# Конституційне право

**Підручник**

ОБСЄ Організація з безпеки та співробітництва в Європі
**Координатор проектів в Україні**

# КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Підручник

Київ
2021

УДК XXXXXXXXXXX
XXX

Рекомендовано до друку Вченою радою Національного університету «Києво-Могилянська академія» (протокол № 12 від 25 лютого 2021 р.).

Рекомендовано до друку Вченою радою Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого (протокол № 2 від 18 вересня 2020 р.).

Рецензенти:

Марцеляк Олег Володимирович, д-р юрид. наук, професор, заслужений юрист України, завідувач кафедри конституційного права Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Оніщук Микола Васильович, д-р юрид. наук, заслужений юрист України, ректор Національної школи суддів України.

Конституційне право: підручник / за загальною редакцією М.І. Козюбри. / Ю.Г. Барабаш, О.М. Бориславська, В.М. Венгер, М.І. Козюбра, А.А. Мелешевич.- К.: Ваіте, 2021. – 528 с.

ISBN XXXX XXXX XXXX XXX

ОБСЄ Організація з безпеки та співробітництва в Європі
**Координатор проектів в Україні**

Видано за підтримки Координатора проектів ОБСЄ в Україні. У цій публікації висловлено виключно погляди авторів. Вони не обов'язково збігаються з офіційною позицією Координатора проектів ОБСЄ в Україні.

# Зміст

**ВСТУП . . . . . 9**

РОЗДІЛ 1. **КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ, КОНСТИТУЦІЯ, КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО ТА ЇХНІ ВЗАЄМОЗВ'ЯЗКИ: ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА . . . . . .12**

**1.1. Конституціоналізм: генезис, сутність і структурні елементи .12**

1.1.1. Витоки конституціоналізму й основні етапи його становлення . . . . . 13

1.1.2. Сутність конституціоналізму, його рівні й складові елементи. Конституціоналізм і конституція. . . . . 19

1.1.3. До питання про типи (моделі) конституціоналізму . . . . 23

1.1.4. Генезис українського конституціоналізму та його сучасний стан . . . . . 31

**1.2. Конституційне право та його місце в структурі знань і правовій системі . . . . . .39**

1.2.1. Конституційне право як транснаціональна наука . . . . . 39

1.2.2. Конституційне право й позанаукові форми освоєння дійсності: релігія, мораль, мистецтво . . . . . 43

1.2.3. Конституційне право: галузь права чи фундаментальна основа — стрижень національної правової системи . . . . . 47

**1.3. Співвідношення конституційного й міжнародного права. . .58**

1.3.1. Генезис питання та його актуалізація в умовах сучасних глобалізаційних процесів . . . . . 58

1.3.2. Конституційне право й міжнародні договори . . . . . 60

1.3.3. Загальновизнані принципи й норми міжнародного права та конституційне право . . . . . 67

1.3.4. Співвідношення міжнародного права й національних конституцій . . . . . 71

**1.4. Джерела конституційного права . . . . . .75**

1.4.1. Конституція як титульне й базове джерело конституційного права та його серцевина: загальна характеристика . . . . . 75

1.4.2. Основні джерела конституційного права . . . . . 81

1.4.3. Інші джерела конституційного права . . . . . 89

РОЗДІЛ 2. **ПРИНЦИПИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА . . . . . .95**
**2.1. Поняття принципів конституційного права та їхня природа .95**
2.1.1. Підходи до розуміння принципів конституційного права 95
2.1.2. Джерела походження принципів конституційного права. 97
2.1.3. Принципи конституційного права та юридична наука . . 98
**2.2. Класифікація принципів конституційного права . . . . . 104**
2.2.1. Підходи до класифікації принципів конституційного права . . . . . .104
2.2.2. Універсальні принципи конституційного права . . . . . .106
2.2.3. Цивілізаційні принципи конституційного права . . . . . .123
2.2.4. Правосімейні принципи конституційного права . . . . . .127
2.2.5. Національні принципи конституційного права. . . . . .130

РОЗДІЛ 3. **КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО Й ПРАВА ЛЮДИНИ . . . . . 132**
**3.1. Права людини як першоджерело й визначальна цінність конституційного права . . . . . 132**
3.1.1. Поняття прав людини: основні підходи . . . . . .132
3.1.2. Еволюція прав людини й тенденції їхнього розвитку . . .137
3.1.3. Права людини й фундаментальні (основоположні, основні) права . . . . . .145
3.1.4. Права людини й права громадянина . . . . . .150
3.1.5. Права людини та юридичні особи . . . . . .152
**3.2. Основні властивості прав людини . . . . . 154**
3.2.1. Людська гідність як джерело й фундамент прав людини 154
3.2.2. Невідчужуваність і невіддільність прав людини . . . . . .158
3.2.3. Рівнозначність, взаємопов'язаність, взаємозалежність і невичерпність прав людини . . . . . .159
3.2.4. Універсальність прав людини: історія і сучасність . . . . .160
**3.3. Класифікація прав людини . . . . . 166**
3.3.1. Критерії класифікації прав людини . . . . . .166
3.3.2. Характеристика основних видів прав людини . . . . . .170
**3.4. Конституційні засади гарантій прав людини та системи їхнього захисту . . . . . 181**
3.4.1. Поняття гарантій реалізації та захисту прав людини . . .181
3.4.2. Системи захисту прав людини . . . . . .183
**3.5. Конституційні засади обмеження прав людини . . . . . 194**
3.5.1. Поняття обмеження прав людини . . . . . .194

3.5.2. Види прав, що можуть бути обмежені. . . . . 196
3.5.3. Конституційні межі обмежень прав людини . . . . . 197
3.5.4. Обмеження прав людини в умовах надзвичайних ситуацій . . . . . 203
**3.6. Конституційний статус особи: поняття, структура, види . . . 205**
3.6.1. Поняття конституційного статусу особи . . . . . 205
3.6.2. Структура конституційного статусу особи . . . . . 206
**3.7. Конституційно-правовий інститут громадянства . . . . . 213**
3.7.1. Поняття й сутність громадянства . . . . . 213
3.7.2. Принципи громадянства . . . . . 216
3.7.3. Способи набуття громадянства . . . . . 219
3.7.4. Способи припинення громадянства . . . . . 222
**3.8. Засади конституційного статусу іноземців, осіб без громадянства, біженців та внутрішньо переміщених осіб 228**
3.8.1. Засади конституційного статусу іноземців та осіб без громадянства . . . . . 228
3.8.2. Засади конституційного статусу біженців . . . . . 230
3.8.3. Засади конституційного статусу внутрішньо переміщених осіб. . . . . 232

РОЗДІЛ 4. **КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ДЕМОКРАТІЇ ТА ДЕМОКРАТИЧНИХ ІНСТИТУТІВ . . . . . 235**
**4.1. Демократія в конституційній парадигмі XXI століття . . . . 235**
4.1.1. Демократія: історія й сьогодення . . . . . 235
4.1.2. Демократія як універсальна цінність . . . . . 239
4.1.3. Конституціоналізація демократії як ключової цінності конституціоналізму. . . . . 241
4.1.4. Форми демократії: конституційні аспекти . . . . . 245
4.1.5. Юридизація демократії . . . . . 252
4.1.6. Самозахист демократії. . . . . 256
**4.2. Вибори як ключова форма безпосередньої демократії: конституційні засади. . . . . 269**
4.2.1. Правова природа виборів . . . . . 269
4.2.2. Конституційні принципи виборчого права . . . . . 272
4.2.3. Реалізація принципів виборчого права . . . . . 285
**4.3. Референдум у системі інститутів демократії . . . . . 288**
4.3.1. Правова природа референдуму, його позитивні й негативні риси . . . . . 288

4.3.2. Предмет референдуму . . . . . 289
4.3.3. Референдум як ініціативний інститут . . . . . 294
4.3.4. Місцевий референдум . . . . . 302
**4.4. Політичні партії: конституційні засади функціювання . . . . 305**
4.4.1. Правова природа політичних партій . . . . . 305
4.4.2. Конституційні засади організації та діяльності політичних партій . . . . . 309
4.4.3. Тенденції розвитку політичних партій та конституційних засад регулювання їхньої активності . . . 314

РОЗДІЛ 5. **КОНСТИТУЦІЯ Й ПУБЛІЧНА ВЛАДА . . . . . 316**
**5.1. Публічна влада в структурі конституційного права . . . . . 316**
5.1.1. Політична влада, публічна влада, державна влада: загальнотеоретичний дискурс . . . . . 316
5.1.2. Конституційні основи форми правління . . . . . 319
5.1.3. Конституція як засіб запобігання й розв'язання владних конфліктів . . . . . 323
**5.2. Інституційна архітектура держави: конституційно-правовий вимір . . . . . 329**
5.2.1. Президенталізм . . . . . 329
5.2.2. Парламентаризм . . . . . 357
**5.3. Територіальна організація держави (форма державного устрою) . . . . . 387**
5.3.1. Територія держави й способи її організації . . . . . 387
5.3.2. Унітарна держава . . . . . 393
5.3.3. Федерація та її види . . . . . 400
5.3.4. Автономія . . . . . 405
5.3.5. Регіоналістична держава . . . . . 408
**5.4. Муніципальна влада (місцеве самоврядування) . . . . . 411**
5.4.1. Сутність місцевого самоврядування . . . . . 411
5.4.2. Європейські стандарти місцевого самоврядування . . . . 416
5.4.3. Органи місцевого самоврядування . . . . . 421
5.4.4. Безпосередня участь громадян у здійсненні місцевого самоврядування . . . . . 426
5.4.5. Державний контроль за місцевим самоврядуванням . . . 428

РОЗДІЛ 6. **РЕАЛІЗАЦІЯ Й ОХОРОНА КОНСТИТУЦІЇ . . . . . 430**
**6.1. Механізм дії та особливості реалізації конституції. . . . . 430**
6.1.1. Механізм дії конституції . . . . . 430
6.1.2. Правовий аспект механізму дії конституції та реалізація її норм . . . . . 443
**6.2. Тлумачення конституції та його особливості. Дух і буква конституції. . . . . 456**
6.2.1. Особливості юридичного тлумачення конституції . . . . . 456
6.2.2. Критерії класифікації тлумачення конституції . . . . . 462
6.2.3. Межі тлумачення конституції . . . . . 473
**6.3. Охорона конституції . . . . . 481**
6.3.1. Поняття й форми охорони конституції . . . . . 481
6.3.2. Охорона через забезпечення дії конституції . . . . . 482
6.3.2. Конституційна юрисдикція: особливості . . . . . 501

# Вступ

За роки незалежності в Україні підготовлено й видано чимало підручників з конституційного права. Вони різні як за складом авторів, так і за обсягом, стилем подання матеріалу, а іноді й за якістю.

Проте вони мають і спільні риси: в абсолютної більшості з них однакова назва — «Конституційне право України». Цілком логічно, що основні зусилля автори таких підручників зосереджують на висвітленні положень Конституції України, що значною мірою визначає як структуру, так і зміст підручників. Перш ніж розглянути ці питання, зазвичай характеризують предмет конституційного права України, його особливості як галузі національного права, науки в системі національних юридичних наук та навчальної дисципліни.

Автори пропонованого підручника, як устигли помітити його читачі, відмовилися від традиційної назви підручників з конституційного права, характерної, до речі, не тільки вітчизняним підручникам з цієї навчальної дисципліни. Вони зважали на те, що глобалізаційні й інтеграційні процеси, які відбуваються в сучасному світі, дедалі активніше проникають у всі сфери суспільного, зокрема й правового життя. Не є винятком і сфера конституційного права, що стає дедалі універсалізованішою й інтернаціоналізованішою зі збереженням, звісно, своїх національних особливостей. Наслідком таких процесів, на думку авторів підручника, є те, що в конституційному праві майже всіх країн з'являється дедалі більше спільних рис (понять, принципів, інститутів, норм), які спонукають до подолання під час його викладання суто національних, країнознавчих та регіональних підходів. Зробити це в межах традиційних для вітчизняних юридичних вишів навчальних курсів «Конституційне право України», «Конституційне право зарубіжних країн» чи навіть «Порівняльне конституційне право», на думку авторів пропонованого підручника, надто складно, а часом і просто неможливо.

Прагнення осмислити конституційне право, що виходить за межі національних кордонів, позначилося також на методологічних підходах до структурування й змісту підручника та методиці викладу матеріалу. Автори підручника починають зі з'ясування провідного для конституційного права поняття — витоків конституціоналізму, його стану

й тенденцій розвитку в сучасному світі. Поглиблене осмислення конституціоналізму дало змогу по-іншому поглянути на традиційні для вітчизняної конституціоналістики питання: статус конституційного права в національний правовій системі, його предмет і принципи, місце науки конституційного права в системі сучасних наукових і позанаукових знань. Вихідна ідея, яка пронизує всі розділи підручника (їх шість) — ідея про визначальну роль людини, її гідності, прав і свобод у функціюванні всіх демократичних інститутів, організації й діяльності держави та її органів. Тобто відносини владарювання є вторинними, похідними від «людиновимірних» і підпорядковані їм.

У підручнику читачі знайдуть також низку інших нетрадиційних підходів до змісту й методики подання матеріалу — організації публічної влади, реалізації та охорони конституції, її тлумачення тощо. Автори намагалися показати загальні й спільні для конституційного права, його принципів й інститутів тенденції розвитку в сучасному глобалізованому та інтегрованому світі. Тому вони звертаються не тільки до вітчизняного та європейського досвіду конституційного регулювання, а й до конституційного досвіду країн інших континентів. У цьому контексті в підручнику розглянуто особливості конституційного права України.

Для ліпшого засвоєння матеріалу викладені в ньому теоретичні положення підкріплено прикладами із судової практики, передовсім практики судів конституційної юрисдикції. Хоча досягти оптимального балансу між теорією й практикою не завжди вдавалося.

Очевидно, не всі авторські позиції й висновки беззастережно сприймуть фахівці, адже деякі з них потребують додаткового осмислення й перевірки життям, інші — можуть уточнювати, змінювати або й узагалі відкинути наступні дослідники. Автори не претендують на остаточну завершеність своїх міркувань і відповідно бездоганне їхнє обґрунтування, тим паче на уніфікацію підходів до підготовки й написання підручників з конституційного права. Вони повинні залишатися різними, проте, на глибоке переконання авторів, їх не слід обмежувати вузькими національними межами, що неминуче веде до еклектизму, національного егоїзму та маргіналізації.

Автори сподіваються, що пропонований підручник сприятиме не тільки засвоєнню студентами потрібного мінімуму систематизованих знань про конституційне право, а й стане дороговказом, який допоможе їм вільніше орієнтуватися в сучасних тенденціях його розвитку,

самостійно аналізувати та оцінювати особливості конституційного права України в річищі загального поступу конституційного права загалом.

Підручник підготував авторський колектив у складі: д-ра юрид. наук, проф. М. І. Козюбри — вступ, розділи перший і другий; д-ра юрид. наук, проф. Ю. Г. Барабаша — підрозділи 4.1, 4.3 — розділу четвертого, підрозділи 5.1, 5.2. — розділу п'ятого; д-ра юрид. наук, доц. О. М. Бориславської — підрозділи 5.3, 5.4 — розділу п'ятого; канд. юрид. наук, доц. В. М. Венгера — підрозділи 4.2, 4.4 — розділу четвертого (у співавторстві з доктором філософії, доц. А. А. Мелешевичем), та розділ шостий; канд. юрид. наук, доц. О. М. Лисенко (розділ третій); упорядник тексту підручника В. М. Ткаченко.

# Розділ 1.
# Конституціоналізм, конституція, конституційне право та їхні взаємозв'язки: загальна характеристика

## 1.1. Конституціоналізм: генезис, сутність і структурні елементи

Термін «конституціоналізм» походить від латинського слова ***constitutio*** — конституція, що, своєю чергою, етимологічно пов'язане з латинським словом ***constituere***, що в перекладі українською мовою буквально означає «встановлювати» («встановити»).

На відміну від терміна «конституціоналізм», який почали використовувати в кінці XVIII — на початку XIX століття, слово «конституція» вживали ще у своїх творах античні мислителі, у текстах і навіть назвах офіційних документів політичного й нормативно-правового змісту Стародавньої Греції та Стародавнього Риму, тобто понад дві тисячі років. Його розглядали здебільшого як синонім устрою держави. Наприклад, до таких текстів належать: «Афінська політія» («Конституція Афін») Арістотеля, «Конституція Солона», «Конституція Лікурга». В епоху середньовіччя терміном «конституція» часто позначали різноманітні документи про привілеї та вольності феодалів. Серед них слід назвати «Конституцію про права князів духовних» (1220 р.), «Конституцію про права князів світських» (1232 р.) та найвідомішу «Каролiну» — Constitutio Criminalis Caroline (1532 р.)*. На політико-правові акти, у текстах яких вживали термін «конституція», можна натрапити також у країнах Центральної та Східної Європи, зокрема в Україні.

Попри нерозривний етимологічний зв'язок між термінами «конституціоналізм» і «конституція», їх не слід ототожнювати. По-перше, сучасне розуміння терміна «конституція» досить далеке від його тлумачення в античні й середні віки, і яке склалося лише на початку ліберально-демократичних (буржуазних) антиабсолютистських революцій XVII—XVIII століть. По-друге, те, що в країні є конституція, ще не означає, що також є й конституціоналізм як явище. Яскравий приклад — держави з тоталітарними режимами. Адже ні одна з найпрогресивніших для свого часу конституцій — Веймарська конституція Німеччини

* Стецюк П. Основи теорії конституції та конституціоналізму. Львів: Астролябія, 2003. С. 8—11.

1919 року, яка формально була чинною під час правління нацистів, ні «найдемократичніша у світі» (так принаймні називали її творці) сталінська Конституція СРСР 1936 року, — не тільки не утвердили в цих країнах конституціоналізм, а навпаки — стали взірцем найбрутальнішого в історії глумління над ним.

Конституціоналізм — це не просто набір певних, навіть демократичних за своїм змістом ідей, утілених у текстах конституцій, тим паче, коли їхньою метою є створення видимості демократичності держави (ширми, зовнішнього фасаду), а й реальна політична ідеологія держави. Конституціоналізм — це також конституційна практика, яка значною мірою залежить як від справжніх намірів і волі владарюючих, так і від історичних політичних і правових традицій, рівня культури й ментальності народу, розвинутості державних і правових інститутів та інших чинників, про що йтиметься далі.

### 1.1.1. Витоки конституціоналізму й основні етапи його становлення

Перші ідеї про потрібність демократичного державного й суспільного устрою, про справедливість, рівність і свободу, на яких він повинен базуватися, сягають ще античних часів. Саме в цей період відбувся перехід від панівних до цього міфологічних і релігійних уявлень про побудову світу до його раціонального осмислення. Спроби такого осмислення започаткували ще давньогрецькі мудреці, як-от: Піфагор, Геракліт, Демокріт та інші. Відтак ці ідеї почали розвивати у своїх працях й інші видатні мислителі Греції: Платон з його обґрунтуванням «цілком досконалої держави», побудованої на засадах верховенства розуму, добра й справедливості*, а також його учень Арістотель, який акцентував у своїх творах на людині та її «здатності сприймати такі поняття як добро і зло, справедливість і несправедливість»**, а також конструюванні «найліпшого», що ґрунтується на верховенстві закону, державного устрою, «організація якого дає людині змогу чинити якнайліпше й жити щасливо»***. Чимало уваги у своїх творах Арістотель приділяв також вимогам до осіб, які обіймають державні посади, зокрема їхнім досконалим моральним чеснотам, що спонукають їх неухильно керуватися вимогами справедливих законів****.

---

* Платон. Держава / пер. з давньогр. Д. Коваля. К.: Основи, 2000.

** Арістотель. Політика / пер. з давньогр. О. Кислюка. К.: Основи, 2000. С. 17 (1253а, 15—20).

*** Там само. С. 182 (1324а, 20—25).

**** Там само. С. 33, 203—205 тощо. (1260а, 15—20; 1333а, 30—40).

Ідеї мислителів Давньої Греції — Платона й Арістотеля — розвинув у своїх працях видатний мислитель зі Стародавнього Риму, Марк Тулій Цицерон. Критично проаналізувавши їхню спадщину, Цицерон висунув і обґрунтував низку оригінальних ідей щодо «досконалої держави», закцентувавши, на відміну від Платона й Арістотеля, не на ідеальній державі, якою вони її хотіли бачити, а на державі, що реально існує, в якій можливо помітити розумні основи громадянськості. Такою державою, на думку Цицерона, була держава, яку заснував Ромул, тобто Римська держава*. Особливу увагу Цицерон приділив пошуку засобів, які б убезпечили владу від свавілля й тиранії, до яких він зараховував: рівномірний розподіл прав, обов'язків та повноважень між різними інститутами (складниками) влади «з тим, щоб досить влади було у магістратів, досить впливу в ради найперших людей і досить свободи в народу»**. Тільки такий державний устрій, на думку Цицерона, можна вважати «найліпшим» і розраховувати на стабільність.

Якщо говорити про витоки ідей конституціоналізму, не можна лишити поза увагою один з найвідоміших документів доби середньовіччя — англійську Magna Carta 1215 року, яку почали використовувати в багатьох країнах світу, зокрема й Україні під назвою Велика хартія вольностей. Низка статей цього документа, який і нині не втратив своєї цінності, стали нормативним оформленням для вироблених в попередні епохи ідей, передумовою сучасного розуміння конституціоналізму й нерозривно пов'язаної з ним концепції ***the Rule of Law***, що українською мовою офіційно звучить як верховенство права.

Велика хартія вольностей спрямована проти панівних тоді в Європі, зокрема й в Англії, авторитарних методів правління, опір яким повсюдно набирав обертів, поширюючись від країни до країни. Хартія стала, по суті, мирним договором між монархом (королем) і повсталим британським дворянством, яке підтримали вояки Уельсу й Шотландії та навіть озброєне духовенство, що вимагало для себе певних прав і свобод, наголошуючи на потребі поставити короля в жорсткі правові межі.

Хартія містить низку (63 в редакції 1215 року, 61 — у текстах пізніших років) юридичних формул, які, з одного боку, суттєво обмежили свободу дій короля, а з другого — розширили права й свободи піддання (***freeman*** — вільних людей). У главі 39 Хартії в редакції 1215 року закріплено таке: «Жодну вільну людину (***no freeman***) не може бути схоплено, ув'язнено, позбавлено власності чи вольностей, оголошено

* Цицерон Марк Тулій. Про державу / пер. з лат. В. Литвинова. К.: Основи, 1998. Кн. 2. С. 75 та наст.
** Там само. Кн. 2. С. 90—91.

злочинцем, піддано вигнанню чи в будь-який інший спосіб позбавлено юридичних прав, а також жодне рішення не буде винесено стосовно неї, жодне — стосовно засудження її інакше, ніж на підставі правомірного судового рішення»[*].

Ці вперше зафіксовані в Хартії гарантії недоторканності особи й справедливого правосуддя — головного інституту захисту її прав стали наріжним каменем багатьох наступних національних конституційних і міжнародних документів, присвячених правам людини.

Велика хартія вольностей містить також чимало інших надзвичайно важливих положень, спрямованих на впровадження представницького правління — загальної ради королівства, що стала своєрідним прообразом «представницького й потенційно сильного законодавчого органу», встановлення «зверхності права над волею примхи владаря»[**] тощо.

Значення Хартії в становленні конституціоналізму й розвитку людства важко переоцінити. Про велич ***Magna Carta*** яскраво свідчить її оцінка в одній з провідних британських газет ***Guardian*** під час святкування 750-тої річниці цього історичного документа. Хартію визнано «найважливішим конституційним документом усіх часів», оскільки вона суть від суті — «основа свободи особи супроти свавільної влади деспота»[***]. Ці ідеї стали згодом основою доктрини й практики конституціоналізму.

В епоху Середньовіччя ідеї майбутнього конституціоналізму розвивали у своїх працях такі філософи, як-от: Іоан Солсберійський обґрунтував потребу в підпорядкуванні влади закону, справедливості й загального блага; Марсилій Падуанський, орієнтуючись на ідеї народного суверенітету, намагався розкрити крізь його призму поняття закону, його цілі й умови забезпечення; Нікколо Макіавеллі у своїх працях обґрунтував ідеї створення республіканської форми правління, основаної на законності; Жан Боден акцентував у свої працях на ідеї суверенітету, у контексті якого розглядав державу та її форми тощо.

Ідеями мислителів Пізнього Середньовіччя завершується, як зазначає Анджеліка Крусян, передісторія конституціоналізму й починається його власне історія[****]. Саме в епоху Нового часу й Просвітництва, тобто у XVII—XVIII століттях, унаслідок революційних подій у країнах

---

[*] Антология мировой правовой мысли: у 5 т. М.: Мысль, 1999. С. 390—391. Т. 2. Див. також: Головатий С. Верховенство права: у 3 т. К.: Фенікс, 2006. С. 134. Т. 1.

[**] Головатий С. Верховенство права: у 3 т. К.: Фенікс, 2006. С. 139, 143, та ін. Кн. 1.

[***] Guardian.1 june 1956. Цит. за: Головатий С. Верховенство права: у 3 т. К.: Фенікс, 2006. С. 140. Кн. 1.

[****] Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм. К.: Юрінком Інтер, 2010. С. 22—24.

Європи занепадають абсолютистські монархічні режими й формуються провідні засади сучасного конституціоналізму, основу яких становлять природні, невідчужувані права людини й теорія та практика конституційного правління.

Ідеї доктрини природного права, зокрема трьох її складників — свободи, рівності й власності — утворили фундамент, на якому ґрунтується доктрина й практика сучасного конституціоналізму. Ці ідеї відбилися в працях багатьох прогресивних мислителів Нового часу й Просвітництва, а також у перших конституційних актах англійської, американської та французької революцій. Серед найвидатніших мислителів-представників доктрини природного права тих часів слід назвати передусім таких філософів і правознавців, як-от: Самуель фон Пуфендорф, Іммануїл Кант, Ґеорґ Вільґельм Фрідріх Геґель (Німеччина), Вольтер, Жан-Жак Руссо, Шарль Монтеск'є (Франція), Томас Гоббс, Джон Локк (Англія), Гуго Гроцій, Бенедикт Спіноза (Голландія) та інші.

Саме з їхніми іменами пов'язують обґрунтування уявлень про природу людини як першоджерело права; про зв'язок походження держави та її природи зі згодою людей — суспільним договором; про верховну владу народу та його право на правомірний опір у разі зловживання державною владою; про розмежування повноважень між виборними державними органами, які ухвалюють закони, й органами, призначеними для їхнього виконання; про важливість підпорядкування всіх державних органів і їхніх посадових осіб природному закону; про засоби й способи обмеження державної влади; юридичну рівність людей; незалежне й неупереджене правосуддя як гарантію прав і свобод людей від свавільних дій влади тощо. І хоч між поглядами згаданих мислителів можна помітити чимало розбіжностей, їхній внесок у формування сучасного конституціоналізму беззаперечний.

Гуго Гроцій був одним із перших теоретиків природного права, який обстоював ідею суспільного договору як основи відносин між владою та народом.

Заслуга Томаса Гоббса, за всієї неоднозначності його спадщини через схильність до авторитаризму (абсолютизму), у тому, що він охарактеризував «вічні й непорушні природні закони», на підставі яких самоорганізується громадянське суспільство, модель якого й намагався сконструювати. Також він сформулював принципи відносин «підданих» — людей і «суверена» — держави, серед яких виокремив ті, що обмежують владу «суверена» на користь «підданого».

Суттєво вплинув на розвиток політичної й правової ідеології Нового часу видатний англійський філософ і правознавець Джон Локк. У своїх працях, зокрема найвідомішій з них — «Два трактати про врядування» (1690), він, орієнтуючись на конкретну політичну ситуацію тогочасної Англії, розвинув теорію природних прав і свобод людини, обґрунтувавши цілу низку питань, які хвилювали англійське, та й не тільки, суспільство в ті буремні роки, наприклад: поняття «політичної влади» й «політичного суспільства», їхні цілі та взаємозв'язки, «народний суверенітет», теорію «суспільного договору», теорію власності й багато інших.

Значну увагу Джон Локк приділив засобам і способам обмеження (самообмеження) державної влади на користь громадянського суспільства, прав і свобод людини. Таке обмеження він убачав у підпорядкуванні законодавчої влади природним законам, в основі яких суспільне благо. Законодавча влада не може мати іншої мети, окрім збереження цілісності суспільства, а отже, «ніколи не може мати права знищувати, поневолювати або умисно розоряти підданих»*. Виконавчу владу обмежено законами, що ухвалила законодавча влада, за допомогою яких вона повинна управляти. Одночасно основною і, по суті, єдиною метою законів повинно бути благо народу**. Верховна влада належить народові, який має право змінювати законодавчий орган, ба більше, усувати владу загалом, якщо вона не виконує своїх зобов'язань перед ним, зокрема скориставшись природним правом народу на повстання***.

Хоч у концепції Локка судової влади як окремої гілки влади немає, здійснення правосуддя він розглядав як важливу властивість держави, покладаючи її на кожну з гілок влади в процесі належного виконання своїх повноважень.

Оцінюючи теоретичну спадщину Джона Локка загалом, слід наголосити на тому, що він насправді започаткував доктрину лібералізму як цілісне вчення, що стала невіддільною частиною спочатку англійської, згодом — західної, а зрештою — і загальної інтелектуальної традиції конституціоналізму. Саме під гаслами цієї доктрини відбулася англійська Славна революція 1688—1689 рр.

Згодом цю доктрину розвинули у своїх вченнях мислителі епохи Просвітництва: Жан-Жак Руссо і Шарль Монтеск'є, що суттєво вплинуло на практичні наслідки американської й Великої французької революцій XVIII століття.

---

* Антология мировой правовой мысли: в 5 т. М.: Мысль, 1999. С. 91. Т. 3.

** Там само.

*** Там само. С. 93.

Основою політико-правової концепції одного з найяскравіших представників епохи Просвітництва — французького філософа й письменника Жан-Жака Руссо, що викладено переважно в його праці «Про суспільний договір, або Принципи політичного права» (1762 р.), стала ідея народного суверенітету, який Руссо визначав як «невідчужуваний» і «неподільний». Саме народ як спільність всіх громадян держави, об'єднаних на підставі суспільного договору (***Social Contract***) — домовленості громадян між собою, є сувереном у державі. Державна влада, за Руссо, створюється актом суверена, перебуває в нього на службі. Тільки суверенові належить право ухвалювати закони, державна ж влада має їх застосовувати й виконувати. Вона не може мати якихось окремих прав, окрім тих, якими її наділяє народ своєю «загальною волею»[*]. Це дало підстави багатьом авторам вважати, що Ж.-Ж. Руссо віддавав перевагу безпосереднім формам реалізації народного суверенітету. Проте в деяких наступних своїх працях він не заперечував потрібності парламенту як представницького органу, що здійснює законодавчу владу. Тому доречніше, очевидно, говорити про те, що під законом як актом «загальної волі народу» Руссо розумів те, що з часом стали називати «Основним (основоположним) законом», тобто конституцією[**]. У такій інтерпретації ідеї Ж.-Ж. Руссо цілком співзвучні з доктриною конституціоналізму та є її безсумнівним здобутком.

Суттєвий внесок у розвиток засадничих ідей доктрини конституціоналізму зробив ще один відомий французький правознавець і філософ — Шарль Луї Монтеск'є. В історію політичної і правової думки він увійшов як один із творців теорії поділу влади, хоч його спадщина охоплює набагато ширше коло питань. У працях Монтеск'є чимало уваги приділено, зокрема, справедливості як вічної категорії, що жодним чином не залежить від людських законів. Саме на цьому моральному ідеалі слід будувати відносини вільної людини й справедливого суспільства. Також чимало оригінальних ідей він висловив про поняття закону як вияв «людського розуму», який у своїй основі орієнтується на закони моралі; розмежування законів природи й позитивних законів; способу творення останніх тощо[***].

Рефреном крізь всі ці міркування Монтеск'є проходить ідея людської свободи, яку можна забезпечити лише в умовах «стримуваного правління». Під ним мислитель розумів право людини робити все, що не забо-

---

[*] Антология мировой правовой мысли: в 5 т. М.: Мысль, 1999. С. 129—130, 131, 134—137, 139—140. Т. 3.

[**] Головатий С. Верховенство права: у 3 кн. К.: Фенікс, 2006. С. 349. Кн. 1.

[***] Антология мировой правовой мысли: в 5 т. М.: Мысль, 1999. С.108—112. Т. 3.

ронено законом, та не робити того, до чого її закон не зобов'язує, так і побудову державної влади на інституційній основі. Відповідно до теорії Монтеск'є, цього досягають за допомогою поділу влади на три функції: законодавчу, виконавчу й судову, яким мають відповідати три види органів, повноваження між якими чітко розподілено, щоб унеможливити їхнє зосередження в якомусь одному органі. До того ж відповідно до теорії Монтеск'є «поділ влади слід супроводжувати системою стримувань і противаг», що передбачає взаємний контроль між законодавчими, виконавчими й судовими органами. Тільки така побудова влади, на переконання Монтеск'є, має майбутнє, інакше вона «загине»[*].

Ці ж теоретичні ідеї Ш. Монтеск'є стали, по суті, хрестоматійними для концептуальної парадигми сучасного конституціоналізму. Вони, як й ідеї його попередників, про які йшлося вище, уперше знайшли своє відбиття в конституційних документах США: Декларації незалежності 1776 р., Конституції 1787 р., Біллі про права 1791 р. та конституційному законодавстві Великої французької революції кінця XVIII століття.

Ці ідеї лягли в основу нового розуміння конституції спочатку в Європі, а згодом і в багатьох інших країнах світу. Суть такого її розуміння чітко сформульовано в пункті шістнадцятому французької Декларації прав людини і громадянина 1789 року, в якому йдеться про таке: «Суспільство, в якому не забезпечено гарантії прав і не проведено розподіл влади, не має конституції»[**]. Саме з розумінням конституції як нормативного документа — Основного (основоположного) закону, спрямованого на обмеження владного свавілля, забезпечення прав і свобод людини й фактичного проведення розподілу державної влади за певними напрямами її діяльності (відповідними гілками), щоб не допустити її узурпації однією особою (монархом) чи певною групою осіб, починається утвердження конституціоналізму як особливої політико-правової доктрини й практики.

### 1.1.2. Сутність конституціоналізму, його рівні й складові елементи. Конституціоналізм і конституція

Попри доволі тривалу історію дослідження конституціоналізму, його поняття й досі як у зарубіжній, так і вітчизняній літературі інтерпретують по-різному. Найпоширенішим є класичне визначення конституціоналізму як теорії й практики обмеження державної влади

---

[*] Там само. С. 115—116, 116—121.

[**] Декларация прав человека и гражданина 1789 года. *Конституция и законодательные акты буржуазных государств (XVII—XIX вв.):* сборник документов. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1957. С. 250—251.

(державного правління) в інтересах громадського спокою (громадянського суспільства), захисту прав і свобод людини від державного свавілля*. Проте є й інші, ширші підходи до інтерпретації поняття конституціоналізму: доповнення його класичної сутнісної риси — обмеження (самообмеження) державної влади іншими сутнісними ознаками — розподілом влади, парламентаризмом, виборчою системою, місцевим самоврядуванням, «здатними запобігти узурпації публічної влади й безвідповідальності перед індивідами і суспільством»**, судовим конституційним контролем як гарантією обмеження публічної влади й забезпечення прав та свобод людини*** тощо.

Доволі поширеними є намагання розкривати поняття конституціоналізму через категорію «політико-правового режиму», визначаючи його як «режим функціонування державної влади відповідно до конституції..., основаної на ідеології конституціоналізму»**** або ж на верховенстві прав і свобод людини й громадянина*****. Інші акцентують увагу на конституціоналізмі як на своєрідному способі мислення, за яким політика має бути спрямована згідно з правилами або концепціями, писаними або неписаними, які не можна легко змінити******. Ще інші — розглядають конституціоналізм як багаторівневу систему, яка функційно виходить за межі конституцій і права взагалі, відбиваючи особливості менталітету й буття народу******* тощо.

З цього далеко неповного переліку інтерпретацій конституціоналізму видно, що ситуація, яка склалася нині в літературі з визначенням його поняття, нагадує, за висловом сучасного угорського конституціоналіста А. Шайо, ситуацію відносин Святого Августина з Богом, коли той на запитання, хто такий Бог, відповів: «Не можу дати йому визначення, але знаю, що таке безбожництво»********. Схожа ситуація також

---

* Див., наприклад: Mellwain C. Constitutionalism: ancient and modern. Ithaca: Commel Univ. Press, 1940. P. 21;
Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / пер. с венг. М.: Юристъ, 2001. С. 24; Головатий С. Верховенство права: у 3-х книгах. *Верховенство права: український досвід*. К.: Фенікс, 2006. Кн. 3. С. 1627—1628;
Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм. К.: Юрінком Інтер, 2010. С. 73.

** Мала енциклопедія етнодержавознавства. К.: Генеза, Довіра, 1996. С. 244.

*** Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції: наукове видання. Ужгород: Ліра, 2009. С. 19, 23.

**** Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. К.: Український центр правничих студій, 2001. С. 140.

***** Георгіца А.З. Теоретико-методологічні проблеми сучасного конституціоналізму. Чернівці: Рута, 2002. С. 18.

****** Elster J. Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction/University of Chicago Law Review. 1996. № 58. P.463; Стецюк П. Основи теорії конституції і конституціоналізму. Львів: Астролабія, 2003. С. 64.

******* Проблемы современной конституционалистики: учебное пособие / под ред. проф. М. Ф. Орзиха К.: Юринком Интер, 2013. С.67.

******** Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / пер. с венг. М.: Юристъ,

є в загальній теорії права із визначенням поняття права, підтвердженням чого є розмірковування з цього приводу одного з відомих сучасних французьких теоретиків права й конституціоналістів Ж. Веделя. За його власним визнанням, після тривалих роздумів він так і не зміг знайти однозначної відповіді на запитання «Що таке право?», зрештою дійшовши такого показового висновку: «Хоч я погано знаю, що таке право в суспільстві, думаю, що я знаю, яким би було суспільство без права»*. Приблизно те ж саме можна сказати про конституціоналізм. Як складне, багатопланове й багаторівневе явище його можна інтерпретувати по-різному: як політико-правову ідеологію, як суспільно-політичний рух, спрямований на реалізацію цієї ідеології; як практику регулювання суспільних відносин тощо**.

Проте жодна з таких інтерпретацій не спроможна дати цілісне уявлення про конституціоналізм як феномен. Тому за всієї важливості коротких операційних визначень (наприклад, як наведене вище класичне), що характеризують сутність конституціоналізму, для повного розкриття його змісту доцільно використовувати не дефініції (тим паче з претензією на універсальність), а характеристику конституціоналізму через його основні ознаки — елементи, як це роблять деякі правознавці.

Сучасний американський вчений Л. Генкін, зокрема, серед ознак конституціоналізму виокремлює такі його принципи-складники:

- принцип народного суверенітету як одна з визначальних цінностей конституціоналізму та його проголошення в конституції як результат волевиявлення народу;
- принцип найвищої юридичної сили конституції, її визнання безпосередньо чинним, вищим правом, а не програмовим політичним документом;
- принцип здійснення державної влади на підставі й відповідно до конституції;
- принцип визначеного конституцією представницького правління, відповідального перед народом на підставі загального всенародного, періодичного волевиявлення;
- принципи верховенства права, державного правління на демократичних засадах, що, своєю чергою, передбачають дотримання принципів обмеженого правління, поділу влади із системою стримувань і противаг;

---

2001. С. 24.

* Рулан Норбер. Историческое введение в право: учебное пособие для вузов. М., 2005. С. 23—24.

** Стецюк П. Основи теорії конституції і конституціоналізму. Львів: Астролабія, 2003. С. 61.

- наявність цивільного контролю за збройними силами й іншими військовими формуваннями;
- гарантовану конституцією незалежність суддів;
- наявність інституту судового конституційного контролю як гарантії конституції;
- принцип внесення змін до конституції лише на підставі визначеної процедури, яка забезпечує її жорсткість і пріоритет (верховенство) щодо інших правових актів;
- неприпустимість обов'язкового (офіційного) тлумачення конституції політичними органами чи партіями;
- можливість певного конституційного маневру, який дає змогу враховувати конституційні традиції країни для конституціоналізації фундаментальних цінностей суспільства;
- наявність конституційних гарантій основоположних прав і свобод, їхнього захисту від державної та іншої сваволі*.

Хоча більшість перелічених ознак конституціоналізму нерозривно пов'язана з характеристикою природи й основного змісту конституції в сучасному її розумінні, не важко помітити, що їхнє коріння сягає концептуальних засад конституціоналізму, що сформулювали мислителі минулого, і які відображено вже в перших конституційних актах XVII—XVIII століть, про що вже йшлося вище.

Попри те, що ці засади конституціоналізму, як і його доктрина загалом, формувалися в умовах неліберальних суспільств — панівних тоді в Європі абсолютистських монархічних режимів, вони ґрунтувалися на ліберальних ідеалах: природних, невідчужуваних правах людини, справедливості, свободи та юридичної рівності, обмеженого державного правління (владарювання), народного суверенітету тощо, під гаслами яких здійснювали ліберально-демократичні (буржуазні) революції. Тобто конституціоналізм як явище своїм становленням зобов'язаний насамперед ідеології лібералізму, колискою якого була Європа. Для розуміння конституціоналізму це його ідеологічне підґрунтя має одне з визначальних значень. Воно дає змогу не тільки глибше осмислити його сутність, а й суттєво впливає на типологію (класифікацію) конституціоналізму, особливості практики його реалізації в різних країнах, зокрема в Україні, про що йтиметься далі.

---

* Henkin L. New Birth of Constitutionalism: Genetic Influence and Genetic Defects. Cordozo Law Review. 1991. P. 40—41; Див. також: Стецюк П. Основи теорії конституції і конституціоналізму. Львів: Астролабія, 2003. С. 63—64; Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм. К.: Юрінком Інтер, 2010. С. 62—63.

Отже, осмислення поняття конституціоналізму слід розпочинати з усвідомлення історично достовірних його концептуальних основ, інакше кажучи, з доктринального рівня. Без цього поглиблене розуміння конституціоналізму та його втілення в нормотворчу й нормозастосовну конституційну практику країни неможливе.

Наступним, не менш важливим рівнем конституціоналізму, без якого він не може існувати як цілісне явище, є його інституційно-нормативний рівень — «переведення» засадничих ідей (ідеалів) конституціоналізму у відповідні нормативні юридичні формули, незалежно від того будуть вони зосереджені в єдиному кодифікованому конституційному акті — Основному законі, до чого нині схиляється більшість держав, чи викладені в декількох нормативно-правових актах (документах) конституційного змісту. Тобто конституціоналізм, хоч і не є похідним від конституції держави, як вважають деякі конституціоналісти, проте нерозривно пов'язаний з нею. Конституція — це обов'язковий атрибут конституціоналізму. Без неї він перетворюється на політичну декларацію або в ліпшому разі — у філософський світогляд певної інтелектуальної частини суспільства.

Водночас ще раз наголосимо, що конституціоналізм і конституція — явища неідентичні. По-перше, самі положення конституції можуть не відповідати вимогам — елементам конституціоналізму. І як свідчить історичний досвід, такі випадки не є рідкістю. По-друге, навіть у тому разі, коли текст конституції загалом відбиває вимоги конституціоналізму, це ще не утверджує його автоматично в країні. Треба, щоб ці вимоги (а отже, і текст конституції) послідовно й неухильно втілювали в життя. На жаль, розбіжності між конституційними формулюваннями (нормами) й реальною практикою їхньої реалізації в багатьох країнах часто такі разючі, що говорити про існування в них конституціоналізму можна або ж з великими застереженнями, або ж узагалі не доводиться. Отже, практичний, функційний рівень конституціоналізму часто має визначальне значення для характеристики його стану в тій чи іншій країні, до чого ми ще повернемося.

### 1.1.3. До питання про типи (моделі) конституціоналізму

У спеціалізованій літературі про конституціоналізм його часто класифікують за відповідними типами або моделями. Критерії такої класифікації досить різноманітні: від доктринальних особливостей до специфічних ознак тієї чи іншої моделі — особливостей розподілу вла-

ди й форми державного правління, ступеня суверенітету парламенту, наявності чи відсутності кодифікованої конституції та судового конституційного контролю, ролі судової влади в правотворчості, зокрема в розвитку конституції, моделі конституційної юстиції тощо.

Відповідно до особливостей доктринальних засад, деякі автори виокремлюють, зокрема, ліберальний і ліберально-демократичний типи конституціоналізму. В основі першого типу, на їхню думку, західна традиція права, фундаментальними цінностями якої є: самоцінність індивіда та його відповідальність за свої дії; принцип недоторканості приватної власності як основи індивідуальної свободи; вільного ринку, вільної конкуренції та рівних можливостей; розподіл влади з розвиненою системою стримувань і противаг; гарантованість прав і свобод людини, рівність людей (громадян) перед законом; верховенство права тощо.

Класичною моделлю ліберального типу конституціоналізму за вказаною класифікацією вважають американську. До цього ж типу належить також британська, або вестмінстерська модель. На відміну від американської моделі, британська відбиває ідею суверенітету (верховенства) парламенту за одночасного визнання активної правотворчої ролі судової влади, відсутність писаної конституції тощо. Коріння традиції цієї моделі сягає вже згаданої Великої хартії вольностей (1215), а також Петиції прав та Білля про права (1689), Акта про устрій (1700).

Ліберально-демократичний тип конституціоналізму, згідно з такою класифікацією, притаманний переважно країнам континентальної Європи. Він ґрунтується на таких цінностях, як-от: повага людської гідності, народного суверенітету, демократії. Особливе місце у цьому типі конституціоналізму займає вчення про правову державу (***Rechtsstaat***), на відміну від концепції верховенства права (***Rule of law***) — у ліберальному (англо-американському) типі. У межах ліберально-демократичного типу конституціоналізму виокремлюють такі його моделі — французький і німецький конституціоналізм[*].

Окрім названих типів і моделей конституціоналізму, виокремлюють ще й інші його різновиди, наприклад: ісламський, латиноамериканський, далекосхідний, традиційний, перехідний конституціоналізм[**] тощо. Деякі конституціоналісти акцентують увагу переважно на двох основних різновидах конституціоналізму — західноєвропейському й

[*] Див. наприклад: Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції. Ужгород: Ліра, 2009. С. 29—69.
[**] Там само.

американському* або ж на трьох його реально наявних моделях — американській, англійській (вестмінстерській) та європейській**, які запропонували свого часу американські конституціоналісти. З цього логічно випливає, що країна, яка має намір стати на шлях конституціоналізму, з урахуванням конкретних історичних умов, традицій тощо повинна вибрати для себе одну з цих моделей. Також поширена думка про те, що кожна правова система, використовуючи світовий досвід, створює свою модель конституціоналізму***.

Не заперечуючи багатоманітності виявів конституціоналізму в різних країнах, правових сім'ях і цивілізаціях, навряд чи є підстави різкого розмежування доктринальних засад конституціоналізму й конструювання на цій підставі його відповідних типів. Конституціоналізм як доктрина та явище політико-правового життя сформувався на ґрунті ліберальної ідеології й відповідних їй цінностей: людської гідності, невідчужуваних прав людини, справедливості, юридичної рівності, розподілу влади, верховенства права (правової держави), справедливого й неупередженого правосуддя тощо. У цьому плані помітних відмінностей в ідеології, на якій ґрунтується американський, англійський, європейський (французький і німецький) конституціоналізм, немає. В їхній основі одні й ті ж — євроатлантичні ліберальні цінності, хоч окремі акценти ранжування (і сповідування) цих цінностей в американському, англійському чи континентально-європейському різновидах конституціоналізму (зокрема французькому й німецькому) розставлено по-різному, що зумовлено історичними умовами становлення конституціоналізму в цих країнах.

Ці акценти стосуються, зокрема, співвідношення людської гідності й свободи людини, обсягу позитивних зобов'язань держави в захисті прав людини, ступеня жорсткості (гнучкості) розподілу влади, особливостей судового конституційного контролю, відносин між національним і міжнародним правом тощо. Проте, по-перше, вказані акценти не виходять за межі засадничих положень конституціоналізму, а по-друге, вони або ж принаймні частина з них, багато в чому залежать від загальних тенденцій розвитку конституціоналізму у світі, тобто є не статичними, а динамічними.

---

* Див. наприклад: Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм. К.: Юрінком Інтер, 2010. С. 8.

** Бориславська О. М. Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз: монографія. Харків: Право, 2018. С. 10, 12—30.

*** Проблемы современной конституционалистики. К.: Юринком Интер, 2012. С. 66.

Попри те, що доктринальне (концептуальне) формування конституціоналізму здійснювали на підставі європейської (західної) традиції та притаманних їй цінностей, нині провідні складники — цінності конституціоналізму поступово набувають загальносоціального, універсального змісту, тобто стають надбанням усього людства. До того ж, на відміну від попередніх історичних епох, коли домінував європоцентризм як нібито єдино правильний, магістральний шлях розвитку людства й західні цінності нав'язували іншим народам, особливо колишнім колоніям, через тиск або й прямий примус, нині європоцентризм як явище відходить у минуле. Потребу в урахуванні цивілізаційних, правосімейних і національних особливостей і, як писав Л. Генкін, «певного конституційного маневру» для їхнього забезпечення нині зазвичай визнають не тільки в теорії, а й дотримуються на практиці.

Водночас у світі дедалі більше усвідомлюють, що за всієї різноманітності культур, традицій, політичних і правових систем окремих країн, регіонів і континентів, яка, безперечно, зберігатиметься й надалі, для подолання глобальних проблем і викликів, що з'явилися протягом останніх десятиліть, потрібен певний консенсус щодо базових універсальних цінностей, що зрештою знаходить своє відбиття в спільних концептуальних підходах і напрямах (сферах), принципах й інститутах конституціоналізму.

Як свідчить практика багатьох країн (не лише європейських і північноамериканських), у конституційному регулюванні (на інституційному й нормативному рівнях) відбуваються процеси взаємовпливу, своєрідної конвергенції, тобто зближення конституційних засад, сфер регулювання й інститутів та їхнього втілення в конституціях, інших конституційно-правових актах. З одного боку, у тексти конституцій більшості держав світу проникають цінності, традиційно притаманні конституціям країн Заходу: положення про права людини, розподіл влади, засоби й способи її обмеження тощо.

