону, які визнані неконституційними, не можуть втрачати чинність з «дня ухвалення Конституційним Судом України цього Рішення», як це встановлено в пункті 2 резолютивної частини Рішення. Річ у тім, що відлік годин доби «дня ухвалення Рішення» починається з 00.00, а тому неприйнятною є ситуація, коли протягом одного дня (наприклад, у першій його половині) суб'єкт здійснює повноваження на підставі положень закону, які вже від моменту початку дня визнані неконституційними. Важливо також, що рішення Суду офіційно оприлюднюється на його офіційному веб-сайті лише наступного дня. Окрім іншого, такий підхід суперечить положенням частин першої, другої статті 57 Конституції України, які є важливим елементом принципу верховенства права і в яких зазначено, що «кожному гарантується

право знати свої права і обов'язки», а також що «закони та інші нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у порядку, встановленому законом».

Момент втрати чинності положень актів у зв'язку з визнанням їх неконституційними доцільно встановлювати не раніше дня, наступного за днем їх офіційного оприлюднення. Звісно, це стосується не лише Рішення.

### 5. Дефекти резолютивної частини Рішення

Пункт 1 резолютивної частини Рішення, в якому постановлено «визнати такі-ми, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), окремі положення абзацу першого пункту 40 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Бюджетного кодексу України щодо права Міністерства фінансів України отримувати інформацію, що містить персональні дані», за своїм змістом є очевидно нелогічним та неповним.

По-перше, резолютивна частина Рішення не додає визначеності в даному питанні, що є одним із ключових завдань здійснення правосуддя в конституційній сфері. Міністерство позбавлено права отримувати інформацію, що містить персональні дані, без проведення зв'язку цього повноваження зі «згодою особи» чи «без згоди особи».

Це означає, що Міністерство, організовуючи контроль за дотриманням бюджетного законодавства щодо пенсій, пільг, субсидій, інших соціальних виплат, загалом не може отримувати інформацію з персональними даними, навіть якщо особа надає відповідну згоду на таке отримання. Повторимо, що норми Конституції України, а саме частин першої, другої статті 32, мають прямо протилежний зміст.

Однак варто зауважити, що наведений виклад резолютивної частини Рішення не завдасть шкоди здійсненню Міністерством його повноважень, оскільки формулювання оспорюваних положень Кодексу навіть після ухвалення Рішення передбачає, що воно й надалі має право отримувати інформацію, яка містить банківську таємницю (значна частина якої є персональними даними), і, головне, Міністерство фінансів України зберігає за собою право доступу до автоматизованих інформаційних і довідкових систем, реєстрів, банків даних, держателем (адміністратором) яких є державні органи або органи місцевого самоврядування.

«Доступ» до цих баз даних означає можливість отримання інформації з них. Згідно з частиною шостою статті 6 Закону України «Про захист персональних даних», який є *legis specialis*, відповідні повноваження надаються державним органам загалом: «Не допускається обробка даних про фізичну особу, які є конфіденційною інформацією, без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини». Вказана норма, однак, не стала предметом конституційного контролю.

По-друге, наведене формулювання пункту 1 резолютивної частини Рішення унеможливує його виконання з огляду на нормативний аспект. Суд чітко не встановив, яка частина законодавчого припису підлягає вилученню з абзацу першого пункту 40 розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Кодексу. В цьому сенсі вживання словосполучення «окремі положення» у резолютивній частині Рішення очевидно не є оптимальним.

Суддя Конституційного Суду України

В. ЛЕМАК