Навіть у сакралізованих мусульманських країнах з їхніми релігійними правовими системами, де позиції ісламу традиційно домінували в організації суспільного, зокрема політичного життя, нині спостерігаються процеси секуляризації*, зокрема й через упровадження в національні конституції цінностей конституціоналізму, трансплантованих здебільшого з європейських конституцій. І хоч відносини між принци-

* Constitutionalism in Islamic Countries: between Upheaval and Continuity. Oxford Scholarship Online: April 2015.DOi!10.1093/acprof:osobl/9780199759660.001.0001. Groter, Rodert.Introduction.p – Ozbudunc. Secularism in Islamic Countries/

пами конституціоналізму й ісламом, зокрема шаріатом, залишаються доволі складними, антагонізм між ними поступово відходить у минуле, поступаючись місцем взаємодоповнюваності (complementarity) один одного*. Інтенсивність і ступінь послідовності цих процесів у різних мусульманських країнах суттєво відрізняються. В одних (наприклад, в Ірані, Пакистані) іслам (шаріат) продовжує досить активно впливати як на тексти національних конституцій, так і на практику їхнього застосування; в інших (наприклад, у Нігерії) помітне прагнення до відокремлення релігії від держави й обмеження застосування шаріату конституцією**, що, очевидно, значною мірою можна пояснити «поліконфесійністю» цієї країни; у ще інших (наприклад, у Туреччині) можна спостерігати демонстративні вияви сумісності ісламу, демократії та секуляризму***.

Дедалі частіше в конституціях мусульманських (ісламських) країн закріплюють положення, присвячені правам людини, місцю міжнародних договорів про права людини в національній правовій системі, принципу розподілу влади****, інституту судового контролю за дотриманням конституції (конституційного контролю)***** тощо. Конституція Єгипту 2014 року, наприклад, хоч і підтверджує вірність принципам шаріату (Преамбула, статті 1, 2, 3), проте закріплює низку положень, які беззаперечно належать до надбань конституціоналізму: суверенітет належить лише народові, який є джерелом влади, охороняє національну єдність, основану на принципах рівності, справедливості й рівних можливостей громадян (стаття 4 Конституції Єгипту); політичну й партійну багатоманітність, мирну передачу влади, розподіл і баланс влади, її підзвітність народові, поваги до прав і свобод людини (стаття 5 Конституції Єгипту) тощо. Цінності конституціоналізму поступово проникають також в інші країни, зокрема ті, що за поширеною класифікацією досі зараховують до «соціалістичних», які зазвичай вважають несумісними з конституціоналізмом.

У розвитку Китайської Народної Республіки та її правової системи, наприклад, після 1978 року помітно очевидний відхід від правової системи радянського зразка та їхня суттєва модернізація і «вестернізація». Це також виявляється в сприйнятті системи сучасних принципів права, зокрема одного з основних — принципу верховенства права, який ки-

* Ibid. P. 77—88.
** Ibid. P. 147—200.
*** Ibid. P. 135—146.
**** Ibid. P. 321—470.
***** Ibid. P. 221—320.

тайською мовою передають термінами «фа чжи» й «іфачжигуо», що вперше було закріплено в тексті ст. 5 Конституції КНР 1982-го в редакції 1999 року[*]. Суттєво змінилася також низка інших принципів у публічно-правовій сфері КНР. І хоч їхній зміст не є цілком ідентичний із західними аналогами, має «китайську специфіку», не помічати цих загальноцивілізаційних тенденцій конституціоналізму не можна.

Поширення конституціоналізму на інші цивілізації та народи є наслідком розширення діалогу між різними країнами, їхніми політичними й правовими системами, зокрема у сфері основ побудови суспільства й держави, визнання й гарантування прав та свобод людини тощо. Цим процесам сприяють такі чинники як-от: глобалізаційні й інтеграційні трансформації, що відбуваються в сучасному світі; розширення інформаційних каналів спілкування, вплив міжнародного права, особливо міжнародно-правових документів у сфері прав людини, демократії, забезпечення верховенства права; рішення національних судів, які дедалі активніше звертаються до досвіду міжнародних судів та судів інших держав під час розгляду таких справ тощо.

З іншого боку, у конституціях західних країн дедалі частіше з'являються положення, характерні для конституцій інших правових сімей: принципи соціальної солідарності й соціальної справедливості в розподіленні соціальних благ, поєднання індивідуальних (традиційних для Заходу) інтересів з колективними, публічними, елементи регулювання ринкової економіки тощо. Одночасно цінності конституціоналізму значною мірою втрачають своє вихідне (первинне) ліберальне забарвлення. Зовсім не тому, що «лібералізм нині вмирає», як вважають деякі діячі російської культури[**], а тому, що ідеологічні витоки прав людини, свободи, демократії та верховенства права перестають бути визначальними в сучасному світі. Вони дедалі більше набувають характеру загальнолюдських цінностей, незалежних від сповідуваної ідеології.

Дедалі помітнішим стає зближення сфер конституційного регулювання, його принципів й інститутів, понятійного апарату. У результаті конституції різних країн світу стають дедалі схожішими (однорідними) як за основними принципами й структурою, так і, певною мірою, за своїм змістом. У сучасному світі майже немає текстів конституцій, які б повністю нехтували надбаннями людства у галузі конституціоналізму.

---

[*] Чан Бін Лінь. Принципи права Китайської Народної Республіки: автореф. дис. канд. юрид. наук. Спеціальність 12.00.01. Одеса, 2017. С. 4. 8, 9—10.

[**] Газета «День». 21—22 вересня 2018 р.

Цього зазвичай не наважуються робити навіть диктаторські режими заради створення видимості своєї респектабельності.

Цілковите ігнорування здобутків людської цивілізації в галузі конституціоналізму неминуче спричинить ізоляцію таких режимів, а зрештою, їхнє політичне банкрутство. Тому характерною рисою сучасних авторитарних режимів є не так наявність відверто антидемократичних конституцій (а точніше їхніх текстів), як їхня фіктивність, тобто суттєві розбіжності між проголошеними в конституції положеннями й реальною практикою їхньої реалізації.

Отже, можна стверджувати, що на доктринальному рівні, який продовжує еволюціонувати, наповнюючись спільними конституційними здобутками різних країн, та інституційному, нормативно-конституційному рівні магістральний шлях розвитку конституціоналізму як і людства загалом, простежується доволі чітко. З огляду на це, заперечувати тенденцію до його універсалізації навряд чи є підстави.

Універсалізація сфер, засад, інститутів конституційного регулювання, звісно, не веде до їхньої повної уніфікації. У текстах конституцій усіх країн, безсумнівно, є свої «родзинки», пов'язані з історією державотворення, національними традиціями й цінностями тощо, які все ж не можна вважати визначальними. Шукати, навіть з благородною метою, власний унікальний шлях конституційного розвитку, до чого інколи закликають деякі вітчизняні політики, в умовах глобалізаційних та інтеграційних процесів, які стають дедалі помітнішими в сучасному світі, це шлях до того ж ізоляціонізму, який зрештою спричинить катастрофічні для держави наслідки.

Набагато складніша річ з практичним, функціональним рівнем конституціоналізму. Як засвідчує конституційний досвід більшості країн, ідеали й принципи конституціоналізму, як і відповідні конституційні положення, накладаються на конкретний соціальний ґрунт тієї чи іншої країни, правової сім'ї та цивілізації, «занурюються» в їхнє глибинне середовище: історичні традиції, особливості правових систем, правосвідомості, правової культури й менталітету народу, стилю правового мислення тощо.

Світовий досвід переконливо свідчить, що цей практичний функціональний зріз конституціоналізму (без якого його уявити неможливо) набагато консервативніший, якщо порівняти з ідеями й принципами конституціоналізму, текстами конституцій та інших конституційних нормативно-правових актів. Швидких змін на цьому рівні конституці-

оналізму очікувати не доводиться. Суттєві особливості тут зберігатимуться не тільки в найближчій, а й у віддаленій історичній перспективі.

Універсальні цінності, принципи й інститути, які дедалі частіше відображаються в конституціях країн, правові системи яких належать до різних правових сімей, на практиці часто піддаються суттєвому корегуванню відповідно до притаманних тій чи іншій правовій сім'ї традиційних джерел права, правових інститутів, стилю правового мислення та інших особливостей. Не є винятком навіть одна з найбільш «вестернізованих» конституцій далекосхідної правової сім'ї (країн Далекого Сходу) — Конституція Японії (що, до речі, не дивно, оскільки її розробляли й ухвалювали під значним політичним впливом США). На практиці її положення, як і положення інших нормативних актів, піддають суттєвій «японізації», тобто «пропускають» крізь призму характерних японській правовій системі (як і китайській) традицій конфуціанства. Тим помітніше така практична трансформація конституційних положень виявляється в країнах, правові системи яких належать до релігійних та традиційних правових сімей. Під час застосування таких положень (навіть за умови їхньої зовнішньої невідрізненності від європейських) вони пристосовуються до релігійних канонів і традицій, тобто відбувається їхня «ісламізація», «індусизація», «озвичаєння» тощо.

Відтак напрошується висновок: критерії виокремлення відповідних різновидів конституціоналізму слід шукати переважно не на доктринальному рівні й навіть не на рівні закріплення його основоположних засад у конституціях (окрім хіба що конституцій мусульманських країн), а насамперед на рівні функціональному. Саме на цьому рівні можна, очевидно, виокремлювати не тільки американський, британський, континентально-європейський (французький чи німецький) конституціоналізм, а й багато інших його різновидів: скандинавський, південноамериканський, японський, індуський, ісламський, іудейський, африканський тощо.

Утім, у цьому разі йдеться швидше не так про моделі конституціоналізму як такого*, як про особливості правових сімей і правових систем, в

* Хоч терміном «модель конституціоналізму» інколи оперують також у зарубіжній літературі, використовувати його слід доволі обережно.Для цього є кілька причин. По-перше, моделювання будь-яких соціальних, зокрема конституційних явищ і процесів — річ надзвичайно складна, а часом і просто нездійсненна. Це зумовлено:
- багатофакторністю, багатовимірністю цих явищ і процесів, великим впливом на них суб'єктивного чинника, який зумовлює їхню стохастичність, тобто вірогідність, випадковість;
- складністю кількісного описування соціальних явищ і процесів, без якого нині уявити моделювання важко, а також їхнім високим динамізмом, який не може «уловити» жодна модель.
По-друге, у процесі моделювання конституційних, як і соціальних загалом, явищ і процесів потрібно розв'язати низку послідовних завдань: визначення мети й конкретного переліку питань, що потребують розв'язання; переведення якісних конституційних особливостей країни в кількісне їхнє вираження; зворотне переведення кількісних показників після їхнього опрацювання (бажано

яких він функціонує. Інакше кажучи, «національний конституціоналізм» як явище значною мірою формується під впливом особливостей національної правової системи й правової сім'ї, до якої вона належить. Їхня історія сягає набагато глибших пластів попередніх епох, якщо порівняти з історією конституціоналізму. З врахуванням цих застережень слід розглядати також особливості вітчизняного українського конституціоналізму.

### 1.1.4. Генезис українського конституціоналізму та його сучасний стан

У вітчизняній літературі з конституціоналістики інколи можна натрапити на твердження про те, що в процесі становлення нового конституційного ладу (особливо на початкових його етапах) в український «правовий ґрунт» було «пересаджено» ідеї й інститути з чужої соціально-політичної та правової реальності «західного конституціоналізму». Проте історичні факти свідчать про інше. Становлення конституціоналізму в Україні має багатовікову складну й суперечливу історію, на шляху якої були як періоди злетів, так і падінь. Історія вітчизняного конституціоналізму починається не зі здобуттям незалежності й навіть не з періоду Гетьманщини (середина XVII — кінець XVIII століть), як інколи пишуть у науковій літературі. Коріння конституціоналізму в Україні (вітчизняного конституціоналізму) набагато глибше, воно сягає ще часів Русі (України Руси). Певні ідеї, співзвучні з ідеями конституціоналізму, можна помітити в «Руській правді», так званих вічевих договорах — угодах князів з народом, а також у міжнародних договорах Русі. Дещо пізніше — за Литовсько-Руської доби вони розвинулися в Литовських статутах і деяких інших нормативних актах, які за багатьма своїми ознаками кореспондували з розвитком ідей конституціоналізму в Європі.

Важливе значення для розвитку в Україні конституційних ідей мали акти періоду Національно-визвольної війни українського народу під проводом гетьмана Богдана Хмельницького: Зборівський договір 1649 р., Березневі статті (або їх ще називали Переяславським договором) Богдана Хмельницького 1654 р., а також Гадяцький трактат Іва-

---

електронного) на мову цих явищ і процесів тощо. Зробити це ще важче. Формалізувати й змоделювати досвід, волетворчий пошук і навіть інтуїцію «моделювальника» неможливо. З огляду на це, важко не погодитися з думкою відомого американського філософа й правознавця Ф. Гаєка, який, критикуючи концепцію «конструктивного раціоналізму» К. Поппера, зазначав, що неможливо облаштувати суспільство на плановій основі без того, щоб не обмежити його можливості застосовувати корисні знання. (Див: Саммигулин В. К. Право и неправо. *Государство и право.* 2002. № 3. С. 5—8; Федоренко В. А. Система конституційного права України як складник класичного конституціоналізму. *Конституція і конституціоналізм: вибіркові проблеми*: збірник наукових праць. К.: «Купріянова», 2007. С. 63).

на Виговського 1658 р. і деякі інші «договірні» акти пізніших років. Усі вони більшою чи меншою мірою закладали основи побудови демократичної держави на теренах України тих часів.

Однак особливе місце серед вітчизняних документів конституційного змісту XVII—XVIII століть займає «Правовий уклад та конституції відносно прав і вольностей Війська Запорозького, укладеного між ясновельможним паном Пилипом Орликом — новообраним гетьманом Війська Запорозького і генеральною старшиною, полковниками, а рівно ж і самим Військом Запорозьким, схвалені обома сторонами і скріплені найяснішим Гетьманом на вільних виборах урочистою присягою року Божого 1710 квітня п'ятого дня у Бендерах». У широкий обіг цей документ увійшов як «Конституція Пилипа Орлика 1710 року» (менш поширена його назва — «Бендерська конституція 1710 року»).

Хоч за своєю природою й змістом її не можна беззастережно назвати конституцією в сучасному розумінні, низка ідей і положень цього документа цілком відповідає, а в деяких аспектах навіть випереджає європейську конституційно-правову думку тієї доби. За словами відомого українського історика Дмитра Дорошенка «Правовий уклад та конституції… 1710 року» «перейнято дуже ліберальним і демократичним духом», що ставить його «в ряди найкращих пам'яток політичної думки того часу в цілій Європі»*. І це недивно, адже «Правовий уклад та конституції…» готувала високоосвічена, з широким європейським світоглядом еліта тогочасного українського суспільства — Пилип Орлик і його сподвижники-однодумці, — які, безсумнівно, не тільки були ознайомлені, а й творчо осмислили й успішно застосували з пристосуванням до українських реалій ідейні надбання європейського, а також вітчизняного конституціоналізму, що набував розвитку.

Серед найважливіших положень «Правового укладу…», які визначали засади побудови й функціонування державної влади в Україні, слід назвати:

- поділ влади між гетьманом як главою Уряду (виконавчої влади), Генеральною Радою як прообразом загальнодержавного представницького органу з законодавчими повноваженнями й Генеральним судом та судами, що здійснюють судочинство;
- обмеження влади Гетьмана Генеральною Радою та Генеральним судом;

* Дорошенко Д. Нарис історії України. Львів: «Світ», 1991. С. 385.

- принцип виборності «генеральних радників» — членів Генеральної Ради та «народних радників» — «городових полковників»;
- право українських міст на самоврядування з визначенням особливого статусу столиці України — міста Києва.

«Правовий уклад...» містив також низку інших положень, спрямованих на забезпечення безпеки Вітчизни, управління громадськими справами тощо, кінцевою метою яких проголошено «спільне благо».

На жаль, після того як російський імперський режим ліквідував Гетьманщину в Україні й посилив гніт українського народу, розвиток конституційно-правової думки в Україні майже було припинено на довгі десятиліття — аж до другої половини XIX століття. Несприятливими були й умови її розвитку також у Західній Україні, яка входила до складу Австро-Угорської імперії, попри те, що після революції 1848 р. у ній розпочалися трансформаційні процеси, які завершилися створенням конституційної монархії, благами якої могли користуватися й українці.

Посилення політичних і мовних репресій проти українського народу, зокрема сумнозвісний Валуєвський циркуляр 1863 р. й Емський указ царя Олександра II 1876 р. стали поштовхом для спротиву російському імперському режиму й національного відродження, зокрема розвитку національної конституційно-правової думки. Ці події відобразилися в низці конституційних проєктів, як-от: «Начерк Конституції Республіки» одного з членів Кирило-Мефодіївського товариства Георгія Андрузького (1848—1850 рр.), «Проект оснований устава украинского общества “Вольный Союз” — “Вільна спілка”» Михайла Драгоманова (1884 р.), «Основний закон Самостійної України» Миколи Міхновського (1905 р.) тощо.

Особливо потужним імпульсом для розвитку ідей конституціоналізму став період національно-визвольних змагань і відродження української державності (1917—1920 рр.). Ці ідеї втілено в цілій низці документів того періоду: Універсали Української Центральної Ради, Конституція Української Народної Республіки, Статут про державний устрій, права та вольності УНР, конституційні акти Української Національної Ради у Львові, Тимчасовий Основний закон про державну самостійність земель бувшої Австро-Угорської монархії та іншому конституційному законодавстві; також у проєктах Конституції України: «Основний Державний закон Української Народної Республіки» (1920 р.), «Конституція (основні державні закони) УНР» проф. О. Ейхельмана, «Конституція ЗУНР» проф. С. Дністрянського

(1920 р.)* тощо. Попри те, що деякі з документів поряд з ліберально-демократичними ідеями містили й певні соціалістичні державотворчі ідеї, а історики й правознавці оцінювали їх не завжди однозначно, слід визнати, що загалом конституційні засади, на яких розбудовували Українську державу тих часів, розвивалися в річищі загальноєвропейських тенденцій конституціоналізму.

Цей процес було перервано після встановлення в Україні (за активної військової підтримки Росії) радянської влади з її «новим конституційним порядком», який ґрунтувався на запереченні основних здобутків конституціоналізму:

- невідчужуваних прав людини, розглядаючи їх як встановлені, «даровані» державою, з огляду на що їхнє визнання й забезпечення вважали її внутрішньою справою;
- принципу розподілу влади, натомість проголошеним радянськими конституціями, зокрема Конституцією УРСР різних періодів всевладдя рад, за яким, по суті, приховували монопольну владу «керівної і спрямовувальної сили» — комуністичної партії;
- принципу ідеологічного й політичного плюралізму, наслідком чого стало панування єдиної комуністичної ідеології;
- принципу верховенства права (правової державності) й підміна його «принципом соціалістичної законності»;
- принципу прямої дії конституції, її інтерпретація як акта політичного, програмового змісту, а не юридичного документа тощо.

Це не дає підстав визнавати особливу «радянську модель конституціоналізму», що інколи бачимо в пострадянській, зокрема вітчизняній літературі.**

І хоч в останні роки радянського конституційного порядку відбулася певна його лібералізація — проголошення ідеї «соціалістичної правової держави», упровадження інституту спеціалізованого конституційного нагляду тощо, це не змінило його сутності.

Справжній ренесанс вітчизняного конституціоналізму та його нове якісне наповнення надбаннями європейського й світового конституціоналізму відбулося лише після проголошення незалежності України (1990—1991 рр.). Уже перший історичний акт цього періоду — Декларація про державний суверенітет від 16 липня 1990 р. (ухвалено ще в

---

* Пуздрач Ю. В. История российского конституционализма IX—XX веков. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2004. С. 463.

** Див., наприклад: Мироненко О. М. Історія Конституції України. К.: Видавничий дім «Ін Юре», 1997. С. 38—44.

умовах перебування України в складі СРСР) задекларував основні цінності конституціоналізму, як-от:

- побудова демократичної та правової держави;
- усебічне забезпечення прав і свобод людини;
- здійснення державної влади за принципом її поділу на законодавчу, виконавчу та судову;
- захист усіх форм власності, зокрема й приватної тощо.

Саме Декларація започаткувала новітній конституційний процес в Україні, ставши його світоглядно-методологічною основою.

Згодом ідеї Декларації розвинули в Концепції нової Конституції України, яку схвалила Верховна Рада Української РСР 19 червня 1991 р., тобто ще до ухвалення Верховною Радою України Акта проголошення незалежності України від 24 серпня 1991 р. Попри те, що на змісті Концепції певною мірою негативно позначилися умови, в яких її розробляли й ухвалювали, що спричинило інколи надмірну заполітизованість її окремих положень, їхню логічну неузгодженість через вимушені компроміси між різними політичними силами тощо. Концепція стала важливим кроком на шляху розвитку новітнього вітчизняного конституціоналізму. На підставі її положень, Конституційна комісія та її робочі групи (за участі зарубіжних експертів) протягом 1992—1996 рр. розробляли й удосконалювали проєкти нової Конституції України. Цей тривалий і складний конституційний процес урешті-решт завершився 28 червня 1996 року її ухваленням Верховною Радою України.

У Конституції України, яка відповідно до її преамбули є Основним законом України, що цілком відповідає її сучасному розумінню, було закріплено всі основні елементи (цінності) конституціоналізму:

- визнання людини, її життя й здоров'я, честі й гідності, недоторканності й безпеки найвищою цінністю, а прав і свобод людини невідчужуваними, такими, що визначають зміст і спрямованість діяльності держави (статті 3, 21 тощо), а також їхньої гарантованості;
- принцип народного суверенітету (стаття 5);
- принцип представницького правління через народне волевиявлення (статті 5, 69 тощо);
- принцип поділу влади на законодавчу, виконавчу й судову (стаття 6);
- принцип верховенства права (стаття 8);
- принцип найвищої юридичної сили Конституції та прямої дії її норм (стаття 8);

- принцип судового конституційного контролю за дотриманням Конституції (стаття 147);
- принцип незалежності суду й суддів (стаття 126);
- принцип внесення змін до Конституції лише на підставі процедури, що визначено в ній (розділ XIII) тощо. Докладніше про це йтиметься в розділі шостому цього підручника.

Тому цілком логічно, що текст Конституції України позитивно оцінила Рада Європи та її структури, зокрема Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія), а також закордонні експерти.

Це, звісно, не означає, що Основний закон України зовсім позбавлений вад. Бездоганних, ідеальних текстів конституцій у світі не існує, і Конституція України не є винятком. В окремих її положеннях відчувається вплив попередньої радянської епохи, що в умовах пошуку компромісів між ідеологічно різноспрямованими, часом діаметрально протилежними політичними силами, очевидно, було неминучим; деякі конституційні формулювання вразливі з погляду юридичної техніки; інколи виникає потреба погодити конституційні положення з розвитком конкретно-історичних умов функціювання суспільства, а також узятими на себе Україною міжнародними зобов'язаннями тощо. Та й національні особливості слід ураховати у ній дещо більшою мірою. З огляду на це, зміни до Конституції не тільки можливі, а й часом потрібні. Проте вони не повинні ставати самоціллю, а їхнє внесення не перетворюватися в реформаторський «конституційний бум», перманентну «конституціонаду», коли кожна новообрана влада (президент, парламент) намагаються підлаштувати текст Конституції під власне бачення або й вузькопартійні, вузькокорпоративні потреби, створюючи для цього «конституційні ради», «конституційні асамблеї», «конституційні комісії» тощо.

Навіть якщо зміни до Основного закону вносять з благородними намірами — його поліпшення помилково вважати, що такі зміни стануть запорукою (гарантією) швидких позитивних змін в українському суспільстві, а тим паче панацеєю від всіх наявних негараздів на ниві конституціоналізму. Конституційний ідеалізм, тобто схильність до перебільшення значення певних конституційних формулювань, приписування їм здатності радикально змінювати ситуацію в країні, безвідносно до готовності суспільства загалом й особливо його політичних еліт до таких змін, як і традиційний, на жаль, для України правовий, зокрема конституційний, нігілізм — неповажне ставлення до права, закону і Конституції, попри їх, здавалося б, різновекторну спрямованість, насправді є двома сторонами «однієї медалі» — дефіциту політичної і правової культури, деформованої правосвідомості й непрофесіоналізму, який інколи межує з невіглаством.

Конституція — хоч і надзвичайно важливий, потрібний атрибут конституціоналізму, проте лише засіб його утвердження. Конституціоналізм реально функціонує тоді, коли цінності й положення Конституції послідовно та неухильно реалізують у практичній діяльності органи публічної влади та їхні посадови особи, громадські об'єднання, підприємства, установи й організації, зрештою — у поведінці громадян, тобто тоді, коли встановлено міцний конституційний правопорядок. Саме на цьому функційному рівні на долю українського конституціоналізму випало найбільше випробувань за роки незалежності. Їхні причини доволі різні, одні з яких сягають корінням у складну суперечливу й часто драматичну вітчизняну історію, інші, хоч і пов'язані з першими, зумовлені переважно сучасними суб'єктивними чинниками. Серед таких причин можна назвати:

- брак належного практичного досвіду державотворення і відповідно конституцієтворення з огляду на тривалий розвиток українського народу як «недержавного народу»;
- суттєві особливості національної правової системи України, якщо порівняти з іншими правовими системами, що належать до сім'ї континентального права. Хоч основи правової, зокрема конституційної традиції України формувалися здебільшого під упливом євроатлантичної, а не особливої «російської», «євроазійської» чи «східнохристиянської» цивілізації, було б перебільшенням говорити про нинішню цивілізаційну однорідність правової системи України (особливо рівня правової свідомості й правової культури, стилю правового мислення тощо). Перебування її частин у складі різних імперій суттєво позначилося на її нинішньому стані;
- брак справжньої національної еліти, спроможної до глибокого усвідомлення й внутрішнього сприйняття найліпших надбань сучасного конституціоналізму, духовних і державотворчих цінностей українського народу як запоруки побудови успішної демократичної та правової держави;
- наявність цивілізаційних відмінностей між різними регіонами України і як наслідок — відсутність єдиного бачення стратегічних напрямів і перспектив розвитку Української держави та її правової системи;
- брак політичної волі до проведення ефективних економічних, правових і політичних реформ, спрямованих на втілення у вітчизняну практику здобутків європейської та світової цивілізації;
- агресія Росії проти України тощо.

Та все ж найважливішою причиною випробувань, а часом і справжніх потрясінь вітчизняного конституціоналізму є хронічна хвороба — правовий і, зокрема, конституційний нігілізм. Його коріння в Україні надзвичайно міцне й не обмежуються радянським періодом вітчизняної історії, а сягає глибини віків. Їх слід, очевидно, шукати ще в епосі Раннього Середньовіччя, зокрема в такому явищі як візантизм.

Однією з його характерних рис у галузі права є здатність створювати видимість сприйняття всього величного й престижного, що нагромаджено європейською цивілізацією в цій сфері (наприклад Конституція України), водночас відкриваючи простір владі азійського типу з притаманними їй способами владарювання: інтригами, підкилимною боротьбою еліт, застосуванням методу війни проти опонентів, неправдою та фальсифікаціями. Виявів візантизму в сучасній вітчизняній конституційній практиці можна навести безліч: від маніпуляцій з текстом Основного закону Верховною Радою України і Конституційним Судом України до підкилимних торгів і домовленостей, що межують з корупцією у вищих ешелонах влади й «вибіркового правосуддя». На жаль, цю візантійську традицію продовжує й сучасна українська влада з «новими обличчями».

Отже, основні зусилля, спрямовані на утвердження конституціоналізму й конституційного правопорядку в Україні, слід зосередити саме на функціональному його рівні — неухильному виконанні Основного закону. Для цього треба не декларації й продиктовані популізмом зміни до нього, не «паперові» заходи щодо «поліпшення правового виховання населення», а тверда державна воля, розрахована не на миттєві результати, а на кропітку, послідовну й тривалу роботу. І починати її треба з рішучого викорінення правового, зокрема конституційного нігілізму в органах влади, підвищення рівня правової культури й професіоналізму їхніх посадових осіб. Приклад у цьому мають подавати насамперед правники. Як підтверджує європейський і світовий досвід, стабільна, основана на Конституції, праві й законі юридична практика — суддівська, адвокатська, прокурорська тощо є найліпшим вихователем. Без цього будь-які форми масової правової освіти будуть малоефективними.

## 1.2. Конституційне право та його місце в структурі знань і правовій системі

### 1.2.1. Конституційне право як транснаціональна наука

Належне усвідомлення сутності конституціоналізму, тенденцій і перспектив його розвитку дає змогу глибше осмислити (або й переосмислити) статус конституційного права як науки.

У вітчизняних підручниках і навчальних посібниках з конституційного права, які мають традиційну (за аналогією до підручників багатьох країн) назву «Конституційне право України», його зазвичай розглядають як окрему галузеву науку в системі інших «національних» юридичних наук: цивільного права України, кримінального права України, адміністративного права України тощо. Тому створюється враження, що «нації за своєю політичною організацією, правовою культурою і текстами конституцій розрізняють такою мірою, що не залишається місця... осмисленню конституційного права, що є по різні боки національних кордонів»*. Інакше кажучи, за такою логікою кількість наук конституційного права у світі прямо пропорційна кількості держав, принаймні тих, що мають конституції.

За попередньою, уже суто радянською, традицією до особливих, окремих наук інколи зараховують також конституційне право зарубіжних країн**. Проте, якщо за радянських часів різке розмежування «радянського конституційного права» і «буржуазного конституційного права» мало під собою ідеологічне підґрунтя — «принципову несумісність» їхньої сутності й світоглядно-методологічних засад дослідження (що позначилося на назві відповідних навчальних дисциплін «Радянське конституційне право» і «Конституційне право буржуазних країн»), то нині, в умовах зближення конституційних систем різних країн, світоглядно-методологічного плюралізму розгляд «Конституційного права зарубіжних країн» як окремої, автономної науки має вигляд анахронізму.

Через активне впровадження в навчальний процес українських університетів уже давно започаткованого в західних університетах навчального курсу «Порівняльне конституційне право» сумнів викликає

---

* Commers D. P. The Value of Comparative Constitutional Law. *John Marshal Journal of Practise and Procedure*. 1976. P. 685. Цит. за: Кененова И. П., Троицкая А. А., Шустров Д. Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. М.: КРАСАНД, 2015. С. 47.

** Див. наприклад: Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть: учебник. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 47—54.

збереження в національних університетських програмах навіть самостійної навчальної дисципліни — «Конституційне право зарубіжних країн». На відміну від цієї дисципліни, яка має переважно пізнавальну мету — ознайомлення студентів з особливостями конституційних систем зарубіжних країн на підставі аналізу їхніх конституцій та інших актів позитивного права конституційного змісту, мета «Порівняльного конституційного права» ширша. Воно не тільки розширює знання про конституційні системи зарубіжних країн, а й намагається глибше проникнути в конституційні інститути, механізми й практику їхнього функціювання, використовуючи при цьому, зокрема, судову практику, яка часто дає повніше уявлення про стан конституціоналізму в тій чи іншій країні, ніж тексти їхніх конституцій; вивчити досвід конституційного регулювання зарубіжними країнами (зокрема тими, які не належать до західної традиції) та виявити в ньому приклади успішного розв'язання тих питань, які ще не вирішені в країні дослідника; глибше зрозуміти, чому запозичені з конституційної практики інших країн інститути й механізми не спрацьовують в країнах «трансплантації» та з'ясувати причини цього, щоб застерегти власну країну від таких випадків тощо.

До проникнення в глибини функціювання конституційних систем зарубіжних країн стимулює сам порівняльно-правовий метод з розгалуженою системою його вимог і правил, які лежать в основі порівняльного конституційного права.

Однак широкі можливості спеціального методологічного інструментарію, який використовує порівняльне конституційне право, також не дає підстав розглядати його як самостійну, автономну юридичну науку.

Адже науку характеризують не тільки особливості використовуваного нею методологічного інструментарію, а й специфіка її предмета, тобто тих явищ і процесів реального світу, що вивчає (досліджує) та чи інша наука. Не може бути подвійного, дуалістичного предмета — одного для дослідження внутрішніх (національних) явищ і процесів, а іншого — для вивчення тих же явищ і процесів у зарубіжних країнах.*

Будь-яка наука може мати лише один предмет. І конституційне право, як і юридичні науки загалом, не є винятком. Дуалізм предметів заперечує єдність науки і, як наслідок, породжує сумнів щодо зарахування певної сукупності знань (навіть достовірних) до класу окремої науки.

Єдності науки досягають не тільки за допомогою єдності її предмета й використовуваного нею методологічного інструментарію, а й спільністю її мови, термінологічного і понятійного апарату, зрештою,

основоположних доктринальних засад, на яких вона ґрунтується. Наука — це не просто опис й пояснювання тих явищ і процесів навколишньої дійсності, які становлять її предмет. Звідси наука конституційного права — це не просто «відображення норм конституційного права, а також урегульованих ними відносин у працях учених»* і не тільки дослідження конституційних норм та інститутів, а також суспільних відносин, що можуть або повинні вони регулювати**, як вважають деякі конституціоналісти.

Однією з визначальних ознак науки є її загальнозначущість. Тобто отримані нею знання не обмежують кордонами однієї країни, вони (або принаймні висновки концептуального змісту) повинні бути придатні для використання всіма людьми (тим паче — дослідниками) незалежно від того, в яких куточках планети ті проживають. Отже, наука — це насамперед система ідей, концепцій, теорій про природні й суспільні явища. Вона, якщо це справжня наука, позанаціональна й позатериторіальна. Національними можуть бути творці відповідних теорій, концепцій, доктрин і наукові школи. Це стосується як природничих, так і соціально-гуманітарних наук.

Звісно, соціально-гуманітарні науки мають суттєві особливості, якщо порівняти з природничими, і які зумовлені насамперед специфікою об'єкта соціального пізнання. Ним є динамічна, швидкозмінювана соціальна дійсність з багатоманітністю явищ, складно переплетеними випадковими й закономірними зв'язками й суперечливими відносинами, в яких у результаті виявляються потреби й інтереси людей — представників різних соціальних груп.

Інакше кажучи, в об'єкті соціального пізнання опредмечується людська сутність; тому він незрівнянно більше «олюднений» проти природних об'єктів, що вже, само собою, не може не впливати на розвиток пізнавального процесу та його результати. Якщо до цього додати, що суб'єкт соціального наукового пізнання — дослідник-гуманітарій — не

---

* Такого погляду на предмет конституційного права як «єдиної юридичної галузевої науки» дотримується відомий український конституціоналіст В. М. Шаповал. На його думку, подвійність предмета науки конституційного права полягає в тому, що «його становить досвід організації та здійснення державного владарювання на політичному рівні в конкретній країні й такий самий досвід в інших країнах». Саме це «зумовлює існування двох навчальних дисциплін, які вивчають вітчизняні студенти-юристи — конституційне право України та конституційне право зарубіжних країн» (Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн: підручник. К.: Ін Юре, 2015. С. 30; Див. його ж: Конституційне право зарубіжних країн. К.: «АртЕк», «Вища школа, 1997. С.4.).
Див: Георгіца А. З. Конституційне право зарубіжних країн. Чернівці: Видавництво «Рута» Чернівецького національного університету, 2001. С. 36.

** Див.: Дорохин С. В. Деление права на публичное и частное: конституционно-правовой аспект. М.: Волтерс Клувер. 2006.

тільки частина цього «олюдненого» об'єкта, тобто перебуває всередині його, а й сам як особистість є носієм певного світогляду, особистісного та професійного досвіду, опосередкованого власними переконаннями й відповідною громадською позицією, то неважко дійти висновку: він значно більше додає до образу об'єкта властивостей суб'єкта пізнання, ніж дослідник природних явищ і процесів. Досягти в соціально-гуманітарних науках повної «стерильності», огородивши їх від особистісного ставлення дослідника до соціальної дійсності, що пізнають, майже неможливо. Тому беззастережне перенесення на соціально-гуманітарні науки критеріїв (стандартів) науковості, сформульованих переважно на базі природничих наук, методологічно надто вразливе.

Зокрема йдеться про такі критерії, як-от: об'єктивність, істинність, змога верифікації, стабільність набутих знань тощо.

До цих загальних особливостей соціально-гуманітарних наук у науці конституційного права слід додати відмінності конституційного регулювання в різних країнах, що зумовлено їхніми історичними традиціями, культурою, праворозумінням, джерелами права тощо, про що йшлося вище.

А проте ці відмінності не мають вирішального значення для пояснення конституційної доктрини. Вивчення чинників, що впливають на її еволюцію, тенденцій і закономірностей розвитку, тобто пізнання наукою конституційного права «самої себе» — одна з важливих умов її поступального розвитку.

Спільність доктринальних засад науки конституційного права, які стають дедалі універсальніші, її понять і категорій, а також предмета, основних функцій та використовуваних нею загальнонаукових і спеціальнонаукових методів дає підстави констатувати, що наука конституційного права за всіх її національних особливостей загалом є не національною, а транснаціональною наукою.

Це зовсім не заперечує впливу на неї певного світогляду — цінностей, переконань, настанов, що регулюють ставлення людини до середовища, що її оточує, і який насправді відмінний в різних цивілізаціях і правових сім'ях (та й у різних людей також).

Проте світогляд — це переважно сфера філософії, зарахування якої до класу наук у літературі залишається дискусійним.

Розгляд науки конституційного права як єдиної, цілісної, транснаціональної допомагає подолати однобічні краєзнавчі, географічні й регіональні підходи до його вивчення, піднятися над національною обме-

женістю (а інколи й національним егоїзмом) та еклектизмом, чіткіше визначити й усвідомити магістральний шлях розвитку конституційного права та місце, стратегію і тактику України на цьому шляху, а також предметніше й повніше виявити особливості конституційно-правової системи України. Опанування базових, спільних для всіх країн цінностей конституційного права, дає змогу студентам не тільки успішно використовувати їх у своїй майбутній професійній діяльності, а й швидше адаптуватися до вивчення курсу (курсів) конституційного права під час стажування чи навчання в закордонних університетах.

Єдність науки конституційного права не перешкоджає порівняно самостійному дослідженню особливостей конституційного права різних країн, причому не обов'язково в межах «Конституційного права зарубіжних країн», а й інших напрямів, наближених до специфіки тих чи інших правових сімей. Користі від таких наукових напрямів і відповідних навчальних курсів може бути навіть більше ніж від названої загальної навчальної дисципліни.

Розгляд науки конституційного права як транснаціональної передбачає поглиблене вивчення особливостей вітчизняного конституційного права в межах окремої навчальної дисципліни (але не самостійної науки).

### 1.2.2. Конституційне право й позанаукові форми освоєння дійсності: релігія, мораль, мистецтво

За всієї важливості розгляду конституційного права як науки та її значення у виявленні глобальних тенденцій, закономірностей його розвитку в сучасному світі, а також у дослідженні особливостей стану й перспектив розвитку вітчизняних конституційно-правових норм й інститутів та практики їхньої реалізації, виробленні обґрунтованих рекомендацій щодо їхнього удосконалення, значення науки конституційного права, як і науки загалом, не варто переоцінювати як це часто буває у вітчизняній юридичній літературі.

І не лише тому, що наука невсесильна, вона не може дати вичерпні й своєчасні відповіді на всі запитання, які виникають у процесі конституційної нормотворчості, нормозастосування та іншої, пов'язаної з реалізацією конституції діяльності. Наука не є єдиною, а нині, як вважають деякі автори, і основною формою знання; вона не займає того становища, яке їй приписували в епоху так званого сцієнтизму[*].

[*] Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб.: «Алеф-Пресс», 2012. С. 131.

Освоєння соціальної дійсності з огляду на її багатоманітність не зводиться до наукового пізнання через притаманні йому критерії — раціональність, об'єктивність, нейтральність, верифікованість тощо. Пізнавальне ставлення людини до середовища, що її оточує — це хоч і надзвичайно важлива, проте не єдина форма освоєння нею світу. Не менш суттєвими для людини є форми світосприйняття і світорозуміння, в яких переважають не так істинні знання (критерії «істинності — хибності», «істини — омани»), а спільні цінності й ідеали, що регулюють відносини між людьми в суспільстві. До того ж цінності для людини часто бувають вагомішими за теоретичні судження й висновки науки, оскільки саме цінності, як зазначав видатний математик, фізик і філософ Паскаль, визначають реальне життя людей та їхню долю. Серед ціннісних орієнтирів, за допомогою яких люди оцінюють дійсність, слід назвати насамперед такі парні категорії-антиподи як «добро — зло», «справедливе — несправедливе», «чесне — ганебне», «праведне — грішне», «корисне — шкідливе (некорисне)», «прекрасне — потворне» тощо. У філософії таке ставлення до дійсності, на відміну від пізнавального, іменують духовно-практичним.

Духовно-практичне освоєння світу здійснюють переважно у позанаукових формах, серед яких найчастіше називають релігію, мораль і мистецтво. Конституційне право пов'язане зі всіма названими формами. Про його зв'язки з релігією найпереконливіше свідчать релігійні правові системи, в яких право невідмежовано від релігії. Проте навіть у тих правових системах, насамперед європейських, де право не сакралізовано, тобто інституційно відокремлене від релігії, функційно воно залишається пов'язаним з нею. Як зазначав відомий американський правознавець Джон Берман, і нині праву й релігії властиві спільні риси, як-от: ритуальність, традиційність, авторитетність й універсальність[*]. У конституційному регулюванні ці риси простежуються значно виразніше, ніж в деяких інших сферах правового регулювання та галузях права. Зокрема вони виявляються в скрупульозній послідовності конституційних процедур, зовнішній церемоніальності, зокрема у формі присяги державних високопосадовців й інших посадових осіб, підвищеній стабільності, «консервативності» тексту конституції, її найвищому авторитеті серед інших національних нормативно-правових актів і навіть міжнародних нормативних документів, поширенні її дії на всі суспільні відносини тощо. Від стану релігійної свідомості багато в чому

[*] Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М.: Моск. шк. полит. исслед., 1999. С. 6.

залежить цілісність суспільства, а зрештою — реальний стан конституціоналізму й правової системи загалом у країні.

Ще тісніші зв'язки конституційного права з мораллю. Попри те, що ці зв'язки, як і відносини між правом і мораллю загалом, у літературі продовжують інтерпретувати по-різному залежно від типу праворозуміння, нині дедалі меншає тих, хто заперечує, що право й мораль об'єднують спільні для них цінності.

Як визначення поняття цінностей, так і їхня класифікація в літературі доволі різноманітні. Їх поділяють на позитивні й негативні, матеріальні й духовні, серед яких також виокремлюють моральні, релігійні, естетичні, наукові; абсолютні й відносні; цінності, притаманні певному суспільству, й універсальні (загальнолюдські) цінності тощо. Не вдаючись до докладного аналізу перелічених питань (це виходить за межі конституційного права), наголосимо на трьох зауважах, які стосуються цього підрозділу підручника.

По-перше, цінність — це не просто матеріальний чи духовний, природний чи соціальний об'єкт, узятий окремо. Такий об'єкт стає цінністю лише тоді, коли є виявом зацікавленого ставлення людини з погляду задоволення цим об'єктом її потреб й інтересів*. Інакше кажучи, критерій того, що зараховувати, а що ні до цінностей, залежить від самої людини, є актом її оцінювання.

По-друге, хоч оцінюють у сфері конституційного права, як і права загалом, безліч явищ, зокрема й негативних, суспільно шкідливих чи навіть небезпечних, право як феномен (зокрема конституційне) пов'язане тільки з позитивними цінностями: людською гідністю, добром, справедливістю, рівністю, свободою тощо.

По-третє, під час пояснення цінностей важливе значення мають не раціональні, логічні докази, властиві науці, а емоційне сприйняття людиною об'єкта як цінності через внутрішні переживання. Цінності та їхнє значення для людей можна описувати за допомогою мовних засобів, можна, ба більше — треба керуватися ними у своїй практичній діяльності, уявити яку поза контекстом цінностей неможливо, проте раціоналізувати цінності (наприклад, уже згадувані — людську гідність, добро, справедливість, рівність, свободу, як і праведне, порядне, прекрасне тощо), тобто аналізувати їх лише крізь призму розуму, за допомогою відповідних логічних доказів нереально. Суто наукові методи тут не спрацьовують. Зрозуміти як право загалом, так і конституційне

* Неновски Н. Право и ценности / пер. с болгар. М.: Прогресс, 1987. С. 26.

право зокрема можна тільки у зв'язку з переліченими й іншими цінностями, які не завжди відображають у текстах конституцій та інших нормативних актах конституційного змісту. Тому важливого значення набуває, як писав один з провідних сучасних американських теоретиків і філософів права Рональд Дворкін, моральне прочитання (***moral reading***) конституції, якому він присвятив одну зі своїх праць[*].

Ціннісне ставлення конституційного права до світу споріднює його не тільки з релігією й мораллю, але й з мистецтвом, що у вітчизняному правознавстві залишають поза увагою.

Мистецтво — це така форма духовно-практичного освоєння світу, в якій органічно поєднуються пізнання і творення, що ґрунтуються не лише на знанні, а й на високому рівні вміння, майстерності в тій чи іншій сфері діяльності. Якщо в науці відповідні теорії і концепції прив'язані до фактів, є наслідком їхнього узагальнення, то в мистецтві знання є результатом оцінювального ставлення до дійсності. Такому ставленні властива значно більша індивідуальна свобода, якщо порівняти з науковим пізнанням.

Конституція (як і конституційне право) ґрунтується не тільки на наявному — узагальненні фактів та їхньому оцінюванні, а й на належному, вирішальне значення в якому має ціннісне ставлення її творців до навколишнього світу. Уже через це конституційне право виходить за межі «чистої» науки. Тим більшою мірою мистецька майстерність виявляється у формулюванні положень конституції, мові й стилі викладу нормативного матеріалу (його, з одного боку, лапідарності, стислості, а з іншого — чіткості, ясності), в оптимальному поєднанні в ньому загальновживаної та спеціалізованої термінології тощо.

Це дало підстави деяким правознавцям говорити про те, що юридичні тексти мають безпосередній зв'язок з естетикою[**], а отже, їх слід оцінювати за категоріями, що притаманні мистецтву: досконалості, довершеності тощо; у цьому й виявляється професійна майстерність. Інакше кажучи, текст конституції та інші тексти конституційного змісту є не тільки результатом наукового пізнання, а й витвором нормативно-правового мистецтва. Найяскравіше спорідненість конституції і конституційного права з мистецтвом демонструє процес її тлумачення, про що йтиметься в наступних розділах.

---

[*] Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge. MA, 1996.

[**] Бурлай Є. В. Право як тип соціального регулювання: естетичний аспект. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки.* Т. 26. К., 2014. С.14.

Звісно, майстерність правники опановують разом з професійним досвідом. Проте завдання юридичної освіти в умовах сучасних постіндустріальних глобалізаційних трансформацій, коли цінності стають особливо важливими, не слід зводити до озброєння майбутніх правників теоретичними знаннями (за всієї потреби), а передбачає формування навичок самостійного мислення, уміння творчо застосувати набуті знання в нормопроєктувальній, нормозастосовувальній та іншій практичній діяльності. Без усвідомлення спорідненості права, зокрема конституційного, з цінностями й мистецтвом це зробити неможливо.

### 1.2.3. Конституційне право: галузь права чи фундаментальна основа — стрижень національної правової системи

За усталеною традицією конституційне право у вітчизняній та закордонній науковій літературі, підручниках і навчальних посібниках з конституційного права розглядають як галузь національного права поряд з галузями адміністративного, цивільного й кримінального права тощо. Щоправда, галузь конституційного права, на відміну від інших його галузей, часто супроводжують епітетами: «провідна», «ключова», «центральна», «інтегрувальна» тощо. Іноді її взагалі інтерпретують як «надгалузь», норми якої одночасно є в усіх галузях права*.

За тією ж традицією конституційне право зараховують до галузей публічного права, тобто тієї підсистеми права, що регулює відносини, пов'язані зі здійсненням публічної влади — державної влади й місцевого самоврядування.

Критеріями виокремлення певної сукупності правових норм у галузь конституційного права, як й інших галузей права також традиційно (принаймні для вітчизняного правознавства) вважають наявність у цієї сукупності норм спільного предмета регулювання, тобто якісно однорідних відносин, які вони регулюють, та методу правового регулювання, тобто засобів, способів і прийомів впливу держави на суспільні відносини, що становлять предмет регулювання відповідної галузі.

Якщо звернутися до аналізу визначень предмета конституційного права, що є як у вітчизняній, так і закордонній літературі, то бачимо, що ці визначення суттєво різняться не тільки за мовно-стилістичними ознаками (що цілком природно, оскільки вони виражають індивідуальні вподобання їхніх авторів), а й за змістом. За традицією, яка сягає ще

* Общая теория государства и права. Академический курс: учебник для вузов: у 2 т. / отв. ред. проф. М. Н. Марченко. М.: Зерцало, 1998. С. 241. Т. 2.

часів домінування в Європі назви сфери регулювання суспільних відносин, пов'язаних з організацією і функціюванням державної влади, та відповідної їй сукупності норм — «державне право», чимало конституціоналістів продовжують зводити предмет конституційного права переважно до відносин владарювання. Проте більшість спеціалістів з конституційного права, усвідомлюючи, очевидно, вразливість такої позиції через суттєве розширення сфери конституційного регулювання в сучасних умовах, якщо порівняти навіть з першими конституціями США та Європи, підходять до визначення предмета конституційного права дещо по-іншому. Одні з них, вважаючи, що публічно-правові галузі права регулюють відносини державного владарювання, тобто суспільні відносини, пов'язані з організацією і здійсненням влади в державі, предметом конституційного права охоплюють лише ті з них, що реально мають політичний зміст, одночасно «розглядають їх у контексті визнання людини найвищою цінністю і належного забезпечення прав людини»*. Інші на перший план у предметі конституційного права ставлять не відносини владарювання, а відносини особи ійдержави** або й взагалі відносини охорони прав і свобод людини (М. В. Баглай, Б. Н. Габричідзе)***. Ще інші вважають, що предметом конституційного права є «політичні й інші найважливіші ***(підкреслення наше — М. К.)*** відносини, зміст яких полягає в утвердженні та гарантуванні конституційних прав і свобод людини, реалізації публічної влади..., а також забезпеченні взаємодії громадянського суспільства з державою на паритетних засадах»****. Нарешті серед зарубіжних (пострадянських) і вітчизняних конституціоналістів є й ті, які вбачають специфіку предмета конституційного права в тому, що його норми регулюють основи правового статусу людини, громадянина і їхніх добровільних об'єднань, основи взаємозв'язків особистості — колективу, держави — суспільства — державної влади, а також основи відносин в усіх сферах життєдіяльності суспільства: політичній, економічній, соціальній, духовній***** або ж до предмета конституційного права зараховують усі «суспільні відносини, які не можна ефективно врегулювати за допомогою інших соціальних норм»******.

---

* Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн: підручник. К.: Ін Юре, 2015. С. 6.

** Фрицький О. Ф. Конституційне право України: підручник. К.: Юрінком Інтер, 2004. С. 10.

*** Там само. С. 9.

**** Федоренко В. Л. Конституційне право України: підручник. К.: Видавництво Ліра, 2016. С. 14.

***** Чиркин В. Е. Конституционное право России: учебник. 6-е издание. М.: НОРМА, 2009. С. 20, 1—21; Вітик І. Р., Вітик Ю. І. Конституційне право України: навчальний курс. К.: Вадим Карпенко, 2012. С. 3.

****** Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції. К, 2013. С. 268.

Навіть цей неповний перелік визначень предмета конституційного права свідчить про те, що відносини, які він охоплює, не є «якісно однорідними», що вже само собою ускладнює інтерпретацію конституційного права як галузі права.

З огляду на сумнівність такого традиційного підходу до визначення природи конституційного права, деякі конституціоналісти, обстоюючи позицію його інтерпретації як галузі національного права, у такій неоднорідності предмета конституційного права намагаються побачити суттєву особливість цієї галузі, якщо порівняти з іншими галузями права[*], акцентувати увагу на тому, що воно, мовляв, «за своєю структурою… загалом відтворює систему національного права»[**], є загальною частиною всіх інших галузей права тощо. Ю. Б. Ключковський узагалі сумнівається в єдності предмета конституційного права, наголошуючи на його багатопредметності й доцільності з огляду на це, виокремлення цілого переліку його предметів[***].

Не менше запитань виникає з виокремленням специфічного методу конституційно-правового регулювання. У конституційному праві використовують майже весь арсенал засобів, способів і прийомів регулювання суспільних відносин, притаманних праву: імперативних, владно-авторитарних, побудованих на відносинах субординації, які виявляються насамперед у «вертикальних» відносинах, пов'язаних з організацією виконавчої влади, вимогах до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їхніх посадових осіб діяти лише на підставах, у межах повноважень і в спосіб, що передбачено конституцією та законами, тобто лише на підставі дозвільного типу правового регулювання — «дозволено лише те, що безпосередньо передбачено законом»;

- диспозитивних, побудованих на засадах автономії, юридичної рівності суб'єктів, координаційних зв'язків між ними, які передбачають змогу врегульовувати відносини на підставі загальнодозвільного типу регулювання, тобто за принципом «дозволено все, що безпосередньо не заборонено законом», який поширюється насамперед на громадян.

---

[*] Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России: учебник. 4-е изд., перераб. и доп. Москва: ТК Велби, Проспект, 2007. С. 67.

[**] Скрипнюк О. В. Курс сучасного конституційного права України: академічне видання. Харків: Право, 2009. С. 9.

[***] Ключковський Ю. Б. Принципи виборчого права: доктринальне розуміння, стан та перспективи законодавчої реалізації в Україні: монографія. К.: Ваіте, 2018. С. 38—39.

Пошуки особливих відмінностей у методах конституційного регулювання в тому, що конституційне право:

- «регулює найважливіші політичні, економічні, соціальні, культурні (духовні) й інші тісно пов'язані з ними суспільні відносини, що є предметом конституційного права»[*];
- «сприяє реалізації інтегративної функції конституційного права щодо інших галузей національного права»[**]

або ж:

- у колі суб'єктів, яких держава визнає правоздатними і дієздатними;
- у порядку визначення та здійснення юридичних прав й обов'язків суб'єктів[***] тощо, як це часто буває в підручниках з конституційного права, мають доволі непереконливий і фактично безперспективний вигляд.

Зазначені «особливості методу конституційного права» насправді стосуються або предмета конституційного права, ще раз підтверджуючи якісну неоднорідність суспільних відносин, що він регулює, або ж інших особливостей самого конституційного права, але аж ніяк не особливостей його методу.

Навряд чи можна погодитися з поширеною думкою про те, що владно-імперативний метод, який базується на відносинах влади й підпорядкування, є панівним у конституційному праві. Адже важко назвати відносини між законодавчими, виконавчими й судовими органами чи відносини між державою і місцевим самоврядуванням відносинами субординації, як це було в минулому, особливо за радянських часів, коли діяв так званий принцип демократичного централізму. Тим паче це стосується відносин між громадянином (людиною) і державою. У регулюванні всіх цих відносин дедалі ширше використовують диспозитивний метод, основу якого становлять відносини координації, а не підпорядкування. Цей метод дедалі помітніше проникає навіть у сферу виконавчої влади, де відносини субординації залишаються і, вочевидь, залишатимуться надалі домінантними.

Акцентування уваги у визначенні предмета конституційного права на державно-політичних відносинах владарювання, навіть з відповідними застереженнями — це, по суті, відлуння попереднього державноцентристського підходу до інтерпретації суспільних відносин, що

---

[*] Федоренко В. Л. Конституційне право України: підручник. К.: Видавництво Ліра, 2016. С.16.

[**] Там само. С. 16.

[***] Фрицький О.Ф. Конституційне право України: підручник. К.: Юрінком Інтер, 2004. С.10— 11.

виникають у зв'язку з організацією і функціюванням державної влади, сформульованих позитивістськими концепціями. Такий підхід відображено в уже згадуваній назві відповідної сукупності норм, що регулюють ці відносини — державне право.

І хоч ця їхня назва за традицією досі зберігається у деяких країнах, більшою чи меншою мірою наповнюючись новим, сучасним змістом, концептуально державне право й конституційне право не слід ототожнювати, як це є у вітчизняній (та й певною мірою зарубіжній, особливо пострадянській) літературі з конституційного права. Не можна не погодитись з думкою відомого німецького конституціоналіста Конрада Гессе, який ще у 80-х роках минулого століття писав: «Державне право неідентичне конституційному, оскільки останнє стосується не лише держави, але й суспільного життя загалом (власність, сім'я, гідність людини), хоча, з іншого боку, конституційнє право містить засади державного»*.

Розвиваючи думку Гессе, слід додати, що конституційне право містить не просто засади державного права, а засади державного владарювання, побудованого на принципово відмінній від юридичного позитивізму, людиноцентристській методологічній основі. Як слушно наголошував один із творців доктрини ***the Rule of Law*** — верховенства права й сучасного конституціоналізму — визначний англійський конституціоналіст Альберт Дайсі, права й свободи особи є «основою, а не результатом права країни», а правила, що становлять конституційний кодекс, є «не джерелом, а наслідком прав осіб»**. Хоча ці висновки Дайсі робив на підставі порівняльного аналізу британської конституційної системи й конституційних систем континентальної Європи, нині вони сприйняті всією європейською спільнотою.

Саме невідчужувані права й свободи людини, як свідчить досвід сучасних розвинутих країн, визначають організацію і функціювання державного механізму, утворюють основу стримувань і противаг державної влади, яка завжди схильна до виходу з-під контролю суспільства. Це той обмежувальний бар'єр, який не може бути подолано на власний розсуд ні законодавчою, ні виконавчою, ні судовою гілками влади. По суті, права й свободи людини є першоджерелом права, зокрема конституційного.

---

* Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М.: Прогресс, 1982. С. 29.

** Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 1959 (1961). P. 232.

Визначальне значення невідчужуваних прав і свобод людини щодо обов'язків держави, організації і функціювання її механізму прямо зафіксовано у Конституції України. Зокрема, у частині другій статті 3 Основного закону йдеться: «Права і свободи людини та їхні гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави».

Така людиноцентристська спрямованість Конституції дає підстави стверджувати, що:

- по-перше, вихідними, визначальними для конституційного права є людина та відносини, пов'язані з гарантуванням її прав і свобод. Відносини владарювання вторинні, похідні від них і підпорядковані їм. Від того, наскільки вони людиноспрямовані («людиноцентричні»),залежить не тільки життя і здоров'я, недоторканність і безпека кожної людини, її гідність, а й стан громадянського суспільства в цілому, його духовна атмосфера.
- по-друге, конституційне право за своєю природою і змістом виходить далеко за межі публічного права. Тому немає підстав беззастережно зараховувати його за попередньою традицією (за аналогією до державного права) до публічного права. Поділ системи права на публічне й приватне право в сучасних умовах його помітного «олюднення» стає дедалі умовнішим. Знайти нині «чисту» галузь права, яка захищала б тільки публічний чи приватний інтерес майже неможливо. Тим паче це стосується конституційного права. Засади конституційного ладу — однієї з визначальних категорій конституційного права визначають базові, відправні засади функціювання всіх сфер суспільних відносин і всіх галузей права:
  - конституційні засади власності становлять базу цивільного права;
  - засади формування уряду, його повноважень, відносин з підпорядкованими йому органами виконавчої влади та іншими інститутами — для становлення і функціювання інститутів адміністративного права;
  - принцип вільного вибору праці й змоги заробляти нею собі на життя — для трудового права;
  - принцип рівних прав подружжя в шлюбі та сім'ї — для сімейного права;

– принцип, згідно з яким особу вважають невинуватою у вчиненні злочину й не можна піддати кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку й визначено обвинувальним вироком суду — для кримінального й кримінально-процесуального права;
– засади рівності перед судом і незалежності, безсторонності суду й суддів — для галузей процесуального права;
– принцип ***non bis in idem*** — неможливості притягнення до юридичної відповідальності двічі за одне й те ж саме правопорушення — для всіх галузей права тощо.

Конституційне право не тільки визначає відправні засади функціювання вже усталених традиційних галузей права, а й закладає основи формування нових його галузей.

Ще в середині 90-х років минулого століття у вітчизняному правознавстві пролунали аргументи на користь становлення такої нової галузі національного права як парламентське право України*. Поряд з широким переліком якісно однорідних відносин, що становлять предмет регулювання парламентського права — основних функцій та повноважень парламенту, його структури, організації діяльності парламенту та його допоміжних органів, парламентських процедур тощо, істотно визначенішою, якщо порівняти з конституційним правом, видається також специфіка методу регулювання парламентських відносин. Одним з вагомих аргументів на користь виокремлення парламентського права в автономну галузь права став досвід деяких зарубіжних країн, правові системи яких належать до сім'ї континентального права, зокрема Франції, ФРН тощо, де такі галузі вже фактично сформувалися**. Відтоді кількість прихильників виокремлення парламентського права в окрему галузь національного права зросла.

Ряд як вітчизняних, так і зарубіжних правознавців уже досить давно активно обстоюють самостійність судового права як галузі національного права***. Під судовим правом розуміють не характерне для сім'ї

---

* Див.: Городецький О. В. Парламентське право України: процес становлення. *Науковий вісник Чернівецького університету.* Вип. 4—5. Правознавство: збірник наукових праць. Чернівці: ЧДУ, 1996. С.138—144.

** Див., наприклад: Урьяс Ю. П. Парламентское право ФРГ. *Очерки парламентского права (зарубежный опыт) /* под ред. Б. Н. Топорнина. М.: ИПГ РАН, 1993; Крутоголов М. А., Ковлер А. И. Парламентскон право Франции. Там само. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть. М.: Изд-во БЕК, 1996. С. 437—438.

*** Див.: Бойко В. Ф., Євдокимов В. О., Юлдашев О. Х. Право людини на правосуддя (Судове право України): навчальний посібник. К.: Варта. МАУП, 2003. 256 с.; Прилуцький С. В. Вступ до теорії судової влади (Суспільство, правосуддя, держава): монографія. К.: Інститут держави і права ім.

загального права «суддівське право» (***judge-made law***), тобто право, створене суддями, а систему юридичних норм, предметом регулювання яких є порядок формування й статус органів судової влади, їхня структура, порядок організації і функціювання, відносини між судами й іншими органами державної влади, статус суддів та інших посадових осіб судового відомства, їхнє забезпечення тощо. Галузі судового права властива не тільки якісно однорідна сфера суспільних відносин, які воно регулює, а й специфіка методів їхнього регулювання та високий ступінь внутрішньої організації судового права. Про це свідчить, зокрема, його кодифікація в низці держав (у Бельгії, наприклад, діє Судовий кодекс, у Франції — Кодекс про судоустрій тощо).

Досить переконливими також є аргументи на користь виокремлення виборчого права як автономної галузі національного права, що зумовлено передусім зростанням значення суспільно-політичного інституту виборів і відповідно виборчого права для функціювання сучасної демократичної держави та громадянського суспільства. Одним із наслідків такого зростання стало значне розширення обсягу суспільних відносин, що воно регулює, та ускладнення внутрішньої структури виборчого права. По-друге, вагомою підставою виокремлення системи норм, що регулюють виборчі відносини, від інших правових норм є якісна однорідність відносин, що виникають у зв'язку з підготовкою і проведенням виборів усіх типів і видів (органів державної влади, органів місцевого самоврядування, його посадових осіб). По-третє, набагато виразнішою, якщо порівняти з методами деяких інших галузей права, є специфіка методологічного інструментарію правового регулювання, властивого виборчому праву. По-четверте, важливою підставою виокремлення виборчого права в автономну галузь права є, окрім того, високий «ступінь внутрішньої організації (системності) виборчого права, навіть всупереч відсутності його кодифікації»*. Цей недолік його системності в Україні нещодавно подолано завдяки ухваленню Виборчого кодексу.

Уже останнього десятиліття не тільки виокремлено, а й за аналогією до низки європейських держав, насправді офіційно визнано окремою галуззю вітчизняної системи права — муніципальне право. Підтвердженням цього є додавання його до номенклатури спеціальностей із захисту дисертацій поряд з конституційним правом, яка була до не-

---

В. М. Корецького НАН України, 2012. С. 24, 28 та ін.

* Ключковський Ю. Б. Принципи виборчого права: доктринальне розуміння, стан та перспективи законодавчої реалізації в Україні: монографія. К.: ВАІТЕ, 2018. С. 40.

давнього часу. Розташування його в одному з конституційним правом ряду є доказом того, що воно «виросло» саме з конституційного права.

Значно раніше від нього відокремилися, ставши самостійними галузями національного права, адміністративне право, фінансове право тощо.

Викладене дає підстави вважати, що процес поліструктуризації національних систем права, зокрема через відокремлення від конституційного права нових галузей права, триватиме й надалі.

Безперспективно «утримувати» названі й майбутні нові нормативні утворення в межах конституційного права на правах його підгалузей, інститутів тощо. По-перше, традиційні підходи до конструювання структури конституційного права за принципом «російської матрьошки» — «надгалузь», яка інтегрує в собі суміжні галузі (типу парламентського, виборчого, судового тощо), що також поділяють на підгалузі й субінститути, які містять низку простих інститутів, що складаються з правових норм, методологічно застаріли й у конституційному праві не працюють. Вони не враховують зростаючого динамізму сучасного суспільного, зокрема політичного життя й зумовлених ним суттєвих змін у сферах, обсязі та змісті конституційного регулювання та процесів поліструктуризації національної системи права.

По-друге, виокремлення названих, а в майбутньому й інших галузей як автономних дає зиогу конституційному праву звільнитися від претензій на всеосяжність, універсальність регулювання навіть тих відносин, які мають політичний зміст, зосередившись переважно на засадах їхнього регулювання.

По-третє, слід ураховувати, що поділ системи права на галузі та їхні об'єднання — публічне й приватне право, типовий для континентальної правової сім'ї, властивий не всім правовим сім'ям. Утім, це не заважає конституціоналістам — представникам цих правових сімей плідно розвивати конституційне право та визначати його місце в національній правовій системі. Прикладом є правова система Великобританії, для якої, на відміну від правових систем сім'ї континентального права, ніколи не було властиве виокремлення сукупності норм, що регулюють відносини владарювання, в автономну галузь державного права чи підсистему публічного права. Їх завжди розглядали й продовжують розглядати в ширшому контексті — конституційного права, предмет якого не зводився до регулювання відносин владарювання. Та й у підручниках з конституційного права, виданих у країнах, правові системи яких належать до континентальної правової сім'ї,

зокрема й постсоціалістичних країнах (окрім більшості пострадянських), його характеристика як галузі національного права нині майже не зустрічається*, хоч державне право за традицією продовжують зараховувати до публічного права.

Отже, предмет конституційного права, з одного боку, охоплює не весь комплекс (обсяг) відносин навіть політичного змісту, а тільки ті з них, які є базовими, визначальними для цієї сфери життєдіяльності. З іншого боку, предмет конституційного права не слід обмежувати політичними відносинами владарювання. Конституційне право визначає базові, вихідні засади регулювання в усіх інших найважливіших сферах життя суспільства й держави, насамперед пов'язаних з основами правового становища особистості та значенням держави в його забезпеченні.

Такий підхід не розмиває предмета конституційного права, а навпаки, робить його визначенішим і динамічнішим. Він дає змогу включати в орбіту конституційного права нові відносини, підвищений суспільний інтерес до яких зумовлений сучасними викликами (потреба в захисті довкілля, забезпечення екологічної, інформаційної та іншої безпеки тощо). Як свідчить досвід інших країн, визначення базових засад регулювання цих та інших нових відносин стає предметом конституції і відповідно конституційного права доволі часто.

У конституційному праві Австрії, наприклад, спеціальну увагу приділяють такій поки що екзотичній для вітчизняного конституційного права сфері як захист тварин (*Tierschutz*)**.

Розкриваючи природу сучасного конституційного права, слід звернути увагу на ще одну його надзвичайно важливу особливість — вихід за межі суто національного, внутрішнього права країни.

Якщо предмет регулювання більшості конституцій XVIII—XIX століть обмежували здебільшого положення про організацію державної влади та права і свободи громадян, то згодом до них додали положення, присвячені зовнішньополітичним функціям держав. Уперше такі положення з'явилися у Французькій конституції 1791 року. Щоправда, вони стосувалися лише відмови Франції від загарбницьких війн.

Питання війни й миру та способів розв'язання міжнародних спорів переважали також у конституціях наступних історичних періодів. Тільки після Другої світової війни в конституціях стали з'являтися положен-

* Katz A. Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht, (Jurathek Studium), 2010. P. 446.

** Berka W. Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium. Verlag. Osterreich, 2016.; Garlicki L. Polskie Parvokonstytucyine. Zarys Wykladu. Wydanie 14. Warszawa, 2010.

ня, що закріплюють ширший спектр принципів міжнародного права. Майже всі сучасні конституції проголошують підпорядкованість своєї зовнішньополітичної діяльності загальновизнаним принципам міжнародного права, хоч здебільшого й не закріплюють їхній перелік.

Цього правила дотримується також Конституція України (стаття 18). Більшість конституцій містить також положення щодо порядку укладення і ратифікації міжнародних договорів та їхнього місця в національній правовій системі (стаття 9 Основного закону України) тощо. Це свідчить про те, що деякі положення конституцій і відповідно конституційного права, мають наднаціональне значення, уособлюючи його зв'язки з міжнародним правом. Їм зазвичай, на відміну від вітчизняних підручників, приділено доволі значну увагу в підручниках з конституційного права, виданих у західних країнах*. Це є додатковим аргументом на користь вразливості розгляду конституційного права лише як галузі національного права.

Відносини конституційного і міжнародного права, як підтверджує світовий досвід, є доволі складними. Ці складнощі зумовлені внутрішніми й зовнішніми чинниками, належне усвідомлення яких має суттєве значення як для конституційної теорії, так і для практичної юридичної (а часто й не тільки юридичної) діяльності. Про це йтиметься в підрозділі 1.3.

Отже, конституційне право за своєю природою набагато масштабніше за сферою свого регулювання та методами традиційної галузевої диференціації права. Воно становить особливу базову підсистему національного права, його фундаментальну основу, є системостворювальним стрижнем усієї правової системи.

* Berka W. Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts for das juristische Studium. Verlag. Osterreich, 2016. S. 78—112.

## 1.3. Співвідношення конституційного й міжнародного права

### 1.3.1. Генезис питання та його актуалізація в умовах сучасних глобалізаційних процесів

Проблема співвідношення внутрішньодержавного й міжнародного права така ж давня, як і міждержавна правова співпраця.

Проте її активне доктринальне осмислення розпочали лише у XIX столітті. Хоч його й започаткували представники внутрішнього, до того ж саме державного права, зокрема такі відомі німецькі фахівці в цій царині, як-от: П. Лабанд, Г. Еллінек, Р. Ієринг та інші, досить скоро центр дослідження цієї проблеми перемістили в міжнародне право. За останні півтора століття правознавці-міжнародники їй присвятили безліч праць, зокрема монографічних. Фахівці з міжнародного права й досі продовжують задавати тон в осмисленні названої проблематики принаймні на пострадянському просторі.

Тим часом, як свідчить зарубіжний і вітчизняний досвід, проблема співвідношення національного, особливо конституційного й міжнародного права, має яскраво виражений міждисциплінарний зміст.

Чимало принципових питань цієї проблематики залишаються гостродискусійними, і які не можуть розв'язати тільки правники-міжнародники. Для цього повинні докласти спільних зусиль фахівців з міжнародного й конституційного права.

Серед цих проблем слід назвати, зокрема, питання, що є здебільшого предметом конституційного регулювання: про місце міжнародних договорів і загальновизнаних принципів та норм міжнародного права в національній правовій системі; про конституційні підстави, засоби й способи подолання колізій між міжнародними договорами та національним законодавством тощо.

Для України ці питання особливо актуальні, оскільки вона почала набувати самостійного досвіду їхнього розв'язання тільки після здобуття незалежності. Брак такого досвіду, очевидно, значною мірою можна пояснити як надзвичайно широким діапазоном підходів (аж до діаметрально протилежних) до розв'язання зазначених питань серед вітчизняних фахівців, так і невизначеність окремих положень Конституції України, що регулюють ці питання.

***

Щораз більший вплив міжнародного права й міжнародних правових систем на національне право, національні правові системи та їхні сім'ї — одна з характерних ознак процесів глобалізації в сучасному світі, що не спроможні заперечити навіть запеклі антиглобалісти. Напрями й способи цього впливу залежать від різних чинників, одним із визначальних серед них традиційно вважають прихильність тієї чи іншої держави до відповідної концепції співвідношення національного й міжнародного права — дуалістичної чи моністичної*. Проте останнім часом під впливом глобалізаційних й інтеграційних процесів різкі межі між цими концепціями дедалі більше розмиваються. Принаймні в конституційній теорії та практиці більшості країн у чистому класичному вигляді вони майже не трапляються, поступаючись різним варіантам так званих гібридних концепцій — «поміркованого дуалізму й помірного монізму», «стриманого дуалізму», «реалістичного дуалізму», «діалектичного дуалізму» тощо, уловити відмінності між якими часто також досить складно**.

Вагомішими за ці концепції, щоб з'ясувати співвідношення національного й міжнародного права, є такі чинники, як-от: національні традиції, ступінь інтегрованості тих чи інших держав (і, відповідно, їхніх правових систем) у міжнародну спільноту й регіональні міжнародні організації, вибраний державами вектор політичного та правового розвитку тощо.

Як свідчить зарубіжний досвід, саме від цих чинників передусім залежать національні особливості конституційного регулювання питань, пов'язаних із взаємодією національного й міжнародного права, що суттєво відрізняється в різних країнах. Це виявляється, зокрема, у визначенні природи, статусу й місця міжнародних договорів у національній правовій системі, ставленні держав до взаємозв'язків загальновизнаних принципів і норм міжнародного права та національної правової системи, співвідношення норм міжнародного права з національною конституцією тощо.

---

* Див.: Мережко О. О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики: монографія. К.: Таксон. 2002. С. 275—276; Савчук К. О. Механізм взаємодії міжнародного права з національною правовою системою України. *Механізм гармонізації законодавства України з європейським та міжнародним правом:* наукова доповідь. К., Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. 2011. С. 28—49.

** Див.: Шамрай В. В. До питання доктрини співвідношення міжнародного договору та конституційного права України в умовах європейської інтеграції. *Право і громадянське суспільство*. 2015. № 2. С. 22—32, 25; Стрельцова О. В. Конституціоналізація процесу асоціації України з Європейським Союзом. Теорія та практика: монографія. К.: Правова єдність, 2017. С. 429.

### 1.3.2. Конституційне право й міжнародні договори

Міжнародні договори більшість сучасних держав визнають частиною національних правових систем.

Проте певні складнощі з визначенням їхнього місця в національній правовій системі виникають уже тому, що конституції різних держав вживають різну термінологію: міжнародні договори визнають «частиною національної правової системи» (наприклад, в Албанії, Естонії, Литві, Польщі, Росії), «частиною права федерації» (ФРН), «частиною внутрішнього правопорядку» (наприклад, в Іспанії, Хорватії), частиною внутрішнього (національного) законодавства (наприклад, у Північній Македонії, Україні). Ця різнорідна термінологія потребує юридичного тлумачення і, як свідчить практика, досягти під час цього потрібної визначеності, а тим паче уніфікованого розуміння для всіх держав важко, а часом і просто неможливо.

Неоднозначно вирішують різні держави також питання про природу міжнародних договорів, що становлять частину національної правової системи. Більшість з них зараховують до таких договорів усі ратифіковані, відповідно до визначеної законом процедури, міжнародні договори, деякі ж — лише належно схвалені міжнародні договори щодо прав і свобод людини (наприклад, Словаччина, Чехія, Ефіопія, Бенін, Мадагаскар).

Проте найбільші розбіжності в ставленні різних держав до співвідношення міжнародних договорів, які стали частиною національної правової системи, із законами й іншими нормативними актами за юридичною силою. В одних, хоч і небагатьох державах, належно укладений і схвалений міжнародний договір має пріоритет над внутрішнім правом загалом. В інших (їх більшість) — визнають пріоритет міжнародних договорів лише над законами й іншими нормативними актами незалежно від часу набуття ними чинності — до ратифікації договору чи після. Ще інші — дотримуються принципу ***lex posterior derogate priori***, згідно з яким міжнародні договори одержують переважальну силу над попередніми законодавчими актами, проте на них можуть впливати наступні законодавчі акти. Нарешті статус певних видів договорів (здебільшого тих, що не потребують ратифікації) зазвичай нижчий ніж статус законодавчих актів. Деякі ж держав, серед них і Україна, питання про юридичну силу міжнародних договорів, що стали частиною національної правової системи, та їхнього місця в ієрархії джерел права в конституціях узагалі оминають. Це спричинило

різну, часто діаметрально протилежну інтерпретацію цього питання у вітчизняній літературі.

Одні автори вважають, що за логікою статті 9 Конституції України, яка регулює питання співвідношення міжнародних договорів і національного законодавства України, його частину становлять лише ті міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України[*]. Тільки вони мають перевагу над внутрішніми законами й іншими нормативними актами (окрім Конституції). Міжнародні договори, які не потребують такої згоди, тобто не підлягають ратифікації Верховною Радою, частиною національного законодавства не стають, тому не набувають обов'язкової юридичної сили для внутрішньодержавних суб'єктів. Звідси інколи роблять висновок, що зобов'язання за цими міжнародними договорами Україна може не виконувати[**]. Інші стверджують, що ратифікований парламентом України міжнародний договір через ухвалення закону об'єктивно має силу закону. Його співвіднесеність із законами за змістом й наслідками здійснюваного регулювання повинні визначати за принципом «наступний закон скасовує попередній»[***]. Тобто питання про їхню юридичну силу вирішують відповідно до вже згадуваного принципу ***lex posterior derogate priori,*** оскільки стаття 9 Конституції України, на відміну від інших конституцій, не визнає примату міжнародного права над національним законодавством України[****]. Ще інші дотримуються позиції, що частиною національного законодавства України стають не лише міждержавні договори, що ратифікувала Верховна Рада України у формі закону, а й міжурядові й відомчі договори[*****]. Невизнання їх частиною національного законодавства, на думку прихильників такої позиції, позбавляє їх юридичної сили й робить невиконуваними, навіть якщо вони створю-

---

[*] Конституція України: науково-практичний коментар. *Національна академія правових наук України*. 2-ге вид. Харків: Право, 2011. С. 72.

[**] Назаренко О. А. Міжнародні договори України в системі джерел конституційного права України: автореф. дис..... канд. юрид. наук. 12.00.02 — конституційне право. К., 2006. С. 14.

[***] Шаповал В. Системи національного та міжнародного права і конституційне регулювання. *Вісник Конституційного Суду України.* 2004. № 2. С. 61—80.

[****] Скомороха В. Окремі питання імплементації норм міжнародного права і конституційна юрисдикція України. *Український часопис міжнародного права.* 2002. № 1. С. 6—11; Окрема думка судді Конституційного Суду України В. Шаповала про справу щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення абзацу 2 частини 1 статті 39 Закону України «Про вищу освіту» (справа про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу) від 7 липня 2004 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v014p710-04#Text (дата звернення: 24.04.2021).

[*****] Див., наприклад: Забокрицький І. І. Проблеми правового статусу міжнародних договорів України у системі джерел конституційного праваУкраїни. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*: юридичні науки. 2015. № 825. С. 69—78, С. 73.

ють міжнародно-правові зобов'язання для держави[*]. Усі ці види міжнародних договорів, відповідно до вказаної позиції, мають пріоритет над національним законодавством України в разі колізій між ними.

Основні аргументи на користь цієї позиції зводять до того, що це випливає з конституційного принципу сумлінного виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань (***pacta sunt servanda***)[**], що, своєю чергою, зумовлено зміцненням універсальних тенденцій у сучасному міжнародному співтоваристві, до яких належить застосування примату міжнародного права[***].

На розвиток або ж на додачу до цих аргументів часто покликаються:

- на статті 26 і 27 Віденської конвенції «Про право міжнародних договорів» 1969 року (ратифікованої Україною 14 травня 1986 року, коли вона була ще в складі СРСР), в яких зафіксовано, що «кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників, і який слід сумлінно виконувати» (pacta sunt servanda) та що його «учасник не може посилатись на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору»;
- на частину другу статті 19 Закону України «Про міжнародні договори України» від 22 червня 2004 року (до цього діяв Закон з аналогічною назвою від 22 грудня 1993 року), в якому прямо визначають: «...якщо міжнародним договором України, який набув чинності в установленому порядку, встановлені інші правила, ніж ті, які передбачено законодавством України, то застосовують правила міжнародного договору України»;
- на статтю 18 Конституції України, відповідно до якої «зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права»[****];

---

[*] Баймуратов М. А., Батанов А. В., Слиденко И. Д. и др. Курс конституционного права Украины. Т. I. Общая часть. Основы теории конституционного права: учебник / под ред. М. А. Баймуратова, А. В. Батанова. Харьков. Одиссей. 2008. С. 255; Стрельцова О. В. Конституціоналізація процесу асоціації України з Європейським Союзом. Теорія та практика: монографія. К.: Правова єдність. С. 435.

[**] Денисов В. Н. Статус міжнародних договорів у Конституції України. *Вісник Академії правових наук України*. 1997. № 1. С. 32.

[***] Евинтов В. И. Международный и внутренний правопорядок в структуре международного сообщества. *Реализация международно-правовых норм во внутригосударственном праве.* К., 1992. С. 26.

[****] Буроменский М. В. К вопросу о действии норм международного права во внутреннем правопорядке Украины. *Международное право как основа современного миропорядка*: коллективная монография Liber Amicorum к 75-летию проф. В. Н. Денисова / под ред. А. Я. Мельника, С. А. Мельник, Т. Р. Короткого. Киев-Одесса: Феникс. 2012. 878 с.

- на положення статті X Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р., формулювання низки законодавчих актів України щодо пріоритетності застосування договірних норм у разі колізій між ними й національним законодавством України тощо.

Не вдаючись до докладного аналізу всіх названих аргументів, акцентуймо на основних зауважах, які слід ураховувати під час вирішення питання про юридичну силу норм міжнародних договорів у разі колізій між ними й національним законодавством України.

По-перше, міжнародний договір через згоду Верховної Ради України на його обов'язковість (така згода набуває форми ухваленого Верховною Радою закону про ратифікацію міжнародного договору) вводять у систему національного законодавства України. Це означає, що положення ратифікованого Верховною Радою (а не будь-якого) міжнародного договору повинні безпосередньо застосовувати вітчизняні правозастосовні органи. Жодних застережень з цього приводу Конституція України, на відміну від конституцій інших держав (стаття 91 Конституції Польської Республіки, наприклад, обумовлює безпосереднє застосування міжнародного договору випадками, коли його застосування не залежить від ухвалення закону) не робить. Тобто очікувати, поки положення договору будуть трансформовані в акти внутрішнього законодавства правозастосовним органам України непотрібно. Вони зобов'язані їх застосовувати одразу ж після набрання ратифікованим міжнародним договором чинності.

Одночасно ратифікований міжнародний договір набуває подвійного змісту. З одного боку, він залишається джерелом міжнародного права, що регламентує зовнішні зобов'язання України, а з іншого — стає джерелом внутрішнього, національного права України.

По-друге, не сумніваючись у важливості дотримання Україною принципу сумлінного виконання взятих на себе міжнародних зобов'язань (***pacta sunt servanda***), слід звернути увагу на те, що цей принцип безпосередньо не зафіксовано в Конституції України, а випливає із загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, якими Україна, відповідно до статті 18 Конституції, як і більшість інших держав (стаття 24 Конституції Болгарії, стаття 135 Конституції Литви, стаття 8 Конституції Молдови, стаття 17 Конституції Узбекистану тощо), зобов'язується керуватися у своїй зовнішньополітичній діяльності.

І хоч остання перебуває під юрисдикцією не тільки міжнародних органів, а й України, що, як зазначає М. В. Буроменський, «передбачає безумовну змогу оцінювання такої діяльності національними судами»*, це зовсім не означає, що принцип ***pacta sunt servanda*** поширюється на внутрішньодержавну діяльність такою ж мірою, як і на зовнішньополітичну. Суттєва відмінність позицій міжнародного права й конституційного права в підходах до цього питання в тому, що міжнародне право зобов'язує державу дотримуватися будь-яких укладених нею або її органами міжнародних договорів, незалежно від їхнього змісту й статусу (потребує такий договір ратифікації чи ні). Тобто вимога міжнародного права в цьому плані є абсолютною.

Конституційне ж право, не заперечуючи обов'язку держави дотримуватися принципу ***pacta sunt servanda***, одночасно не визнає абсолютного пріоритету будь-яких міжнародних договорів над усіма внутрішньодержавними законами й іншими нормативними актами. Такий пріоритет може бути визнано лише щодо міжнародних договорів певного виду чи рангу — тих, які, по-перше, повинна схвалити держава в особливому порядку (ратифікації) та, по-друге, внутрішньодержавна діяльність із забезпечення яких за сучасними міжнародними стандартами не є лише внутрішньою справою держави, тобто стала наднаціональною і надтериторіальною. До таких сфер внутрішньодержавної діяльності належить передовсім забезпечення прав і свобод людини, що нині беззастережно визнано як у багатьох міжнародно-правових документах, так і в конституційній доктрині та практиці більшості країн світу.

Загальноглобалізаційна тенденція до розширення наднаціонального міжнародно-правового регулювання питань, які раніше належали до внутрішньодержавної компетенції, зовсім не веде до відмови від поваги державного суверенітету, зокрема права держав поза межами універсальних багатосторонніх міжнародних договорів (угод, конвенцій, пактів, статутів тощо), загальнозобов'язальних для всіх держав, що до них долучилися, самостійно визначати сфери, в яких норми міжнародних договорів мають пріоритет над нормами національного законодавства загалом, в яких — частково, а в яких не мають такого пріоритету взагалі. Цього досягають різними способами. Одним з найпоширеніших є ухвалення окремого закону (іншого нормативно-пра-

* Буроменский М. В. К вопросу о действии норм международного права во внутреннем правопорядкеУкраины. Международное право как основа современного миропорядка: коллективная монография Liber Amicorum к 75-летию проф. В. Н. Денисова / под ред. А. Я. Мельника, С. А. Мельник, Т. Р. Короткого. Киев-Одесса: Феникс. 2012. С. 264.

вового акта), який положення міжнародного договору імплементує в національне законодавство, тобто відтворює у відповідному його акті. До його ухвалення пряме застосування такого договору у внутрішній діяльності держави через безпосереднє покликання на нього, на відміну від ратифікованих договорів, по суті, є неконституційним. Його, згідно зі статтею 9 Конституції України, можна застосовувати лише в зовнішньополітичній діяльності, якщо це, звісно, можливо без імплементації. Доволі поширеним у таких випадках є введення до текстів імплементаційних законів спеціальних колізійних норм, спрямованих на подолання колізій між цими законами й нормами міжнародних договорів.

Аналіз законодавства України свідчить, що вітчизняний законодавець вдається до таких норм доволі часто. Положення про те, що в разі суперечності норм кодексу ратифікованому міжнародному договору України застосовують положення відповідного міжнародного договору, містять більшість українських кодексів: цивільний, господарський, митний, податковий, повітряний, водний, лісовий тощо. Такі положення мають й інші (звичайні) закони України — «Про кінематографію» від 13 січня 1998 р.[*], «Про топографо-геодезичну й картографічну діяльність» від 23 грудня 1998 р.[**], «Про рослинний світ» від 9 квітня 1999 р.[***] тощо, на що звертають увагу В. Н. Денисов і А. Я. Мельник, слушно зазначаючи, що серед міжнародних договорів, яким надають пріоритет над нормами названих законів, є не тільки договори, «згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України»[****].

Наведені В. Н. Денисовим і А. Я. Мельником приклади, як не важко помітити, стосуються специфічних сфер діяльності держав, які мають регулюватись їх внутрішнім законодавством ідентично, орієнтуючись на «стандартизовані» міжнародно-правовими договорами (зокрема й деякими міжурядовими і відомчими), зразки чи вимоги. До цього спонукають узяті на себе міжнародні зобов'язання держави. Введення в текст названих законів (їх можна навести значно більше) колізійних норм є однією з гарантій виконання державою цих зобов'язань.

Проте колізійні норми, що доволі часто зустрічаються в національному законодавстві, свідчать не про універсальність принципу пріоритетності норм всіх міжнародних договорів над національним

---

[*] Відомості Верховної Ради (далі ВВР). 1998. № 22, ст. 114.

[**] ВВР. 1999. № 5—6, ст. 46.

[***] ВВР. 1999. № 22—23, ст. 198.

[****] Денисов В. Н., Мельник А. Я. Розвиток правових засад та механізмів верховенства міжнародного права у внутрішньому праві України. *Взаємодія міжнародного права з внутрішнім правом України*: монографія. К.: Юстиніан. 2006. С. 33.

законодавством України, як вважають названі автори, а про самостійність вибору підходів Української держави до розв'язання зазначених питань як вияву її суверенітету. Це підтверджує зокрема той факт, що навіть деякі кодекси України автоматично не визнають пріоритету міжнародних договорів над положеннями цих кодексів, покладаючи розв'язання цих питань на законодавця в кожній конкретній ситуації. У частині третій статті 4 Бюджетного кодексу України, наприклад, ідеться: «Якщо на ратифікацію подають міжнародний договір України, виконання якого потребує ухвалення нових або внесення змін до чинних законів України, що регулюють бюджетні відносини, проєкти таких законів подають на розгляд Верховної Ради України разом з проєктами закону про ратифікацію і ухвалюють одночасно»[*].

З цього випливає, що співвідношення норм міжнародних договорів і національного законодавства України не таке однозначне, як це видається деяким вітчизняним правознавцям, особливо фахівцям з міжнародного права. Його остаточне вирішення з урахуванням як сучасних тенденцій у міжнародному співтоваристві, досвіду інших країн, так і національних особливостей України можливе завдяки внесенню відповідних змін до Конституції України. До його належного конституційного унормування (урегулювання) основним орієнтиром його вирішення в кожній конкретній ситуації можуть бути не так статті 9, 18 Конституції України й тим паче не закон «Про міжнародні договори України» (визначення загального правила про пріоритетність норм міжнародних договорів — це зазвичай прерогатива Конституції, а не ординарного закону), як частина перша статті 8 Основного закону України, яка закріплює принцип верховенства права. Водночас цей принцип треба розглядати не як абстрактну категорію, що дає змогу обґрунтовувати з покликанням на нього, будь-які, навіть неконституційні позиції, як це інколи є у вітчизняному правознавстві, а як поняття, нерозривно пов'язане з людиною, її правами та свободами. Саме вони, ще раз наголосимо, становлять загальноцивілізаційну, загальнокультурну, універсальну цінність незалежно від націй, ідеологій, релігій, а тому вже давно не є лише внутрішньою справою держави, ставши об'єктами міжнародно-правового регулювання[**].

---

[*] Див.: Бюджетний кодекс України. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-17 (дата звернення: 24.04.2021).

[**] Див. докладніше: Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. К.: ВАІТЕ, 2015. С. 347—351.

Показовою у цьому плані є позиція Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційської комісії) Ради Європи, що озвучено на ухваленому нею на 106-му пленарному засіданні 11—12 березня 2016 року документі ***Rule of Law Checklist*** (у неофіційному перекладі українською мовою члена цієї Комісії від України Сергія Головатого документ звучить як «Мірило правовладдя»[*]). У спеціальному підрозділі цього документа «Зв'язок між міжнародним і внутрішнім правом» розділу А «Законність» — одного з провідних складників верховенства права Комісія, з одного боку, констатує, що «принцип ***pacta sunt servanda***»... є способом, у який міжнародне право виражає принцип законності й звертає увагу на «критичну важливість» реалізації міжнародного права в національній правовій системі[**]. Проте, з іншого боку, у ньому наголошено, що це не означає, що міжнародне право завжди повинно мати верховенство (***supremacy***) над Конституцією і звичайним законодавством (***ordinary legislative***), логічно залишаючи певний простір для розв'язання цього питання в конкретних ситуаціях на розсуд держави. Водночас стан верховенства права в державі Комісія узалежнює, зокрема, від відповіді на питання: чи забезпечує держава відповідність національного законодавства міжнародному праву ***щодо прав людини (виділення наше — М. К.)*** разом із обов'язковістю рішень міжнародних судів[***]. Тобто послідовне увідповіднення внутрішнього законодавства міжнародно-правовим договорам з прав людини й національної судової практики — з практикою міжнародних судів у таких справах Венеційська комісія розглядає як один з найважливіших критеріїв (мірил) верховенства права. На такі позиції слід насамперед орієнтуватися під час аналізу співвідношення міжнародних договорів і національного законодавства в правовій системі України.

### 1.3.3. Загальновизнані принципи й норми міжнародного права та конституційне право

Проблема взаємозв'язків загальновизнаних принципів і норм міжнародного права та національних правових систем є ще невизначенішою, якщо порівняти зі статусом та місцем міжнародних договорів у них.

Попри те, що до таких принципів і норм більшість сучасних держав ставиться загалом прихильно, засвідчуючи їм свою повагу й намагаючись узгоджувати з ними національний правопорядок, про що інколи прямо

---

[*] Мірило правовладдя: Rule of Law Checklist / Переклад. Коментар. Глосарій С. Головатого. К.: ВАІТЕ, 2017. 163 с.

[**] Там само. С. 17, 124.

[***] Там само. С. 17, 124.

зазначають у конституціях (наприклад, стаття 10 Конституції Італії, стаття 8 Конституції Македонії (нині Північної Македонії), стаття 7 Конституції Угорщини) або навіть визнають їх частиною національних правових систем (стаття 9 Конституції Австрії, стаття 6 Конституції Грузії, стаття 15 Конституції Росії тощо) держав, які визначають співвідношення між загальновизнаними нормами міжнародного права й національним законодавством, закріплюючи пріоритетність міжнародно-правових норм перед національним законодавством (правопорядком) на рівні конституції, в Європі, тим паче у світі, небагато. Ба більше, навіть деякі з тих держав, які розглядають загальновизнані принципи й норми міжнародного права як частину національної правової системи, надають пріоритетності перед нормами національного законодавства лише ратифікованим міжнародним договорам (стаття 123 Конституції Естонської Республіки, стаття 15 Конституції РФ тощо). Одна з основних причин такої позиції — брак визначеності «загальновизнаних принципів і норм міжнародного права» проти норм міжнародних договорів.

Загальновизнаними здебільшого називають принципи й норми Статуту ООН та деякі інші, які охоплюють зазвичай норми міжнародного звичаєвого права. Це суттєво ускладнює оцінювання їхньої узгодженості з національним законодавством, що сформульовано здебільшого чіткіше.

Тому навіть визнання таких принципів і норм більшістю держав, автоматично не зобов'язує кожну державу дотримуватися їх у своїй внутрішній діяльності, а тим паче надавати їм пріоритетності перед національним законодавством доти, поки ці принципи й норми не закріплено в ратифікованому міжнародному договорі, який став частиною національної правової системи.

У вітчизняному правознавстві ставлення до місця загальновизнаних принципів і норм міжнародного права в національній правовій системі України таке ж різне, як і ставлення до міжнародних договорів. Більшість науковців, переважно представників конституційного права, не вбачають будь-яких конституційних підстав вважати загальновизнані принципи й норми міжнародного права, на відміну від міжнародних договорів, частиною національного законодавства України. Це, на їхній погляд, можливо лише тоді, коли загальновизнані принципи й норми міжнародного права буде закріплено в універсальних міжнародних договорах, стороною яких виступає Україна, і згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України*.

* Терлецький Д. С. Конституційно-правове регулювання дії міжнародних договорів в Україні: автореф. дис. канд. юрид. наук. 12.00.02. Одеса, 2007. С. 12.

Проте у вітчизняній літературі часто є й протилежні погляди. Їх прихильники (здебільшого фахівці з міжнародного права) стверджують, що, попри формальне неврегулювання цих питань Конституцією України, аналіз вітчизняного законодавства та практики його застосування дає підстави вважати, що загальновизнані принципи й норми міжнародного права де-факто можна застосовувати у внутрішньому правопорядку України*. Деякі ж представники міжнародного права займають ще радикальнішу позицію. Зокрема, на думку М. В. Буроменського, загальновизнані принципи й норми міжнародного права, як і міжнародні договори, становлять частину національної правової системи та мають пріоритет над національним законодавством України. Окрім аргументів, наведених вище щодо міжнародних договорів, науковець покликається на статтю X Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року, у частині третій якої зазначено, що «Українська РСР визнає... пріоритет загальновизнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права»**.

Однак і цей аргумент надто вразливий.

По-перше, сумнів викликає беззастережне зарахування Декларації «до нормативно-правових актів конституційного змісту й рівня»***. Як відомо, навіть у міжнародному праві ставлення до природи таких документів як Декларація неоднозначне. Чимало юристів-міжнародників вважають Декларацію актом, хоч і надзвичайно важливим для правової теорії і практики, проте юридично незобов'язувальним (винятком не є навіть Загальна декларація прав людини 1948 року).

По-друге, у завершальній частині Декларації про державний суверенітет України наголошено, що Декларація є основою нової Конституції України. Звідси випливає, що з ухваленням Основного закону вона насправді себе вичерпала, залишившись в історії як, безсумнівно, один з найзначущіших передконституційних документів, пов'язаних зі становленням Української держави.

По-третє, навіть якщо підтримати позицію М. В. Буроменського й розглядати Декларацію як нормативно-правовий акт, то відповідно до пункту першого розділу XV «Перехідні положення» Конституції України

---

* Денисов В. Н., Мельник А. Я. Розвиток правових засад та механізмів верховенства міжнародного права у внутрішньому праві України. С. 39.

** Буроменський М. В. К вопросу о действии норм международного права во внутреннем правопорядке Украины. *Международное право как основа современного миропорядка*: коллективная монография. Киев-Одеса. Феникс, 2012. С. 265—266.

*** Там само. С. 264.

«закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття чинності цією Конституцією, є чинними в частині, що не суперечить Конституції України».

Історія її підготовки й ухвалення свідчить, що не можна беззастережно та категорично стверджувати про те, що наведені вище положення статті X Декларації про державний суверенітет України відповідають чинній Конституції України. Як випливає з Концепції нової Конституції України та її проєктів, положення про пріоритетність норм міжнародного права (зокрема міжнародних договорів) у різних варіантах містили декілька конституційних проєктів, зокрема проєкт Конституції України в редакції від 15 листопада 1995 року, схвалений Конституційною комісією України 23 листопада 1995 року. Це положення вилучено з його тексту тільки на завершальному етапі опрацювання проєкту нової Конституції України, причому вилучено свідомо.

Можна припустити, що основним мотивом на користь такого вилучення було те, що чимало держав принаймні тоді, не сповідували принцип пріоритетності норм міжнародного права перед нормами національного законодавства, очевидно, убачаючи в цьому загрозу державному суверенітету. Можна по-різному ставитися до таких мотивів, проте відкидати їх зовсім, ураховуючи складні умови становлення Української держави, мабуть, не варто.

У конституціях більшості держав немає положення про пріоритетність загальновизнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права, проте це зовсім не перешкоджає національній судовій практиці використовувати їх для посилення аргументації мотивувальної частини рішення, але аж ніяк не для надання їм переваги над національними законами під час вирішення конкретної справи. На відміну від норм міжнародних договорів, загальновизнані норми міжнародного права не є частиною національної правової системи, а отже, джерелом внутрішнього права України.

І хоч у тексті Угоди про асоціацію України та ЄС багаторазово, як зазначає О. В. Стрельцова, наголошено на важливості дотримання загальновизнаних міжнародно-правових принципів і спільних європейських цінностей*, які покладено в основу цієї Угоди, джерелом національного права України є (і відповідно мають пріоритет над її національним законодавством) не, само собою, загальновизнані принципи й норми міжнародного права, а Угода про асоціацію, в якій їх закріплено.

---

* Стрельцова О. В. Конституціоналізація процесу асоціації України з Європейським Союзом: монографія. К.: Алерта, 2017. С. 443.

### 1.3.4. Співвідношення міжнародного права й національних конституцій

Сама постановка цього питання для багатьох вітчизняних і закордонних конституціоналістів може видатися надуманою. Адже, як вже згадували, позиція абсолютної більшості країн під час розв'язання цього питання однозначна: перевагу перед нормами міжнародного права мають національні конституції.

До того ж конституції деяких держав, визнаючи пріоритет ратифікованих міжнародних договорів перед національними законами й іншими нормативними актами, водночас прямо наголошують на безумовному верховенстві конституції та неприпустимості укладення міжнародних договорів, що їй суперечать (стаття 123 Конституції Естонії, стаття 8 Конституції Білорусі, стаття 15 Конституції Узбекистану тощо). Проте більшість держав, дотримуючись позиції верховенства національної конституції перед міжнародними договорами, підходять до розв'язання питання про співвідношення між ними й конституцією не так категорично. Показовим у цьому плані є формулювання статті 95 Конституції Іспанії 1978 р., відповідно до якої «укладанню міжнародного договору, який містить положення, що суперечать конституції, має передувати перегляд останньої». Це формулювання в тому чи іншому варіанті відтворено в багатьох конституціях нових держав Європи та Азії, що виникли внаслідок розпаду колишньої «соціалістичної співдружності», зокрема в Конституції України.

Відповідно до частини другої статті 9 «укладання міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України». Тобто Основний закон України за аналогією до Конституції Іспанії й інших конституцій, хоч і непрямо, але беззаперечно фіксує принцип верховенства Конституції щодо міжнародних договорів. Цього, до речі, не заперечують і більшість фахівців з міжнародного права, які послідовно обстоюють принцип пріоритетності міжнародних договорів перед національним законодавством України, наголошуючи на неприпустимості введення в правову систему України міжнародних договорів, які суперечать Конституції*.

Слід зазначити, що навіть у тих державах, де таких конституційних положень немає, до повноважень органів конституційного контролю

---

* Див., наприклад: Євінтов В. І. Пряме застосування міжнародних стандартів прав людини. Коментар до статті 9 Конституції України. *Український часопис прав людини.* 1998. № 1. С. 27.

зазвичай належать попередня або наступна (після укладання і ратифікації) перевірка міжнародних договорів щодо їхньої відповідності конституції, що також підтверджує (опосередковано) її пріоритетне становище перед міжнародними договорами.

Та все ж, попри цю одностайну конституційну практику, деякі вітчизняні правознавці продовжують спроби обґрунтування пріоритету як міжнародних договорів, зокрема Європейської конвенції прав людини*, так і загальновизнаних норм міжнародного права над Конституцією України**. Свою позицію вони аргументують, покликаючись на принципи й норми Європейського співтовариства, що зафіксовано в названій Конвенції, на верховенство комунітарного права (тобто актів наднаціональних організацій) над внутрішнім правом***, на положення згадуваної статті X Декларації про державний суверенітет України, на частину першу статті 8 Конституції України щодо верховенства права, яке «не обмежується національними межами», а охоплює загальновизнані норми міжнародного права тощо****.

Деякі з цих аргументів ми вже аналізували. До них можна додати таке: по-перше, з погляду конституційного права, загальновизнані принципи й норми міжнародного права та норми міжнародних договорів мають беззастережний (абсолютний) пріоритет тільки в міжнародно-правовій сфері. У сфері внутрішнього права їхній пріоритет обмежено. Найвищий щабель в ієрархічній системі його джерел за усталеною традицією займає конституція. Загальновизнані норми міжнародного права й норми міжнародних договорів, незалежно від їхнього рангу, у цій ієрархічній системі містяться нижче конституції. Такої позиції дотримуються як у теорії конституційного права, так і конституційній практиці майже всіх європейських (і не тільки європейських) країн*****. Лише деякі з них, і то з суттєвими застереженнями, визнають пріоритет міжнародних договорів над національною конституцією (Конституція

---

* Паліюк В. Місце Конвенції про захист прав людини та основних свобод у правовій системі України. *Європейський суд з прав людини*: базові матеріали застосування практики. Український центр правничих студій. К., 2003. С. 9, 412, 418.

** Буроменский М. В. К вопросу о действии норм международного права во внутреннем правопорядке Украины. *Международное право как основа современного миропорядка*: коллективная монография LiberAmicorum к 75-летию проф. В. Н. Денисова; под ред. А. Я. Мельника, С. А. Мельник, Т. Р.Короткого. Киев-Одесса: Феникс, 2012. С. 270—271.

*** Паліюк В. М. Вказана праця. С.418.

**** Bulletin of Constitutional Case-Law. Venice Commission Constitutional Justice. Special Edition Constitutional Principles. Strasbourg. January 2018. p. IX; Буроменский М. В. Вказана праця. С. 270—271.

***** Гарлицки Л. Международное право в конституционном порядке Республики Польша. *Международное право XXI века*. К.: Издательскийдом «Промени», 2006. С. 414—436; Garlicki L. Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wyklady. Wydanie 14. *Liber. Warszawa.* 2010. S. 142—148.

Нідерландів допускає схвалення парламентом міжнародного договору, що суперечить Основному закону, але для цього потрібна згода двох третин, тобто кваліфікованої більшості депутатів парламенту).

Позицію пріоритетності конституції над нормами міжнародного права можна коригувати хіба що за умови вступу держави до певних наднаціональних (далеко не всіх) міжнародних і регіональних організацій, зокрема до Європейського Союзу. Доктрина верховенства права ЄС поширюється на всі нормативні акти держав-членів ЄС, зокрема й національні конституції. На неприпустимості протиставлення праву ЄС національних конституційних актів неодноразово наголошував Європейський суд справедливості (Суд Європейського Союзу в Люксембурзі). Проте навіть за таких обставин конституційні суди багатьох країн-членів ЄС продовжують обстоювати верховенство конституції в національній правовій системі. Найпослідовнішу позицію має у своїх рішеннях Федеральний конституційний суд Німеччини, який виступає чи не найактивнішим опонентом Європейського суду справедливості. У рішенні від 30 червня 2009 року у справі щодо Лісабонського договору (Лісабон) ФСК прямо наголосив на тому, що «й після набрання чинності Лісабонським договором Європейський Союз не стає утворенням, подібним державі… Союз — це не федеративна держава, він залишається об'єднанням суверенних держав з чинним принципом обмежених повноважень у певних випадках»[*]. А тому до його обов'язків належить повага до суверенітету й національної ідентичності держав-членів, важливим елементом якої є конституційно-правова ідентичність, «як невіддільна частина демократичного самовизначення народу»[**]. Вона передбачає повноваження держав-членів ЄС щодо самостійного й відповідального врегулювання суспільних відносин у політичній і соціальній сферах, зберігаючи за ними зокрема й право бути «господарями договорів»[***].

Непорушність принципу верховенства конституції в національній правовій системі неухильно обстоюють конституційні суди держав-членів ЄС, зокрема Італії, Польщі та інші. Наприклад, Конституційний трибунал Польщі у своїх рішеннях неодноразово акцентував увагу на тому, що «Конституція залишається найвищим правом Республіки Польща щодо всіх міжнародних договорів, які є для неї обов'язкови-

---

[*] Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 912.

[**] Там само. С. 907.

[***] Там само. С. 909—910.

ми»[*], і саме цей орган повинен бути судом «останнього слова» у справах, які стосуються Конституції Республіки Польща, окреслюючи зокрема межі дії принципу верховенства права ЄС у національному правопорядку Польщі[**].

Оскільки для України членство в ЄС — це доволі віддалена перспектива, цим коротким аналізом позицій його держав-членів щодо верховенства національної конституції обмежимося.

По-друге, неправильно вважати, що у формулюванні частини другої статті 9 Конституції України, яка віддає пріоритет Основному закону перед нормами міжнародних договорів, «переважив абсолютно позитивістський підхід». Інституційно-нормативна частина властива будь-якій системі права — міжнародній чи національній. Без неї такі властивості (вимоги-складники) верховенства права, концепція якого насправді сформувалась в річищі ліберальної доктрини природного права, якот: визначеність, передбачуваність, упорядкованість, стабільність тощо, — недосяжні. Тому як теорія верховенства права, так і практика його застосування, зокрема Європейським судом з прав людини, також єдина. Ігнорування цих властивостей — складників верховенства права — це шлях до заперечення самого принципу верховенства права та його визначального елемента — найвищої юридичної сили конституції, а отже, до свавілля, яке, на жаль, поки що не подолано у вищих ешелонах української влади, що негативно впливає на правову атмосферу суспільства загалом.

Нарешті, не можна не відзначити, що конституція — це один з атрибутів держави й ставлення до неї як вияву національного суверенітету повинне бути особливо шанобливим, попри її недоліки, які треба усувати також у конституційно визначений спосіб, про що йтиметься в наступних розділах.

---

[*] Wyrok Trybunalu Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2005 r. URL: http: tribunal.gov.pl/sprawy w trybunale/katalog (Last accessed: 11.08.2019).

[**] Довгань Г. Доктрина верховенства права Європейського Союзу: національний аспект (позиція конституційних судів окремих держав-членів ЄС). *Право України.* 2019. № 1. С. 98—106.

## 1.4. Джерела конституційного права

### 1.4.1. Конституція як титульне й базове джерело конституційного права та його серцевина: загальна характеристика

#### 1.4.1.1. Поняття конституції

Як зазначено в підрозділі 1.1 цього розділу, термін «конституція» використовують уже багато століть. Проте в науковій літературі аж до XVIII століття цей термін уживали переважно як синонім устрою держави. Лише в епоху ліберально-демократичних (буржуазних) революцій поступово утверджується розуміння конституції як нормативно-правового документа — Основного закону держави.

Нині під конституцією розуміють систему правових принципів і норм, виражених в єдиному нормативному акті найвищої юридичної сили або кількох таких актах, в яких закріплено засади правового становища (статусу) особистості та її відносин з державною владою, основи соціально-економічного устрою, політичної системи, організації й діяльності держави та її ключових органів, місцевого самоврядування, а також відносин держави зі світовою спільнотою (засади зовнішньополітичної діяльності держави).

Конституція в сучасному світі є невіддільним атрибутом держави, ознакою її суверенності. Лише поодинокі держави, здебільшого абсолютні монархії за формою правління, продовжують обходитися без конституції. Проте вони поступово зникають з історичної арени.

Це свідчить про те, що конституції стають нині універсальною й загальноцивілізаційною цінністю.

У конституціях не тільки закріплюють фундаментальні засади, на яких базуються найважливіші суспільні відносини в державі й утверджується стабільний конституційно-правовий порядок, вони також є визначальним юридичним інструментом обмеження державної влади — однієї з основних ознак конституціоналізму.

#### 1.4.1.2. Класифікація конституцій

Попри те, що конституції в сучасному світі дедалі більше інтернаціоналізуються й набувають значення спільної для всіх держав цінності, вони суттєво відрізняються одна від одної за зв'язками з дійсністю,

формою, змістом, часом дії тощо. Це, однак, не неуможливлює їхню класифікацію, тобто групування за спільними, найсуттєвішими ознаками в певні види (типи). Класифікація дає змогу виявити загальну картину стану конституційного регулювання в сучасному світі, визначити особливості конституцій різних країн та ліпше орієнтуватися в їхній багатоманітності.

Спектр критеріїв класифікації конституцій, які використовують у сучасній конституціоналістиці, доволі широкий.

Залежно від відносин (зв'язків) конституції з реальністю, їх поділяють на: гарантійні, тобто справжні конституції (інколи їх називають власне конституціями), номінальні, або формальні конституції та фіктивні, або фасадні конституції.

Гарантійні, або справжні конституції — це конституції, у яких не тільки закріплюють основи правового становища людини й громадянина (особистості), соціально-економічного устрою, політичної системи, організації й функціювання держави та її органів, місцевого самоврядування, що відповідають надбанням конституціоналізму, а й положення яких реально втілюються у суспільних відносинах, тобто коли фактичний їх стан (його часто іменують фактичною конституцією) відповідає юридичному (юридичній конституції).

Номінальні, або формальні конституції — це конституції, які лише називають конституціями. Вони навіть не претендують на те, щоб стати справжніми конституціями, оскільки їхній зміст не відповідає елементарним вимогам конституціоналізму, виправдовуючи систему необмеженої й неконтрольованої влади, хоч їхні положення й реалізують на практиці. Такі конституції властиві зазвичай найреакційнішим державним (політичним) режимам, яких у світі залишається дедалі менше.

Фіктивні, або фасадні конституції — це конституції, тексти яких не тільки за формою, а й часто за змістом важко відрізнити від справжніх конституцій. Проте їхні положення не реалізують у реальному житті, оскільки їх нічим не гарантують. Такі конституції ухвалюють лише для збереження фасаду політичного режиму, тобто його зовнішньої респектабельності. Вони притаманні здебільшого авторитарним, диктаторським режимам, про що йшлося вище.

За способом вираження закладеного в конституцію нормативного матеріалу, тобто за її зовнішньою формою, часто розрізняють писані, неписані й змішані конституції.

До писаних належать конституції, які складено у формі єдиного нормативного акта або ж сукупності таких актів, що регулюють питання конституційного змісту та мають найвищу юридичну силу в ієрархії джерел права країни. Писані конституції, своєю чергою, поділяють на кодифіковані й некодифіковані. Кодифіковані конституції — змістовно викладені в одному акті, а некодифіковані охоплюють декілька актів.

До неписаних належать конституції, які охоплюють безліч джерел — законів, які здебільшого не мають вищої юридичної сили, судових прецедентів, правових звичаїв, конституційних угод тощо.

Змішані конституції поєднують у собі ознаки першої та другої форм вираження нормативного матеріалу.

Писані кодифіковані конституції найпоширеніші в сучасному світі. До країн з писаними некодифікованими конституціями найчастіше зараховують Швецію, Фінляндію, Австрію та деякі інші країни. Конституція Швеції, наприклад, охоплює три Основні закони — Форма правління 1974 р., Акт про престолонаступництво 1810 р., Акт про свободу преси 1949 р; конституція Фінляндії — два закони — Форма правління Фінляндії 1919 р. і Сеймовий статут 1928 р.; конституція Австрії — низку актів конституційного змісту, основу яких становить Конституційний закон 1920 р. Усі ці акти офіційно визнано в названих країнах конституційними, і вони мають найвищу юридичну силу (ба більше, Конституційний закон Австрії часто сприймають як конституцію цієї держави).

До країн з неписаними конституціями зазвичай зараховують Великобританію та Нову Зеландію; до країн зі змішаними конституціями — найчастіше Ізраїль.

Саме на рівні визначення країн з неписаними й змішаними конституціями критерій поділу конституцій на вказані види виявляється найвразливішим, підтвердженням чого є плутанина із зарахуванням конституцій названих країн до відповідних видів.

Так, поряд із все ще панівною думкою про належність Великобританії та Нової Зеландії до країн з неписаними конституціями, дедалі частіше озвучують аргументи на користь, щоб зарахувати їх до країн зі змішаними конституціями. І навпаки, конституцію Ізраїлю за попередньою традицією нерідко продовжують класифікувати як неписану. Така плутанина невипадкова. Адже за всієї значущості конституційних звичаїв, угод і прецедентів у Великобританії, у конституційному регулюванні цієї країни вагоме значення завжди мали й мають Велика хартія вольностей 1215 р., Петиція про права 1628 р., Білль про права 1689 р.,

Акт про престолонаступництво 1701 р., які становлять «біблію англійської конституції». Її доповнено численними статутами, що прийнято за останнє століття, зокрема: Акти про парламент 1911 та 1949 рр., про громадянство 1981 р., про народне представництво 1983 р., про расові відносини 1986 р., про місцеве самоврядування 2000 р. тошо. У Новій Зеландії поряд з тими ж правовими звичаями, прецедентами тощо є Конституційний акт 1986 р., який хоч і не має за своєю юридичною силою пріоритету над іншими джерелами, проте суттєво впливає на регулювання питань конституційного змісту.

Ще складніша ситуація з досить своєрідною конституцією Ізраїлю. Вона охоплює безліч (понад два десятки) ухвалених ізраїльським парламентом (кнесетом) законів: про землі Ізраїлю, про сам кнесет, про президента, про уряд, про судоустрій, про армію тощо, які (чи принаймні їхня більшість) іменують Основними законами. Проте попри їхню назву, ці закони ухвалюють і змінюють за звичайною законодавчою процедурою. Тільки в законі про кнесет одна зі статей, що стосується виборів до нього (точніше виборчої системи), потребує абсолютної більшості голосів членів парламенту. Дискусійним є питання й щодо юридичної сили названих законів. Це свідчить про те, що конституцію Ізраїлю за способом вираження нормативного матеріалу швидше слід зарахувати (хоч і з суттєвими застереженнями) до писаних некодифікованих (або за іншою термінологією несистематизованих*) конституцій.

Утім, поділ конституцій на писані, неписані й змішані є не просто умовним, як зазначено в літературі, а, як випливає з викладеного, у сучасних умовах узагалі некоректним.

Залежно від часу дії конституції класифікують на постійні й тимчасові. Постійні конституції передбачають свою безстрокову дію або ж принаймні доти, поки її повністю не переглянуть або набере чинності нова конституція. Тимчасова конституція — конституція, дію якої обмежено певним терміном або ж настанням певної події. Так, відповідно до статті 146 Основного закону ФРН 1949 р. він «припиняє свою дію в день, коли набуває чинності Конституція, прийнята вільним волевиявленням німецького народу». Тобто термін дії Основного закону ФРН залежить від об'єднання Німеччини (до речі, саме розділеністю Німеччини пояснюють той факт, що Основний закон ФРН формально не ототожнювали з конституцією). Тільки після внесення в нього поправок Договором про об'єднання (з НДР) 1990 р. Основний закон ФРН не

* Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн: підручник К.: Ін Юре, 2015 С. 52.

тільки за змістом, а й фактично за формою (зі збереженням попередньої назви) набув статусу Конституції ФРН.

Залежно від способу встановлення (порядку прийняття) конституції поділяють на октройовані, договірні й «народні».

Октройованими (від фр. ***octroyer*** — дарувати, надавати) називають конституційні акти, що в односторонньому порядку дарував монарх своїм підданим без будь-якої участі їх самих або їхніх представників у розробленні чи обговоренні таких актів. Октройовані конституційні акти впроваджують держави з монархічною формою правління. У результаті такого дарування монархія з абсолютної перетворювалася в обмежену, конституційну монархію.

Після Другої світової війни октройованими стали називати конституції, які метрополії дарували своїм колишнім колоніям після їхнього звільнення від колоніальної залежності.

Договірні конституції — це конституції, що встановлено в договірний спосіб. Такий спосіб був досить поширеним у минулому, особливо у XVIII—XIX століттях. Його поширенню сприяла популярна тоді концепція суспільного договору Ж.-Ж. Руссо. За договірною процедурою між монархом і виборним органом було прийнято чимало конституційних актів в Європі того періоду. Договірний спосіб між гетьманом України й генеральною старшиною та Військом Запорозьким використано, зокрема, у Конституції Пилипа Орлика 1710 р., про що йшлося в підрозділі 1.1.

Нині договірний спосіб прийняття конституції майже не застосовують, хоч сама ідея інтерпретації конституції як суспільного договору серед політиків, а часом і юристів, доволі поширена. Однак така інтерпретація має не так юридичний, як політичний зміст.

«Народними» конституціями називають конституції, джерелом становлення яких є обрані народом представницькі органи — установчі збори та парламент. До таких конституцій належать також конституції, які прийнято або затверджено на загальнонародному референдумі. Референдум зазвичай має допоміжний характер. Розроблення й попереднє схвалення конституції здійснюють установчі збори (конвент, конституційна асамблея) — спеціальний орган, що сформовано на підставі загальних виборів, мета якого здебільшого полягає в підготовці тексту проєкту конституції та його попереднього схвалення, відтак його виносять на референдум. Іноді установчі збори наділяють повноваженням остаточного ухвалення конституції.

Нині функції установчих зборів здебільшого виконує парламент, який зазвичай уповноважує на це конституція. Такі повноваження парламент виконує за особливою процедурою, про що йтиметься в наступних розділах. Поєднання функцій представницьких органів у підготовці й попередньому схваленні тексту конституції та загальнонародного волевиявлення (затвердження її на загальнонаціональному референдумі) вважають нині найоптимальнішим способом ухвалення конституції. Винесення безпосередньо на референдум тексту конституції, розробленого поза межами представницьких органів та без їхньої участі, за сучасними міжнародними та європейськими стандартами оцінюють як недемократичний спосіб.

Залежно від способу внесення змін (порядку змін) до конституції розрізняють: гнучкі, жорсткі й змішані конституції.

Гнучкими вважають конституції, до яких вносять зміни в тому ж порядку, в якому змінюють звичайні закони. Жорсткі конституції — це конституції, які змінюють в особливому, складнішому порядку, що відрізняється від порядку внесення змін до звичайних законів. До змішаних конституцій (конституцій змішаного типу) за цим критерієм належать конституції, різні частини яких змінюють (переглядають) по-різному.

Прикладом гнучких конституцій є конституції Великобританії, Нової Зеландії, а також конституція Ізраїлю (за певними винятками, про які йшлося вище). До жорстких конституцій здебільшого зараховують конституції Данії, Португалії, Японії та низки інших держав. Конституцій змішаного типу у світі небагато. До них можна зарахувати, зокрема, Конституцію Мальти та Конституцію Індії.

Про деякі з названих й інші критерії класифікації конституцій детальніше йтиметься в останньому розділі підручника, один з підрозділів якого присвячено внесенню змін до конституції.

### 1.4.1.3. Місце Конституції України в системі джерел національного конституційного права

Конституція України відбиває загальні родові риси, властиві природі нормативно-правового акта цього виду. Це єдиний кодифікований акт, що закріплює, як і конституція загалом, засади правового становища особистості та її відносин з державою, основи економічного, соціального й політичного устрою, організації та діяльності державної влади, її відносин з громадянським суспільством і світовою спільнотою, та має найвищу юридичну силу (ст. 8 Конституції України). За способом

ухвалення Конституція України є народною, за часом дії — постійною (а не тимчасовою, перехідною, як вважають окремі вітчизняні конституціоналісти), за порядком внесення змін — жорсткою. Складніше із класифікацією Конституції України за критерієм її зв'язків з дійсністю. На жаль, беззастережно зарахувати її до гарантійних конституцій, де фактичний її стан відповідає юридичному, нині зарано. Про причини такої невідповідності йшлося в підрозділі 1.1.4.

На відміну від Конституції УРСР 1978 року, у назві чинної Конституції України не використовують термін «Основний закон». Проте це зовсім не означає, що вона не є таким законом. Поняття «конституція» і «Основний закон» у сучасній юридичній науці й практиці вживають як тотожні поняття. З цього виходить і Конституція України, фіксуючи цю тотожність не в назві (через очевидну тавтологію), а в завершальних рядках Преамбули. Як Основний закон Конституція України становить ядро конституційного права й усієї національної правової системи, є юридичною базою розвитку українського законодавства в усіх галузях суспільного життя.

Найвища юридична сила Конституції України виявляється в тому, що:

- по-перше, її норми мають пріоритет (верховенство) перед нормами інших законів, а поготів — перед актами виконавчої влади й іншими джерелами національного права. Верховенство Конституції поширюється також на міжнародні договори, про що йшлося в попередньому підрозділі;
- по-друге, норми інших законів і підзаконних нормативних актів повинні ухвалювати на основі Конституції, і їй відповідати (стаття 8 Конституції України). Будь-який акт, що суперечить Конституції (за змістом, формою, процедурою ухвалення), має бути визнаний неконституційним, а отже, недійсним.

Найвищу юридичну силу Конституції України, як і конституцій інших держав, забезпечує особливий порядок внесення до неї змін й особлива охорона Конституції, вирішальне значення в якій належить органу конституційної юрисдикції — Конституційному Суду України. Про все це докладніше йтиметься у завершальному шостому розділі підручника.

### 1.4.2. Основні джерела конституційного права

У вітчизняній конституціоналістиці основним джерелом конституційного права здебільшого вважають Конституцію. Проте значен-

ня конституції для конституційного права виходить за межі поняття джерела конституційного права як способу зовнішнього вираження його норм, навіть з додаванням епітета «основне». Не тільки тому, що конституційне право зобов'язане Конституції своєю назвою, носить її титул, а насамперед з огляду на те, що Конституція є визначальним юридичним уособленням (інструментом, символом) обмеження державної влади, становить ядро як самого конституційного права, так і національної правової системи загалом. Це, звісно, не заперечує розгляду Конституції як базового, визначального джерела конституційного права, проте зведення її лише до його джерел є спрощенням. З урахуванням цих застережень, перейдімо до характеристики основних джерел конституційного права.

#### 1.4.2.1. Джерела передконституційного змісту

Важливими джерелами конституційного права, що безпосередньо передують ухваленню конституції, досить часто були Декларації. Хоч їх здебільшого й розглядають як політичні, а не власне юридичні документи, їхнє значення у визначенні наступного змісту конституцій надзвичайно велике.

Класичними прикладами таких джерел є вже згадувані Декларація незалежності США 1776 року й французька Декларація прав людини і громадянина 1789 року, які стали основою для прийняття, відповідно, Конституції США 1787 р. та Конституції Франції 1791 р. (французька Декларація стала її частиною, а також лишається й частиною чинної Конституції Франції 1958 р.).

Аналогійну роль виконали Декларації про державний суверенітет, що прийняли напередодні розпаду СРСР парламенти більшості колишніх радянських республік, зокрема й Верховна Рада України, про що йшлося в підрозділі 1.4.2.

#### 1.4.2.2. Конституційні закони

Особливе місце серед джерел конституційного права належить конституційним законам. Здебільшого до них зараховують закони, за допомогою яких вносять зміни до конституції (Португалія, Замбія, Шрі-Ланка, Румунія, Чехія, Молдова, Україна тощо), що інколи прямо визначено в конституції, наприклад стаття 72 Конституції Румунії.

Теоретичною підставою виокремлення особливого виду конституційних законів є доктрина двох різновидів влади — установчої та зако-

нодавчої. Перша з них ухвалює конституцію й зміни до неї, а друга — усі інші закони. У більшості сучасних держав носієм обох цих різновидів влади є парламент, який виконує функцію як установчої влади (ухвалення конституції та внесення змін до неї), так і законодавчої влади (ухвалення інших законів). Після набуття чинності конституційними законами в такій їхній інтерпретації вони зазвичай стають частиною тексту конституції, утрачаючи своє самостійне значення.

Проте таке розуміння конституційних законів притаманне не всім державам. У деяких з них (наприклад, в Австрії, Канаді тощо) конституційними законами називають закони, що разом утворюють некодифіковану (несистематизовану) конституцію. У Франції поряд із законами, за допомогою яки вносять зміни до конституції, конституційними визнають також закони, що визначають принципи, за якими Конституційна рада Франції (аналог конституційних судів) визнала конституційне значення. Відповідно до цього в конституційній доктрині Франції сформульовано таке поняття як «конституційний блок», в який поряд з Конституцією (1958) додано нормативні акти й загальні принципи, що мають конституційне значення (Декларацію прав людини й громадянина (1789), преамбулу Конституції (1946), основні принципи, визнані конституційними Конституційною радою, тощо)*.

У низці країн (Грузії, Італії, Казахстані, Словаччині тощо) конституційними законами офіційно визнають закони, ухвалені з питань, спеціально визначених конституціями цих країн. Тобто вони розвивають особливо важливі положення конституцій, але не стають частиною їхнього тексту. До таких законів належать, наприклад, Федеральний конституційний закон «Про нейтралітет Австрії», конституційний закон «Про конституційний суд» в Італії, який відповідно до статті 137 італійської конституції «визначає умови, форми й строки порушення справ про конституційну законність, а також гарантії незалежності суддів Конституційного суду» тощо. Попри те, що такі закони ухвалюють зазвичай за процедурою внесення змін до конституції кваліфікаційною більшістю складу парламенту (про це докладніше йтиметься в наступних розділах), за своєю юридичною силою вони нижче як конституція (в ієрархії законів розташовані одразу ж після неї). У деяких державах (зокрема більшості балканських держав) конституційними офіційно іменують акти, які вводять конституцію в дію, хоч їх іноді (наприклад у Хорватії) ухвалюють за звичайною законодавчою процедурою.

---

* Див.: Сравнительное конституционное право. М.: «Манускрипт», 1996. С. 26.

### 1.4.2.3. Органічні закони

Серед законів — джерел конституційного права конституції низки держав (Франція, Алжир, Туніс, Марокко, Малі, Іспанія, Португалія, Румунія, Молдова тощо) виокремлюють спеціальну категорію законів, яку іменують органічними. Сама їхня назва свідчить про те, що вони органічно пов'язані зі змістом конституції, є її доповненням.

Коло питань, яке регулюють органічні закони, за своїм змістом неоднакове в різних країнах. У більшості з них вони стосуються передусім організації і діяльності найважливіших органів державної влади: парламенту, президента, уряду, конституційних та загальних судів тощо. Проте цим предмет регулювання органічних законів у низці країн не вичерпується. Такими законами нерідко регулюють також виборчу систему, організацію і проведення референдумів, організацію місцевого самоврядування, політичні партії, загальний правовий режим власності й успадкування, трудові відносини, профспілки й соціальний захист, релігійні культи, загальну організацію освіти, режим надзвичайного та воєнного стану, покарання та режим їхнього відбування тощо. Звідси й досить широкий діапазон кількісних показників предмета регулювання органічних законів. У Марокко, наприклад, його обмежено чотирма питаннями, тоді як у Румунії нараховує аж 25 питань.

Органічні закони ухвалюють зазвичай у порядку, відмінному від порядку ухвалення як конституційних, так і звичайних (ординарних) законів, що визначає їхнє місце в ієрархії законів. Вони в цій ієрархії знаходяться між першими й другими законами.

Органічний закон як специфічний (особливий) вид законів уперше було запроваджено у Франції (відповідно до конституції 1958 р.), згодом він поширився в більшості країн — колишніх французьких колоній в Африці, а в останні десятиліття його визнали в конституційному праві низки інших держав, зокрема європейських. В Україні такого виду законів як органічні немає. Проте прихильників вказаної градації законів серед вітчизняних теоретиків права й конституціоналістів останнім часом з'являється дедалі більше.

У такої підвищеної уваги є вагомі підстави. По-перше, доцільність виокремлення органічних (як і конституційних) законів в окремий вид законів дає змогу убезпечити Основний закон України від докладної регламентації низки питань, пов'язаних з організацією державної влади, інших політичних інститутів та деяких інститутів громадянського суспільства, зосередившись на визначенні фундаментальних засад ор-

ганізації та функціювання цих інститутів, у чому й полягає основне призначення конституції. По-друге, особливий, якщо порівняти зі звичайними законами, порядок ухвалення органічних законів збільшує їхню стабільність, оскільки їх можна змінити тільки органічними законами в тому ж порядку, в якому відбувалося їхнє ухвалення, що позитивно впливає на стабільність функціювання державного механізму. По-третє, запровадження органічних законів з особливим порядком їхнього ухвалення та внесення змін до них відкриває можливості для певного спрощення (пом'якшення) процедури ухвалення звичайних (ординарних) законів, якщо порівняти з чинним нині в Україні порядком, увідповіднивши його з порядком, властивим більшості держав, в яких запроваджено градацію законів. Це, своєю чергою, може сприяти подоланню маніпуляцій під час голосування за менш важливі законопроєкти, що нині практикують у Верховній Раді України, та дотриманню процедури особистого голосування, як того вимагає Конституція України.

#### 1.4.2.4. Звичайні (ординарні) закони

Це найчисленніший і найдинамічніший різновид законів. Вони регулюють найрізноманітніші види суспільних відносин, зокрема дотичних до предмета конституційного права. Зазвичай сферу таких відносин предметно не обмежено, хоч у більшості конституцій, зокрема в Конституції України, порівняно поширені так звані бланкетні норми, які відсилають до законів, що мають бути ухвалені у відповідних сферах суспільних відносин, предусім тих, які стосуються конституційного права. Звичайні (ординарні) закони ухвалюють за спрощеною, якщо порівняти з органічними законами, процедурою зазвичай на підставі правила простої більшості, тобто більшістю від присутніх депутатів і мінімально визначеного кворуму в парламенті.*

Предметна необмеженість сфери законодавчого регулювання не означає, що парламент під час ухвалення законів абсолютно вільний у своїй дискреції. Його свобода розсуду в законодавчій діяльності обмежена, по-перше, невідчужуваними правами людини, які, як зазначало-

* Прийнято вважати, що звичайні (ординарні) закони регулюють майже всі види суспільних відносин, що складають предмет конституційного права. Однак, зважаючи на те, що предметом конституційного права є передусім встановлення засад (основ) правового регулювання у всіх найважливіших сферах суспільного життя, про що йшлося у підрозділі 1.2.3, ця поширена думка вимагає уточнення. За умов конституційної градації законів звичайні закони слід пов'язувати, очевидно, не стільки з предметом конституційного права (оскільки засади регулювання ними за таких умов встановлюватися не повинні), скільки з предметом галузей права, які вже відокремилися від конституційного права — виборчого права, парламентського права, муніципального права тощо.

ся, є першоджерелом права й відповідно закону, тобто тим критерієм, якому парламент має підпорядковувати свою законотворчу діяльність, мета якої в демократичній і правовій державі полягає в кінцевому підсумку у створенні правових за змістом законів. По-друге, дискреційні законодавчі повноваження парламенту обмежені конституцією, яка вимагає, щоб закони ухвалювали на основі конституції і відповідали їй, про що прямо йдеться в частині першій статті 8 Конституції України. Такі положення є також у багатьох інших конституціях (стаття 102 Конституції Естонії, стаття 7 Конституції Литви, стаття 153 Конституції Словенії, стаття 5 Конституції Хорватії, стаття 16 Конституції Узбекистану, стаття 2 Конституції Словаччини тощо).

Проте навіть якщо такого положення в конституціях немає, воно випливає із самої сутності конституції як Основного закону держави, що має найвищу юридичну силу. Виняток із цього загального правила становлять конституції Великобританії, Нової Зеландії та небагатьох інших країн, правові системи яких належать до сім'ї загального права.

Конституційний контроль за відповідністю законів конституції здійснюють органи конституційної юрисдикції, якими нині є переважно конституційні суди (конституційні ради, трибунали), про що докладно йтиметься в розділі шостому цього підручника. По-третє, свободу розсуду (дискреції) парламенту обмежено принципом розподілу влади. Він не може ухвалювати закони, які посягають на автономність і незалежність судової влади (що, як не прикро, інколи було в практиці українського парламенту). Та й до нормотворчих повноважень виконавчої влади, які випливають з її визначених конституцією функцій, парламент має ставитися з повагою, не перебираючи на себе тих повноважень, які за конституцією належать органам виконавчої влади.

На відміну від конституцій Франції та деяких інших держав (переважно її колишніх колоній), які визначають сферу законодавчої компетенції парламенту (стаття 34 Конституції Франції), за межами якої нормативне регулювання здійснює так звана регламентарна влада, насамперед уряд (стаття 37 Конституції Франції), у Конституції України розмежування нормотворчої компетенції між законодавчою та виконавчою владою за сферами регулювання не передбачено. Законодавча компетенція за Основним законом України поширюється на всі сфери нормативно-правового регулювання. Проте це не означає, що вона формально безмежна, тобто що законом можна регулювати будь-яке питання з цієї сфери.

Стаття 92 Основного закону України доволі чітко визначає, в яких сферах закон регулює відповідні відносини вичерпно, не залишаючи будь-яких можливостей підзаконного нормативного регулювання, а в яких закон визначає лише засади (основи) регулювання, конкретизація яких належить до компетенції органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування. Це дає їм змогу оперативніше (проти тривалої парламентської процедури) реагувати на зміну конкретно-історичних умов життєдіяльності суспільства, ураховувати регіональні, місцеві та інші особливості, без чого ефективне регулювання в сучасному динамічному світі неможливе. Цих положень статті 92 Основного закону український парламент також дотримувався не завжди, намагаючись (значною мірою, очевидно, під впливом популізму) безпосередньо регулювати відносини, які за Конституцією і законами повинні регулювати органи виконавчої влади й органи місцевого самоврядування. Одним з найпоказовіших прикладів у цьому плані була спроба Верховної Ради встановлювати законом конкретні ціни й тарифи на житлово-комунальні послуги та послуги громадського транспорту, що надають громадянам України. Конституційний Суд України, розглядаючи справи щодо відповідності таких законів Конституції, обґрунтовано визнав їх неконституційними на тій підставі, що Верховна Рада України під час ухвалення вказаних законів вийшла за межі повноважень, визначених Конституцією України, і втрутилась у повноваження органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування, чим порушила статті 6 (розподіл влади) та 19, відповідно до якої вона, як й інші органи державної влади, зобов'язана діяти лише на підставі, у межах повноважень та в спосіб, що передбачено Конституцією та законами України*.

По-четверте, дискрецію парламенту обмежують ухвалені ним закони. Теорію про «підзаконність» самого законодавця було сформульовано ще в працях відомих конституціоналістів минулого, як-от: Леона Дюгі, Моріса Оріу, Людвіга Гумплович та інших. Проте й нині вона залишається актуальною, особливо для посттоталітарних держав, зокрема й для України. Вихідної ідеї цієї теорії, згідно з якою закон є обов'язковим для всіх органів і посадових осіб, зокрема й законодавця, доти, поки його не скасовано або не змінено у визначеному конституцією і парламентським регламентом порядку, український парламент нерідко не дотримується. Це спричинює неузгодженість між законами, ух-

* Див.: Рішення КСУ у справі про комунальні тарифи від 2 березня 1999 року. *Конституційний Суд України. Рішення. Висновки.* 1997—2001. Кн. 1. С. 342—346; Рішення КСУ у справі про ціни та тарифи на житлово-комунальні та інші послуги від 10 лютого 2000 року. *Конституційний Суд України. Рішення. Висновки*. 1997—2001. Кн. 2. С. 24—29.

валеними в різний період і своєчасно не скасованими, що врешті-решт породжує законодавчий хаос, подолати який юристу-практику, особливо початківцю, надзвичайно важко.

Окрему групу звичайних законів становлять закони про ратифікацію міжнародних договорів. За загальним правилом такі закони виконують лише функцію схвалення парламентом укладеного міжнародного договору. Вони не вносять у договір будь-яких змін, окрім хіба що можуть містити певні застереження до договору, якщо можливість таких застережень передбачена самим міжнародним договором.

### 1.4.2.5. Міжнародні договори

Міжнародні договори належать до одного з доволі давніх, можна сказати традиційних, джерел конституційного права, питома вага якого в умовах сучасних глобалізаційних й інтеграційних процесів серед джерел конституційного права зростає.

Проте не всі міжнародні договори стають джерелами конституційного права. По-перше, за своїм змістом вони повинні регулювати саме конституційно-правові відносини; по-друге, тільки ті відносини, які припинили бути внутрішньою справою держави, ставши наднаціональними; по-третє, міжнародні договори мають бути введені («допущені») в національну систему конституційного права лише після спеціальної процедури їхньої ратифікації. Особливо важливе значення для конституційного права мають Загальна декларація прав людини (1948), Міжнародний пакт про громадянські й політичні права (1966), Міжнародний пакт про економічні, соціальні й культурні права (1966), а також регіональні міжнародно-правові акти про права людини, ухвалені регіональними наднаціональними організаціями — Європейська конвенція прав людини (1950), Американська конвенція прав людини (1969), Африканська хартія прав людини і народів (1981), Хартія основних прав Європейського Союзу (2000), Декларація прав людини Асоціації держав Південно-Східної Азії (АСЕАН) (2012) для держав-членів цих організацій.

Одним з провідних джерел українського конституційного права є Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони (Угода про асоціацію між Україною і Європейським Союзом) (2014). Оскільки цим питанням, зокрема співвідношенню міжнародного договору з конституцією і законами,

присвячений попередній підрозділ підручника, обмежимося тут цими загальними зауваги.

### 1.4.3. Інші джерела конституційного права

#### 1.4.3.1. Підзаконні нормативні акти

Підзаконні нормативні акти — ще одна група джерел конституційного права, що регулює відносини, що становлять його предмет. До них належать переважно парламентські регламенти (у тому разі, якщо вони не є законами), нормативні акти глави держави й нормативні акти уряду. Зазвичай вони мають підзаконний зміст, тобто їх повинні ухвалювати на основі закону, і відповідати йому. Виняток становлять згадувані акти регламентарної влади, притаманні Франції та деяким іншим державам. Утім, сфера регулювання всіх цих актів часто тісно переплітається зі сферою регулювання адміністративного права, тому провести чітку межу між актами виконавчої влади, що є джерелом конституційного й адміністративного права, складно. Цього досягають здебільшого в процесі їхнього тлумачення під час розгляду конкретних правових ситуацій. Інші нормативні акти органів виконавчої влади (міністерств, відомств, місцевих державних адміністрацій) та органів місцевого самоврядування, які також часто зараховують до джерел конституційного права, здебільшого не належать до них. Вони швидше є джерелами адміністративного, муніципального, виборчого й інших галузей права.

#### 1.4.3.2. Акти органів конституційного контролю

Акти органів конституційного контролю — ще одне важливе джерело конституційного права. До таких актів належать насамперед рішення спеціалізованих органів конституційної юрисдикції: конституційних судів (за європейською моделлю конституційного контролю) або судів загальної юрисдикції (за американською моделлю конституційного контролю) щодо відповідності конституції нормативних актів законодавчої і виконавчої влади або їхніх окремих положень.

Здійснюючи конституційний контроль, його органи усувають з правової системи закони й інші нормативні акти (їхні окремі положення), які суперечать конституції, у такий спосіб забезпечуючи її верховенство. У таких випадках органи конституційного контролю виступають у ролі «негативного законодавця». Їхні акти (рішення) набувають самостій-

ного значення, і які можуть застосовувати безпосередньо, породжуючи відповідні юридичні наслідки (тобто не очікуючи внесення змін до нормативних актів, положення яких визнані неконституційними).

Набагато складніше з визнанням рішень органів конституційного контролю актами «позитивного законодавця», тобто актами позитивної нормотворчості. У країнах, правові системи яких належать до сім'ї загального права, нормотворче значення органів судового конституційного контролю, функції якого виконує зазвичай Верховний суд держави, визнають майже беззастережно, що випливає з прецедентного змісту його рішень. У країнах, правові системи яких належать до сім'ї континентального права, як і в інших споріднених з цією правовою сім'єю правових системах, ситуація не така однозначна. Переважно природу органів конституційного контролю, якими є зазвичай конституційні суди, як «позитивних законодавців» рішуче заперечують. Основним аргументом на користь такої позиції є покликання на принцип розподілу влади, відповідно до якого формулювання позитивних норм (норм закону чи інших нормативних актів) належить до виняткової компетенції законодавчої або виконавчої влади, підміна яких органом конституційного контролю недопустима.

Проте в юридичній літературі, особливо західних країн і постсоціалістичних країн Центральної Європи, нерідко можна натрапити на протилежні думки. Чи ненайрадикальнішу з них висловив ще в кінці 80-х років минулого століття польський конституціоналіст Лєх Гарліцкі: «У сучасній практиці образ "негативного законодавця" поступається місцем образу суду, що діє не тільки як звичайний "позитивний законодавець", але й як конституційний законодавець»*. Можна, очевидно, говорити про надмірну категоричність такого висновку, проте заперечувати його раціональне зерно навряд чи можливо.

Погоджуючись з важливістю дотримання конституційними судами поваги до принципу розподілу влади, водночас не можна не визнати, що в реальному житті ці органи іноді виявляються в ситуації, коли їм доводиться робити вибір між різними цінностями в ієрархії конституційних цінностей, зокрема між захистом прав людини й принципом розподілу влади. Однією з найпоширеніших і найсуперечливіших таких ситуацій є, наприклад, відсутність писаної норми в законодавчому регулюванні, тобто наявність прогалини в ньому, що спричинює порушення конституційних прав людини (та їхніх об'єднань). З погляду

* Garlicky L. Sadownictwo Konstitucyjne w Europe Zachodniej. Warszawa, 1987. S. 282.

принципу розподілу влади усунення прогалин — це прерогатива законодавця чи іншого суб'єкта нормотворчості. Однак відмова на цій підставі конституційного суду в прийнятті до розгляду конституційної скарги, якщо в ній йдеться про порушення в результаті законодавчих прогалин конституційних прав суб'єкта оскарження, не може бути оцінена інакше як формально-догматична. З погляду конституції (зокрема статті 3 Конституції України) таку відмову слід розглядати і як неконституційну, оскільки вона позбавляє особу права на судовий захист, що гарантує стаття 55 Основного закону України. Практика Конституційного Суду України в цьому плані, на відміну від практики органів конституційного контролю інших країн, доволі суперечлива.

Тим часом, зважаючи на відносну поширеність й актуальність вказаних ситуацій, деякі держави намагаються врегулювати їх у своїх конституціях. Так, відповідно до статті 283 Конституції Португалії (1976) об'єктом контролю Конституційного трибуналу цієї країни може бути брак потрібних законодавчих норм, якщо це спричинює порушення конституційних положень. Аналогійної позиції дотримуються органи конституційного контролю низки інших країн (навіть якщо немає відповідних положень конституцій): Італії, Польщі, балтійських країн, Румунії, Молдови тощо.

У практиці органів конституційного контролю можливі й інші ситуації, коли їм доводиться вдаватися до «добудови» і розвитку права, зокрема конституційного, якщо аргументи забезпечення і захисту прав людини виявляються переконливішими в ієрархії конституційних цінностей за аргументи дотримання принципу розподілу влади в конкретній ситуації. Права людини — це і є той базовий критерій, який визначає межі правотворчості органів конституційного контролю.

До джерел конституційного права належать також акти офіційного тлумачення конституційними судами конституції в тих країнах, де таке тлумачення виокремлено в самостійне повноваження конституційного суду, зокрема в Україні. Офіційне тлумачення конституції не має самостійного значення, тобто його акти не можуть застосовувати окремо від текстів положень конституції, які тлумачать. Проте це не означає, що мета офіційного тлумачення обмежується з'ясуванням волі творців конституції на час її ухвалення (історичного конституціедавця), як все ще за попередньою радянсько-позитивістською традицією нерідко продовжують вважати у вітчизняній конституціоналістиці. Мета тлумачення здебільшого набагато ширша. Воно передбачає з'ясування глибинного змісту самого положення конституції, її духу, зокрема

з урахуванням змін, які відбулися в суспільному житті після ухвалення конституції. Тобто відповідно до духу часу може змінюватися дух конституції чи окремих її положень. А це, своєю чергою, не може не супроводжуватись додаванням до їхнього змісту «без відповідних словесних змін» нових моментів, про виникнення яких історичний конституцієдавець міг навіть не здогадуватися. Зарубіжна судова конституційна практика має чимало прикладів такого еволюційного тлумачення конституцій. З огляду на це, поширені серед вітчизняних правознавців твердження про те, що акти судового тлумачення «не можуть містити в текстах нічого нового, що не входить до змісту норми, яку тлумачать»* є досить сумнівними. Такі твердження небезпідставно критикують в юридичній літературі, щоправда, передусім західній.

Докладніше про юридичну природу актів органів конституційного контролю та тлумачення йтиметься в розділі шостому цього підручника.

### 1.4.3.3. Конституційні судові прецеденти

На відміну від попередніх джерел конституційного права, що поширені майже в усіх країнах, судовий прецедент як джерело конституційного права притаманний переважно країнам, правові системи яких належать до сім'ї загального права: батьківщині прецедентного права — Великобританії, а також США, Канаді, Австралії, Новій Зеландії тощо. В основі прецедентного права лежить принцип ***stare decisis*** — дотримання того, що було вже вирішено. За своїм змістом конституційні судові прецеденти стосуються здебільшого прав і свобод людини та механізмів їхньої реалізації. Попри те, що минулого століття Великобританія й інші країни англосаксонської правової сім'ї приєдналися до Міжнародних пактів про права людини та Європейської конвенції прав людини, а також ухвалили власні акти, що регулюють окремі права й свободи, це не применшило значення судових прецедентів у регулюванні цієї сфери.

Ба більше, їх визнають також у країнах, в яких традиційно значення прецедентів як джерела права заперечували, зокрема в Україні. Цьому сприяє прецедентна практика Європейського суду з прав людини, рішення якого офіційно визнано джерелом національного права. До цього ми ще повернемося в розділі другому під час розгляду принципів конституційного права.

---

* Загальна теорія держави і права: підручник / за ред. проф. М. В. Цвіка, проф. О. В. Петришина. Харків, Право, 2009. С.433.

### 1.4.3.4. Конституційні звичаї

Конституційні звичаї — джерело конституційного права також британського походження, яке властиве низці англомовних країн. Конституційний звичай виникає в результаті тривалої повторюваної типізованої поведінки владних суб'єктів у конституційно-правовій сфері, яка (поведінка) стала загальновизнаною й перетворилася у звичаєве правило. Конституційні звичаї регулюють переважно відносини, пов'язані з функціюванням органів державної, передусім виконавчої влади: Кабінету Міністрів, міністерств, а також відносин між ними.

Хоч такими звичаями в англосаксонських країнах керуються досить часто, вони не завжди підлягають судовому захисту, оскільки чимало з них мають не юридичний, а політичний зміст.

Це особливо помітно в конституційних звичаях-угодах, поширених у тій же Великобританії та інших країнах загального права. Їхній спектр доволі широкий: від конституційних угод між королевою і парламентом, дотримання звичаїв-домовленостей під час призначення прем'єр-міністра до заборони суддям брати участь у політичному житті, а членам парламенту — критикувати судову владу.

У країнах, правові системи яких належать до інших правових сімей (окрім хіба що сім'ї звичаєвого права), конституційні звичаї та конституційні звичаєві угоди як джерело конституційного права майже не використовують. Україна не є винятком з цього правила. Проте договірний спосіб регулювання окремих конституційних відносин застосовують чимало держав. До цих відносин належать передусім відносини між територіальними одиницями держави й центральною владою з питань їхньої компетенції. ***Внутрішньодержавними договорами*** нерідко розмежовують компетенцію між федерацією та її суб'єктами у федеративних державах, між центром й автономними утвореннями — у складних унітарних державах тощо.

У пострадянський період доводилося вдаватися до конституційної угоди й Україні. Йдеться про Конституційний договір між Президентом та Верховною Радою про основні засади організації та функціювання державної влади й місцевого самоврядування в Україні на період до ухвалення нової Конституції України від 8 червня 1995 року. Попри те, що він мав певне позитивне значення в подоланні конституційної кризи, що тоді була в Україні, назвати цей Договір юридичним документом, до того ж в умовах чинності багаторазово «латаної», але не скасованої Конституції України, важко.

До перелічених джерел конституційного права можна додати:

- доктринальні джерела — викладені в різних працях узагальнення й висновки вчених-юристів чи інших фахівців з конституційного права;
- релігійні джерела, притаманні релігійній правовій сім'ї, про які вже згадували й до яких ми ще повернемося в наступному розділі, тощо.

Однак ці джерела є або допоміжними (доктринальні джерела), або обмежено поширені (релігійні джерела). Вітчизняного конституційного права вони безпосередньо не стосуються.

# Розділ 2.
# Принципи конституційного права

Принципи права — одне з фундаментальних і найуживаніших понять юриспруденції. Без згадки про них не обходиться більшість монографічних правових досліджень, спеціальну увагу їм приділено зазвичай і в численних навчальних посібниках і підручниках з усіх галузей правового знання. Утім, проблема принципів права залишається однією з найсуперечливіших, неясних і методологічно неосмислених як у вітчизняному, так і пострадянському правознавстві. Неоднозначне також ставлення до їхньої інтерпретації та класифікації в західній правовій літературі.

Відсутність належного осмислення принципів права негативно позначається на юридичній, зокрема судовій практиці. Попри те, що юристи-практики оперують поняттям принципів права доволі часто, до їхнього практичного застосування, тим паче як порівняно самостійного джерела права, нормозастосовувачі, зокрема й судді, удаються вкрай рідко, віддаючи перевагу конкретніше сформульованим нормам законів й інших нормативних актів навіть тоді, коли такі норми не узгоджують з принипами права, що підтверджує, зокрема, аналіз судових рішень, який провів Центр дослідження проблем верховенства права Національного університету «Києво-Могилянська академія».

## 2.1. Поняття принципів конституційного права та їхня природа

### 2.1.1. Підходи до розуміння принципів конституційного права

Проблема осмислення принципів конституційного права така ж складна, як і принципів права загалом. За попередньою радянсько-позитивістською традицією їх за аналогією з принципами права продовжують визначати як вихідні, засадничі ідеї конституційного права, що закріплено в конституції, законах й інших конституційних актах або безпосередньо (текстуальне закріплення), або ж вони випливають з їхнього змісту (змістовне закріплення) і виводяться з нього в логіко-індуктивний спосіб. З огляду на це, конституційні принципи поділяють на писані й неписані. До писаних принципів зараховують ті, «які отримали безпосереднє вербальне вираження в тексті конституції країни», а до неписаних — «ідеї, які лежать в основі змісту норм й інститутів консти-

туції, які конституція неявно має на увазі, однак не згадує словесно»[*], оскільки вони є або «самоочевидними істинами», які не потребують особливого закріплення, або випливають зі змісту цілої низки конституційних норм[**]. Тобто до конституційних принципів, згідно з такою інтерпретацією, зараховують тільки ті, які прямо або опосередковано закріплені в конституції. Фундаментальні, керівні ідеї, що не отримали свого визнання на рівні конституційного законодавства, передусім Основного закону, не можуть вважати принципами конституційного права[***], оскільки вони позбавлені юридичного змісту[****]. Їхнє використання під час ухвалення конкретних юридичних рішень, на думку прихильників такої позиції, є незаконним[*****].

Залежно від формального закріплення чи незакріплення принципів у конституціях чи інших законах конституційного змісту (інколи до них додають міжнародно-правові акти[******]) розрізняють принципи права, або юридичні принципи й правові принципи, або принципи правосвідомості. Останні можуть набувати змісту юридичних принципів тільки в разі їхнього наступного правового конституювання[*******].

Доволі різняться погляди на взаємозв'язки принципів конституційного права з наукою й іншими формами освоєння дійсності (світосприйняття) — релігією, мораллю, мистецтвом. Принципи конституційного права, навіть загальні, розглядають зазвичай лише в контексті його характеристики як галузі національного права тощо.

Поглиблене осмислення принципів й інших пов'язаних з ними питань — важлива передумова з'ясування природи принципів конституційного права, їхнього місця в його структурі й значення для забезпечення ефективного конституційного регулювання, а зрештою — розуміння самої сутності конституційного права. Своєю чергою, природа принципів конституційного права не може бути з'ясована без бодай короткого аналізу їхніх первинних, вихідних джерел, зв'язків з людиною, наукою та цінностями.

---

[*] Алебастрова И. А. Конституционные принципы: проблема юридической природы и эффективности реализации. *Конституционное и муниципальное право.* 2007. № 7. С. 6—7.

[**] Там само. С. 7.

[***] Васильченко О. П. Принцип рівності прав і свобод людини і громадянина та його ціннісні виміри в конституційному праві України. К.: Арт-Економ, 2015. С. 115.

[****] Чернобель Г. Т. Правовые принципы как идеологическая парадигма. *Журнал российского права*. 2010. № 1. С. 87—88.

[*****] Там само. С. 88.

[******] Іщенко О. П. Конституційно-правові основи адміністративно-територіального устрою України. К.: Юрінком Інтер, 2014. С. 65.

[*******] Там само. С. 65.

### 2.1.2. Джерела походження принципів конституційного права

Як і конституційне право, його принципи — явище багатогранне, багаторівневе й багатовимірне. Вони мають різні форми. Їхня інституціоналізація, тобто закріплення в конституціях й інших нормативних актах конституційного змісту, безумовно, є одним із найнадійніших і найрезультативніших способів надання юридичної сили принципам. Таке закріплення має велике позитивне значення для забезпечення єдності, цілісності й визначеності системи конституційного права, дозволяє нівелювати невизначеність окремих положень конституційного законодавства, обмежити суб'єктивний вплив на процес їхнього застосування відповідних органів і посадових осіб. Проте принципи конституційного права не можуть бути зведені до зовнішньо виражених знакових форм — текстів конституції та інших нормативних актів конституційного змісту, що існують незалежно від суб'єкта — людини, як і саме конституційне право — до замкнутої, логічно несуперечливої системи норм, сформульованих у конституції, законах й інших державних нормативних актах, з якої за допомогою логіко-формального аналізу (індукції чи дедукції) можна вивести відповідний принцип або правозастосовне рішення. Це не що інше як ілюзія, спричинена юридичним позитивізмом і надмірним раціоналізмом у підходах до розуміння природи принципів права взагалі й принципів конституційного права зокрема. Насправді ніякий логічний зміст конституції чи інших нормативних актів держави не може дати більше того, що в ньому закладено. У конституції, законах та інших нормативних актах, навіть у разі текстуального закріплення принципів, фіксують, по суті, форму відповідного принципу, яка зазвичай доволі «еластична». Її наповнюють реальним змістом в процесі застосування принципу до конкретної правової ситуації. Тобто абсолютної єдності форми й змісту навість текстуально закріплених принципів конституційного права досягають завдяки діяльності людей у процесі реалізації принципів.

Тим паче значення правосвідомості суб'єкта (з її не тільки раціональними, а й ірраціональними елементами) зростає тоді, коли принципи права «відкрито» не сформульовано в нормативних текстах. У такому разі принципи розкривають на підставі як тлумачення положень, що містить конституція та інші внутрішньодержавні нормативні тексти, так і залучення інших матеріалів, що не належать до таких текстів: міжнародно-правових документів, юридичної, передусім судової практики, доктринальних положень тощо. Зміст принципів конституційного права здебільшого визначає панівний у цій культурі світогляд, мораль,

релігія, інші позаправові чинники. Тобто цей зміст невіддільний від конкретного практичного буття людей. Принципи конституційного права, як і принципи права загалом, не є лише наслідком «узагальнення правових норм» в процесі нормотворчої діяльності відповідних державних органів, як вважать деякі автори*. Навіть сформульовані й закріплені в конституції чи інших актах конституційного змісту, принципи не діють автоматично, само собою. Принципи права — результат творчої активності людей в процесі їхньої комунікації між собою, з відповідними державними й недержавними (громадськими) інститутами. І «опредмечують» їх також у реальних діях люди — суб'єкти права. Інакше кажучи, творцями, носіями й реалізаторами принципів права загалом і принципів конституційного права зокрема є живі люди в різних своїх статусах — фізичних осіб, посадових осіб, зокрема суддів, колективних суб'єктів.

### 2.1.3. Принципи конституційного права та юридична наука

Становлення й розвиток принципів конституційного права, як і самого конституційного права, нерозривно пов'язані зі становленням та розвитком конституційно-правової думки. У них втілені найважливіші надбання конституціоналізму, сформульовані видатними мислителями минулого, як-от: повага людської гідності, невідчужуваних прав людини, демократичного правління, розподіл влади, верховенство права тощо. У становленні й розвитку принципів конституційного права ці надбання конституціоналізму важко переоцінити. Проте принципами конституційного права вони ставали не відразу і не повсюдно. Шлях їхньої трансформації в принципи конституційного права був досить тривалий, складний і суперечливий. Такими ж складними залишаються відносини принципів конституційного права та науки й нині, на що не завжди зважають як у вітчизняному, так і в пострадянському правознавстві. Досі поширена думка, що принципи права є результатом виявлення об'єктивних закономірностей суспільного буття. Такий підхід — наслідок доволі тривалого панування в загальній теорії права й інших галузях правознавства (як і суспільствознавства загалом) уявлень про необмежені можливості людського розуму в пізнанні світу, відкритті закономірностей його розвитку, конструюванні узгоджених з цими закономірностями принципів людської діяльності та найоптимальніших і найсправедливіших соціальних інститутів. Проте претензії

* Зиновьев А. В., Поляшова И. С. Избирательная система России. СПб.: Юридический центр Пресс, 2003. С. 56.

на безмежні можливості людського пізнання, утілені в інтерпретаціях значення науки, характерних епосі сцієнтизму, надто перебільшені. Взаємозв'язки між правом і наукою далеко неоднозначні. Їх по-різному інтерпретують не тільки в пострадянській, але й у західній літературі. Поряд із характеристикою права лише крізь призму критеріїв науковості — раціональності, об'єктивності, істинності тощо, з використанням словосполук, запозичених з науки (наприклад, «наукове обґрунтування права», «наукове право», «наукові принципи права», «істинність правових норм» тощо), властивих переважно представникам аналітичної юриспруденції, деякі західні автори досить скептично оцінюють перебільшені зв'язки права з наукою, зокрема оперування таким поняттям як «наукове право»[*]. І для таких неоднозначних підходів є доволі вагомі підстави.

Як явище складне за своєю структурою і багатовимірне, право справді є невичерпним для пізнання, тим паче наукового. Проте точність, суворість нормативних формулювань, чого досягають на підставі пізнавального матеріалу, добутого, зокрема, у результаті наукових досліджень, у праві мають узгоджувати з його ціннісними ідеалами, про що йшлося в попередньому розділі. Інакше кажучи, істинні знання, зокрема виявлення закономірностей суспільного розвитку, для права як багатовимірного явища важливі не само собою. Вони набувають значення, тільки будучи пропущеними крізь призму таких цінностей як справедливість, індивідуальна свобода, рівність, які виявляють дух права, є його іманентними сутнісними властивостями. В основі цих глибинних духовних цінностей права лежить ідея людської гідності, визначальними для втілення, забезпечення й захисту якої є невідчужувані права людини. Саме вони є першоджерелами права та його принципів.

Викладені теоретичні міркування дають підстави зробити важливі висновки щодо теми цього розділу підручника.

По-перше, принципи конституційного права не слід зводити до форми «наукової раціональності», тобто виразу пізнаних об'єктивних закономірностей суспільного розвиту та трансформації їх мовою відповідних нормативних текстів. Наукова раціональність продуктивна там, де аналізують факти, вивчають матеріальні або близькі до них нематеріальні об'єкти реальності. Проте вона майже безсила тоді, коли

[*] Мелкевик Б. Юридическая практика в зеркале философии права / пер. с фр. и англ. М. В.Антонова, А. Н. Остроух, В. А. Токарева, Е. Уваровой и др.; отв. ред. М. В. Антонов. СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2015. С. 61.

йдеться про осягнення цінностей, принципів і норм, зокрема принципів конституційного права.

По-друге, принципи конституційного права, якщо їх безпосередньо не закріплено в конституції чи інших нормативних конституційних актах, не є результатом «виведення» їх із текстів цих актів за допомогою індуктивно-логічних операцій. Вони є наслідком синтезу як логічного аналізу відповідних нормативних текстів, так і ціннісного ставлення творців принципів до навколишнього соціального середовища, визначальне місце в якому належить невідчужуваним правам та свободам людини.

По-третє, становлення й формулювання принципів конституційного права, як і принципів права загалом, відбувається «знизу» в межах єдиного, цілісного процесу становлення та розвитку конституційного права (конституційної теорії і практики), а не узагальнення державою (у особі відповідних державних органів) уже наявних (які функціюють) правових норм і закріплення таких узагальнених норм — принципів у текстах конституції та інших нормативних актів.

По-четверте, суттєве, а часто й вирішальне значення в знаходженні (відкритті) й формулюванні принципів конституційного права належить судовій практиці, зокрема практиці конституційних судів. Переконливим підтвердженням цього може бути становлення принципу пропорційності — одного з провідних елементів верховенства права. Попри те, що самі ідеї, що лежать в основі принципу пропорційності, своїм корінням сягають давніх історичних епох, і які використовували в юридичній, зокрема судовій практиці судів різних юрисдикцій, першість в узагальненні цих ідей та формулювання принципу пропорційності здебільшого пов'язують з рішеннями Федерального конституційного суду Німеччини*. Орієнтуючись не тільки на Основний закон ФРН (оскільки в ньому цей принцип не сформульовано), а й на низку інших джерел — Кодекс публічного права XVII століття, Доктрину правової держави та природу основних прав людини, ФКС Німеччини не тільки сформулював цей принцип, а й надав йому статус неписаного конституційного принципу**. Згодом цей принцип поширився на більшість європейських країн, адже його закріпили фундаментальні міжнародні й регіональні європейські акти, а також широко використовують Європейський суд з прав людини, Суд Європейського Союзу й інші суди.

---

* Див: Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. К.: Реферат, 2007. С. 316.

** Там само. С. 316.

Пряме закріплення він отримав також у низці конституцій європейських (а інколи й неєвропейських) держав.

Конституція України спеціально не фіксує цей принцип (хоч пропозиції про доцільність його конституціоналізації в юридичній літературі лунали). Проте це не перешкоджає вітчизняній судовій практиці дедалі ширше його використовувати. Щоправда, Конституція України надає для цього формально-юридичні підстави, закріплюючи принцип верховенства права (стаття 8 Основного закону України), невіддільним складником якого є принцип пропорційності. Застосовувати його зобов'язують також рішення Європейського суду з прав людини, які офіційно визнано Україною джерелом її національного права.

По-п'яте, не всі засадничі ідеї, сформульовані судовою практикою, офіційно (прямо або опосередковано) визнає держава на рівні конституції чи інших нормативних актів, як, наприклад, принцип пропорційності. Деякі з них, як свідчить історичний досвід, залишаються надбанням судової практики, не трансформуючись у відповідні нормативні тексти, досить тривалий час, а окремі взагалі не отримують нормативно-текстової фіксації. Вони лишаються у формі судових позицій, правоположень тощо, лише поступово набуваючи характеру принципу. Тестом (критерієм, мірилом) перетворення таких позицій, правоположень, ідей у принципи права є не так їхнє пряме чи опосередковане закріплення в текстах законів чи інших нормативних актів, як сприйняття правозастосовною, передусім судовою практикою. Відомий французький теоретик права Жан-Луї Бержель з цього приводу слушно зауважує, що «принципи права можуть виражати, а можуть і не виражати в текстах, але (обов'язково) застосовують у судовій практиці, і вони мають досить загальний зміст»[*]. Те ж саме можна сказати про принципи конституційного права.

Отже, не кожна, навіть належно обґрунтована судом під час розгляду конкретної справи, позиція стає принципом права. Зокрема, навряд чи є підстави розглядати як принцип сформульоване Конституційним Судом України в рішенні від 28 лютого 1998 року в справі щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про вибори народних депутатів України» положення, згідно з яким визначення виборчого бар'єру (порогу) «є питанням політичної доцільності», яке належить до компетенції не судових, а політичних органів (у

[*] Бержель Ж-Л. Общая теория права / под. общ. ред. В. И. Даниленко; пер. с фр. М.: NOTA BENE, 2000. С. 168.

цьому разі Верховної Ради України)*, як це інколи має місце у вітчизняній літературі з конституційного права.

Прихильники ототожнення вказаного положення КСУ з принципом зважають на те, що під час розгляду названої справи Конституційний Суд нібито застосував сформульовану свого часу Верховним судом США доктрину так званого «політичного питання» (***political question***), згідно з якою суди не повинні розглядати справи політичного змісту. Попри те, що загальні суди зарубіжних країн неодноразово зверталися до цієї доктрини, відмовляючи на цій підставі в розгляді певних справ очевидно політичного змісту, конституційні суди її майже не використовують. Таке надзвичайно обережне ставлення судів конституційної юрисдикції до використання названої доктрини зумовлено тим, що для конституційних судів, як слушно зазначала колишній голова Федерального конституційного суду Німеччини Ю. Лімбах, майже кожне розглянуте ним питання є політичним**. Тому покликання на вказану доктрину можна оцінювати як ухиляння конституційного суду від виконання своїх повноважень.***

Утім, річ не тільки в цьому. Як випливає зі змісту названої справи, у ній йшлося не так про застосування доктрини політичного питання, як уже згадуваного принципу пропорційності — відповідності йому чинного тоді в Україні 4% виборчого бар'єра (за змішаної виборчої системи). Цей бар'єр давав змогу збалансувати приватний інтерес виборців — мати своїх представників у парламенті з публічним інтересом — обмеженням засилля в парламенті дрібних партій, які мають невелику підтримку виборців; це полегшує діалог між представленими в ньому політичними силами та пошук компромісів між ними, що також позитивно позначається на стабільності коаліції та уряду. Хоч принципом пропорційності в названому рішенні КСУ не оперував, у його позиції щодо визначення виборчого бар'єра в розглянутій судом

---

* Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. Кн.1. К.: Юрінком Інтер, 2004. С.128.

** Лімбах Ю. Федеральний Конституційний суд як політичний фактор влади / пер. Німецького фонду міжнародної співпраці Humbolt forum recht. К., 1996. 324 с.

*** Доволі сумнівною у зв'язку з цим видається позиція Конституційного Суду України, що висловлена в процесуальній ухвалі від 5 березня 1999 р. про те, що розв'язання політичних питань суперечить його призначенню як єдиного органу конституційної юрисдикції, оскільки будь-яка політична діяльність є несумісною з діяльністю судів загальної юрисдикції, так і суддів КСУ (Огляд ухвал КСУ. *Вісник Конституційного Суду України.* 1999. № 4. С. 36). Під час розв'язання таких питань слід розрізняти політичну діяльність, яка справді є несумісною з діяльністю судів, і справи з очевидним політичним забарвленням, розгляд яких Конституція зараховує до повноважень КСУ. Це різні речі й порівнювати їх, як це робить КСУ, а разом з ним і деякі конституціоналісти (Савчин М. Конституціоналізм і природа Конституції. С. 341) некоректно.

ситуації та чинних тоді 4% межах є «питанням політичної доцільності», загалом сумніватися не слід.

Проте це зовсім не означає, що визначення будь-якого виборчого бар'єра є «питанням політичної доцільності», тобто «політичним питанням», до якого суд не має відношення. Як свідчить зарубіжний досвід, надмірно завищений виборчий бар'єр (на 7, 8, а інколи навіть на 10%) порушує принцип пропорційності, оскільки позбавляє значну частину виборців (відповідно до зарубіжного досвіду, часом до 30% виборців) свого представництва в законодавчому органі, чим порушують конституційні виборчі права громадян. За таких умов питання виборчого бар'єра вже не є питанням політичної доцільності, а набуває юридичного змісту.

Отож, проблема юридичної природи принципів конституційного права доволі складна. Їх не слід зводити до текстуального чи змістовного закріплення в конституціях, законах й інших нормативних актах, а нерідко формулюють у судових рішеннях, які також «прив'язані» до конкретного буття людей.

## 2.2. Класифікація принципів конституційного права

### 2.2.1. Підходи до класифікації принципів конституційного права

Дослідники конституційного права не мають єдиного погляду щодо інтерпретації природи принципів конституційного права, їхньої класифікації та критеріїв. Найпоширенішим критерієм поділу принципів конституційного права, за аналогією до принципів права загалом, є сфера їхньої дії. Відповідно до цього критерію їх поділяють на загальні й спеціальні. Під загальними принципами конституційного права зазвичай розуміють найуніверсальніші керівні його засади, що поширюють свою дію на всю систему конституційного права (яке, нагадаємо, розглядають як окрему галузь національного права), а під спеціальними — керівні засади, що визначають сутність основних інститутів конституційного права — конституційно-правового статусу людини, форм безпосередньої демократії, організації та діяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, конституційної юстиції тощо. У літературі пропонують класифікацію принципів конституційного права й за іншим критерієм — поділом конституційного права на матеріальне й процесуальне, відповідно до якого виокремлюють принципи матеріального конституційного права та принципи процесуального конституційного права*. Інколи можна натрапити також на поділ принципів конституційного права на принципи природного й позитивного конституційного права, принципи об'єктивного й суб'єктивного конституційного права тощо**.

Незалежно від використовуваних критеріїв класифікації принципів конституційного права, її прив'язують лише до характеристики національної системи конституційного права, зокрема конституційного права України.

Обмеження сфери дії принципів конституційного права національною системою конституційного права, очевидно, значною мірою можна пояснити інерцією попередніх, радянських методологічних підходів, відповідно до яких будь-яку всезагальність, універсальність принципів конституційного права заперечували з огляду на несумісність сутності «соціалістичного (радянського) конституційного права» з «буржуаз-

* Бисага Ю. М., Чечерський В. І. Конституційно-процесуальне право: навчальний посібник. Ужгород: Ліра, 2003. С. 16—17.

** Федоренко В. Л. Конституційне право України. Луцьк, 2013. С. 2.

ним конституційним правом». Звідси намагання конструювати власні, специфічні для «соціалістичного конституційного права» принципи типу «керівної й спрямовувальної сили комуністичної партії», «всевладдя рад», «демократичного централізму», «охорони соціалістичної власності й соціалістичної системи господарювання» тощо.

Нині в умовах краху цих принципів, поглиблення глобалізаційних й інтеграційних процесів та зумовленої ними універсалізації конституціоналізму, про що йшлося раніше, розгляд принципів конституційного права лише в межах національної правової системи стає дедалі вразливішим.

Зважаючи на ці обставини, можна запропонувати класифікацію принципів конституційного права відповідно до сфери їхньої дії, на такі основні види:

- універсальні принципи конституційного права, тобто фундаментальні, базові засади, сформульовані в процесі багатовікової історії розвитку конституціоналізму, притаманні конституційному праву, якщо й не всіх, то принаймні більшості країн світу;
- цивілізаційні принципи конституційного права, характерні для конституційного права певних правових культур і традицій, що уособлюють відповідні їм цивілізації;
- правосімейні принципи конституційного права, тобто принципи, властиві конституційному праву країн, правові системи яких належать до різних правових сімей (навіть у межах однієї цивілізації);
- принципи конституційного права окремих держав, які діють тільки в межах держави, відбиваючи її історичні, національні, культурні й інші особливості.

Порівняно автономну систему принципів права становлять принципи міжнародного права, серед яких також виокремлюють загальні принципи міжнародного права (за формулою статті 38 Статуту Міжнародного суду ООН — «загальні принципи права, визнані цивілізованими націями») і спеціальні принципи міжнародного права, тобто принципи його галузей (галузеві принципи міжнародного права) та інститутів (принципи інститутів міжнародного права). Хоч серед цих принципів є чимало таких, що сприйняті конституційним правом або й зобов'язані йому своїм зародженням і розвитком, ототожнювати принципи конституційного права із загальновизнаними принципами міжнародного права, як це інколи роблять у відповідній літературі, некоректно.

### 2.2.2. Універсальні принципи конституційного права

Питання про універсальні принципи права в юридичній літературі порушують уже впродовж понад двох століть. Проте й нині однозначної відповіді як у пострадянському, так і в західному правознавстві немає. Одні автори вважають, що універсальних принципів права, які властиві всім правовим системам, немає, як і немає спільних для них цінностей та єдиного для всіх народів розуміння права*. Інші, навпаки, дотримуються думки, що універсальні принципи права є, і вони зумовлені наявністю історично спільних для всіх правових сімей базових цінностей, хоч щодо природи цих цінностей думки не збігаються**. Ще інші, не заперечуючи самої можливості виокремлення серед принципів права спільних для всіх правових систем, універсальних принципів права, одночасно наголошують на важливості їхнього пошуку, який є метою порівняльного правознавства***. Деякі автори констатують не тільки можливість їхнього виокремлення, а й офіційне визнання на рівні міжнародно-правових документів, покликаючись на згадану статтю 38 Статуту Міжнародного суду ООН**** та деякі інші міжнародно-правові акти.

Ситуація з принципами конституційного права ще складніша, що можна пояснити, по-перше, тим, що проблема універсальних принципів конституційного права, на відміну від загальнолюдських (загальноцивілізаційних) принципів права загалом, досі не привертала належної уваги конституціоналістів. Основні свої зусилля вони зосереджували на аналізі конституційного права окремих держав; у цьому контексті зазвичай розглядали загальні принципи конституційного права. Навіть у порівняльному конституційному праві основну увагу приділяли не так виявленню спільних для конституційного права різних країн властивостей, зокрема принципів, як їхніх відмінностей. По-друге (і це, очевидно, найголовніше), якщо наявність спільних загальнолюдських, загальноцивілізаційних цінностей, на яких ґрунтується право як універсальне явище, переважно не заперечують (своїм корінням чимало з них сягають релігійних заповідей «не вбий», «не вкради» тощо, притаманних усім релігіям), то з універсальними цінностями конституційного права справа набагато складніша.

---

* Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб.: Алеф-Пресс, 2012. С. 453 і наст.

** Поляков А. В. Общая теория права. Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. М.: «Проспект», 2016. С. 317—320.

*** Eberle Edward J. Methodology of Comparative Law, 2011. P. 57.

**** Schlesinger Rudolph. Research on the General Principles of law Recognized by Civilized Nation, 1957. P. 734—735.

Поширена не тільки у вітчизняній літературі думка, згідно з якою до універсальних (загальнолюдських, загальноцивілізаційних) цінностей, які є основою, фундаментом права загалом і конституційного права зокрема, належать ідеали справедливості, рівності, свободи тощо доволі дискусійна. За всього значення цих ідеалів для розуміння сутності й змісту права як явища, нерозривно пов'язаного з реальним буттям людей, надавати їм значення загальнолюдських, універсальних цінностей доволі сумнівно.

По-перше, уявлення про справедливість, рівність, свободу тощо змінюються і наповнюються різним змістом залежно не тільки під простору й часу (зрештою, з ними тісно пов'язані й уявлення про право), а часто суттєво відрізняються в різних людей однієї історичної епохи й однієї культури (цивілізації). Цінності ж за всієї активної ролі суб'єктів в їхньому формуванні, на відміну від оцінювання — суб'єктивного акту людської свідомості, — є об'єктивними. По-друге, інтерпретація справедливості, рівності, свободи залежить як від уявлень про них відповідних суб'єктів, так і від мовних особливостей тих чи інших країн і народів. Англійські слова ***libertas*** і ***freedom***, які українською мовою перекладають як «свобода», що позначає один із провідних сутнісних ідеалів права, в японській мові, наприклад, має зовсім інше смислове навантаження. Слово «свобода» (***siyo***) японською означає егоїзмом, протиставленням себе колективу[*], тобто має негативний відтінок, отже, позначає не цінність, а антицінність. Проте це зовсім не означає, що в Японії (зокрема в японській конституції) не визнають ті цінності, які в європейських й інших мовах позначають словом «свобода» — свобода висловлення поглядів, свобода мирних зібрань, свобода вибору місця проживання тощо. Японською мовою їх передають іншими термінами чи словосполуками.

Тому можна зробити висновок, що загальнолюдськими, універсальними цінностями, спільними для всіх цивілізацій і правових систем є насамперед права людини. Шлях до їхньої універсалізації був доволі складним і суперечливим. Тривалий час вважали, що концептуальні уявлення про права людини в різних цивілізаціях суттєво різняться, тому будь-який намір їх універсалізувати бодай на рівні міжнародного документа, що закріплює мінімальні стандарти забезпечення й захисту прав людини, відкидали. Чи не найрадикальнішу позицію щодо цього займала свого часу Американська антропологічна асоціація, яку вона

[*] Doi T. The anatomy of dependence. Tokio. 1981. P. 84—85. Цит. за: Честнов И. Л. Постклассическая теория права. С. 455.

виявила, зокрема, у своїй реакції на ухвалення Генеральною Асамблеєю ООН Загальної декларації прав людини 1948 р. Представники цієї Асоціації вважали неприпустимим закріплення переліку прав людини в цьому, нині загальновизнаному міжнародному документі, оскільки, на їхнє переконання, такий перелік відбиває лише західну ліберальну концепцію прав людини, відмовляючи державам, що сповідують інші, неліберальні цінності, у проголошенні власних, притаманних їхній культурі цінностей та власних підходів до переліку й змісту прав людини. Тобто їх розглядали як внутрішню справу кожної держави чи цивілізації, які можуть мати власний погляд на їхню природу й рівень забезпечення та захисту.

Не можна сказати, що позиція представників Асоціації, як і низки держав і фахівців, що сповідували подібні погляди, була позбавлена сенсу. Історичний досвід свідчить, що намагання концептуально «вестернізувати» права людини, тобто поширити західноєвропейські уявлення про них та їхній обсяг на інші країни й цивілізації, тим паче за допомогою примусової «акультурації», мало різкий спротив і часто завершувалося фіаско. Особливо виразно виявлялося це в судовій практиці, яка в багатьох культурах — ісламській, буддійській, конфуціанській і навіть східнохристиянській (православній) продовжувала орієнтуватися на притаманні їм, здебільшого колективістські уявлення про права людини, відмінні від західних, індивідуалістичних.

А проте, хоч і з великими труднощами й суперечностями, права людини поступово, під впливом різних чинників, набували загальноцивілізаційного змісту, стаючи об'єктом міжнародно-правового регулювання. Окрім Загальної декларації прав людини, яку нині світова спільнота розглядає як один з найважливіших орієнтирів людського співжиття, як своєрідний кодекс цивілізованої поведінки різних країн, народів та їхніх об'єднань, права людини дедалі більше поширюються у світі завдяки низці інших міжнародно-правових актів: Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (1950), Міжнародному пакту про громадянські й політичні права (1966), Міжнародному пакту про економічні, соціальні й культурні права (1966), які часто розглядають як реакцію на трагічні наслідки (з правами людини) Другої світової війни.

Згодом універсалізацію прав людини розвинули у Віденській декларації та Програмі дій, ухвалених під час Всесвітньої конференції з прав людини (1993), Декларації Тисячоліття ООН (2000), яку підписали всі держави-члени ООН (тоді 189 країн) тощо. Повага один одного й прав

людини, як зазначено в Декларації Тисячоліття, повинна сприяти культурі миру й діалогу між усіма цивілізаціями.

Нині права людини стали «нормативним мірилом, що претендує на універсальну й безумовну рецепцію в усьому світі»*. Їхня всезагальність, універсальність дедалі більше зростає в умовах сучасних людиноцентристських глобалізаційних трансформацій, які відбуваються у світі.

Визнання прав людини всезагальною, універсальною цінністю не означає, звісно, їхньої повної уніфікації. І сьогодні цивілізаційні відмінності у підходах до розуміння прав людини, їх змісту та обсягу зберігаються і, очевидно, зберігатимуться надалі, навіть у порівняно віддаленій історичній перспективі. Тому універсалізація прав людини передбачає не стільки уніфікацію їх змісту та обсягу, скільки повагу до людської гідності - відправної точки і підґрунтя, на якому відбуватимуться надалі процеси універсалізації прав людини. Людська гідність відкриває набагато більші можливості пошуку широкого консенсусу між народами, ніж будь-яка окрема культура або традиція.

Концентрованим виявом поваги, що дедалі зростає, до цієї фундаментальної універсальної цінності — людської гідності й прав людини —є принципи права. Саме вони визначають людиноцентристську спрямованість права, є індикатором рівня його розвитку в суспільстві, незалежно від форми вираження й термінологічних позначень, які використовують ті чи інші народи та їхні правові системи.

Процес формування й форми вираження універсальних, як й інших принципів права та їхні термінологічні позначення в різних цивілізаціях (культурах) і правових сім'ях суттєво різняться. Принципи права, зокрема й конституційного, далеко не завжди фіксують в якомусь конкретному юридичному документі, наприклад у конституції, що помітно навіть у межах євроатлантичної цивілізації. Тим паче це стосується інших цивілізацій та правових сімей, про що йтиметься далі. Проте, попри досить високий рівень абстракції, що інколи межує з невизначеністю, а часом і синкретичності, тобто невідділеності від інших соціальних регуляторів — релігії, моралі, філософських вчень тощо, — універсальні принципи права в певних варіантах можуть бути простежені в усіх правових системах. Універсальні принципи конституційного права теж не є винятком. Ба більше, завдяки трансплантації (запозиченню) багатьох з них з конституційного права європейських країн та міжнародно-пра-

* Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата та Г. Ломанна; пер. з нім. О. Юдіна та Л. Доронічевої. 2-ге вид. К.: Ніка-Центр, 2012. 320 с.

вових документів, універсальні принципи конституційного права часто набувають дедалі визначеніших форм, якщо порівняти з універсальними принципами права загалом, хоч таке запозичення спричинює нові проблеми, про які вже згадували й до яких ми ще повернемося. Зараз зупинимося на характеристиці основних універсальних принципів конституційного права.

***Принцип поваги до людської гідності й прав людини.*** Серед універсальних принципів конституційного права слід назвати насамперед принцип поваги до людської гідності й прав людини. Хоч коріння ідей цього принципу сягає культур більшості народів, сам принцип почав формуватися в лоні західної ліберальної традиції під визначальним впливом доктрини природного права. Із західною традицією пов'язані також перші кроки до об'єднання ідеї поваги до людської гідності й прав людини з ідеями конституціоналізму. Уперше їх було втілено в конституціях США та Франції кінця XVIII століття. Саме завдяки синтезу ідей поваги до людської гідності й прав людини з ідеями конституціоналізму відбулася еволюція в підходах до розуміння конституції — перехід від її інтерпретації як організації державної влади до сучасного розуміння, основаного на визнанні й забезпеченні прав людини. Упродовж останнього століття такої позиції дотримуються більшість держав, які позиціюють себе як конституційні.

Принцип поваги до людської гідності та прав людини має на меті передусім визначити межі державної влади, обмежити дискрецію її органів і посадових осіб. Права людини є тим обмежувальним бар'єром, який заборонено переходити будь-яким державним органам і посадовим особам. Принцип поваги до людської гідності й прав людини передбачає також підпорядкованість організації державної влади утвердженню людини як найвищої цінності й забезпеченню та захисту її прав. Державну владу, що порушує цю вимогу, можуть усунути її носії — громадяни держави — й замінити іншою владою. Звідси випливає, що джерело державної влади — це люди, народ, а існування держави виправдане тією мірою, якою вона сприяє утвердженню людської гідності й прав людини.

Це зумовлює низку інших демократичних принципів: рівності в правах (рівноправності) й рівності всіх перед законом, рівного доступу до публічної служби в органах державної влади й місцевого самоврядування, захисту меншості від посягань більшості тощо. Не всі з них нині можна зарахувати до універсальних принципів конституційного пра-

ва, проте вони значною мірою визначають магістральний напрям його розвитку, як і розвитку самої держави та її органів.

Серед принципів демократії пов'язаних з організацією влади чи не найуніверсальніший зміст має принцип розподілу влади.

***Розподіл влади.*** Ідеї розподілу влади в різних їхніх варіантах мають багатовікову історію. Своїми коріннями вони сягають ще часів Стародавнього Єгипту, Вавилону й Стародавньої Греції. Поступово ці ідеї почали набувати характеру доктрини, внесок у формування якої зробили мислителі різних часів і народів. Проте свого класичного вигляду вона набула лише в середині XVIII століття завдяки працям згадуваних уже англійського філософа Джона Локка та французького правознавця і філософа Шарля Монтеск'є. Саме з їхніми іменами пов'язане широке проникнення ідей доктрини розподілу влади в конституційну теорію й політичну та правову практику Нового часу. Уперше офіційно ці ідеї визнали в статті 16 Французької декларації прав людини і громадянина (1789), про що йшлося у розділі першому. Нині принцип розподілу влади став догмою конституційного права; його взяли на озброєння всі конституції, які ґрунтуються на засадах конституціоналізму.

Проте це зовсім не означає, що принцип розподілу влади реалізують у сучасному світі в тому вигляді, в якому його замислювали його творці. За час існування цього принципу світ суттєво змінився, що не могло не позначитися на підходах до розуміння змісту доктрини, її основних вимог, суб'єктів тощо. Тому цілком зрозумілим є намагання сучасників адаптувати ідеї Локка — Монтеск'є до соціокультурних і політичних особливостей глобалізованого XXI століття та кожної окремої країни. Однак таку адаптацію не слід зводити до абсолютизації формально-логічних аспектів концепції розподілу влади, як це інколи буває роблять у пострадянському, зокрема вітчизняному правознавстві й політології.

Розподіл влади — не самоціль, а засіб проти надмірної концентрації влади будь-яким органом (навіть колегіальним, сформованим у демократичний спосіб), ба більше — однією посадовою особою (навіть обраною народом). Попри відмінності й специфічні риси функціювання принципу розподілу влади в різних країнах (вони залежать від форм державного правління, національних традицій тощо), спільними для всіх сучасних демократичних держав є такі взаємозв'язані елементи цього принципу: органи законодавчої, виконавчої та судової влади самостійні в межах повноважень, визначених конституцією; законо-

давчу владу здійснює орган народного представництва — парламент; виконавча влада підпорядкована закону й підзвітна парламенту (принаймні в певних сферах); судова влада незалежна від законодавчої та виконавчої влади, а правосуддя здійснює тільки суд; узгодженість і збалансованість дій названих гілок влади забезпечують через систему взаємних стримувань і противаг.

Звісно, за тривалий час розвитку механізму держави в системах державних органів з'явилося чимало таких, які не зовсім «вписуються» в окреслену творцями доктрини розподілу влади класичну «тріаду». Такі органи є й в Україні. Проте навряд чи це дає вагомі підстави для конструювання безлічі нових гілок влади — від президентської, представницької, виборчої та контрольно-наглядової до інформаційної і навіть атестаційної, до чого доволі часто вдаються окремі теоретики держави, конституціоналісти й політологи на теренах колишнього СРСР, зокрема в Україні*.

У концепції розподілу влади Локка — Монтеск'є важливо зберегти не так букву, відшукуючи для кожного спеціалізованого державного органу свою нішу, як дух концепції, що полягає у взаємному урівноваженні, збалансуванні насамперед класичних гілок влади, що, своєю чергою, досягають завдяки реалізації запропонованої Монтеск'є ідеї про взаємний контроль між ними, яку у своїх працях, однак, він належно не розвинув.

Отже, шлях до підвищення ефективності функціонування принципу розподілу влади — це зосередження уваги насамперед на поглибленні, з одного боку, взаємодії, а з іншого — взаємоконтролю між трьома класичними гілками влади. Конструювання нових її гілок не тільки відволікає від вирішення цієї основної проблеми, а й створює додаткові перешкоди для її реалізації.

В Україні принцип розподілу влади, який соціалістична (радянська) доктрина заперечувала, уперше був зафіксований у Декларації про державний суверенітет України, у статті III якої, присвяченій організації державної влади, наголошується, що вона «в Республіці здійснюється за принципом її розподілу на законодавчу, виконавчу і судову». Надалі цей принцип як невіддільний атрибутивний елемент конституційного ладу закріпили в Конституції України, стаття 6 якої проголошує: «Дер-

* Див., наприклад: Енгибарян Р. В. Конституционное развитие в современном мире. Основные тенденции. М., 2007, С. 243; Костицький В. В. Теорія розподілу влади: громадянське суспільство і держава в епоху глобалізації. *Академічні читання.* Випуск 18. К., 2011. С. 29—30, 47—49 та ін.

жавна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу й судову.

Органи законодавчої, виконавчої і судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України». Це конституційне формулювання не особливо відрізняється від відповідних формулювань більшості конституцій постсоціалістичних європейських держав й інших держав, що стали на шлях демократичного розвитку.

У Конституції України передбачено також відповідні засоби й процедури, які переважно спроможні, за умови поважного ставлення до них, забезпечити втілення вимог принципу розподілу влади в політичну й правову практику: закріплено функційну спеціалізацію органів законодавчої, виконавчої і судової влади та розподілено компетенцію між ними; розрізнено порядок формування вказаних органів і строки їхніх повноважень; визначено певну систему стримувань і противаг, тобто особливих способів і форм, що дають змогу стримати дії якоїсь з гілок влади, якщо вони виходять за межі Конституції (контроль за законодавчою владою за допомогою інституту виборів, несумісність депутатського мандата із обійманням посади в органах виконавчої влади, право розпуску парламенту, висловлення парламентом вотуму недовіри уряду, незалежність суду, судовий контроль за конституційністю та законністю актів парламенту, президента, уряду й інших органів виконавчої влади тощо). Це дає підстави констатувати, що вимог принципу розподілу влади щодо законодавчої, виконавчої (принаймні на рівні уряду) та судової влади значною мірою в Конституції України дотримано, хоч для послідовного його втілення в життя їх усе ж бракує.

Причини порушення принципу розподілу влади у вітчизняній практиці криються не тільки в недосконалості конституційного регулювання, хоч резерви для його поліпшення, звісно, не вичерпані. Чіткішого розподілу потребують, зокрема, сфери відання й повноваження між державними органами як на найвищому, загальнодержавному, так і на місцевому рівні, які б усували дублювання, надмірну монополізацію та централізацію їхньої діяльності. Проте не менше значення для утвердження принципу розподілу влади в Україні мають суб'єктивні чинники. На жаль, він досі не став атрибутом політичної та правової культури, стилю мислення переважної частини українського істеблішменту. Усвідомлення того, що відносини між законодавчою, виконавчою й судовою владою будують не на адміністративних важелях єдиного центру влади, а на взаємодії, взаємному контролі й урівноважуванні, на від-

повідальності кожної з гілок влади за свої рішення та дії у верхніх ешелонах української влади ще не настало. І навряд чи можна очікувати змін на ліпше без належного контролю влади з боку громадянського суспільства та його інститутів.

***Верховенство права***. Термін ***The Rule of Law***, який нині офіційно перекладають українською мовою як «верховенство права», увів у науковий обіг англійський вчений і політичний діяч Джеймс Геррінґтон. Англійському вченому-конституціоналісту Альбертові Дайсі та його послідовникам належить також формулювання концепції верховенства права. Як і концепція конституціоналізму, концепція верховенства права (інколи їх розглядають як майже ідентичні) формувалася в умовах монархічних режимів, що тоді домінували в Європі, і своїм вістрям (як і концепція конституціоналізму) була спрямована насамперед проти свавілля влади, зокрема за допомогою закону, на захист природних, невідчужуваних прав і свобод людини.

Для розуміння концепції верховенства права ця її соціальна спрямованість має вирішальне значення, оскільки сам термін ***The Rule of Law*** доволі багатозначний, тому керуючись лише філологічним його тлумаченням, з'ясувати зміст концепції неможливо.

Ідеал верховенства права став нині чи ненайпопулярнішим у всьому світі. До нього звертаються не тільки в країнах Заходу, для якого верховенство права традиційно є однією з найвищих демократичних цінностей, а й Сходу (зокрема й Китай), Півночі та Півдня. Він давно став найважливішою частиною багатьох міжнародно-правових актів загальносвітового й регіонального рівня. Як засадничий всезагальний принцип верховенство права проголосила в низці своїх документів Організація Об'єднаних Націй. Його визнали також майже всі міжнародні регіональні організації — в установчих документах Ради Європи та Європейського Союзу, Організації американських держав (зокрема в Міжамериканській демократичній хартії), Африканського Союзу (у його установчому акті). Покликаються на верховенство права також у кількох документах Ліги арабських держав. Дедалі частіше верховенство права як принцип фіксують у національних конституціях і законах (у Конституції України його закріплено в статті 8), ним активно оперують міжнародні й національні суди. Усеосяжне дотримання й впровадження принципу верховенства права як на національному, так і на міжнародному рівні було схвалено всіма державами-членами ООН у підсумковому документі Всесвітньої зустрічі на найвищому рівні 2005 року й інших форумах.

Така безпрецедентна увага до феномена верховенства права дала підстави Венеційській комісії Ради Європи констатувати, що «верховенство права (*The Rule of Law*) є поняттям універсального юридичного значення»[*]. І це цілком логічно: принцип верховенства права дедалі помітніше набуває якостей «організаційної моделі сучасного конституційного права та міжнародних організацій..., що регулює здійснення публічної влади»[**], незалежно від того, чи він прямо зафіксований у національних конституціях, чи випливає з їхніх положень. Історичний довід переконливо свідчить, що неповага до принципу верховенства права, а тим паче відверте нехтування ним, якими б мотивами це не виправдовувалося, неминуче спричинить вкрай негативні, навіть катастрофічні наслідки — порушення прав людини, владне свавілля, соціальний хаос, а зрештою — розпад держави.

***Поняття верховенства права.*** Попри те, що принцип верховенства права фактично набув універсального значення, його поняття досі залишається «сутнісно суперечливим»[***], хоч спроби його пояснити робили неодноразово як у міжнародних документах, так і в наукових працях.

Немає єдиного погляду на його розуміння й в Україні. Попри те, що останнім часом спектр думок у підходах до інтерпретації верховенства права у вітчизняному правознавстві дещо звузився (принаймні нині майже не ототожнюють його з традиційним для вітчизняної теорії і практики принципом верховенства закону чи з верховенством усіх нормативних актів, як це було в 90-х роках минулого століття), загальної згоди щодо його розуміння не досягнуто. Не допомогло цьому навіть намагання роз'яснити поняття верховенства права Конституційним Судом України[****].

Не розв'язала багатьох питань, пов'язаних із розумінням верховенства права (а подекуди навіть загострила їх), також тритомна праця Сергія Головатого «Верховенство права»[*****], присвячена переважно історії зародження ідей верховенства права, їхньої еволюції, концептуального оформлення та конституціювання як принципу.

Надзвичайна складність, багатогранність і багатовимірність поняття верховенства права, як і самого права, робить безперспективною

---

[*] Rule of Law Checklist. Мірило правовладдя / переклад з англ. С. Головатого. К.: BAITE, 2017. С. 8.

[**] Там само. С. 8.

[***] Waldron J. is the Rule of Law an Essentially Concept (in Florida) 21 Law's Philisophi. 137( 2002).

[****] Конституційний Суд України. Рішення, висновки. К., 2005. С. 314.

[*****] Головатий С. Верховенство права: у 3 кн. К.: Фенікс, 2006.

будь-яку спробу дати якесь всеосяжне визначення принципу верховенства права, придатне на всі випадки життя. Це підтверджує не тільки західна правова теоріія, а й юридична практика, зокрема практика Європейського суду з прав людини, який неодноразово акцентував увагу на потребі в змістовній інтерпретації поняття верховенства права, прив'язаної до конкретної ситуації, уникаючи такого його визначення, яке можна було б поширити на всі без винятку життєві обставини.

Це не означає, що більш-менш єдиних уявлень про сутність і зміст верховенства права неможливо досягти взагалі. Як свідчить теоретичний і практичний досвід, найпродуктивнішим для його розуміння є тлумачення верховенства права «як певної суми щільно переплетених між собою принципів, які разом творять ядро доктрини конституціоналізму, а відтак єнеобхідним для будь-якого … демократичного суспільного устрою»[*].

Через елементи-складники верховенства права розкривають його зміст у низці міжнародно-правових документів, зокрема в документах Венеційської комісії: Доповідь про верховенство права, ухвалена на 86-му пленарному засіданні 25—26 березня 2011 року[**] та згаданий ***Rule of Law Checklist***, ухвалений на 106-му пленарному засіданні 11—12 березня 2016 року[***] й більшості наукових публікацій.

Елементи-складники верховенства права є доволі неоднорідними за своїм походженням, природою, значенням для характеристики найістотніших рис верховенства права та його прикладних аспектів. Деякі зарубіжні автори нараховують понад сотню таких складників. Одні з них стосуються найсуттєвіших, основоположних засад верховенства права, що поширюються на всі сфери суспільного життя, інші, ґрунтуючись на цих засадах, є характерними переважно або й лише для публічних сфер людської життєдіяльності, ще інші — поширюються тільки на приватноправову сферу відносин тощо.

До засадничих елементів верховенства права зазвичай зараховують: законність, юридичну визначеність, запобігання зловживанню повноваженнями, пропорційність, рівність перед законом і недискримінацію, незалежність правосуддя і доступ до нього тощо. Кожен із цих складників, своєю чергою, охоплює низку вимог, дотримання яких

---

[*] Аллан Т. Р. С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права. К, 2008. С. 10.

[**] Доповідь про верховенство права. Страсбург. 28 березня 2011 року. Unofficial Translation by the USAID Ukraine Rule of Law Project.

[***] Rule of Law Checklist. Мірило правовладдя / пер. з англ. С. Головатого. К.: ВАІТЕ, 2017.

забезпечує (є гарантією) втілення відповідного елемента верховенства права в життя.

Законність, наприклад, передбачає такі вимоги як: ієрархічну вищість закону в системі нормативних актів (норм); обмеження дискреційних повноважень, особливо виконавчої влади; наявність розвиненої нормотворчої і нормозастосувальної процедури; обов'язкове виконання приписів правових актів тощо.

Юридична визначеність охоплює: передбачуваність поведінки (дій) суб'єктів; ясність, чіткість і доступність законодавства, його стабільність і несуперечливість; обґрунтованість судових рішень; обов'язковість та неухильність їхнього виконання; принцип легітимних очікувань, тобто повагу держави та її органів до їхніх обіцянок та зобов'язань перед громадянами; незворотності дії законів й інших правових актів нормативного змісту в часі тощо.

Принцип незалежності правосуддя охоплює: інституційну й функційну незалежність судів; незалежність самих суддів; доступ до судів; безсторонність судочинства; незалежність і безсторонність адвокатури; самостійність і неупередженість служби обвинувачення (прокуратури) тощо*. Докладніше про деякі з цих елементів верховенства права йтиметься в наступних розділах.

***Принцип верховенства права й принципи правової держави: співвідношення.*** Україна є чи не єдиною державою, у Конституції якої закріплено не тільки принцип верховенства права, а й положення про належність України до правових держав — цього німецького винаходу (***Rechtsstaat***), який також можна зарахувати до вагомих надбань людської цивілізації. Хоча поширення поняття «правова держава» у світі поступається ***Rule of Law*** — верховенству права.

Думки щодо співвідношення цих понять і, відповідно, їхніх елементів у літературі не збігаються.

Зважаючи на те, що ці питання вже розглядали як у науковій, так і в навчальній літературі, зокрема й автори цього підручника, звернемо увагу лише на основні моменти, що стосуються історії й сучасного стану відносин між названими поняттями.

По-перше, як концепція верховенства права, так і теорія правової держави зароджувалися в загальному річищі становлення й розвитку нового юридичного світогляду, критики абсолютистського феодально-

* Див. докладніше: Rule of Law Checklist. Мірило правовладдя. С. 15—40; Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. К.: ВАІТЕ, 2015. С. 350—370.

го свавілля, утвердження ідей свободи та рівності всіх людей, невідчужуваності прав людини тощо, тобто в лоні доктрини лібералізму.

По-друге, на відміну від концепції верховенства права, яка продовжувала розвиватися в межах цієї доктрини й ніколи не ототожнювала право й закон, що позначилося як на правовій теорії, так і на багатьох судових рішеннях, теорія правової держави пройшла складніший шлях. Після порівняно нетривалого її розвитку на засадах ліберальної доктрини природного права, вона вже в другій половині XIX століття набула в Німеччині позитивістського спрямування, а наприкінці того ж століття формально-юридичні підходи до її інтерпретації стають панівними. У результаті теорія правової держави набула винятково номінального змісту, за якого право зводилося до закону, а верховенство права — до формального законного управління*, яке, як засвідчив досвід тієї ж Німеччини, не забезпечує достатніх обмежень уряду, що є важливою умовою верховенства права. Це дало змогу навіть нацистам іменувати свою державу «істинно правовою». Якою була ця «істинно правова» держава добре відомо: за «законним» її фасадом приховували кричущі беззаконня й свавілля.

По-третє, лише після Другої світової війни під впливом боротьби проти позитивізму, який за висловом Густава Радбруха «позбавляв сил і здатності протистояти зловживанням нацистського законодавства»** та піднесення «відродженого природного права», поняттю правової держави повертається її справжній зміст: її не обмежують формальним дотриманням законності, а передбачено, як і верховенство права, низку вимог, які у своїй сукупності створюють умови забезпечення принципу ***Rechtsstaatlichkeit*** — правової державності. Так в офіційному перекладі німецькою мовою звучить принцип ***Rule of Law***.

Серед елементів принципу правової державності сучасні німецькі правознавці називають низку, якщо й не завжди ідентичних за формою, то дуже близьких за змістом до елементів верховенства права вимог, у чому неважко переконатися, ознайомившись з працею німецької конституціоналістки Катаріни Соботи «Принцип правної держави: конституційно-правні та адміністративно-правні аспекти»***.

---

* Birkenmaier W. *Rechtsstaat* — The Rule of Law in the Federal Republic of Germany. *The Rule of Law. Konrad-Adenauser- Stiftung*, 1997.

** Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. М., 2004. С. 232, 235.

*** Собота К. Принцип правної держави: конституційно-правні та адміністративно-правні аспекти / пер. з нім. Г. Рижакова, О. Балащук, К. Татарчук. К.: ВАІТЕ, 2013. 608 с.

Це дало підстави більшості правознавців дійти висновку, що відмінності між поняттями «верховенство права» й «правова держава» нині є швидше термінологічними, ніж змістовними, а їхні концепції стали майже прототипами одна одної, «узагальненими назвами споріднених концепцій»*, що відкидає спроби пошуку суттєвої різниці між ними**.

***Принцип верховенства права й принципи соціальної держави: пошук можливостей поєднання.*** Відносини між принципом верховенства права й принципами соціальної держави, якою проголосили себе чимало держав у світі, зокрема й Україна (стаття 1 Конституції України) є, якщо порівняти з принципами правової держави, набагато складнішими.

На відміну від концепції верховенства права й правової держави, становлення яких відбувалося в лоні ліберальної доктрини, концепція соціальної держави (у різних її варіантах) формувалася під впливом соціал-демократичних ідеалів: соціальної справедливості, соціальної солідарності, соціальних зобов'язань держави тощо. Вона стала, по суті, реакцією на домінування в Європі політики лібералізму, яка виявилася неспроможною забезпечити соціально-економічні права людей, спричинивши їхнє разюче майнове розшарування й матеріальну нерівність. Тому основну мету соціальної держави вбачали в проведенні соціальної політики, спрямованої не тільки на утвердження юридичної рівності, властивої ліберальним концепціям, зокрема верховенства права, а й на матеріальне вирівнювання людей, забезпечення добробуту всіх членів суспільства. Цій меті підпорядковані провідні принципи (ознаки) соціальної держави: гарантованості економічних, соціальних і культурних прав людини, надання соціальної допомоги людям, неспроможним з незалежних від них причин заробити собі на життя працею — дітям, людям похилого віку, людям з інвалідністю, хворим тощо.

За всієї привабливості й людиноцентричності (гуманістичності) ідеалів соціальної держави, вони вже відпочатку соціалізації держав породили проблему поєднання принципу верховенства права (і, відповідно, принципу правової державності, оскільки нині, ще раз наголошуємо, вони майже ідентичні), зокрема одного з визначальних його ідеалів — ідеалу людської свободи, з орієнтирами й принципами соціальної держави.

---

* The Rule of Law. Konrad-Adenauer-Stiftung, 1997. C. 68—70.

** Там само.

Не знаходячи способів розв'язання цієї проблеми, чимало західних правознавців, включно з основоположником концепції верховенства права Альбертом Дайсі, заговорили про послаблення позицій верховенства права на Заході, а подекуди й про його повний занепад. «Формальна рівність перед законом, — писав один з послідовників А. Дайсі, англійський правознавець Фрідріх Гаєк, — суперечить, а насправді несумісна з будь-якою діяльністю влади, спрямованою на забезпечення матеріальної чи реальної рівності людей, …будь-яка політика, спрямована безпосередньо на реальне досягнення ідеалу справедливості в розподілі має вести до руйнування верховенства права»*. Хоч ці слова сказано ще в першій половині XX століття, абсолютної гармонії між принципом верховенства права й принципом правової державності з одного боку, та принципами соціальної держави — з іншого, не вдалося досягти й досі. І нині дискусії з цього приводу тривають. Щоправда, якщо ще в 60—80 роках минулого століття прихильники концепції верховенства права з тривогою констатували, що «держава загального добробуту перемагає», у зв'язку з чим «ключові складники верховенства права руйнуються», то в кінці XX — на початку XXI століття пролунали протилежні думки: неможливо розв'язати соціальні проблеми за рахунок свободи**, неминучим наслідком забезпечення якої є суттєве розшарування людей, їхня матеріальна нерівність. Звідси заклики до скорочення суспільних видатків, повернення до традиційних ліберальних цінностей, які означають захист фундаментальних прав «природного походження» — життя, свободи, власності, а нерідко й висновки про банкрутство моделей соціальної держави***.

Попри те, що проблемам соціальної держави в Україні присвячено чимало праць, питання про її відносини з принципом верховенства права майже не порушували. Більше уваги приділено співвідношенню правової і соціальної держави, які прямо чи опосередковано досліджували в низці наукових публікацій, зокрема монографічних****, неодноразово торкався цієї проблеми в своїх рішеннях також Конституційний Суд України. Проте розглядали її переважно або й винятково

---

* Hayek F. A. The Road to Serfdom. *Chicago.* 1994. P. 87. Цит. за.: Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія / пер. з англ. Ю. Іщенка. К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2007. С. 79—81.

** Kriel M. Human Rights and the Separation of Powers. *The Rule of Law. Konrad-Adenaner-Stiftung*. 1997. P. 104—105.

*** Філософія прав людини / за ред. Ш. Госепата, Г. Ломанна. К.: Ніка-Центр. 2012 С. 4; Див. докладніше: Загальна теорія права. К.: ВАІТЕ, 2015. С. 386—391.

**** Див. наприклад: Скрипнюк О. В. Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики: монографія. К., 2000. 600 с.

в межах пошуку відповіді на запитання: чи мають правова й соціальна держава окремішний характер, чи перша своїм змістом охоплює другу. Більшість учасників цієї дискусії схилилися до другого варіанта, розглядаючи соціальну державу як конкретизацію правової*, її якісну характеристику** тощо, оминаючи питання про способи подолання суперечностей між принципом правової та соціальної держави, зокрема між принципами формальної рівності й принципом матеріальної чи реальної рівності, про що йшлося вище.

Доволі суперечливою видається також позиція Конституційного Суду України. Ба більше, на відміну від науковців, він об'єднав однією формулою не тільки зв'язки між правовою й соціальною державою, що справді випливає з Основного закону України, а й з верховенством права. За цією формулою «Україна є соціальною, правовою державою, в якій визнається і діє принцип верховенства права»***, тобто верховенство права суд розглядає як уточнювальну ознаку соціальної та правової держави, що є, м'яко кажучи, сумнівним, на що слушно звертали увагу в юридичній літературі****.

Тим часом за цими загальними суперечливими, а іноді й просто схоластичними міркуваннями поза увагою лишають проблему, яка в Україні дедалі загострюється й загрожує державі — разючу матеріальну поляризацію суспільства, невластиву сучасним демократичним державам, навіть тим, які не іменують себе соціальними. У цих умовах скептичне ставлення до ідеалів і принципів соціальної держави та її майбутнього, яке інколи спостерігаємо також серед окремих вітчизняних політиків і науковців, навряд чи може розраховувати на масову підтримку. Та й більшість розвинутих країн, відмовившись від надмірного оптимізму щодо майбутнього соціальної держави, характерного для часів формування її концепції, у зв'язку з усвідомленням небезмежності ресурсів для надання нею соціальних виплат і допомог, вартість яких постійно зростає, продовжують рухатися шляхом, хоч поміркованої, але соціалізації. З огляду на це, проблему гармонізації відносин принципу верховенства права з принципами соціальної держави не тільки не знімають з порядку денного, а навпаки — вона стає ще більше актуальною, особливо для держав, ситуація в яких нагадує українську.

---

* Конституція України: науково-практичний коментар. Х., К., 2003. С 10.

** Скрипнюк О. В. Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики: монографія. К., 2000. С. 27.

*** Рішення Конституційного Суду України від 25 січня 2012 р. №3-рп/2012. *Конституційний Суд України. Рішення, висновки.* 2012. Кн. 12. К., 2013.

**** Головатий С. Україна — «соціальна держава: що це?». *Право України.* 2014. № 7. С. 210—215.

Не вдаючись до докладного аналізу засобів і способів такої гармонізації (до них автори підручника ще повертатимуться в наступних розділах), наголосимо на основних напрямах її досягнення.

По-перше, визначальне місце серед цих засобів і способів належить принципу людської гідності — основі всіх прав і свобод людини, зокрема й соціально-економічних. У статті 22 Загальної декларації прав людини зазначено, що кожен член суспільства має право на соціальне забезпечення і на здійснення — за допомогою національних зусиль і міжнародної співпраці та відповідно до устрою і ресурсів кожної держави — економічних, соціальних і культурних прав, необхідних для підтримання гідності кожного та для вільного розвитку його як особистості. Мета забезпечення людської гідності, як випливає з преамбули, лежить в основі Міжнародного пакту про економічні, соціальні й культурні права 1966 року та низки інших міжнародно-правових документів, присвячених правам людини. Людська гідність є на вершині ціннісного порядку, визначеного конституціями й законами будь-якої соціальної держави, основаної на верховенстві права. І це зрозуміло, адже без забезпечення достатнього рівня матеріального добробуту для себе й своєї родини, якого б вистачало на харчування, одяг, житло, здобуття належної освіти, медичне обслуговування тощо, людська гідність виявиться декларативною, а принципи верховенства права й правової державності здатні перетворитися на доктринальну абстракцію, яка не працюватиме.

По-друге, мету соціальної держави, зокрема гарантування соціально-економічних прав, не слід зводити до соціального захисту — соціальних допомог, субсидій, компенсацій тощо. Це хоч і важлива, проте лише частина розв'язання проблеми. Одне з визначальних місць у забезпеченні названих прав має бути відведене розширенню економічних свобод людини, що цілком узгоджується з вимогами верховенства права. Адже саме право на самореалізацію в економічній сфері — один з основних напрямів підвищення матеріального добробуту населення. На жаль, Україна поки що за рівнем економічних свобод далеко позаду інших, навіть пострадянських держав. Для позитивних зрушень у цій сфері потрібна кардинальна зміна акцентів соціальної політики. Як стверджують економісти, основними її складниками мають стати: розвиток трудового потенціалу, інтелектуалізація процесів праці, забезпечення гідних умов і гідної оплати праці всіх працюючих, подолання величезної диспропорції між оплатою праці різних категорій працівників

навіть у бюджетній сфері, створення гідних умов життєдіяльності для тих, хто вже чи ще не може себе захистити.

По-третє, за всієї важливості набагато чіткішого законодавчого регулювання позитивних зобов'язань держави в забезпеченні соціально-економічних прав, підвищення результативності такої вимоги верховенства права як принцип легітимних очікувань, слід мати на увазі, що реально дієвими соціально-економічні права можуть стати лише за умови поширення на них інституту судового захисту та неухильного виконання судових рішень. Без цього будь-яке соціально-економічне право залишатиметься декларацією або ж у ліпшому разі виявом державного патерналізму й залежатиме від можновладців. Для цього соціально-економічні права слід довести до такого рівня конкретизації, який давав би змогу особі (індивіду) в разі порушення права звертатися до суду. Досвід судового захисту соціально-економічних прав має не тільки Європа, зокрема Європейський суд з прав людини, а й інші неєвропейські країни.

### 2.2.3. Цивілізаційні принципи конституційного права

Сучасний світ, попри глобалізаційні й інтеграційні процеси, лишається доволі поліцивілізаційним. Різні автори виокремлюють від п'яти до восьми (а інколи й більше) сучасних цивілізацій. В основі такого розподілу, на відміну від попередніх історичних епох, лежать переважно не «географія і простір», тобто не принцип «ґрунт — кров», як його інколи іменують в літературі, присвячений цивілізаційним дослідженням, а передусім культурна своєрідність життєдіяльності народів, особливості їхніх ціннісних орієнтирів, ментальності тощо. Інакше кажучи, на першому плані в цивілізаційних підходах принцип культури. Одне з найважливіших місць у ній належить соціально-культурним умовам становлення, функціювання й розвитку правових систем.

Найчастіше виокремлюють такі типи цивілізацій: європейську (євроатлантичну, або західну), південноазійську, далекосхідну, мусульманську (ісламську) та африканську. Часто до них додають або ж виокремлюють як доволі автономні типи ще: китайську, японську й індуську цивілізації*.

Цивілізаційний підхід дедалі більше поширений серед критеріїв класифікації правових систем. І це цілком природно, оскільки саме тип цивілізації зазвичай зумовлює відповідні традиції права, а особливості

* Синха С. П. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. М., 1996. С. 10.

правового світогляду в межах цих традицій визначають тип правової сім'ї*. Це недивно, оскільки останні за своєю назвою часто збігаються з назвою відповідної цивілізації: мусульманська (ісламська) правова сім'яві відбиває особливості мусульманської (ісламської) цивілізації, далекосхідна — далекосхідної, індуська — індуської тощо. Проте така синонімічність є не завжди. Чи ненайяскравіше виявляється це в європейській, точніше — євроатлантичній, або західній цивілізації, оскільки вона нині уособлює не географічний, а духовно-культурологічний смисл, тобто виходить далеко за межі європейського континенту.

З урахуванням цих попередніх загальних зауваг слід підходити також до з'ясування принципів конституційного права. Попри помітну універсалізацію низки з них, цивілізаційна специфіка принципів конституційного права зберігається й, без сумніву, зберігатиметься надалі.

Найвиразніше вона виявляється в мусульманській (ісламській) цивілізації, про що вже частково йшлося під час розгляду питання про універсалізацію конституціоналізму. Принципи конституційного права мусульманських (ісламських) країн уособлюють традиції ісламської цивілізації як особливого соціокультурного типу. У них тісно переплітаються релігійний фаталізм, раціоналізм і формалізм (логіцизм) арабської філософської думки**. Саме в їхньому поєднанні — ключ до розуміння принципів мусульманського права загалом і принципів конституційного права ісламських країн зокрема. Їхній фундамент утворює специфічна ісламська система цінностей, в ієрархії яких провідне місце займають релігійні цінності, оскільки вони є основою ісламу.

Серед цивілізаційних принципів конституційного права ісламських країн, що ґрунтуються на цих цінностях, визначальне значення належить принципам шаріату — зводу теологічних нормативів, проголошених ісламом «вічними і незмінними» настановами бога — Аллаха. Хоч шаріат і є набором засадничих нормативів — принципів, усе ж не є синонімом ісламського права, як вважають деякі правознавці. Головним завданням шаріату є оціннювання життєвих ситуацій з погляду релігійної моралі. Вони сформульовані не як юридичні права й обов'язки, а як моральні зобов'язання, невиконання яких передбачає релігійні санкції. Теоретичним осмисленням й обґрунтуванням цих зобов'язань у правовому контексті є так званий фікх, мета якого полягає в безпо-

---

* Харитонова О. І., Харитонов Є. О. Порівняльне право Європи. Основи порівняльного правознавства. Європейські традиції: посібник. Х.: Оддісей. 2002. С. 68; Хашматулла Бехруз. Порівняльне правознавство: підручник. Одеса: «Фенікс», 2009. С. 97.

** Хашматулла Бехруз. Исламские традиции права. Одесса: Юридическая литература, 2006. С. 21—22.

середньому тлумаченні положень Корану — священної книги ісламу й Сунни — зводу хадисів — переказів про життя пророка Мухаммеда, його поведінку, вчинки, стиль мислення тощо та їхнє пристосування до потреб правового життя суспільства. Фікх — це, по суті, юридична частина шаріату*. Його норми конкретизують принципи шаріату, наближаючи їх до конкретних життєвих обставин. Саме з фікхом деякі фахівці з порівняльного правознавства ототожнюють мусульманське право**.

Оскільки конституція — це насамперед кодекс загальних засад, принципів регулювання всіх сфер життєдіяльності людей, а не конкретизованих правил, конституції мусульманських країн оперують не поняттям «фікх», а принципами шаріату. Вони, попри тенденцію універсалізації принципів конституційного права, продовжують займати чільне місце в конституційному регулюванні суспільних відносин, зокрема відносин владарювання в мусульманських країнах.

Принципи організації держави, її органів й інститутів у цих країнах, хоч і набувають нових рис, зумовлених процесами глобалізації, зовні нагадуючи форми організації державної влади в сучасних секуляризованих світських державах, проте підпорядковуються ісламу (шаріату). Це стосується, зокрема, контролю народу за діяльністю держави, її відповідальності перед своїми громадянами, механізмів обмеження влади халіфа — глави ісламської держави. У деяких мусульманських країнах (особливо з монархічними режимами) вирішальне значення в цих процесах має так званий принцип шури, який насправді замінює принцип загальних виборів традиційними консультаціями монарха з «гідними людьми», до яких належать представники верхніх прошарків суспільства. Саме вони дають поради правителю від імені всього суспільства, значною мірою визначаючи його відносини з владою. Тому такий відчутний вплив принципів ісламу (шаріату) на функційному рівні державного механізму, про що йшлося у розділі першому.

Суттєві особливості притаманні принципам конституційного права також інших цивілізацій. Різняться принципи права загалом і конституційного права зокрема країн Далекого Сходу: Китаю, Індонезії, Малайзії, Японії тощо, культура яких належить до окремої Далекосхідної цивілізації. Ці країни мають свої «праворозуміннєві» витоки, коріння яких сягає філософсько-етичних концепцій, що склалися впродовж тривалої історії розвитку культури цих країн, особливо культури Китаю. Суттєвий

---

* Там само. С. 85.

** Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986. С. 79—80.

вплив на принципи конституційного права мають, зокрема, традиційні для них концепції конфуціанства.

Попри те, що чимало (чи навіть більшість, як це є, наприклад, в Японії) принципів конституційного права рецепійовано із країн західної цивілізації, вони за своїм «наповненням» (змістом) суттєво відрізняються від однойменних принципів «материнських» систем. У конституційному праві перелічених країн їх пропускають крізь призму характерних для них філософських концепцій, особливо конфуціанства, що також позначається на всіх сферах конституційно-правового регулювання, зокрема на відносинах владарювання. Однак, на відміну від мусульманських країн, відшукати в текстах конституцій країн Далекосхідної цивілізації чисто конфуціанські принципи й норми майже неможливо.

Свої особливості мають і принципи права загалом і конституційного права зокрема країни євроатлантичної цивілізації. На ґрунті цієї цивілізації історично сформувалися дві основні правові сім'ї: романо-германська й англосаксонська (англо-американська), або сім'я загального права. Деякі компаративісти виокремлюють їх більше. Попри наявні відмінності між ними, зокрема в принципах конституційного права, про що йтиметься далі, вони мають спільне історичне коріння — римське право, а також логіку й діалектику Платона та Арістотеля. Гарольд Джон Берман про це пише: «Римське право Юстиніана надало західноєвропейським юристам основну термінологію, грецька діалектика Платона й Арістотеля забезпечила їх методом, а поєднання цих двох елементів в абсолютно іншому суспільному контексті породило щось нове»*, в якому деякі правознавці вбачають навіть контури майбутньої єдиної європейської правової сім'ї.

Хоч ступінь рецепції римського права в перелічених правових сім'ях неоднаковий, що склалося історично, більшість принципів римського права відбивається як у сім'ї континентального, так і сім'ї загального права. Це переконливо підтверджує, зокрема, неодноразово згадуваний документ Венеційської комісії ***Rule of Law Checklist***. Більшість принципів — елементів верховенства права, зафіксованих у цьому документі, має своє коріння в римському праві, і які однаково використовують як у сім'ї загального, так і в сім'ї континентального права. Деякі з них навіть подають у документі мовою оригіналу — латиною. Тому нині принцип верховенства права насправді набув універсального змісту, хоч у різних цивілізаціях він має свої особливості.

---

* Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 151.

### 2.2.4. Правосімейні принципи конституційного права

«Правова карта» сучасного світу доволі різнобарвна й охоплює низку об'єднаних схожими родинними рисами національних правових систем, які здебільшого прийнято іменувати «правовими сім'ями». Палітра критеріїв їхнього виокремлення доволі широка: від особливостей становлення й еволюції правового мислення до специфіки джерел права, юридичної техніки тощо. До таких критеріїв, безперечно, належать також особливості принципів права, на яких ґрунтуються відповідні правові сім'ї, зокрема принципів конституційного права. Вони суттєво відрізняються в правових сім'ях, синонімічних з відповідними цивілізаціями. Проте навіть у правових сім'ях, що належать до однієї євроатлантичної (західної) цивілізації, принципи конституційного права мають суттєві відмінності, коріння яких слід шукати в історичних умовах їхнього становлення та еволюції. До основних принципів конституційного права романо-германської (континентальної) правової сім'ї, які значною мірою виражають її специфіку, належать:

- принцип найвищої юридичної сили норм конституції, які є серцевиною правових систем, що належать до цієї сім'ї;
- принцип пріоритету закону над іншими джерелами права — доктриною, судовим прецедентом, звичаєм;
- принцип чіткої ієрархічності нормативних актів, що утворюють її систему;
- принцип спеціалізації в судовій системі, яка також часто спричинює полісистемність судових систем.

Специфіка принципів конституційного права континентальної правової сім'ї виявляється також в історично зумовленій системі принципів законодавчого процесу, принципів судового контролю за конституційністю законів й інших нормативних актів тощо, про що докладніше йтиметься в наступних розділах.

Англосаксонська правова сім'я, або сім'я загального права, хоч і ґрунтується на спільних з романо-германською правовою сім'єю цивілізаційно-правових засадах, проте за низкою властивих їй принципів відрізняється від неї. Ці відмінності поширюються й на принципи конституційного права. Як і специфіка принципів конституційного права сім'ї континентального права, їх особливості в сім'ї загального права зумовлені специфікою їхнього становлення. У Великобританії й інших країнах, правові системи яких належать до цієї правової сім'ї, провідне значення в їхньому становленні належало й продовжує належати юридичній, передусім судовій практиці. Саме ***judge-made law*** — суддівське право визначає особливості принци-

пів цієї правової сім'ї. На відміну від принципів конституційного права континентальної правової сім'ї, які за всієї важливості судової практики в їхньому формуванні й легалізації (наданні їм юридичної сили) здебільшого закріплені в конституціях та інших актах конституційного змісту, принципи конституційного права сім'ї загального права не тільки «виростають» з судової практики, а й зазвичай існують саме в ній.

Причому не так через відсутність у Великобританії «писаної» конституції, як через те, що правові системи, які належать до сім'ї загального права, побудовані за принципом ***stare decisis***, який у перекладі українською мовою означає «дотримання того, що було вже вирішено». Відповідно до нього судді мають поважати правила, сформульовані в попередніх остаточних судових рішеннях — прецедентах, якщо факти й інші правові аспекти справи, що розглядають, є схожими (аналогійними) до них*. І хоч прецедентне право під впливом інтеграційних процесів, що відбуваються в Європі (навіть попри певні кризові явища в них, які спостерігаємо нині), поступово завойовує прихильників також у континентальній правовій сім'ї, специфіка англосаксонського прецедентного права зберігається. Для нього характерна особлива правова культура й специфічні принципи, які навряд чи зможуть бути вмонтовані в сім'ю континентального права навіть у порівняно віддаленій історичній перспективі.

Так, формування й застосування прецедентів у сім'ї загального права орієнтується на доволі розвинену процедуру судового розгляду справ, що, своєю чергою, зумовлює своєрідність принципів процесуального права (з огляду на це, англосаксонське право інколи іменують правом процесуалістів). Одним із наслідків галузевої недиференційованості права (тобто відсутності його поділу на відповідні галузі, як, наприклад, у континентальній правовій сім'ї) стала специфіка побудови судової системи, яка, на відміну від сім'ї континентального права, ґрунтується не на принципі спеціалізації, а на принципі так званої уніфікованої юрисдикції. Своєрідними є принципи відносин між прецедентним і статутним правом, зокрема законами, що ухвалює парламент. Хоча традиційно ще з часів Великої хартії вольностей система влади у Великобританії побудована на принципі законодавчого суверенітету парламенту (the legal sovereignty of Parliament), цей принцип не передбачає ухвалення парламентом правових актів (законів), які мають вищу юридичну силу в системі джерел права, оскільки діяльність самого парламенту підпорядкована принципу верховенства права, який не зводиться до верховенства закону. Та й сам суверенітет (або верховен-

* Див: Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. К.: Реферат, 2007. С. 337, 372.

ство) парламенту з часом еволюціонував, зокрема під впливом принципу розподілу влади.

Свою специфіку мають, якщо порівняти з принципами континентальної правової сім'ї, також принципи судового конституційного контролю й деякі інші принципи конституційного права сім'ї загального права, про що докладніше йтиметься під час розгляду інших тем підручника.

Правова система США хоч і належить, як і правова система Великобританії, до англосаксонської правової сім'ї, проте має певні відмінні від британської системи риси, що дало підстави багатьом компаративістам виокремлювати її в порівняно автономну підсистему сім'ї загального права, а конституціоналістам — розглядати американський конституціоналізм як особливий його різновид (модель). Насправді принципи конституційного права США мають суттєві особливості, якщо порівняти з принципами конституційного права Великобританії. До них зокрема належать:

- провідне становище в правовій системі Конституції США як єдиного кодифікованого акта;
- особлива роль Верховного суду США в тлумаченні Конституції;
- своєрідність системи прецедентного права у зв'язку з федеральним державним устроєм США та наявністю, відповідно, загальних принципів конституційного права федерації та принципів конституційного права штатів тощо.

Певна своєрідність властива принципам конституційного права Індії. Індуську правову систему часто розглядають як унікальну, близьку за своїми ознаками до окремої правової сім'ї.

Попри те, що в індійській конституції 1950 року переважно відображені принципи конституціоналізму, характерні європейським країнам, дуалізм цих принципів і принципів традиційного індуського права, основу якого становить право общин, що сповідують індуїзм, відчувають і досі. Із сутності індуїзму випливає один з визначальних принципів індуського права — принцип його персональної дії, тобто поширення тільки на індусів — осіб, що сповідують індуїзм, незалежно від місця проживання, громадянства чи навіть етнічного походження. Тому розрізнення принципів конституційного права Індії як держави й принципів власне індуського права має вираженіший зміст, навіть якщо порівняти з ісламським державами.

Іншим специфічним для індуського права принципом є принцип його кастової побудови, тобто регулювання відносин з урахуванням належності

особи до тієї чи іншої суспільної спільноти (історично їх поділяють на чотири великі групи), місце яких у складній соціальній ієрархії обумовлене відповідними традиціями й вираженою кастовою самосвідомістю. Хоч Конституцією Індії всі норми, згідно з якими належність до касти спричиняла відповідні юридичні наслідки для їхніх членів, скасовано, принципи кастового підходу відчуваються певною мірою навіть у сфері владарювання (наприклад доступу до державної служби), не кажучи вже про деякі інші сфери життєдіяльності, зокрема сімейного права, де вони, особливо в сільській місцевості, продовжують діяти*.

Свої власні, специфічні принципи права, які прямо чи опосередковано впливають на принципи конституційного права, притаманні також іншим правовим сім'ям.

### 2.2.5. Національні принципи конституційного права

Попри те, що думка про наявність загальних принципів конституційного права, притаманних конституційному праву кожної країни, доволі поширена, а у вітчизняній конституціоналістиці навіть панівна, пошук принципів конституційного права, специфічних для кожної окремої країни, є чи не найскладнішим завданням. Знайти такі принципи для конституційного права України, як і для інших країн, доволі важко, якщо не сказати більше — майже неможливо.

З огляду на це, думки, які інколи трапляються у вітчизняній літературі, про потребу активізувати пошуки власних «самобутніх» шляхів конституційного розвитку на підставі відображених у Конституції національних історичних традицій і звичаїв, психологічних властивостей характеру української нації тощо, навряд чи можуть бути реалізовані. Надмірне зосередження уваги на таких пошуках в умовах сучасного глобалізованого світу (за всієї неоднозначності процесів, що в ньому відбуваються) без орієнтування на міжнародний досвід, загальнолюдські та європейські цивілізаційні цінності й надбання в розвитку конституціоналізму та його принципів може спричинити черговий правовий ізоляціонізм, який правова система України, а разом з нею і конституційне право, уже проходили, перебуваючи в складі колишньої соціалістичної правової сім'ї.

Це зовсім не означає, що зміст більшості універсальних, цивілізаційних та правосімейних принципів конституційного права в різних

* Лук'янов Д. Релігійні правові системи в сучасному світі: монографія. Харків: «Право», 2015. С. 173—176.

країнах, зокрема в Україні, не має певних, часом суттєвих, особливостей, зумовлених своєрідністю політичного, морального, релігійного й іншого середовища, в якому вони функціюють. Як і не унеможливлює формулювання в Конституції України окремих положень (окрім преамбули), які б чіткіше передавали національну специфіку.

Утім, тут важливо дотримуватися балансу, зважаючи на те, що ліберальна традиція, пов'язана з основними цінностями лібералізму — людською гідністю, невідчужуваними правами й свободами особистості, в Україні, з огляду на низку історичних обставин, була помітно слабша проти національної традиції — одвічного прагнення створити національну державу, доповнена пізніше (особливо в період національно-визвольних змагань 1917—1921 років) соціалістичною ідеологією, яка виявилася досить стійкою і дається взнаки досі.

Попри те, що відшукати принципи конституційного права, притаманні лише окремій країні, майже неможливо, типові принципи конституційного права, характерні для низки країн, правові системи яких належать до того ж не до однієї правової сім'ї, у світі існують. До таких конституційних принципів належать, наприклад, принцип ампаро (іспанською ***amparo*** — захист, допомога) — особливої процедури захисту людини від дій органів державної влади, що порушують її конституційні права. Ампаро є в Іспанії та низці країн Латинської Америки, здебільшого колишніх іспанських колоніях. За деякими ознаками ампаро нагадує поширений у багатьох європейських країнах інститут конституційної скарги, який нещодавно запровадили й в Україні також. Захист прав людини за процедурою ампаро полягає в забезпеченні порушеного права, його відновлення в тому стані, яким воно було до порушення.

У конституційному праві низки країн є принцип так званого «хабеас дата» (лат. ***Habeas data***) — один з нових інструментів захисту особистих прав і свобод; право будь-якого громадянина (або навіть будь-якої людини) вимагати в судовому порядку ознайомлення з будь-якими даними, що стосуються його особи, незалежно від того, в яких архівах чи установах їх зберігають, зокрема й архіви служб державної безпеки.

Очевидно, можна знайти й деякі інші особливості принципів конституційного права окремих правових систем. Проте вони не є визначальними для розвитку конституційного права в сучасному світі. Його тенденцією все ж є універсалізація принципів, що не заперечує особливостей конституційно-правового регулювання в різних країнах і не веде до його уніфкації.

# Розділ 3.
# Конституційне право й права людини

## 3.1. Права людини як першоджерело й визначальна цінність конституційного права

### 3.1.1. Поняття прав людини: основні підходи

Права людини нині є спільним ідеалом усіх країн і народів, які сповідують ідеї справедливості, свободи й демократії, та, як зазначено в попередніх розділах цього підручника, є «нормативним мірилом, що стає універсальною та загальнолюдською цінністю». І це цілком закономірно. Адже за допомогою своїх прав людина долучається до матеріальних і духовних благ суспільства, до інститутів влади, до реалізації різноманітних власних і суспільних інтересів. Від рівня забезпечення прав залежить ступінь досконалості самої людини як особистості, її життя й здоров'я, недоторканість та безпека. Тому невипадково права людини невіддільні від розвитку конституціоналізму й давно стали визначальною частиною сучасних конституцій і, відповідно, становлять ядро конституційного права.

Попри це, у загальній теорії права й конституційному праві знайдеться не так багато понять, які б мали скільки різнопланових інтерпретацій і породжували скільки дискусій, як поняття прав людини. Серед них питання про природу прав людини; про те, які спільні риси мають мати різні права для того, щоб називатися правами людини; про їхні взаємозв'язки з фундаментальними, основними правами; про співвідношення між природними, невідчужуваними й набутими, звичайними правами, індивідуальними й колективними правами, правами людини та її обов'язками тощо*.

Це свідчить про надзвичайну складність і багатовимірність прав людини, яка зумовлена як самим їхнім генезисом і суперечливою еволюцією, особливостями історичних традицій і культур різних народів, так і викликами, породженими сучасними глобалізаційними процесами та іншими чинниками (для України, зокрема, пов'язаних із розв'язуванням проти неї «гібридної» війни, що спричинила проблеми забезпечення прав внутрішньо переміщених осіб, змушених залишити

* Філософія прав людини / за ред. Штефана Госепата та Георга Ломанна. 2-ге видання. К.: Ніка-Центр, 2012. С. 7 і наст.

своє постійне місце проживання; захисту інформаційного простору й чимало інших).

Почнімо з визначального для розуміння прав людини питання — про їхню природу.

У літературі є безліч підходів до інтерпретації природи прав людини, зокрема етичний, психологічний, релігійний тощо. Відповідно до ***етичного*** підходу під правами людини розуміють форму існування, спосіб вияву принципів і приписів моралі; згідно з ***психологічним*** підходом права людини — це певні уявлення людини, її погляди про належність їй певних благ; прихильники ***релігійного*** підходу розглядають права людини як такі, що визначені й надані людині Богом тощо.

Проте найпоширеніші два, протилежні за своєю сутністю, підходи — природно-правовий і позитивістський. Прихильники ***природно-правового*** підходу вважають, що права людини належать їй від природи, вони є невідчужувані, невіддільні від неї; людину не можна позбавити її прав, оскільки вони становлять елементарні передумови гідного людського існування. За ***позитивістського*** підходу творцем прав людини є держава. Права людини — це лише ті можливості людини, які надає їй держава, через їхнє закріплення в джерелах позитивного права. Ці підходи впливають і на формулювання відповідних конституційних положень щодо прав людини. Проте більшість схиляється до того, що права людини зумовлені всім спектром природних і соціальних чинників, тому знаходять своє вираження в моралі, ідеології, релігії, праві, психології людей, у їхньому світогляді загалом. З огляду на це, у філософсько-правовій літературі основний принцип обґрунтування прав людини виявляється в тому, що «людина, щоб залишатися людиною, повинна мати право»[*].

Ідея прав людини має багатовікову історію, її витоки сягають давньогрецької філософії, проте тільки після Другої світової війни народи світу об'єднали свої зусилля, щоб визначити, які ж права є фундаментальними, належать усім людям і потребують створення ефективних механізмів гарантування їхньої реалізації та захисту.

Права людини в загальному значенні — це низка благ, які є суттєвими й потрібними для забезпечення нормальних умов життєдіяльності людини. До того ж здатність людини користуватися своїми правами за-

[*] Максимов С. І. Філософський зміст і обґрунтування прав людини. *Філософія права*: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. Г. Данильян, О. П. Дзьобань, С. І. Максимов та ін. / за ред. д-ра філос. наук, проф. О. Г. Данильяна. Харків: Право, 2009. С. 152.

лежить від інших людей, які повинні поважати ці права. Відповідно людина реалізує свої права з урахуванням прав й інтересів інших людей, що накладає на неї обов'язки й відповідальність перед іншими людьми та суспільством загалом. Однак, зважаючи на те, що люди відрізняються за рівнем свідомості, зокрема моральності, усвідомлення ступеня відповідальності за свої вчинки, обов'язок визначити такі правила й ухвалити такі закони, які б сприяли реалізації людиною своїх прав, створювали комфортні умови її життя, поєднуючи інтереси всіх членів суспільства, покладають на державу. Держава за допомогою правових норм повинна забезпечувати узгодження інтересів конкретної людини з інтересами інших людей та суспільства загалом. Людина та її права одночасно є й загальноцивілізаційною цінністю та першоджерелом права, адже його створює людина (в різних її статусах) та заради людини — забезпечення гідних умов її життя. Як наголошував у цьому зв'язку один з авторів доктрини верховенства права й сучасного конституціоналізму Альберт Дайсі, вихідне джерело права не в конституції та законах, а в людських правах*.

Ідею прав людини як основоположної цінності й фундаменту правопорядку відображено в конституціях багатьох держав. У Декларації прав людини і громадянина (1789), що є частиною Конституції Французької республіки (1958), зокрема йдеться: «Мета кожного державного союзу полягає в забезпеченні природних і невід'ємних прав людини». У статті 1 Основного закону ФРН визнано «недоторкані й невідчужувані права людини основою будь-якої людської спільноти, миру й справедливості на землі». Близькими до зазначених положень є також положення Конституції України, яка в статті 3 визнає людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку найвищою цінністю, а в статті 21 проголошує права і свободи людини невідчужуваними та непорушними.

Права людини, своєю чергою, є відтворенням системи цінностей, притаманних суспільству: людської гідності, справедливості, рівності, свободи, поваги до прав інших осіб, що здобули також міжнародне визнання.

Однак, попри загальне визнання факту існування прав людини, єдиного загальноприйнятого розуміння прав людини наразі немає: у різних культурах права людини мають свої особливості.

Найвиразніше такі особливості виявляються в західній та східній цивілізаціях. Згідно із західним підходом людина є самостійною та само-

* Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 1959 (1961) P. 232.

достатньою, західна культура є індивідуалістичною, натомість у східній культурі людина відчуває себе частиною соціуму, в якому живе, і зв'язана у своїй діяльності та ухваленні рішень його цінностями, звичаями, традиціями, що й визначає її поведінку. Тому індивідуальні права людини тут виражені менш чітко, а суспільні інтереси превалюють над індивідуальними. Детермінівним чинником у поводженні людини є збереження гармонії в колективі, а не обстоювання власних прав. Відмінності в підходах спричинили також неоднакове ставлення до різних груп прав у процесі їхнього розвитку: західні держави традиційно зосереджували увагу на індивідуальних — громадянських і політичних правах, країни Африки — на колективних, тоді як колишні соціалістичні країни, які розглядали державу як колектив, що розподіляє матеріальні блага, найперше значення надавали економічним, соціальним та культурним правам.

Загальноприйнятого й однозначного формулювання поняття прав людини немає й досі, у літературі їх визначають по-різному: як певні можливості людини, котрі необхідні для задоволення потреб її існування та розвитку в конкретно-історичних умовах, що об'єктивно зумовлені досягнутим рівнем розвитку суспільства і мають бути загальними та рівними для всіх людей[*]; як визнані світовою спільнотою блага й умови життя, яких може домагатися особа від держави й суспільства, в яких вона живе, та забезпечення яких реальне в умовах досягнутого людством прогресу[**]; як морально обґрунтовані вимоги свободи та автономії, які мають належати кожній людині[***]; як вимоги людини адресовані державі; як необхідні для життя блага; як загальна й рівна для всіх міра свободи (можливої поведінки), необхідна для задоволення потреб існування, розвитку й самореалізації людини; як комплекс природних та непорушних свобод та юридичних можливостей, зумовлених фактом існування людини тощо.

Така багатоманітність наукових інтерпретацій лише підкреслює глибину та багатогранність цього поняття, у них сфокусовано певні ознаки, що притаманні правам людини. Усі вони є окремими виявами категорії прав людини й лише разом можуть дати повне уявлення про це складне багатовимірне явище. Можна запропонувати таке коротке визначення прав людини: ***права людини*** — це блага й умови життя, яких лю-

---

[*] Рабінович П. М. Основи загальної теорії права і держави: навч. посібник. вид. 9-те, зі змінами. Львів: Край, 2007. С. 10.

[**] Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. К.: ВАІТЕ, 2016. С. 50.

[***] Matthias Koenig: *Menschenrechte*. Frankfurt am Main, 2005. S. 12.

дина потребує для гідного існування, що визнані світовою спільнотою, та задоволення яких людина може домагатися від держави.

Однак слід пам'ятати, що жодне визначення не в змозі передати глибинний і багатоплановий зміст цього поняття. Тому доцільніше, очевидно, акцентувати увагу на основних характеристиках прав людини. До найзагальніших з них належать:

- права людини — це морально обґрунтовані потреби людини, що зумовлені її природою;
- права людини втілюють систему цінностей, притаманних людству, через що деякі автори їх небезпідставно іменують громадською релігією сучасності;
- права людини охоплюють всі сфери життєдіяльності людини: економічну, соціальну, політичну, духовну, мають задовольняти її базові фізичні, біологічні й інші потреби;
- права людини мають різні форми й механізми їхнього гарантування та забезпечення;
- права людини є кінцевою метою діяльності всіх органів держави. Такий людиноцентричний підхід закладено, як уже зазначалося, у статті 3 Конституції України, відповідно до якої права й свободи людини та їхні гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави;
- одночасно права людини є засобом обмеження державної влади. Це той бар'єр, який не може переходити на власний розсуд будь-яка гілка влади — законодавча, виконавча чи судова.
- права людини належать кожній особі, оскільки зумовлені самою людською природою, є однаковими для всіх, поширюються на всіх та всюди. Лише у своїй сукупності вони забезпечують гідне життя людини, тому їх вважають невідчужуваними й невідділь-ними, рівнозначними й взаємопов'язаними, невичерпними й універсальними, про що йтиметься далі.

До того ж гарантувати дотримання прав людини можна лише за умови їхньої легітимації. На міжнародному рівні це відбувається через міжнародні договори та рішення міжнародних судових органів, на національному рівні — через нормативну фіксацію, передусім у конституціях й інших джерелах права. Утім, на національному рівні не всі права людини однаковою мірою та не завжди гарантують, що зумовлено різними політичними, релігійними, цивілізаційними чинниками, тому на цьому рівні можуть різнитися погляди щодо змісту й обсягу прав людини, які підлягають захисту.

Тому часом проводять певні відмінності між правами людини (анг. ***human rights***, нім. Menschenrechte) й фундаментальними, або основоположними, основними правами (анг. ***fundamental rights***, нім. Grundrechte), які ще інколи називають конституційно гарантованими правами, про що йтиметься в наступних підрозділах.

### 3.1.2. Еволюція прав людини й тенденції їхнього розвитку

#### 3.1.2.1. Зародження ідеї та становлення прав людини

Ідея прав людини виникла як моральна філософсько-правова категорія, яка має багатовікову історію. Витоки ідеї прав людини можна простежити в давніх цивілізаціях Вавилону, Китаю, Індії; вони займають належне місце в різних релігіях і філософських системах світу: християнстві, юдаїзмі, конфуціанстві, буддизмі, індуїзмі, ісламі. Чимало уваги людині приділяли древньогрецькі філософи, стверджуючи, що всі люди рівні від народження й наділені однаковими, зумовленими природою правами.

Людина та її права нерозривно пов'язані з розвитком конституціоналізму. Вони стають центром досліджень філософії епохи Відродження та, особливо, Просвітництва в XVII—XVIII століттях. Результатом роботи найвидатніших представників цієї епохи: Жан-Жака Руссо, Шарля Луї Монтеск'є, Вольтера, Іммануїла Канта, Томаса Пейна, Джеремі Бентама та інших стали концепції «природного права» та «суспільного договору». Теорія природного права виходить з того, що люди від народження є носіями певних прав, які існують об'єктивно поза волею держави. Сама природа наділяє людину невіддільними правами, їх не надає держава, і вони не виникають унаслідок їхньої нормативної фіксації. Завдання держави — закріпити їх у правових нормах і створити потрібні умови для їхньої реалізації та захисту. Тому права людини закріплюють у конституції і створюють систему юридичних гарантій їхньої реалізації та захисту. Зовсім протилежних поглядів дотримуються представники юридичного позитивізму, зокрема його ідеологи: Джон Остін, Карл Бергбом, Адемар Есмен, Адольф Меркель та інші вважали, що права людині надає держава, і які є похідними від неї. За такого підходу держава сама вирішує, наділяти людину правами чи відбирати їх.

Ідея сформулювати основні права виникла з потреби захистити людину від втручання державної влади. Спочатку увагу зосередили на тих правах, які зобов'язують державу утримуватися від втручання в

свободу життєдіяльності людини, тому права цієї категорії ще називають фундаментальними свободами. Перші юридичні акти в галузі прав людини ухвалюютьу багатьох країнах Європи та США. У Великобританії — це Велика хартія вольностей ***(Magna Carta)*** (1215) — перший юридичний документ Англії, що містить основи прав людини та є нині частиною неписаної конституції Великобританії — Хабеас корпус акт (***Habeas Corpus Ac***t (1679)), англійський Білль про права (***English Bill of Rights*** (1689)). У Декларації незалежності США 1776 року визнано, що «всі люди створені вільними, вони наділені Творцем певними невідчужуваними правами»; права людини закріплено в Біллю про права Вірджинії 1776 р., який згодом став підґрунтям для розроблення Білля про права США (1789) (неофіційна назва перших десяти поправок до Конституції США). Про «природні, невідчужувані, священні права людини» йшлося у французькій Декларації прав людини і громадянина (1789), яка згодом стала частиною Конституції Франції 1791 року (а нині й Конституції 1958 року).

Так, протягом XVII—XVIII століть права людини масово закріплюють на національному рівні й передусім приділяють увагу тим правам, що окреслюють особисту свободу людини й захищають її від свавілля з боку держави. Так виникає перше покоління прав людини, які ще називають «правами-свободами».

Після Другої світової війни права людини перестають бути внутрішньою справою держави й переходять у сферу міжнародно-правового регулювання. Суцільне нехтування правами людини в період війни виявило неспроможність окремих держав та й міжнародних структур стати на їхній захист. 1945 року створюють ООН, однією з цілей якої є «утвердження віри в основні права людини, у гідність та цінність кожної людської особистості». Згодом, 10 грудня 1948 року, у Парижі Генеральна Асамблея ООН ухвалила Загальну декларацію прав людини, яка проголосила широке коло прав: громадянських, політичних, економічних, соціальних, культурних і стала першим міжнародним універсальним документом у цій сфері. Вона стала фундаментом, на якому розвивається вся міжнародна та внутрішньодержавна нормотворчість у галузі прав людини, а день ухвалення Декларації отримав назву День прав людини, який відтоді щорічно святкують.

Протягом 50—60-х років минулого століття дедалі більше країн долучалося до ООН, визнаючи принципи та ідеї, що викладено в її Статуті та Загальній Декларації прав людини. Оскільки за своєю природою Декларація не є зобов'язальним міжнародно-правовим актом, згодом,

1966 року ухвалено два пакти, які розвинули положення Декларації: Міжнародний пакт про громадянські й політичні права та Міжнародний пакт про економічні, соціальні й культурні права. Пізніше їх доповнили Факультативним протоколом до Міжнародного пакту про громадянські й політичні права (1966) та Другим Факультативним протоколом до Міжнародного пакту про громадянські й політичні права (1989). Ці акти разом із Загальною декларацією прав людини утворюють ***Міжнародний білль про права людини***. Міжнародні пакти, на відміну від Загальної декларації прав людини, є міжнародно-правовими договорами зобов'язувального змісту.

Відтак у наступні десятиліття ухвалюють безліч міжнародних актів, присвячених правам людини в певних сферах: Конвенцію про запобігання злочину геноциду й покарання за нього (1948); Міжнародну конвенцію про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (1965); Конвенцію про припинення злочину апартеїду й покарання за нього (1973); Конвенцію про ліквідацію всіх форм дискримінації жінок (1979); Конвенціяю проти катувань й інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання (1984); Конвенцію про права дитини (1989) тощо.

Чимало актів, присвячених правам людини, ухвалено також на регіональному рівні. Серед них, зокрема, слід назвати: Конвенцію про захист прав й основоположних свобод (Європейська Конвенція з прав людини) (1950), Американську конвенцію прав людини (пакт Сан-Хосе) (1969), Африканську хартію прав людини та народів (Банжульська хартія) (1981), Арабську хартію прав людини (2004) тощо.

Так, протягом XX століття сформувалася специфічна підсистема системи права — право прав людини, що постійно розвивається.

### 3.1.2.2. Покоління прав людини

Історію становлення й еволюції прав людини можна розділити на три основні етапи, які прийнято вважати відповідно правами першого, другого й третього покоління (генерації). Водночас права другого й третього покоління не слід розглядати як «ліпші» чи «вищі» за права попереднього покоління. Це новий етап в історії прав людини, тому термін покоління демонструє насамперед часову послідовність їхнього виникнення.

Права людини ***першого покоління*** було проголошено під час ліберально-демократичних революцій у США та Франції. До них належать

громадянські (особисті) й політичні права. Ця група прав покликана гарантувати приватну свободу особи та її участь в управлінні державою. Німецький юрист Ґеорґ Еллінек називав такі права відповідно ***status negativus*** та ***status activus***[*].

***Громадянські*** права часто іменують ***негативними*** правами (***status negativus***). Вони покликані захищати, оскільки їхня мета — стримування державної влади від втручання в межі особистої свободи людини. Громадянські права забезпечують фізичну й розумову цілісність людини, її життя та безпеку, а також справедливий судовий розгляд у разі її затримання. За американською термінологією цю групу прав називають поняттям «прайвесі» (англ. ***privacy*** — конфіденційність, приватне життя), яке трактують як «право бути залишеним у спокої». До них належать: право на життя, заборона тортур, жорстоких і нелюдських покарань, заборона рабства, свобода релігії та віросповідання, свобода думки й слова, свобода пересування, недоторканість житла, таємниця листування тощо. До громадянських належить також група прав, що забезпечують належний судовий процес: право на справедливий судовий розгляд, презумпція невинуватості, ніхто не може бути покараний двічі за одне і теж саме правопорушення (лат. ***non bis in indem***), немає покарання без закону (лат. ***nulla poena sine lege***), закон зворотної сили не має (лат. ***lex ad praeterian non valet***). Водночас їх можна розглядати не тільки як права, а й як процесуальні гарантії прав і свобод.

***Політичні*** права дали особі змогу брати активну участь в управлінні державою й політичному житті (***status activus***). До них належить насамперед виборче право, свобода об'єднання (асоціацій), свобода зібрань (мирних зборів, мітингів та демонстрацій), право петицій (право звертатися до державних, муніципальних органів з пропозиціями, скаргами, зауваженнями), право на участь в управлінні державними справами тощо.

***Другий період*** розвитку прав людини характеризується широким включенням до текстів конституцій соціально-економічних прав.

У процесі еволюції підходи до прав людини змінювалися. На початку XX століття почала домінувати думка, що держава повинна забезпечувати мінімальні стандарти життя й праці: захистити людину від голоду, зубожіння, покрити потреби в житлі, охороні здоров'я, освіті, а також захистити права працівників від безробіття та експлуатації. Так виникли ідеї соціальної держави й соціальних прав. Уперше ці права

[*] Jellinek Georg. Das System der subjektiven öffentlichen Rechte (1905, 2nd ed.). S. 81—193.

було закладено в Конституції Мексики 1917 року в розділі шостому «Трудове та соціальне забезпечення», що містить норми щодо соціального забезпечення працюючих, вікових обмежень працюючих, обмеження тривалості робочого дня, вимоги до мінімальної заробітної плати, право на відпочинок тощо. Невдовзі соціально-економічні права закріпили в конституціях соціалістичних держав, які мали основною метою забезпечення ***соціальної*** справедливості, свободи й рівності. Завдяки поповненню каталогу прав людини соціально-економічними правами держави взяли на себе зобов'язання, спрямовані на соціальний захист незахищених верств населення, які опинилась в такому становищі через інвалідність, складну життєву ситуацію чи з інших причин. Нова філософія прав людини ґрунтувалася на усвідомленні, що людська гідність потребує більшого ніж просто невтручання держави. Вона передбачає її обов'язок забезпечити пристойний рівень життя, створити такі умови, за яких людина психологічно не почувала би себе принизливою.

Період індустріалізації кінця XIX — початку XX століття зумовив виокремлення трудових прав: права на працю, на безпечні умови праці, на оплату праці не нижче як визначений мінімальний розмір, право на організацію в профспілки тощо. Експлуатація праці робітників з тотальним нехтуванням їхніх інтересів спричинила супротив з боку працівників — вони почали виборювати поліпшення умов праці. Із середини XIX століття в державах Європи з'явились окремі законодавчі акти, у яких почали визначати певні обмеження для роботодавців щодо застосування найманої праці. Згодом, 1919 року, була утворена Міжнародна організація праці (МОП), завдяки діяльності якої права працівників було закріплено на міжнародному рівні в численних конвенціях, ухвалених цією організацією.

У комуністичних країнах захист соціальних і трудових прав людини вважали пріоритетним напрямом: про що свідчать статті Конституції СРСР, де розділ, присвячений правам людини, починається саме з соціально-економічних прав і права на працю, зокрема, тоді як для ринково орієнтованого капіталістичного Заходу свобода людини була на першому місці.

Нині світ поступово відмовляється від жорсткої ієрархії між соціальними правами й правами-свободами. У Віденській декларації та Програмі дій від 23 червня 1993 року, ухваленій під час Віденської всесвітньої конференції з прав людини, було принципово визнано, що всі права людини є універсальними, неподільними, взаємозалежними та

взаємопов'язаними. Про це йдеться також у низці інших міжнародно-правових документів, до чого ми ще повернемося в підрозділі 2.3 цього розділу. До того ж для багатьох авторів природа соціально-економічних прав лишається дискусійною: вони не визнають ці права юридичними, обґрунтовуючи це тим, що на підставі відповідних положень конституції не виникають суб'єктивні права, які людина може захистити в суді і зводять їх до ***намірів*** держави створити належні умови життя людині. Деякі конституції взагалі не містять таких прав, а соціальна й економічна проблематика наявна в тих розділах основних законів, де визначені цілі суспільства. Наприклад, соціально-економічні права в Конституції Іспанії 1978 року задекларовано в розділі третьому «Про основоположні принципи соціально-економічної політики», у Конституції Індії 1950 року — у частині четвертій «Керівні принципи політики держави», у Конституції Швейцарії 1999 року — у розділі третьому частини другої «Соціальні цілі». Невипадково й на міжнародному рівні соціально-економічні права регулюють окремими актами: Міжнародним пактом про економічні, соціальні й культурні права (1966), Європейською соціальною хартією (1961). Варто зазначити, що механізми реалізації й захисту вказаної групи прав справді гнучкіші й відрізняються від попередніх. Проте вони послідовно розвиваються в напрямі поширення на них механізмів, притаманних правам першого покоління — громадянським і політичним. Підтвердженням цьому може бути доволі широка практика Європейського суду з прав людини із захисту певних видів соціально-економічних прав: прав на оплату праці, пенсійне забезпечення, охорону здоров'я, освіту тощо. Щоправда, ці права захищає ЄСПЛ через права першого покоління, яким присвячена Європейська конвенція прав людини. Проте її норми сформульовано часто так, що дають суду змогу захищати з їх допомогою також соціально-економічні права. Наприклад, права людини на отримання винагороди за працю (заробітної плати) та пенсію зазвичай він захищає через застосування статті 1 Першого протоколу Конвенції «Захист права власності», право на медичну допомогу — через застосування статті третьої Конвенції — заборону нелюдського чи такого, що принижує людську гідність, поводження. Практика ЄСПЛ щодо цього права поки що обмежена, але вона підтверджує загальну тенденцію до розширення ним судового захисту соціально-економічних прав, про що свідчить також практика ЄСПЛ щодо України.

Ще раніше, до ЄСПЛ, практику судового захисту окремих соціально-економічних прав через права першого покоління започаткував

Верховний суд США. І це при тому, що США досі не приєдналися до Міжнародного пакту про економічні, соціальні й культурні права, а в американській науковій літературі їх продовжують позначати термінами ***entitlement rihts*** — «набуті права», ***general rihts*** — «загальні права» тощо[*]; тобто не визнають правами юридичними, суб'єктивними (основний аргумент такого невизнання — неможливість їх судового захисту).

Хоч і повільно, але до судового захисту певних, закріплених в Основному законі, соціально-економічних прав вдаються також вітчизняні суди. Прикладом тому є, зокрема, постанова Окружного адміністративного суду міста Києва від 17 вересня 2015 року, якою він зобов'язав Кабінет Міністрів України переглянути споживчий кошик, оскільки прожитковий мінімум, що встановлюють, зважаючи на оцінювання кошика, не забезпечує конституційне право людини на достатній життєвий рівень[**].

Щоб забезпечити соціально-економічні права, держава повинна здійснити певні заходи — позитивні зусилля, без яких людина не в змозі скористатися задекларованими правами. Тому цю групу прав ще називають ***позитивними*** (***status positivus*** за Еллінеком), тобто такими, що передбачають цілеспрямовану діяльність держави щодо створення не тільки юридичних гарантій, а й матеріальних передумов їхньої реалізації. Звісно, обсяг матеріальних благ, що надає держава, залежить від її фінансового становища, отже, може змінюватися залежно від економічної ситуації в країні. Проте це не означає, що держава, покликаючись на цю ситуацію, може позбавляти людину елементарних засобів гідного існування. Відмовитися від узятих на себе міжнародних зобов'язань через приєднання до названого міжнародного пакту, держава, якщо вона залишається вірною правам людини, не може.

До соціально-економічних прав належать: право на працю, на справедливі і сприятливі умови праці, право на організацію в профспілки, право на соціальне забезпечення, захист сім'ї, материнства і дітей, право на достатній рівень життя (харчування, одяг, житло), на неухильне поліпшення умов життя, право на житло, право на охорону здоров'я, право на освіту, право на участь у культурному житті, у нау-

---

[*] Сафонов В. Н. Конституция США и социально-экономические права граждан: историко-правовое исследование. М., Норма, 2007. С. 15—16.

[**] Рішення першої й апеляційної інстанцій про прожитковий мінімум. URL: https://reyestr.court.gov.ua/-Review/50645357 (дата звернення: 24.04.2021).

ковому прогресі та його застосування, право на захист інтелектуальної власності тощо.

Права ***третього покоління*** охоплюють здебільшого колективні права: права національних меншин і корінних народів, право нації на розвиток і самовизначення, право на доступ до спільної спадщини людства тощо. До цієї групи прав зараховують також права людства — право на мир, право на сталий розвиток, право на безпечне для життя і здоров'я довкілля тощо*.

Правова природа названої групи прав викликає в науковому середовищі чи не найбільше дискусій. Вони стосуються як лінгвістичних тонкощів, так і певних юридичних аспектів цих прав. Деякі автори звертають увагу на те, що вказані права не є правами людини, оскільки права людини, за визначенням, це суб'єктивні права окремих індивідів, що характеризують сферу індивідуальних інтересів. Навпаки, колективні права є правами груп, спільнот, меншин, корінних народів, націй, народу, людства загалом. Ними може скористатися й окрема людина, але зазвичай це пов'язано не з її особистим статусом, а з належністю до певної спільноти. І, ще важливіше, виникає питання, хто несе відповідальність за їхнє дотримання й забезпечення — держава чи вся міжнародна спільнота, особливо якщо йдеться про права людства — на мир, на безпечне для життя і здоров'я довкілля. Зважаючи на останнє зауваження, цю групу прав ще називають правами ***солідарності***. Їх поки що не можуть беззастережно зарахувати до категорії юридичних, тобто таких, які захищають суди прав, вони мають переважно соціальний і моральний зміст, хоч окремі паростки їхньої «юридизації» можна побачити вже зараз (зокрема в рішеннях міжнародних судів). Очевидно, цей процес триватиме, хоч і не так швидко. Утім, «юридизація» прав навіть першого покоління — громадянських і політичних, тривала також доволі довго й майже завершилася лише на початку минулого століття.

Особливу увагу колективним правам приділяють у сім'ї звичаєвого права, що зумовлено особливостями ієрархії цінностей африканського суспільства. Племінний спосіб життя позначився на свідомості населення — людина могла вижити тільки в межах племені, інтереси якого завжди мали пріоритетне значення. Кенійський філософ Джон Мбіті у своїй праці «Африканські релігії і філософія» пише: «Африканська фі-

* Іванків І. Б. Права людства: стан та перспективи їхнього забезпечення: автореф. дисертації на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» (081 — Право). К.: НАУКМА, 2019. С. 9 і наст.

лософія втілена у формулі: "Я є тому, що ми є"». Ця психологія позначилася й на змісті регіонального акта з прав людини — Африканської хартії прав людини і народів (1981), де чимало статей присвячено саме колективним правам. Професор А. Леґесс у своїй праці «Права людини в африканській політичній культурі» зазначає: «Якби африканці були ідейними натхненниками й авторами Загальної декларації прав людини, вони могли б поставити права громад набагато вище прав індивідів і використовували б культурні ідіоми, що якісно відрізняються від мови, якою ці ідеї сформульовано нині»*.

Колективні права не слід ставити вище індивідуальних, як не повинно бути примату особистого інтересу індивіда над інтересами спільноти, усі права повинні бути в гармонії. Ціннісний зміст виробленого набору універсальних прав людини полягає в тому, що в них закладено потенціал тих природних і неодмінних властивостей, які потрібні для нормальної життєдіяльності людини й людства загалом.

### 3.1.3. Права людини й фундаментальні (основоположні, основні) права

*Фундаментальними (основоположними, основними) правами* вважають права людини, які зазвичай закріплено в конституції або ж випливають із її духу, і які вона гарантує. Їх іменують конституційними. Здебільшого ці права є позитивно-правовою формою вираження природних, невідчужуваних прав людини, тобто пов'язаними не з станом громадянства, а з кожною людиною. До того ж фундаментальними юридичними правами людини є лише ті, які можна захистити в суді. За такого підходу відбувається поєднання природно-правового розуміння прав людини (як загальновизнаних морально обґрунтованих потреб людини, що належать кожній людині відповідно до її природи) та їхньою позитивізацією (як юридично визнаних Основним законом прав, що підлягають судовому захисту). Без можливості судового захисту права людини залишаються гаслами або деклараціями, що найяскравіше виявляється за диктаторських режимів. Щоб вони не перетворювалися в декларацію, їх потрібно не тільки зафіксувати, зокрема в Основному законі держави, а й визначити механізми їхньої реалізації, послідовно провести їх через усю систему законодавства та юридичну, передусім судову практику. Скажімо, в ісламських країнах конституційно задекларована рівність усіх перед законом, яку ані зако-

* Legesse A. Human Rights in African Political Culture. In Thompson, 1980. C. 124—129.

нодавство, ані судова практика зазвичай не забезпечують. Наприклад, проголошену в пункті 14 статті 3 Конституції Ірану ідею рівності всіх перед законом не відобразили в законодавстві: дівчата вже з дев'яти років можуть нести кримінальну відповідальність, тоді як хлопці — з п'ятнадцяти (стаття 147 КК Ірану); донька в родині має право успадковувати лише половину частки того, що дістається синові; чоловік має законне право укладати шлюб з чотирма дружинами, тоді як жінка — лише з одним. Ці приклади демонструють недотримання принципу рівності ще на законодавчому рівні, не кажучи вже про судову практику. Тому закріплення прав людини в конституції — це лише перший крок до визнання їх державою. Щоб вони стали реальністю потрібно створити потрібні юридичні механізми й процедури їхньої реалізації і захисту та послідовно втілювати їх у життя.

За змістом Основного закону ФРН, де розділ присвячений правам людини має назву «Основні права» (нім. ***Die Grundrechte***), під якими розуміють гарантовані конституцією правові позиції (***Rechts positionen***), які адресат права може захистити, зокрема за допомогою конституційної скарги.

У конституційно-правовій літературі розмежовують права людини й фундаментальні (основні) права так:

- права людини зумовлені людською природою й належать людині від природи, бо вона народилася людиною. Вони існують незалежно від нормативної фіксації та передують позитивному праву. Фундаментальні, або ж основні права — це права людини, виражені в позитивній формі. Держава не створює їх, а лише відтворює в Основному законі, щоб їх гарантувати та захищати;
- права людини є загальновизнаними на міжнародному рівні, вони викладені в Міжнародному Біллі про права людини й у низці міжнародних конвенцій, тоді як фундаментальні (основні) права — це передусім права, що гарантує Основний закон конкретної країни. Права людини, закріплені в міжнародно-правових документах стають основними правами в разі ратифікації цих документів державою у визначеному конституцією порядку;
- як основні права, так і права людини є обов'язковими, однак перші забезпечує судовий захист, а другі — міжнародні організації (ООН);
- фундаментальні (основні) права, хоч і ґрунтуються на правах людини, утім, певною мірою залежать від країни та можуть бути специфічними саме для цієї країни, тоді як права людини мають

універсальне значення, що означає, що всі люди є їхніми носіями й користуються ними;

- у демократичній, правовій державі обсяг основних прав може бути ширшим за обсяг, передбачений відповідними міжнародними пактами про права людини, тоді як в авторитарній державі — навпаки;
- права людини є виявом цінностей, які є найважливішою передумовою людського співіснування, відповідно, через юридичне закріплення в тексті конституції вони стають етичними й правовими засадами функціювання держави.

Більшість фундаментальних (основних) прав є лише віддзеркаленням прав людини, адже всі вони спрямовані на створення гармонійних і справедливих умов життя. Метою діяльності міжнародних і регіональних організацій з прав людини є гармонізація національного законодавства з міжнародними стандартами та нормами, викладеними в договорах, пактах і конвенціях. Ратифікувавши міжнародний договір про права людини, країна має вжити всіх потрібних заходів, щоб увідповіднити національне законодавство міжнародним положенням. Це відбувається передусім через додавання в тексти конституцій переліку міжнародно визнаних прав і створення системи гарантій їхньої реалізації та захисту. Водночас перелік основних прав, що гарантує Основний закон, може бути ширшим ніж той, що містять міжнародні акти з прав людини.

Наприклад, останнім часом зважаючи на потребу захистити особу від надмірного втручання в її особисте життя через збирання інформації про неї до тексту конституцій додають право на захист персональних даних (так роблять, зокрема, у землях Німеччини: Берлін, Саксонія). До того ж те, що такого права в тексті Основного закону ФРН немає, Німеччина не залишила громадян без захисту: Федеральний КС Німеччини в рішенні BVerfGE 65, 1 висловив позицію, що «в умовах сучасної обробки даних захист фізичних осіб від необмеженого збору, зберігання, використання та розкриття їхніх персональних даних здійснюють через загальне право особи, що захищає пункт 1 статті 2 (право на вільний розвиток своєї особистості) разом із пунктом 1 статті 1 (недоторканість людської гідності) Основного закону. Аналогійну позицію сформульовано КСУ в рішенні від 20.01.2012.

У Німеччині, Австрії й деяких інших країнах критерієм зарахування прав до категорії основних, як уже зазначали, розглядають можливість захистити своє право через подання конституційної скарги. До того ж згідно з рішенням Конституційного суду Австрії (VfGH 14/03/2012, U

466/11), права, гарантовані Хартією основних прав ЄС, відповідно до принципу еквівалентності (ідентичності за змістом і подібності у формулюванні) є правами, що гарантує Конституція під час розгляду в Конституційному суді.

У країнах Ради Європи, що ратифікували Конвенцію про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року, визначено порівняно вищі стандарти захисту прав людини. Завдяки діяльності Європейського суду з прав людини зміст прав розширюють, і дедалі більше аспектів прав людини потрапляють в сферу захисту, що накладає відповідні зобов'язання на країни гарантувати їх у тому ж обсязі.

Деякі науковці основними називають права, що закріплено в Основному законі на противагу правам, що містять інші джерела права й виступають поряд з основними як звичайні. Інші (звичайні) права, які не закріпили в конституції, займають, на їхню думку, нижче місце в ієрархічній системі, і їх регулюють звичайні закони. Іноді градація прав відбувається в самому тексті Основного закону. Наприклад, конституції Португалії (1976) та Іспанії (1978) розподіляють основні права на кілька категорій залежно від змісту їхнього захисту. Першу групу прав (право на життя, особисту недоторканість, свободу ідеології, релігії тощо) разом із захистом у звичайних судах, захищають у конституційному суді, інші основні права (здебільшого соціальні й культурні) — тільки у звичайних судах. Інакше кажучи, різниця між ними полягає в жорсткішому захисті перших.

Окрім того, інші права можуть бути пов'язані з певними статусами: пенсіонера, малозабезпечених й інших категорій населення — наприклад, право на субсидію, право на певні пільги для чорнобильців, військовослужбовців, багатодітних тощо.

У зв'язку з цим виникає ще одне важливе для вітчизняної правозастосовної, зокрема судової практики питання. Відповідно до частини першої статті 22 Конституції України права й свободи людини та громадянина, закріплені нею, не є вичерпними. Критеріїв, бодай загальних, за якими зараховують до основних конституційних прав права, що прямо не зафіксовані в Основному законі України, немає. Тому чимало юристів-практиків, а часом і деякі науковці намагаються «підвести» під ці права — права, набуті в результаті ухвалення відповідних законів, зокрема права на субсидії, пільги, допомоги тощо, вважаючи їх, як і основні конституційні права, такими, звуження змісту й обсягу яких відповідно до частини 3 тієї є ж статті 22 Конституції України не допускають.

Слід зазначити, що конституції деяких інших пострадянських держав, які, як і українська Конституція, не заперечують інших, окрім сформульованих у ній прав і свобод, намагаються, хоч і в загальному вигляді, визначити критерії, за якими такі права й свободи можуть зараховувати до категорії основних, конституційних. У частині 1 статті 10 розділу другого Конституції Естонської Республіки, присвяченого основними правам, свободам й обов'язкам, ідеться: «Перелічені в цьому розділі права, свободи й обов'язки не заперечують інших прав, свобод та обов'язків, що випливають із суті Конституції або узгоджуються з нею і відповідають принципам людської гідності, соціальної та демократичної правової держави». Очевидно, цією ідеєю (окрім, хіба що обов'язків) щодо зарахування до категорії основних, конституційних прав і свобод слід керуватися й вітчизняним судам, зокрема КСУ під час тлумачення й застосування положення частини 1 статті 22 Основного закону України до внесення до нього відповідних, конкретніших формулювань.

Отож, суттєві відмінності між правами людини й фундаментальними, основними (основоположними) правами людини в умовах глобалізаційних та інтеграційних процесів, що відбуваються в сучасному світі, посилення впливу міжнародних пактів про права людини на національні правові системи, зокрема національні конституції, дедалі більше стираються (нівелюються), що, звісно, не заперечує особливостей їхнього забезпечення та захисту в окремих країнах і правових сім'ях. Як не заперечує й того, що поряд з невідчужуваними правами людини, що зумовлені самою її природою, можуть існувати набуті права, статус яких визначає внутрішнє законодавство тієї чи іншої країни.

Підсумовуючи, слід наголосити ще на одній важливій якості прав людини — вони є безпосередньо діючим правом. Це означає, що незалежно від нормативної фіксації прав людини в конституції та визнання їх як основних, а також від їхньої конкретизації в чинному законодавстві й створення системи гарантій їхнього захисту — права людини мають пряму дію. Судові органи європейських країн досить часто демонстрували свою готовність безпосередньо застосовувати норми конституцій, що гарантують громадянські й політичні права. Водночас ситуація із соціально-економічними правами є не такою однозначною, зважаючи на особливу природу цих прав. Пряма дія прав людини полягає в тому, що їх можуть використовувати в правозастосовній практиці ***contralegem*** — усупереч закону, якщо закон суперечить фундаментальним правам людини: не відбиває природно-правові основи;

не відповідає міжнародно-правовим принципам і нормам про права людини й громадянина; ухвалений нелегітимним органом державної влади тощо. Вони мають пряму дію, якщо в законодавстві є прогалини; колізії правових норм; у процесі ухвалення рішення судом і побудови ним ієрархії норм для з'ясування, яку з них слід застосувати в конкретній справі. У всіх цих випадках перевагу віддають захисту прав людини.

Наразі права людини здаються багатьом з нас самоочевидним явищем, проте варто пам'ятати часи, коли так само самоочевидним явищем вважали користування людиною як річчю за часів рабовласництва, застосовування будь-яких тортур, на які здатна людська уява, особливо в епоху Середньовіччя, обмеження доступу пересічному громадянину до управління державою за часів абсолютизму тощо. Теперішнє поважне ставлення до прав людини — це надбання людства, результат його багатовікової боротьби за обстоювання своїх прав. Тому людина та її права визнають найвищою цінністю, а принцип поваги прав людини задекларовано в багатьох міжнародних актах і конституціях держав.

### 3.1.4. Права людини й права громадянина

Серед фундаментальних (основних) прав можна виокремити права, що належать лише громадянам держави — права громадянина.

***Права громадянина*** — це різновид прав людини, що належать не всім особам, які проживають на території держави, а лише її громадянам. Тобто права громадянина уособлюють політико-правовий зв'язок особи та держави й передусім охоплюють права, які пов'язані зі змогою особи брати участь у політичному житті країни: виборче право, право бути членом політичних партій, право на управління державними справами тощо. У такому значенні вони збігаються з концепцією політичних прав.

Головним призначенням прав громадянина є підтримання відносин між громадянином і державою, забезпечення участі особи в суспільно-політичному й державному житті завдяки наданню їй відповідних юридичних можливостей (передусім права голосу). Статус громадянина й пов'язані з ним права не є доступними для всіх жителів країни. У більшості конституцій відмінності між правами людини й правами громадянина знаходять вияв у формулюваннях відповідних статей. Коли йдеться про права людини, їхніх носіїв позначають словами «кожен» або «усі», а права громадянина — словосполуками «громадянин має право», «громадянам гарантують» тощо. Іноді права громадянина по-

значають не терміном «громадянин», а терміном осіб, які належать до титульної нації. Наприклад, у статті 11 Основного закону ФРН визначено, що «всі німці користуються свободою пересування на всій території Федерації», однак тут ідеться не про етнічне походження особи, а про її громадянство.

На практиці поділ прав на «права людини» й «права громадянина» дедалі більше втрачає своє теоретичне та практичне значення, а межі між ними поступово стираються. У зв'язку з цим формулювання деяких статей низки країн, зокрема Конституції України, слід визнати некоректними. Так, в Основному законі України зафіксовано, що «громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом» (стаття 24); «громадяни України мають право на свободу об'єднання у політичні партії та громадські організації» (стаття 36); «громадяни мають право збиратись мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи, демонстрації» (стаття 39); «громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав...» (стаття 54); в Основному законі Німеччини — «усі німці мають право збиратися мирно та без зброї» (стаття 8), «усі німці мають право створювати союзи й об'єднання» (стаття 9). Якщо буквально тлумачити відповідні статті, можна дійти хибного висновку, що названі права поширюються тільки на громадян України або ФРН відповідно. Однак їх потрібно сприймати в системному зв'язку з іншими нормами конституції: стаття 23 Конституції України та пункт 1 статті 2 Основного закону ФРН проголошують, що кожен має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей. Відповідно іноземці можуть користуватись основними правами, зважаючи на положення названих статей. Окрім цього, за змістом міжнародних актів з прав людини відповідні права належать кожній людині (стаття 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, стаття 22 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права). Тому й держави, що ратифікували відповідні акти, повинні сповідувати саме такий підхід.

Певний сенс у розмежуванні прав людини й прав громадянина є, як випливає з викладеного, коли йдеться про політичні права: виборче право, право голосу на референдумі, право народної ініціативи, право на об'єднання в політичні партії, право на доступ до державної служби. Усунення іноземців від участі у здійсненні цих прав зумовлена захистом державного інтересу, збереженням територіальної цілісності й незалежності.

Щодо органів місцевого самоврядування, то їхня діяльність повинна бути деполітизована, а їхнє призначення — вирішення питань місцевого значення. Тому загальною європейською тенденцією є надання права голосу іноземцям, які постійно проживають у країні й належать до певної місцевої громади. Це право закріплено в статті 6 Конвенції Ради Європи про участь іноземців у суспільному житті на місцевому рівні, відповідно до якої кожна країна, яка ратифікувала Конвенцію, «зобов'язується надати кожному постійному мешканцю-іноземцю право голосувати та висувати свою кандидатуру на виборах до органів місцевого самоврядування, якщо він відповідає тим правовим вимогам, які пред'являються громадянам, і, крім того, на законних підставах постійно мешкає у відповідній державі протягом п'яти років, що передують виборам». Україна досі цю Конвенцію не ратифікувала.

Щодо інших (неполітичних) конституційних прав, то статус громадянина не впливає на змогу користування ними. Відповідне положення відображено у статті 26 Конституції України: «іноземці користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, — за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України». Такі обмеження можуть стосуватися, наприклад, права власності на землю, права на безоплатну освіту тощо.

### 3.1.5. Права людини та юридичні особи

Права людини закріплено зазвичай в одному з перших розділів Основного закону держави. До того ж його назва й формулювання відповідних статей розділу нібито дає підстави говорити про те, що зафіксовані в ньому права стосуються тільки фізичних осіб. Тому, очевидно, Конституційний Суд України, який у своєму рішенні від 9 лютого 1999 року в справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 58 Конституції України (справа про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) констатував, «що положення частини першої статті 58 Конституції України про те, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, треба розуміти так, що воно стосується людини і громадянина (фізичної особи)»*.

* Рішення КСУ від 09.02.1999. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-99#Text (дата звернення: 24.04.2021).

Тим часом відносини між правами людини та юридичними особами набагато складніші. Юридичні особи не можуть не користуватися певними, закріпленими в конституції, правами людини (наприклад, правом на недоторканість помешкання, на таємницю листування, телефонних розмов, вільне вираження своїх поглядів та інформацію тощо) хоча б тому, що юридичні особи утворюють люди, вони ж є визначальною частиною юридичної особи, спрямовують її діяльність. Без людей юридична особа існувати не може. Звідси випливає, що як цілісне людське утворення вона, безумовно, має користуватися правами людини тією мірою, якою вони можуть бути поширені на юридичну особу.

Саме такої позиції дотримується, зокрема, Основний закон ФРН, у частині третій статті 19 якого наголошують на тому, що «основні права мають також юридичні особи, зареєстровані на території Німеччини, якщо ці права за своєю суттю можуть бути застосовані до них». Цього правила дотримуються й у конституціях деяких пострадянських держав. Частина друга статті 9 Конституції Естонії, наприклад, фіксує: «Перераховані в Основному законі права, свободи й обов'язки поширюються на юридичних осіб так, як це узгоджено із загальними цілями юридичних осіб і сутністю таких прав, свобод і обов'язків». Очевидно, такої позиції повинні дотримуватися й вітчизняні суди за умови належного обґрунтування, навіть якщо таких приписів у Конституції України немає.

## 3.2. Основні властивості прав людини

### 3.2.1. Людська гідність як джерело й фундамент прав людини

У поняття «гідність» (лат. ***dignitas***) глибоке коріння, яке сягає ще ранніх релігій — християнської, юдейської традиції, згодом ісламу. Як філософську ідею гідність людини започатковувано ще в епоху Античності у творах давньогрецьких і давньоримських філософів (Платон, Цицерон). В епоху Середньовіччя людській гідності присвячені праці Томи Аквінського, якого вважають творцем теологічної концепції людської гідності. Потім ідею гідності людини розвивали у своїх працях Самуель фон Пуфендорф, Іммануїл Кант, Джон Роулз та Юрґен Габермас. Також цю ідею покладено в основу найважливіших для конституціоналізму доктрин Джона Локка, Шарля-Луї Монтеск'є, Жан-Жака Русссо та інших.

Після Другої світової війни людська гідність стала предметом регулювання міжнародного права. Саме з неї починається преамбула Загальної декларації прав людини, де зазначено, що: «беручи до уваги, що визнання гідності, яка властива всім членам людської сім'ї, і рівних та невід'ємних їх прав є основою свободи, справедливості та загального миру...», далі в статті 1 вказано, що «всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах». Відтак у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права та Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права людську гідність визнано ***джерелом*** прав людини, що відтворено в преамбулах відповідних актів: «Права випливають із властивої людській особі гідності». Гідність особи визнано спільною цінністю держав-членів ЄС, що було зафіксовано в статті 2 Договору про Європейський Союз: «Союз заснований на цінностях поваги людської гідності, свободи, демократії, рівності, правової держави і дотримання прав людини... Ці цінності є спільними для держав-членів...». Хартія основних прав ЄС 2000 року починається з гідності, стаття 1: «Гідність особи є недоторканою. Її треба поважати й захищати».

У цей же період людська гідність стає ціннісною категорією конституційного права. Європейські конституції закріпили людську гідність як цінність і право на повагу людської гідності: наприклад, у частині 1 статті 1 Основного закону ФРН (1949) визначено, що: «Гідність людини є недоторканою. Поважати й захищати її — обов'язок усієї державної влади». Аналогійно починається розділ перший «Про основні права й

обов'язки» Конституції Іспанії. Та одним з найглибших виражень гідності людини в сучасному конституціоналізмі є стаття 30 Конституції Польщі: «Природна й невід'ємна гідність людини є ***джерелом*** свобод і прав людини та громадянина. Вона непорушна, а повага до неї та її захист є обов'язком публічних влад». Однак такі засадничі конституційні положення могли б залишитися декларативними без відповідної практики конституційних судів. Саме вони зробили їх дієвим механізмом захисту прав людини, які тлумачать крізь призму людської гідності. Людська гідність досить часто є критерієм оцінювання законодавства, а порушення людської гідності може бути підставою для визнання норм неконституційними.

Переконливим прикладом гарантій людської гідності як найвищої цінності конституційного ладу є правова система Німеччини. Таке ціннісне ставлення до цієї категорії неабиякою мірою зумовлено досвідом їхнього історичного минулого, як своєрідна реакція на масове нехтування людською гідністю з боку націонал-соціалістичної держави й потребою подолати його негативні наслідки. Федеральний конституційний суд Німеччини неодноразово наголошував на основоположності частини першої статті 1 Основного закону, за якою гідність людини піднесено до найвищого рангу. Можна навести чимало прикладів судових рішень, в яких наявна відповідна позиція.

Майже хрестоматійним стало рішення Федерального конституційного суду Німеччини від 15.02.2006 (1 BvR 357/05) щодо конституційності Закону «Про забезпечення безпеки повітряного руху», що розглядалось в порядку конституційної скарги. Аналізуючи право держави на збиття літака, який захопили терористи, що становить загрозу життю людей на землі, яке держава за своїм конституційним обов'язком повинна захищати, ФКС наголосив на конституційних межах законодавчої влади. Їх слід дотримуватися навіть у разі ухвалення закону задля загального блага — урятування життя інших людей. Як випливає із засадничих положень Основного закону, не можна вбивати невинних людей (звісно, це стосується не терористів, які самостійно ухвалили рішення щодо свого майбутнього, а пасажирів й екіпажу літака), не можна приносити в жертву життя навіть однієї людини заради захисту життя інших, хай навіть ті, кого це стосується, мають кілька хвилин життя. Кожне життя цінне однаковою мірою. Інакше людина перетворюється в об'єкт, у такий спосіб позбавляючись поваги й гідності. Підґрунтям такої позиції стали філософсько-правові погляди Іммануїла Канта та його послідовника Гюнтера Дюріга, який стверджував, що людську гідність

порушено тоді, коли «людина стає об'єктом, тобто простим засобом, розмінною й витратною величиною»*.

Отже, для виконання обов'язків держави із захисту життя людей можуть використовувати лише ті засоби, які відповідають конституції.

Аналогійне рішення ухвалив Конституційний трибунал Польщі 2008 року щодо положення Закону «Про авіацію» (Справа № K 44/07 від 30.09.2008).

Ще одним яскравим прикладом захисту людської гідності є справа Федерального конституційного суду Німеччини щодо довічного позбавлення волі як виду кримінального покарання (BVerfGE45, 187). На думку ФКС, довічне позбавлення волі без шансу коли-небудь скористатись свободою несумісне з людською гідністю й принципом правової держави (BVerfGE45, 187, 228 f). Адже непорушна гідність людини як особистості полягає саме в тому, що вона залишається відповідальною за себе й, у разі позитивного розвитку її особистості, має право пізніше бути звільненою, інакше, як випливає з рішення Конституційного суду, вона перетворюється на об'єкт державної влади, що неприпустимо.

Як порушення людської гідності ФКС розглядає і втручання в приватну сферу життєдіяльності людини. Так, недоторканість житла, примус давати свідчення, надмірне збирання й зберігання персональних даних, тощо тлумачать через недоторканість людської гідності, що має абсолютний захист.

Останнім часом дедалі частіше предметом розгляду конституційних судів стають справи, пов'язані із захистом соціальних прав, що покликані забезпечувати особі гідні умови проживання. Так, ФКС застосовує статтю 1 Основного закону в нерозривному зв'язку зі статею 20, що закріплює принцип соціальної держави. Хоч соціальні права в деяких країнах не зараховують до категорії прав людини, а виявляють лише наміри або, як зазначено в Конституції Швейцарії, «соціальні цілі» держави, які не зобов'язують державу юридично їх забезпечити, однак, якщо через вік, інвалідність, хворобу, безробіття, материнство тощо особа не може задовольнити найважливіші життєві потреби, держава повинна допомогти їй у цьому. Тому крізь призму гідності особи, яка має абсолютну охорону, ці права неодноразово захищали в судовому порядку.

---

* Ленер М. Людська гідність: що ми розуміємо під «гідністю», «людиною» та «людською гідністю»?: матеріали міжнародного науково-практичного семінару «Людська гідність у праві Німеччини, Польщі та України». Київ, 10—11 жовтня 2016 р. / відпов. ред. Б. Шлоер. К., 2016. С. 75.

Слід також зазначити, що стаття 1 Основного закону ФРН разом зі статтею 20 мають «гарантію вічності» — положення цих статей за жодних умов не підлягають зміні.

За Конституцією України гідність людини одночасно є і засадничим принципом, і правом людини. Згідно зі статтею 3 людина та її гідність визнається найвищою цінністю, а відповідно до статті 28, кожен має право на повагу до його гідності. Започаткований зарубіжними конституційними судами досвід захисту людської гідності має стати методологічним орієнтиром і для КСУ та судів загальної юрисдикції України. Наразі з упровадженням інституту конституційної скарги й збільшенням справ із захисту конституційних прав людини усвідомлення цього є особливо важливим. Утім, уже тепер можна навести приклади рішень КСУ, в яких простежуємо вихідне значення людської гідності. Так, у справі № 1-33/99 від 29 грудня 1999 року про смертну кару невіддільне право людини на життя Суд захищав у «нерозривному поєднанні з її правом на людську гідність». Чіткіше позицію КСУ щодо змістовного наповнення людської гідності було сформульовано в рішенні від 22 травня 2018 р. № 5-р/2018: «людську гідність необхідно трактувати як ***право***, гарантоване статтею 28 Конституції України, і як ***конституційну цінність***, яка наповнює сенсом людське буття, є фундаментом для усіх інших конституційних прав, мірилом визначення їх сутності та критерієм допустимості можливих обмежень таких прав»[*].

Гідність людини — поняття багатоаспектне, що охоплює заборону принижувати, переслідувати, зневажати особу; заборону нелюдського поводження з нею; прагнення чинити так, щоб завжди розглядати інших людей як цілі, а не як засоби (категоричний імператив І. Канта); заборону використання людини (без її згоди) для наукових, медичних чи інших дослідів; захист честі особи, право на який вона має й після своєї смерті; обов'язкову повагу до приватної сфери життя людини та її право на особистісний розвиток тощо. Про багатогранність людської гідності пише й Станіслав Шевчук, яка, на його думку, зокрема, охоплює «свободу як можливість вільно діяти відповідно до власної волі; достатній рівень життя, який забезпечує гідне існування людини; можливість вибору в духовній та інтелектуальній сфері; можливість формування власного світогляду та духовного світу; аспект безпеки і захищеності людини від посягань тощо»[**].

---

[*] Рішення Конституційного Суду України від 22 травня 2018 р. № 5-р/2018. URL: http://www.ccu.gov.ua/novyna/uhvaleno-rishennya-konstytuciynogo-sudu-ukrayiny-no-5-r2018 (дата звернення: 24.04.2021).

[**] Шевчук С. Людська гідність у системі конституційних цінностей. *Право України*. 2018. № 9. С. 29.

Так, категорія людської гідності, яка виникала як моральна й філософська ідея, нині є правовою цінністю, принципом права, джерелом прав людини й окремим суб'єктивним правом, яке підлягає судовому захисту. Вона стала джерелом й об'єднувальною ланкою всіх прав людини, які є її виразниками та засобами реалізації. Через багатогранність людської гідності дати їй визначення надто складно або ж узагалі неможливо. Кожна людина й органи влади зобов'язані у своїх діях керуватися усвідомленням поваги до людської гідності, а конституційні суди — використовувати ціннісну сутність людської гідності як основний методологічний підхід під час розгляду справ.

### 3.2.2. Невідчужуваність і невіддільність прав людини

Правам людини властива ***невідчужуваність*** та ***невіддільність****[*]. Це означає, що права людини мають природне походження, належать людині від народження, держава лише визнає ці права й створює сприятливі умови для їхньої реалізації. Визнанають права людини зазвичай через їхнє конституційного закріплення. Однак держава не може й не повинна розпоряджатися цими правами. Ні держава, ні будь-хто інший не вправі позбавити людину її прав. Держава за будь-яких умов не уповноважена скасовувати гарантовані конституцією основоположні права в законодавчому порядку, ба більше, цього не можна робити й під час внесення змін до конституції. Саме такий підхід закладено в Конституції України, що відтворено в статті 157: «Конституція України не може бути змінена, якщо зміни передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина...». Перевіряє, чи дотримуються цього принципу під час внесення змін до Конституції, Конституційний Суд України: Верховна Рада України має право вносити зміни до Конституції України лише за наявності висновку Конституційного Суду України щодо відповідності законопроєкту про внесення змін до Конституції України вимогам цитованої статті.

Неможливість скасування конституційних прав людини належить до засадничих положень Конституції України: «Конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані» — ідеться в частині другій статті 22 Конституції.

Другою вимогою є неможливість обмежувати права людини під час ухвалення законів: «Під час ухвалення нових законів або внесення

[*] У тексті Конституції України, як і в офіційних текстах низки міжнародно-правових документів, вживають термін «невід'ємні права», це слово не властиве українській мові, тому його слід замінити на «невіддільні, невідчужувані права».

змін до чинних заборонено звужувати зміст й обсяг чинних прав і свобод» — частина третя статті 22 Конституції України. Щодо інших нормативно-правових актів (наприклад, указів Президента України, постанов Кабінету Міністрів України), то регулювати права людини цими (підзаконними) актами не можна . Це є виключною прерогативою законодавчої влади: «виключно законами України визначаються права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина», — ідеться в статті 92 Конституції України.

***Невідчужуваність*** прав означає, що людина не може передавати свої права іншій особі й не може продати їх. І навіть якщо гіпотетично уявити, що таку угоду буде укладено — вона не створить жодних правових наслідків, а, отже, буде нікчемною. Наприклад, якщо виборець продає своє право голосу — інша особа не може ним скористатися, отримавши два голоси. Такі дії юридично неможливі.

### 3.2.3. Рівнозначність, взаємопов'язаність, взаємозалежність і невичерпність прав людини

Рівнозначність прав людини полягає в тому, що для створення гідних умов її життя необхідними є всі права. Незалежно від того, пов'язані вони з громадянськими, політичними, економічними, соціальними чи культурними потребами, усі права людини мають однаковий (рівнозначний) статус і не можуть бути розташовані в ієрархічному порядку. Про недопустимість ранжування прав людини, окрім згадуваної вже Віденської декларації та Програми дій 1993 року (підрозділ 1.2.2), наголошено також у низці інших міжнародно-правових документів, які часто використовують разом із терміном «неподільність» прав людини: рекомендаціях Парламентської Асамблеї Ради Європи, резолюціях Генеральної Асамблеї ООН тощо. Зокрема, Резолюція 41/117 Генеральної Асамблеї ООН від 4 грудня 1986 року застерігає, що «розвиток і захист однієї категорії прав ніколи не можуть бути підставою або виправданням для звільнення держав від розвитку та захисту інших прав»*. Такий підхід (він отримав назву принцип неподільності) цілком логічний, оскільки заперечення одного права неодмінно перешкоджає здійсненню інших прав. Наприклад, право на життя не може бути забезпечене без реалізації права кожного на належний рівень життя.

* Резолюція 41/117 Генеральної Асамблеї ООН від 4 грудня 1986 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_303#Text (дата звернення: 24.04.2021).

Своєю чергою, це право не можна реалізовувати, ігноруючи інші права, зокрема право на охорону здоров'я або право на освіту.

Права людини як і їх зміст,є продуктом історичного розвитку. До того ж з'являються нові права, а наявні постійно вдосконалюються завдяки діяльності різноманітних правозахисних організацій, міжнародних і національних установ, вони не вичерпуються нормативною фіксацією. Важливе значення в цьому процесі мають судові органи: Європейський суд з прав людини та конституційні суди, які через правозастосування й тлумачення прав нерідко «відкривають нові права». Каталог прав залишається відкритим. Цю ідею закладено й у Конституції України: «права і свободи людини та громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними», — ідеться в статті 22. Звідси випливає ще одна важлива ознака прав людини — ***невичерпність***. Водночас Основний закон України не визначає критеріїв, за якими можна зараховувати відповідні блага до нових прав людини, які не вичерпуються переліком чинної Конституції. Основні закони деяких інших держав займають щодо цього чіткішу позицію. Так, наприклад, відповідно до статті 10 Конституції Естонії: «Перераховані в цьому розділі права, свободи й обов'язки не виключають інших прав, свобод та обов'язків, що випливають із суті Конституції або узгоджуються з нею і відповідають принципам людської гідності, соціальної та демократичної правової держави». Очевидно, такий підхід можна використати й під час тлумачення приписів статті 22 Конституції України.

### 3.2.4. Універсальність прав людини: історія і сучасність

Людей у всьому світі об'єднує те, що за своєю природою вони є людьми, для кожного цінним є його життя, бажання жити в пристойних умовах і користуватися всіма свободами. Універсальність людської природи зумовлює універсальність людських прав — усі люди народжуються з однаковими правами, дотримання яких має гарантувати людині хоча б мінімальний рівень життя. Концепція універсальності прав людини ґрунтується на традиційних положеннях філософії природного права, що стала основою міжнародного права в галузі прав людини. Повагу до прав людини утвердили як один з пріоритетних принципів міжнародного права з ухваленням Статуту ООН 1945 року.

Ідеєю універсальності прав людини проникнуті основні міжнародні акти про права людини. Зокрема в Загальній декларації прав людини (1948) зазначено: «Усі люди народжуються вільними та рівними у сво-

їй гідності та правах», а права, проголошені Декларацією, мають належати кожній людині. Усі держави ратифікували щонайменше один, а 80% держав — чотири або більше основних договорів з прав людини, що є реальним виявом їхньої універсальності.

Нині всі країни визнали існування прав людини, однак, питання універсальності прав людини все ще лишається дискусійним для окремих дослідників. На противагу теорії універсалізму, виникла теорія культурного релятивізму, представники якої в контексті теорії прав людини вважають, що місцеві культурні традиції детермінують існування прав людини, сама ідея прав людини — плід західної культури, а тому не є органічною для інших культур і цивілізацій. Прихильники універсальності прав людини визнають наявність певних загальних стандартів прав людини, що застосовують у будь-якому суспільстві. Їхня позиція зводиться до того, що права людини не є продуктом однієї культури, а відповідні стандарти вироблені в результаті зусиль усієї міжнародної спільности.

Відповідно до Загальної декларації прав людини й інших міжнародних актів, присвячених правам людини, права людини повинні бути універсальними, оскільки вони належать усім людям через їхню людську природу, їх застосовують повсюди й до всіх однаковою мірою. До того ж дослідники неодноразово звертали увагу на те, що в процесі застосування в різних правових культурах загальновизнані права людини можуть набувати відмінної інтерпретації їхнього змісту. Наприклад, традиції щодо становища жінки, розуміння справедливості, рівності в багатьох ісламських країнах не відповідають уявленням європейця. Майже всі країни, піддавшись впливу загальносвітових тенденцій, закріпили у своїх конституціях каталог прав людини, передбачений міжнародними актами, але не всі з них займають однакове місце в системі цінностей та прав суспільства. Відповідно в різних правових сім'ях сформувалось своє бачення змісту прав людини та стандартів їхнього захисту, що спричинило ухвалення регіональних актів з прав людини та створення регіональних механізмів їхнього захисту. Універсалізм прав людини одночасно припускає плюралізм їхнього сприйняття, інтерпретації способів «вбудовуватися» у різні культури з несхожими традиціями й цінностями[*].

Ще Американська антропологічна асоціація під час розроблення Загальної декларації прав людини 1947 року наголошувала на тому,

[*] Глухарева Л. И. Универсальность и социокультурный релятивизм прав человека. *Право и права человека*. Сборник науковых трудов юридического факультета МДПУ. Кн. 5. М., 2003. С. 24—38.

що особистість людини може розвиватися лише з погляду культури свого суспільства. Поведінку людини, її уявлення, прагнення, цінності формують погляди соціуму, в якому вона живе. Людина реалізує свою особистість через свою культуру, звідси повага до індивідуальних відмінностей потребує поваги культурних відмінностей*.

Особливо виразно такі відмінності виявляються в різних релігіях. Людина проходить процес соціалізації всередині релігії, тому релігійний підхід до розуміння прав людини, що є частиною власне релігійної антропології, охоплює «трактування сутності людини у світлі догматики тієї чи іншої церкви» та досліджує божественну природу людського індивіда**. Адже релігія, будучи пов'язана з усіма соціальними інститутами, зокрема з правом, впливає на нього через формування суспільної свідомості й моральності.

Ці й інші чинники спричинили наявність різних, нерідко протилежних поглядів щодо розуміння прав людини, і стали предметом палких дискусій на стадії обговорення змісту Загальної декларації прав людини. Під час розроблення та підписання Загальної декларації прав людини її творці вирішили обмежитись каталогом прав людини, не надаючи її положенням загальнообов'язкового змісту. Дуже багато дискусій було навколо переліку прав, які мали ввійти до її тексту. Західні держави хотіли додати до Декларації лише громадянські й політичні права та свободи, тоді як Радянський Союз й інші соціалістичні держави наполягали на наповненні її змісту економічними та соціальними правами. З огляду на розбіжності позицій, деякі країни утрималися від підписання Декларації — це представники Радянського Союзу, Української РСР, Білоруської РСР, Польщі, Чехословаччини, Югославії, Саудівської Аравії та Південної Африки. Південна Африка не приєдналася до Декларації, зокрема, через наявну систему апартеїду, Саудівська Аравія насамперед через статтю 18, яка містить положення про те, що кожен має право «змінювати свою релігію або переконання» і статтю 16, що передбачає рівність у шлюбних відносинах.

Один з авторів Загальної декларації прав людини, відомий ліванський професор Шарль Малік, так охарактеризував її зміст: «Декларація є складним продуктом усіх культур та націй, які об'єднали свою мудрість і бачення. Атлантичний світ наполягав перш за все на грома-

---

* American Anthropologist, NewSeries, Vol. 49. No. 4. Part 1 (Oct. — Dec., 1947). P. 541.

** Гудима Д. А. Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України / редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. Львів: Край, 2009. С. 161.

дянських, політичних й особистих свободах; радянський світ захищав економічні та соціальні права; латиноамериканський світ піклувався про верховенство права; скандинави наголошували на рівноправності статей; Індія та Китай виступали за недискримінацію, особливо стосовно пригнічених, слабко розвинених і вразливих, а також особливо були зацікавлені в праві на освіту; ті, хто має переважно релігійний світогляд, хотіли захистити релігійні свободи»*.

Тому каталог прав, що містить Загальна декларація прав людини, став результатом тривалих дискусій та досягнутого в нелегкий спосіб компромісу. З ухваленням Декларації дискусії між прихильниками доктрини універсалізму й культурного релятивізму не припинилися, ба більше, набули нових обертів.

Слід зазначити, що універсальність прав людини жодним чином не загрожує багатоманітності культурних відмінностей. Права людини, які містять основні міжнародні акти з прав людини, повинні стати мінімальними стандартами життя людини. Загалом, міжнародне право позитивно ставиться до збереження культурного й релігійного багатоманіття. Однак, якщо звичаєві або релігійні норми використовують на шкоду людині, наприклад так звані «шкідливі традиційні практики» — звичаї, що посягають на здоров'я людини: обряди ініціації в багатьох країнах Африки, ранні примусові шлюби тощо — їх слід викорінювати.

Певні відмінності можуть виникати й на національному рівні. Наприклад, в Ірландія католицизм має важливе значення у формуванні поглядів населення, що не могло не позначитися на змісті законодавства. У Конституції Ірландії 1937 року втілено римо-католицькі релігійні цінності. Донедавна Конституція містила положення про те, що «держава визнає право на життя ненародженого…» (стаття 40), що зумовлювало заборону штучного переривання вагітності, навіть у разі медичних показань. Це положення було скасовано під час референдуму 2018 року. У Конституції лишили норму, яка закріплює, що «жінка її домашнім життям здійснює підтримку державі, без якої не можна досягти загального блага» (стаття 41.2), що суперечить принципу гендерної рівності. Стаття 41.2 Конституції Ірландії на час її ухвалення відбивала ставлення до жінок, що ілюструвало тодішню поширену думку про те, що цінність жінки обмежується веденням домашнього господарства, і

* Address of Ambassador Charles H. Malik, former President, United Nations General As-sembly and former Chairman, Human Rights Commission, United Nations, at the openingplenary session of the Conference of Non-Governmental Organizations in Observance ofthe 25th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights, UN Headquarters, NewYork, 10 December 1973.

що держава має забезпечити її самореалізацію саме там. Однак погляди суспільства з часом змінились, тому уряд планує провести референдум з цього приводу та внести відповідні зміни до Основного закону у разі прийняття схвального рішення на референдумі.. До 1995 року в країні були заборонені розлучення, а Європейський суд з прав людини ухвалював рішення, за якими заборону розлучень в Ірландії визнавали такою, що не суперечить Європейській конвенції (справа «Джонстон проти Ірландії»). І лише 1995 року внесено зміни до Конституції Ірландії й скасовано статтю, що забороняла розлучення, однак, його процедура все ще залишається тривалою та складною попри ухвалені на референдумі та внесені в 2019 році чергові зміни до Конституції Ірландії.

Про те, що цінності, утілені в основних актах з прав людини, сприймають усі країни свідчать чимало фактів проникнення їхніх ідей навіть у такі консервативні держави, як Саудівська Аравія, де 2015 року жінки отримали право голосу й право керувати автомобілем, 2019 року — право отримувати паспорт і подорожувати без дозволу чоловіка-опікуна, самостійно реєструвати народження дитини, шлюб і розлучення. Такі заходи є частиною програми кронпринца Мохаммеда бін Салмана з лібералізації деяких аспектів життя в Саудівській Аравії, зокрема які стосуються прав жінок. Перші леді Катару (шейха Моза), Йорданії (Ранія аль-Абдалла) є активними громадськими й політичними діячками, завоювали звання відомих модниць та демонструють своє бажання та готовність іти в ногу з часом. Принцип рівності людей перед законом сприйняло навіть таке кастово розшароване суспільство, як індійське, де ще недавно немислима була рівність недоторканого із брахманом, до того ж 1997 року вперше президентом Індії було обрано парія за походженням (позаварнова каста недоторканих) Кочеріл Рамана Нараянана, та й теперішнім президентом Індії також є виходець цієї касти. Цікаво, що індійське суспільство визнало рівність людей перед законом, водночас і далі керується кастовими нормами в багатьох сферах щоденного життя. Визнання рівності перед законом не вимагає зречення від власних традицій.

Та й для багатьох західних країн, які виступали ідейними натхненниками створення Загальної декларації прав людини, низка її положень була виписана, наче «на виріст»*. Для європейських держав у ті часи ідея прав людини була таким же викликом, яким вона є нині для деяких держав Азії та Африки. У школах тогочасної Європи застосовували

* Лозіньскі К. Універсальність прав людини і відмінності в культурі, традиціях та історичному досвіді. URL: http://www.ji.lviv.ua/n21texts/lozinski.htm (дата звернення: 24.04.2021).

тілесні покарання, а закони, що заборонили використовувати їх, ухвалено не так давно: наприклад, в Австрії 1975 р., у Німеччині 1983 р., а в Північній Ірландії 2002 року. 1978 року ЄСПЛ у справі «Тайрер проти Великобританії» (***Tyrer v. the United Kingdom***) ухвалив рішення, що тілесні покарання, які призначають за рішенням суду, є приниженням людської гідності й порушують статтю 3 Конвенції. Майже в усіх країнах світу ще донедавна застосовували смертну кару.

Навіть у США, яка в рейтингу найдемократичніших країн світу займала перші позиції, у ті часи легально існувала расова сегрегація, адже доленосне рішення, що стало «початком кінця» політики расової сегрегації було ухвалене Верховним судом США лише 1954 року — «Олівер Браун та інші проти Департаменту освіти міста Топіка (***Brown v. Board of Education of Topeka***).

Відповідно ті найменші стандарти прав людини, за якими вдалося дійти згоди, для більшості країн виявились орієнтиром й еталоном, якого потрібно досягти. Право прав людини й нині розвивають, відкриваючи нові права та створюючи нові стандарти, що відповідають потребам сьогодення.

У Віденській декларації та Програмі дій, ухваленій під час Всесвітньої конференції з прав людини 23 червня 1993 року у Відні, було визнано, що «універсальність прав та свобод людини є безспірною» — пункт 1 та «всі права людини є універсальними, неподільними, взаємозалежними й взаємопов'язаними» — пункт 5.

## 3.3. Класифікація прав людини

### 3.3.1. Критерії класифікації прав людини

Класифікувати права людини можна за багатьма критеріями, водночас потрібно пам'ятати про умовність будь-якої класифікації, оскільки досить часто провести чітку межу між різними групами прав людини неможливо, а одне й теж саме право нерідко зараховують до різних груп. Наприклад, існують розбіжності в підходах щодо належності права власності: одні науковці відносять його до економічних прав, інші — до особистих (громадянських). Метою класифікацій є полегшення сприйняття різноманіття прав людини й виявлення особливостей окремих груп прав.

- Одним з найпоширеніших підходів до класифікації прав людини є її поділ на ***офіційну*** (тобто, яку містять офіційні документи) та ***доктринальну,*** яку здійснюють зазвичай науковці. Офіційна класифікація міститься в нормативно-правових актах: в конституціях і міжнародних актах про права людини, і відповідно неї права й свободи людини розподіляють за змістом на п'ять груп: громадянські, політичні, економічні, соціальні та культурні. Докладніше про особливості такого підходу йтиметься далі. Доктринальні класифікації є доволі різноманітними — їх може бути стільки, скільки науковців, що вивчають відповідну проблематику.
- Другою поширеною класифікацією прав людини є їхній поділ залежно від поетапності закріплення різних груп прав. За цим критерієм виокремлюють права першого, другого та третього ***покоління*** (або генерації), про що вже йшлося.
- Залежно від механізму реалізації та державного забезпечення права поділяють на негативні й позитивні.

*Негативні* права досить часто формулюють у формі свобод, які не потребують активного втручання держави для їхньої реалізації. До таких прав належать громадянські права: на свободу слова, віросповідання, пересування, об'єднання, мирні зібрання. До них зараховують також право на життя, особисту недоторканість тощо. Втручання держави в ці сфери має бути мінімальним, оскільки намагання детально врегулювати реалізацію зазначених прав нерідко спричинює, як свідчить практика, їхнє обмеження й визначення певних меж здійс-

нення. Основне завдання держави — забезпечити їх юридичними гарантіями захисту.

***Позитивні*** права, навпаки, потребують активних дій з боку держави. До них належать права другого покоління, зокрема соціально-економічні права. Ця група прав передбачає цілеспрямовану діяльність держави щодо створення не тільки юридичних гарантій захисту, а й матеріальних передумов їхньої реалізації. Ба більше, їхня реалізація неможлива без відповідної забезпечувальної діяльності з боку державних інституцій. Звідси виникла ***доктрина позитивних зобов'язань держави***, яку згодом почали поширювати й на громадянські права. Так, класичну ліберальну ідею про те, що негативним правам кореспондує негативний обов'язок держави не заважати їхній реалізації, доповнюють позитивним обов'язком держави щодо їхньої належної реалізації та захисту. Позитивні зобов'язання держави полягають у вимозі до національних органів влади застосувати потрібні засоби захисту прав людини. Наприклад, захистити життя особи в разі нападу на неї або ж реалізація права на справедливий судовий захист потребує від держави створення надійної незалежної судової системи.

Повертаючись до позитивних зобов'язань держави щодо соціально-економічних прав, можна навести приклад реалізації права на освіту. Щоб людина могла ним скористатись — держава повинна побудувати начальні заклади, обладнати приміщення, забезпечити кадрами тощо. З іншого боку, з правом на освіту пов'язані й деякі свободи: свобода освіти, що полягає у виборі способу освіти, фаху, закладу здобуття освіти, а також академічна свобода, що охоплює свободу викладання. Аналогійний вигляд матиме ситуація з правом на працю та свободою праці. Це ще раз засвідчує, що чітку межу між різними групами прав проводити не варто.

Особливості механізму реалізації громадянських і політичних прав з одного боку, й економічних, соціальних та культурних прав з іншого, є і на міжнародному рівні. Це зумовило ухвалення двох окремих міжнародних пактів про права людини: Пакту про громадянські і політичні права та Пакту про економічні, соціальні і культурні права, а на регіональному рівні в межах Ради Європи: Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та Європейської соціальної хартії.

Є класифікації, де замість зазначеної термінології використовують поділ прав на класичні, які співвідносять з негативними правами, і соціальні, що відповідають позитивним правам.

- Залежно від можливості їхнього легітимного обмеження права людини поділяють на абсолютні й відносні.

***Абсолютні*** права потребують абсолютного захисту від держави та не підлягають обмеженню (право на гідність та похідні від нього права: право не утримуватися в рабстві, право не зазнавати катувань, інших видів жорстокого поводження чи покарання). У вітчизняній літературі досить поширеним був підхід, за якого поділ прав на абсолютні та відносні здійснювали з огляду на зміст статті 64 Конституції України. Відповідно абсолютні права не підлягають обмеженню в період особливих станів: воєнного або надзвичайного. Згідно статтею 64 Конституції України, такими правами є: право на життя, право на повагу людської гідності, право на свободу й особисту недоторканність, право на житло, право на судовий захист та деякі інші. Можливості втручання в реалізацію цієї групи прав є мінімальними, однак, їх не можна назвати абсолютними: вважають, що тільки право на гідність є абсолютним, ба більше, воно продовжує діяти й після смерті людини. А навіть таке основоположне право, як право на життя, може бути обмежене, наприклад, коли застосовують зброю проти терористів або людина діє в стані необхідної оборони тощо. Право на вільне вираження своїх поглядів може обмежувати цензура — заборона вживати непристойну лексику або заборона дифамації (приниження честі, гідності та ділової репутації).

***Відносні*** права можуть обмежувати, якщо такі обмеження передбачено законом, є необхідними у демократичному суспільстві, переслідують легітимну мету: охорону державної безпеки, громадського порядку, здоров'я, прав і свобод інших осіб та ґрунтуються на принципі пропорційності. Потреба в обмеженні деяких прав може виникати в період воєнного чи надзвичайного стану. Докладніше про можливості обмеження конституційних прав ітиметься у підрозділі четвертому цього розділу.

- За правовим статусом особи права поділяють на права ***людини*** й права ***громадянина***. Вище вже акцентували увагу на співвідношенні між правами людини й правами громадянина, зокрема права людини належать кожному та не пов'язані зі статусом громадянина, натомість змога скористатися правами громадянина зумовлена належністю особи до громадянства певної держави, тому до таких прав належать передусім права, що передбачають активну участь особи в суспільно-політичному й державному житті.

- Залежно від того, стосуються права людини окремих індивідів чи їхніх груп (спільнот) розрізняють ***індивідуальні*** права й ***колективні*** права.

Індивідуальні права реалізують індивідуально. До них належать права першого й другого поколінь: право на життя, на особисту недоторканість, на справедливий суд, свобода слова, право на працю, на освіту тощо.

Колективні права, або права груп належать колективу, а не його окремому члену. Людина може скористатися цими правами через належність до цього колективу. Наприклад, особа може навчатись у школі рідною мовою певної національної меншини, якщо відповідна меншина компактно проживає на відповідній території та реалізує інші вимоги Європейської хартії регіональних мов або мов меншин. Однією з таких вимог є обов'язкове вивчення офіційної, державної мови (поряд з мовою національних меншин). Вказані права виникають зі спільних потреб колективу, потребі закріпити об'єднувальні для нього цінності та цілі. Колективні права не можна розглядати як суму індивідуальних прав і свобод осіб, які належать до тієї чи іншої спільноти, колективу. Вони мають якісно інші властивості, які визначають цілі й інтереси колективних утворень для підтримки їхньої ідентичності. Найбільша група колективних прав випливає з прав національних меншин.

Останнім часом, як вже зазначалося, дедалі більше дискусій з'являється навколо прав людства загалом: права на мир, на сталий розвиток, комплексу екологічних прав, що випливають з права на безпечне довкілля тощо. Ця проблематика тільки починає привертати до себе увагу науковців[*].

Колективні права не слід плутати з тими індивідуальними правами, що можуть реалізовувати тільки разом з іншими, у колективному порядку: це свобода мирних зібрань, свобода асоціацій, право на страйк тощо. Індивідуальні права з колективними формами реалізації хоч і здійснюють колективно, але вони відрізняються від попередніх тим, що їх можна реалізувати й захищати в індивідуальному порядку, натомість колективне право за своєю природою не може бути реалізовано індивідуально.

---

[*] Іванків І. Б. Права людства: стан та перспективи їхнього забезпечення: дисертація на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук за спеціальністю 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» (081 — Право). К., НАУКМА, 2019.

Наведена класифікація не є вичерпною, її можна проводити й за іншими критеріями, наприклад, за категоріями носія прав розрізняють загальні права та права окремих категорій населення. ***Загальні права*** людини належать усім індивідам незалежно від статі, мови, релігії та інших особистих характеристик. ***Права окремих категорій*** охоплюють права жінок, дітей, осіб з інвалідністю, осіб похилого віку, права іноземців, біженців, інших окремих категорій тощо. Також права людини можна поділити на ***фізичні*** — право розпоряджатися своїм тілом (право на особисту недоторканість, право на життя та пов'язані з ним права) й ***інтелектуальні*** (свобода слова, друку, право на освіту тощо).

### 3.3.2. Характеристика основних видів прав людини

Конституційні права і свободи найчастіше класифікують за сферами життєдіяльності на: ***громадянські (особисті)***, ***політичні***, ***економічні, соціальні*** та ***культурні***. Таку класифікацію, як вже зазначалося, можна назвати офіційною, оскільки її часто відображають у конституціях та міжнародних актах. Водночас з її допомогою не завжди вдається точно визначити відповідну групову належність окремих прав і свобод.

#### 3.3.2.1. Громадянські права

***Громадянські (особисті) права*** — це ті права, які мають забезпечити особисті потреби людини, її особисте життя. Ця категорія суб'єктивних прав пов'язана з самим існуванням людини, з її приватним життям і самовідчуттям як особистості. Починаючи з XVIII століття, особисті права і свободи називають громадянськими. Така їхня назва засвідчує сприйняття індивіда як члена громадянського суспільства. Проте під час використання терміна «громадянські права» може виникнути плутанина, коли відповідні права сприймають як права громадянина. До того ж через некоректний переклад з англійської (***civil rights***) їх іноді у вітчизняній літературі позначають як цивільні права. Ще раз слід наголосити на тому, що ця група прав є вихідною, створює для життя особи певний захищений простір і належить усім без винятку людям.

У багатьох конституціях розділ про права людини починається з ***права на гідність*** (Німеччина, Швейцарія тощо). Людську гідність розглядають як основоположну цінність конституційного порядку, а її фіксування першою в переліку свідчить, по суті, про пріоритетність серед інших прав. Докладніше про гідність як цінність і джерело прав людини йшлося в підрозділі 2.1.

Особливістю права на гідність є його абсолютний характер, тобто за жодних обставин воно не підлягає обмеженню та захищається як до народження людини, так і після її смерті. Водночас недоторканість людської гідності покладено в основу всіх інших прав. Інші права людини випливають із людської гідності й одночасно гарантують її захист. Гідність як право є доволі багатоаспектним, що, зокрема, охоплює і заборону катування, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність людини, поводження чи покарання, і заборону використання людини (без її згоди) для наукових, медичних чи інших дослідів, і захист честі особи тощо. Відповідно до Конституції України гідність людини одночасно є і засадничим принципом, і правом людини. Згідно зі статтею 3 людина та її гідність є найвищою цінністю, а відповідно до статті 28кожен має право на повагу його гідності

Ще одним правом, з якого починається більшість розділів конституцій, присвячених правам людини, є ***право на життя*** (стаття 27 КУ; стаття 2 Конвенції). Право на життя передбачає створення для людини політичних, економічних, соціальних, правових й інших умов, які б забезпечували нормальне, повноцінне, гідне життя. Право на життя забезпечують за допомогою інших конституційних прав: права на безпечне для життя й здоров'я довкілля (стаття 50 КУ), права на охорону здоров'я (стаття 49 КУ), права на безпечні умови праці (стаття 43 КУ) тощо, без реалізації яких право на життя ризикує перетворитися в право на біологічне існування. Це ще раз засвідчує взаємозумовленість прав і важливість їхньої системної дії для забезпечення нормальних умов життя людини.

Право на життя не менш багатоаспектне, ніж право на повагу людської гідності. Законодавство має цілу низку додаткових прав фізичної особи, об'єднуючи їх у загальному понятті «право на життя». Зміст права на життя охоплює:

- право особи на свободу від будь-яких незаконних посягань на її життя з боку держави, її представників чи приватних осіб — нікого не можна свавільно позбавити життя;
- кореспондуючий праву на життя позитивний обов'язок держави й інших суб'єктів права визнавати та не порушувати його, людина може вимагати від держави виконувати її обов'язок — захищати життя людини; такий підхід до права на життя викликав відмову від смертної кари як міри кримінального покарання. Усі країни Європи, крім Білорусі, яка не є членом Ради Європи, відмовилися від використання цього виду покарань;

- кожен має право захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я інших людей від протиправних посягань. Засобом реалізації цих конституційних положень є змога застосовувати необхідну оборону та вимушено заподіювати шкоду у стані крайньої необхідності.  право особи вільно розпоряджатися своїм життям. Нині лишається дискусійним питання, чи є частиною права на життя право на смерть і пов'язана з ним проблема евтаназії, активна форма якої передбачає змогу піти із життя за допомогою сторонньої особи на прохання безнадійно хворого. Європейський суд з прав людини відмовився тлумачити право на життя в протилежному значенні, тобто як таке, що включає право на смерть (справа «Прітті проти Сполученого Королівства (2002)»). Відповідно єдиного підходу щодо розв'язання проблеми евтаназії поки що не вироблено, і це питання наразі розв'язують у різних країнах по-різному.

Немає однозначності й у підходах щодо визначення початку виникнення права на життя: з моменту зачаття чи з моменту народження. Якщо життя гарантовано конституцією від зачаття або навіть з іншого, пізнішого етапу розвитку ембріона в утробі жінки — це побічно має тягнути заборону штучного переривання вагітності. Проте ЄСПЛ у справі «Еванс проти Сполученого Королівства» (2007), яка стосувалася цього непростого питання, як і у випадку з евтаназією, залишив його розв'язання на розсуд держав.

Отже, право на життя є природним, універсальним — воно зафіксовано майже у всіх конституціях та міжнародно-правових документах, що визнано всіма цивілізованими державами світу, є ціннісною основою будь-якої релігії і відтворено у відповідних релігійних джерелах. До того ж певні особливості його реалізації виникають на національному рівні та пов'язані зі специфікою законодавства конкретних країн.

До громадянських прав і свобод також належать: право на особисту недоторканність (стаття 29 КУ), свободи приватного життя — недоторканність житла (стаття 30 КУ), таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (стаття 31 КУ), свобода думки і слова (стаття 34 КУ), свобода пересування і вільного вибору місця проживання (стаття 33 КУ), свобода віросповідання (совісті) (стаття 35 КУ), а також права, пов'язані зі шлюбом та сімейним станом тощо. До категорії громадянських прав і свобод історично належить право приватної власності (стаття 41 КУ), яке ще у XVIII столітті характеризували як одне з природних прав людини, що має божественне походження.

Однак у вітчизняній літературі його за радянською традицією часто розглядають як соціально-економічне право. До громадянських також належить група прав, що забезпечують справедливий суд.

### 3.3.2.2. Політичні права

Політичні права пов'язані з участю особи в суспільному й політичному житті. Це такі права і свободи людини, які забезпечують особі можливість брати участь в управлінні державою, впливати на її внутрішню і зовнішню політику. Через реалізацію цієї групи прав особа може виявити себе саме як громадянин держави, адже здебільшого носіями цих прав є громадяни. Зокрема, право голосу на виборах і референдумах (стаття 72), право брати участь в управлінні державними справами (стаття 38 КУ), право на об'єднання в політичні партії (стаття 36 КУ) в Україні, як і в багатьох інших країнах, належить лише громадянам держави. Деякі політичні права можуть належати й іноземцям й апатридам: свобода об'єднання (у неполітичні організації) (стаття 36 КУ), право направляти індивідуальні чи колективні письмові звернення до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів (стаття 40 КУ), яке в зарубіжній практиці відоме як право петицій: право звертатись з вимогами, пропозиціями, скаргами до органів влади тощо. Щодо ***права мирних зібрань***, то згідно із частиною першою статті 39 Конституції України «громадяни мають право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування». Попри те, що Конституція України носієм цього права визначає громадян, свободу мирних зібрань потрібно розглядати у світлі статті 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка проголошує, що «кожен має право на свободу мирних зібрань». Водночас формулювання конституцій, подібне до українського варіанту, є досить поширеними: згідно зі статтею 43 Конституції Болгарії «громадяни мають право мирно та без зброї брати участь у зібраннях та маніфестаціях», стаття 26 Конституції Бельгії: «бельгійці мають право…» тощо.

2007 року Рада експертів БДІПЛ ОБСЄ підготувала Керівні принципи із свободи мирних зібрань, що містять стандарти, яких слід дотримуватись під час розроблення національного законодавства. Варто звернути увагу на деякі аспекти реалізації свободи мирних зібрань. По-перше, під захистом конституції перебувають лише мирні й беззбройні зібрання, що є обов'язковою умовою їхньої організації та проведення;

по-друге, основоположним їхнім принципом є принцип презумпції на користь проведення зібрання: його реалізацію слід по змозі забезпечити без регулювання*. Беручи до уваги, що це право зазвичай формулюють як свободу, втручання держави в його реалізацію повинно бути мінімальним. Тому багато науковців і практиків узагалі проти ухвалення закону, який би врегулював порядок проведення мирних зібрань, оскільки будь-який законодавчий акт може спричинити обмеження свободи мирних зібрань.

В Україні через брак відповідної законодавчої бази (наразі немає закону, який би врегульовував порядок проведення мирних зібрань) досить часто, особливо під час Революції гідності, звертались до Указу Президії Верховної Ради СРСР «Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій» від 28 липня 1988 року, який 08 вересня 2016 КСУ визнав неконституційним (Справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій). Цей указ був інструментом численних зловживань з боку влади й передбачав дозвільний порядок проведення мирних зібрань, на відміну від конституційно визначеного повідомчого. Відповідно до Конституції України, яка цілком відповідає європейським стандартам, особи, що мають намір провести мирне зібрання, повинні завчасно повідомити органи влади. Це роблять задля того, щоб останні підготувались та допомогли в його проведенні: організували рух транспорту й пішоходів, забезпечили громадський порядок. Ба більше, якщо зібрання відбувається без повідомлення і нікому не заважає, не можна його припиняти, слід надати змогу його завершити. Отже, по-третє, — повідомчий порядок мирних зібрань є ще одним європейським стандартом. До втрати чинності зазначеного указу адміністративні суди через різні обставини задовольняли майже сто відсотків звернень органів влади про обмеження свободи зібрань. Це відбувалось у зв'язку з формальними недоліками в повідомленні про мирне зібрання; через неспроможність органів влади забезпечити громадський порядок, безпеку руху транспорту чи пішоходів, дотримання правил благоустрою; створення перешкод або незручностей у реалізації прав осіб, що не беруть участь у мирному зібранні й навіть через епідемію грипу тощо. Насправді в певних випадках обмеження цього права допускають, адже воно не є абсолютним. Це може відбуватись за певних обставин: передусім у період воєнного або надзвичайного стану або через загрозу теракту. Це можуть бути визначені законом

* Керівні принципи зі свободи мирних зібрань (підготовлено Радою експертів БДІПЛ ОБСЄ), 2010. С. 16.

місця, де не можна проводити мирні зібрання. Наприклад, законодавці Німеччини та Польщі визначили лише одну територіальну заборону проводити мирні зібрання — на місці меморіалів, присвячених пам'яті Голокосту, причому в додатку до закону Німеччини, що регулює порядок проведення мирних зібрань, чітко окреслено межі цієї території з зазначенням назви вулиць. Тому досить безглуздою була пропозиція колишнього міністра внутрішніх справ України А. Могильова перенести місце проведення мирних зібрань «на якесь велике поле на околиці Києва». Таке «перенесення» спричинює втрату сутності цього права, а відтак і самого права. Тому, по-четверте, усі обмеження повинні відповідати принципу пропорційності: забезпечувати рівновагу між характером та ступенем втручання, з одного боку, та причиною такого втручання — з іншого. Держава має право обмежувати права людини тільки тоді, коли це справді відповідає публічному інтересу, і тільки в такому обсязі, в якому її заходи будуть співмірні з поставленою метою.

Конституційним засадам інших політичних прав, зокрема виборчому праву, увагу буде приділено в наступних розділах підручника, тому в цьому розділі докладно на них зупинятися не будемо.

### 3.3.2.3. Соціально-економічні права

Соціально-економічні права передусім покликані забезпечити гідні умови життя людини та є продовженням наскрізної ідеї гарантування людської гідності. Держави взяли на себе відповідальність за забезпечення основних ***мінімальних*** життєво важливих потреб людини в харчуванні, наданні первинної медичної допомоги, житлі, базовій освіті тощо. Однак природа соціально-економічних прав, як вже зазначалосьлишається дискусійною. Якщо в західній літературі їх здебільшого розглядають «як загальні права», «наміри держави», оскільки вони не забезпечені відповідними юридичними механізмами, зокрема судовим захистом, то у пострадянській, зокрема вітчизняній літературі, підходи до інтерпретації природи соціально-економічних прав не такі однозначні. Одні конституціоналісти за попередньою радянською традицією продовжують відводити економічним правам «центральне місце в системі прав і свобод», а соціальним — «надзвичайно важливе місце в сучасній Конституції"*, а ще інші, слідуючи поглядам західних авторів, зараховують соціально-економічні права до вторинних, похідних (О. В. Задорожний), які не можна поставити в один ряд з правами

* Конституція незалежної України: навч. посібник. К.: 2000. С. 135, 140.

особистими й політичними (В. В. Лемак), оскільки вони «наділені державою», «не є суб'єктивними правами» (Л. С. Мамут) тощо.

Ще раз наголосимо на тому, що соціально-економічні права справді мають свої особливості, щоб їх забезпечити, потрібно чимало активних (позитивних) зусиль держави, що залежить від її ресурсних можливостей. Тому «мінімальний» рівень їхніх гарантій може суттєво відрізнятися залежно від країни. У статті 22 Загальної декларації прав людини (1948) зазначено, що «кожна людина, як член суспільства, має право на соціальне забезпечення і на здійснення необхідних для підтримання її гідності і для вільного розвитку її особи прав у економічній, соціальній і культурній галузях за допомогою національних зусиль і міжнародного співробітництва та ***відповідно до структури і ресурсів кожної держави***»*.

Для захисту соціально-економічних прав створено дещо інші, відмінні від першого покоління прав людини, механізми. Їхнє міжнародно-правове регулювання здійснює Міжнародний пакт про економічні, соціальні й культурні права (1966) (1987 року було розроблено Лімбурзькі принципи щодо впровадження Пакту, які містять інструкції щодо виконання державою зобов'язань, що випливають з нього), а в межах Ради Європи було підписано окремі договори: Європейська соціальна хартія, Європейський кодекс соціального забезпечення, Європейська конвенція про соціальне забезпечення тощо. Однак більшість соціальних стандартів Ради Європи залишаються для багатьох держав напрямами в розвитку їхньої соціальної політики. Наприклад, Україна під час ратифікації Європейської соціальної хартії (1996) не взяла на себе зобов'язання за пунктами 1, 2 статтей 12 і 13, що закріплюють право на соціальне забезпечення і на медичну та соціальну допомогу, попри проголошення цих прав у Конституції України. Зазначені статті не ратифікували також Албанія, Азербайджан, частково — Болгарія, Боснія і Герцеговина, Литва, Грузія, Молдова тощо.

Однак як свідчить судова практика, соціально-економічні права дедалі частіше захищають разом з правами першого покоління через універсальний захист людської гідності. Приклади такої практики вже наводили. До них можна додати наявність в деяких державах (зокрема ФРН) спеціалізованих судів, пропозиції про створення спеціалізованого європейського суду із захисту соціальних прав тощо.

---

* Загальна декларація прав людини. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 (дата звернення: 24.04.2021.).

Це є ще одним свідченням того, що час коли соціально-економічним правам надавали другорядне значення, відходить у минуле. Нині світова спільнота дедалі більше схиляється до того, що всі права пов'язані між собою, є взаємозумовленими та повинні діяти в комплексі. Тільки за таких умов вони можуть виконати своє призначення — створити людині гідні умови життя.

### 3.3.2.4. Культурні права

Культурні права забезпечують людині доступ до використання й подальшого розвитку духовних здобутків свого народу й усього людства. Це права, пов'язані з участю в культурному житті, вільним доступом до культурних цінностей та культурної спадщини, з користуванням результатами наукового прогресу, зі свободою літературної, художньої, наукової і технічної творчості. Кожна особа має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності, ніхто не може використовувати або поширювати їх без згоди автора й порушувати його авторські права.

Зазначені культурні права є індивідуальними.

Заохочення та захист культурних прав людини є завданням спеціалізованої міжнародної організації — ЮНЕСКО. До компетенції ЮНЕСКО належить захист права на освіту, права на використання наукових досягнень, права на безперешкодну участь у культурному житті тощо.

Для реалізації цієї групи прав держава бере на себе зобов'язання піклуватись про збереження культурної спадщини та надавати доступ до культурних цінностей. Окрім цього, державні та муніципальні органи запроваджують політику фінансової підтримки закладів культури: виділяють кошти, вводять податкові пільги, надають кредити тощо.

### 3.3.2.5. Колективні права

Друга група культурних прав має ***колективний*** зміст, тобто стосується певних груп: національних, етнічних, релігійних й інших меншин та корінних народів. Тому культурні права гарантують цим групам (спільнотам) змогу зберегти свій спосіб життя, традиції, мову тощо. З іншого боку, неможливо забезпечити права окремої людини без одночасного збереження цих її прав, які нерозривно пов'язують людину з певною спільнотою — національною, етнічною, релігійною тощо, якщо спільнота, до якої людина належить, зазнає дискримінації, принижень, утисків, перебуває в пригніченому стані. Адже людина, окрім належності до держави, здебільшого відчуває себе частиною цієї спільноти

(групи), її культури, звичаїв і традицій, що відбивається на формуванні її світогляду, поведінки, ставленні до прав інших людей, правової системи країни загалом.

Більшість культурних прав забезпечують через права національних меншин. Національна меншина — група людей певної держави, які не є представниками титульного етносу, однак виявляє почуття національного самоусвідомлення та спільності між собою (наприклад, поляки, румуни, угорці в Україні). Права національних меншин належать до третього покоління прав і свобод. До того ж права національних меншин можуть бути реалізовані лише в колективний спосіб. Вони охоплюють такі можливості:

- право відповідних національних спільнот на розвиток національної культури;
- право одержувати інформацію рідною мовою;
- право на здобуття освіти певного рівня рідною мовою;
- право користуватися своєю мовою в окремих офіційних цілях;
- право утворювати для задоволення культурних потреб національно-культурні автономії.

Права національних меншин на міжнародному рівні захищає Рамкова конвенція Ради Європи про захист національних меншин від 1 лютого 1995 року, а в Україні додатково Закон України «Про національні меншини в Україні» від 25 червня 1992 року.

В окрему групу колективних прав можна виокремити права корінних народів, які захищає Декларація ООН про права корінних народів від 13 вересня 2007 року, Конвенція МОП № 169 «Про корінні народи і народи, що ведуть племінний спосіб життя в незалежних країнах» (1989) й інші акти. Корінні народи — споконвічне населення, що мешкало та мешкає на своїх землях до формування сучасних державних кордонів та приходу туди переселенців з інших місць (саами у Швеції, Норвегії, Фінляндії, індіанці в США, кримські татари в Україні). Держава повинна сприяти збереженню тих видів діяльності, що забезпечують їхні засоби існування, зокрема такі притаманні деяким народам засоби, як полювання, рибальство, звіроловство тощо. Їхні традиційні знання в медицині, косметології, продуктах харчування, їхні ремесла, фольклор, ритуали, мистецтво, пісні, танці, костюми мають культурну цінність та є важливими чинниками збереження культури, економічної самостійності та розвитку. Для цього держава їм надає відповідну технічну й фінансову допомогу з урахуванням традиційних технологій і культурних особливостей цих народів.

Колективні права гарантують розвиток і збереження культурної самобутності відповідних меншин і корінних народів. Концепція колективних прав виникла тому, що корінні народи та меншини, які мають колективні характеристики, стикаються з різними загрозами їхньому існуванню, тому їхнє виживання може залежати від визнання та захисту їхніх колективних прав.

Колективні права, як вже зазначалось, слід відмежовувати від індивідуальних прав з колективними формами реалізації. Такі види прав, як-от: виборче право, свобода мирних зібрань, свобода асоціацій, право на страйк, хоч і здійснюють колективно, однак можуть захищати в індивідуальному порядку, натомість колективне право за своєю природою не може бути реалізовано та захищено індивідуально. Право на страйк, зокрема, у разі реалізації особою самостійно можуть розцінювати як порушення трудової дисципліни або прогул. Натомість, якщо на підприємстві було оголошено страйк, а особу звинувачують у порушенні трудової дисципліни й звільняють — вона може звернутися до суду зі скаргою про незаконність її звільнення.

З іншого боку, певних потреб у межах суто індивідуальних прав можна досягти, лише об'єднавшись у колектив. Наприклад, у межах такого громадянського права, як свобода віросповідання, людина може сподіватись, що держава не лише не втручатиметься в можливість, скажімо, вибирати собі релігію та сповідувати її в спосіб, прийнятний для неї, а й певна група осіб може вимагати від держави, щоб були облаштовані місця для відправлення культу — цього може домогтися лише група представників певної релігії.

Це ще раз засвідчує, що чітку межу між різними групами прав проводити не можна, лише комплексний підхід може забезпечити гідний рівень життя людини, що є завданням будь-якої держави й міжнародної спільноти загалом.

Окрему категорію колективних прав становлять права людства, про що вже йшлося в підрозділі 1.2.2.

### 3.3.2.6. Інші види прав і перспективи їхнього конституційного розвитку

Як бачимо, протягом історії уявлення людства про права й свободи людини змінювались, поповнювався каталог прав людини, ці процеси тривають і нині. У результаті розвитку різних галузей знань, переосмислення змісту сучасних прав виникають нові види прав. З появою

новітніх технологій у галузі мікробіології та медицини з'являються нові підходи до розв'язання різноманітних проблем. У науковому середовищі почали звертати увагу на нове покоління прав людини, які поки що залишаються на рівні обговорення та дискусій та не зафіксовані нормативно. Це передусім особистісні, або соматичні права (від грец. *soma* — тіло), які полягають у праві людини самостійно розпоряджатися своїм тілом або змінювати його функційні можливості. До них належать: репродуктивні права, евтаназія, клонування, донорство, трансплантація, право на зміну статі, право на стерилізацію, аборт. Поки що спільних підходів щодо їхнього визнання та захисту не вироблено. Можливо, їхнє існування з часом стане очевидним та зійде з поля дискусій, як це відбулось свого часу з попередніми групами прав.

Внесок у розвиток прав людини роблять і правозастосовчі органи, передусім Європейський суд з прав людини, який завжди Виходив з того, що Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод є «живим інструментом», яка наче дерево весь час розростається. У процесі застосування права розвивають та конкретизують, їхній зміст наповнюють новою інтерпретацією. Справи ЄСПЛ дають змогу глибше пізнати аспекти прав, розширювати нормативний зміст задекларованих у Конвенції прав. Звісно, це не може не впливати на розвиток прав людини в національних конституціях та судовій практиці країн.

## 3.4. Конституційні засади гарантій прав людини та системи їхнього захисту

### 3.4.1. Поняття гарантій реалізації та захисту прав людини

Проголошені в конституціях держав світу права людини не мають реальної цінності, допоки вони не будуть підкріплені дієвими засобами їхньої реалізації та захисту. Для цього створюють відповідні механізми, що гарантують права людини, які закріплюють у конституціях, міжнародно-правових документах та законодавстві.

***Гарантії*** — це система норм, принципів, засобів, що разом забезпечують реалізацію та захист прав людини. Якщо права — це певні блага, то гарантії — це засоби забезпечення цих благ. Права людини, не підкріплені засобами їхньої реалізації та захисту, припиняють бути правами, перетворюючись у декларації. Так, гарантії забезпечують перехід задекларованої змоги володіти правом до реального користування ним.

На важливості створення дієвих механізмів реалізації прав людини неодноразово наголошували в рішеннях Конституційного Суду України: Конституційні права і свободи є фундаментальною основою існування та розвитку українського народу, а тому держава зобов'язана створювати ефективні організаційно-правові механізми для їхньої реалізації. Брак таких механізмів нівелює сутність конституційних прав і свобод, оскільки призводить до того, що вони стають декларативними, а це є неприпустимим у правовій державі (Рішення КСУ від 12 квітня 2012 року № 9-рп/2012 (справа про рівність сторін судового процесу).

Важливими передумовами реалізації прав людини є економічні, політичні, соціальні, організаційні чинники. Так, на реалізацію прав людини впливає стан економіки, рівень розвитку інститутів громадянського суспільства, інститутів демократії, правової культури населення, ступінь освіченості особи у своїх правах та можливостях їхнього захисту тощо. Досить часто в підручниках з конституційного права їх зараховують до загальних гарантій прав людини: політичних, економічних, ідеологічних, культурних, духовних. Так, наприклад, від рівня розвитку економіки країни залежить матеріальна основа реалізації прав людини, особливо це стосується соціально-економічних прав. Адже реалізація, скажімо, прав на соціальне забезпечення, на медичну допомогу, на освіту потребує конкретних грошових видатків з державного бюджету.

Значний внесок у захист прав людини роблять недержавні громадські організації. Вони, зберігаючи свою незалежність від держави, ведуть боротьбу з окремими порушеннями прав людини в судах, надають правову допомогу тим, чиї права були порушені, а в багатьох випадках беруться за супровід справи; домагаються змін у національному законодавстві; поширюють серед населення інформацію про права людини, культивуючи повагу до них. У демократичних суспільствах влада зазвичай дослухається до їхньої думки. Найавторитетнішими правозахисними організаціями в Україні є Українська Гельсінська спілка з прав людини, Харківська правозахисна група, Центр прав людини *Zmina*, міжнародні правозахисні організації *Freedom House* та *Amnesty International*, що мають представництва в Україні тощо.

***Юридичні гарантії*** передбачають створення спеціальних правових засобів реалізації та захисту прав людини. Серед юридичних виокремлюють передусім ***нормативні*** гарантії — норми матеріального й процесуального права, засади яких закріплені в конституції та розвинені в законодавстві. Так, значущою конституційною гарантією прав людини є стаття 22 Конституції України, де зазначено, що «конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані. При прийнятті нових законів або внесення змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод», у такий спосіб гарантуючи існуючий конституційно-правовий статус особи та недопустимість його погіршення. До конституційних гарантій належать також норми, що визначають межі допустимих обмежень прав людини, про що йтиметься далі.

***Процесуальними*** гарантіями є недопустимість притягнення до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення двічі, презумпція невинуватості, право знати свої права й обов'язки, право на професійну правничу допомогу, яке означає, зокрема, що кожен вільний у виборі захисника своїх прав, а у випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно тощо. Усі ці гарантії зазвичай закріплюють у конституціях. В Основному законі України вони зафіксовані в статтях 55—64.

Крім названих, держава створила цілу систему інших ***організаційних юридичних*** гарантій — це система органів державної влади, діяльність яких пов'язана із забезпеченням реалізації прав людини: глава держави (Основний закон України його прямо визнає гарантом прав людини), парламент, уряд, парламентський уповноважений з прав людини тощо, про що йтиметься нижче. Основним юридичним гарантом захисту прав людини є суд.

### 3.4.2. Системи захисту прав людини

Розрізняють ***дві системи (способи) захисту*** прав людини: ***національну (внутрішньодержавну)*** та ***міжнародну***.

#### 3.4.2.1. Національні системи захисту прав людини

***Судовий захист прав людини***

Національна система захисту прав людини охоплює право і дії самої людини, а також діяльність органів державної влади, правозахисних інституцій, спрямовану на запобігання порушення або відновлення порушеного права.

Найпростішим способом захисту прав людини є ***самозахист***. До цієї форми захисту прав належать письмові звернення особи з пропозиціями, скаргами, зауваженнями до державних та муніципальних органів — право петицій. Згідно зі статтею 40 Конституції України, кожна людина має право подавати індивідуальні чи письмові звернення або особисто звертатись до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, до посадових та службових осіб. Порядок таких звернень визначає Закон України «Про звернення громадян». Також особа може звернутись в засоби масової інформації та правозахисні організації.

Та одним з найефективніших засобів захисту прав людини є ***судовий захист***. Право на судовий захист стало одним із фундаментальних прав людини. «Кожна людина має право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами у разі порушення її основних прав, наданих їй конституцією і законом», — проголошено в статті 8 Загальної декларації прав людини. Право на судовий захист гарантує Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (статті 2, 9, 14), Європейська конвенція з прав людини (стаття 13), Конституція України (стаття 55).

Право на судовий захист — це комплексне право особи, яке охоплює доступність правосуддя, справедливість правосуддя, повне й ефективне поновлення у правах, право на оскарження судового рішення, рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом, право на захист, публічність судового розгляду тощо.

Систему судових органів і порядок їхнього функціювання визначає національне право кожної держави. Залежно від особливостей порушеного права й системи судоустрою захист прав людини здійснюють

суди загальної юрисдикції або ж спеціалізовані суди: цивільні, кримінальні, адміністративні, соціальні, трудові, фінансові тощо.

***Конституційна скарга як гарантія захисту прав людини***

Останнім часом у системі захисту прав людини помітно зростає значення конституційних судів. В Україні значення Конституційного Суду у захисті прав людини посилилося у зв'язку з введенням інституту конституційної скарги — письмового клопотання особи щодо перевірки на відповідність Конституції України (конституційність) закону України (його окремих положень), що застосований в остаточному судовому рішенні у справі суб'єкта права на конституційну скаргу. Відкриття провадження в цьому разі можливе , якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано. Дещо докладніше про конституційну скаргу йтиметься в розділі шостому цього підручника.

***Інститут омбудсмана як гарантія прав людини***

Для захисту основоположних прав людини на національному рівні створено спеціальну посаду — ***омбудсмана***. Омбудсман походить від старонорвезького ***ombud*** — довірена особа, представник. Інститут омбудсмана сформували у Швеції на початку XIX століття (вважають, що ще 1718 року король Карл XII ввів посаду канцлера права, ідею створення якої він запозичив під час перебування в Османській імперії, де відповідний інститут іменували мухтасіб). Законом про правління 1809 року парламенту було надано право обирати омбудсмана для здійснення нагляду за дотриманням законодавства. У подальшому цей інститут перейняли й інші скандинавські країни — Норвегія, Фінляндія, де він також має назву омбудсман. В інших країнах він називається по-різному: в Іспанії, Колумбії — народний захисник, у Португалії — гарант справедливості, у Великій Британії — парламентський комісар у справах адміністрації, у Румунії — адвокат народу, у Франції — посередник, в Україні — Уповноважений Верховної Ради з прав людини.

Омбудсмана призначають зазвичай рішенням парламенту на строк власних повноважень парламенту або на більший строк. Але бувають і винятки: у Намібії, наприклад, його призначає президент, у Великобританії та Франції — уряд.

Марцеляк О. В. зазначає, що омбудсман виник у межах парламентаризму й відповідно до концепції поділу влади на першому етапі своєї діяльності підпорядковувався законодавчій владі, діяв у межах парламенту й вважався його допоміжним органом. У більшості країн такий підхід щодо визначення місця омбудсмана в механізмі держав-

ної влади зберігся. Проте у країнах, де є більш-менш сильна виконавча влада, омбудсманів запроваджують у межах виконавчої влади, а в деяких державах зараховують до органів контрольно-наглядової гілки влади чи виокремлюють в автономні інституції, що не належать до класичних гілок влади*.

У всякому разі омбудсман у своїй діяльності повинен бути незалежним від уряду, виконавчої та судової влади.

В Україні Уповноваженого Верховної Ради України обирає Верховна Рада України більшістю від конституційного складу. Ним може бути громадянин України, що досяг 40 років, володіє державною мовою, має високі моральні якості, досвід правозахисної діяльності та протягом останніх п'яти років проживає в Україні. Уповноваженого призначають строком на п'ять років з правом переобрання.

У деяких країнах служба омбудсмана представлена колегіальним органом: колегія народного правозахисту в Австрії складається з трьох членів і функціює як єдиний орган, комісія з прав людини на Філіппінах. Іноді можуть створювати посади омбудсмана, що діють у вузькій спеціалізованій галузі: наприклад, у Канаді існує Комісар з офіційних мов, в Україні — Уповноважений із захисту державної мови; в Угорщині, крім загального за змістом діяльності омбудсмана, парламент обирає уповноваженого з питань захисту прав національних й етнічних меншин; у ФРН — уповноважений з питань оборони, до компетенції якого належить захист прав військовослужбовців і сприяння парламентському контролю за збройними силами, а єдиного «загального» інституту омбудсмана немає, натомість це питання регулюють землі. У Швеції є чотири омбудсмани — шеф-омбудсман, омбудсман юстиції, омбудсман, який здійснює нагляд за збройними силами та відносинами з різними цивільними структурами, і омбудсман з нагляду за законністю в галузі соціального забезпечення та податків.

Омбудсман розглядає скарги громадян щодо порушення їхніх конституційних прав органами державної влади, органами місцевого самоврядування та їхніми посадовими особами. Сфера його діяльності — це відносини між фізичною особою та представниками держави, посадовими особами, органами місцевого самоврядування. Відносини між громадянами не входять в сферу його компетенції.

---

* Марцеляк О. В. Конституційно-правовий статус інституту омбудсмана: світовий досвід та українська модель: автореф. дисертації на здобуття наук. ступеня д-р юрид. наук за спеціальністю 12.00.02 «Конституційне право». Одеса, 2004. С. 17; Марцеляк О. В. Інститут омбудсмана: теорія і практика. Х.: Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2003. 450 с.

У різних країнах повноваження омбудсмана можуть суттєво відрізнятись. Найширшими повноваженнями омбудсмани наділені в Скандинавських країнах, де вони мають право порушувати кримінальні справи, висувати обвинувачення й підтримувати їх у суді. У Швеції і Фінляндії вони здійснюють контроль не тільки за органами управління, а й виправними установами. У Данії і Фінляндії контроль омбудсманів поширюється на членів уряду. У Швеції омбудсмани наділені правом законодавчої ініціативи, а в Іспанії, Польщі, Україні — правом ініціювати здійснення конституційного контролю.

Майже в усіх країнах омбудсман має право звертатися до органів і посадових осіб, яких контролює, з пропозиціями ліквідувати наслідки вчинених порушень, проте він немає права ухвалювати владні рішення, його акти не мають обов'язкової юридичної сили, а є рекомендаційними та засновані на його авторитеті. Але, як свідчить практика, його рекомендації виконують.

Розслідування омбудсман провадить як з власної ініціативи, так і на підставі скарг громадян. Виняток становлять Франція та Великобританія, де до омбудсманів звертаються тільки через парламентарів.

В ***Україні*** діяльність омбудсмана регулює Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» від 23 грудня 1997 року. Звернення подають Уповноваженому в письмовій формі протягом року після виявлення порушення прав людини. Уповноважений не розглядає тих звернень, які розглядають суди, зупиняє вже розпочатий розгляд, якщо зацікавлена особа подала позов, заяву або скаргу до суду. Актами Уповноваженого щодо порушень прав людини є конституційне подання Уповноваженого та подання Уповноваженого до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності та їхніх посадових і службових осіб. Конституційне подання Уповноваженого — це акт його звернення до Конституційного Суду України щодо розв'язання питання про відповідність Конституції України (конституційності) закону України чи іншого правового акта Верховної Ради України, акта президента України, Кабінету Міністрів України, правового акта Автономної Республіки Крим; офіційного тлумачення Конституції України. Подання Уповноваженого — акт, який вносить Уповноважений до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, їхнім посадовим і службовим особам

для вжиття відповідних заходів у місячний строк щодо усунення виявлених порушень прав людини.

Після того як використано всі засоби на національному рівні людина може звернутися до міжнародно-правового захисту.

### 3.4.2.2. Міжнародні та європейські стандарти як гарантія прав людини й системи їхнього захисту

Важливою гарантією прав людини в сучасному світі є не тільки створення ефективної системи їхньої реалізації та захисту на національному рівні, а й міжнародно-правова стандартизація прав людини, про що йшлося вище.

Термін ***стандарт*** (щодо прав людини) вперше з'являється в Загальній декларації прав людини, у преамбулі якої зазначено, що Генеральна Асамблея проголошує цю Загальну декларацію прав людини як загальний стандарт досягнення (***as a common standard of achievements***), до виконання якого повинні прагнути всі народи й держави.

***Міжнародні стандарти прав людини та система їхнього захисту***

Створена 1945 року після Другої світової війни, Організація Об'єднаних Націй одним з нагальних завдань означила утвердження прав людини. Адже тоді стало очевидним, що без винесення проблеми прав людини на міжнародний рівень, без створення універсального каталогу прав людини, якому повинне відповідати законодавство національних правових систем, існуватиме ризик повторення жахливих порушень прав людини, які були під час Другої світової війни. До виникнення ООН права людини переважно проголошували в конституційних актах на національному рівні, а окремі засоби захисту прав, що існували на міжнародному рівні, були мало розвиненими.

Загальна декларація прав людини заклала підґрунтя для розроблення й укладання міжнародних договорів, присвячених правам людини, які узагальнено називають Міжнародним біллем про права людини, про що йшлося вище. Їхні положення розвинули й доповнили цілою низкою інших міжнародно-правових документів у сфері прав людини: конвенцій, хартій, кодексів, резолюцій, протоколів тощо. Права й свободи, закріплені в цих актах зазвичай і називають міжнародними стандартами прав людини.

Слід зазначити, що проголошені в них права людини, є мінімальними стандартами. Вони не лише закріплюють перелік назв загальнови-

знаних прав, а й фіксують їхній потрібний обсяг, мінімальний рівень, на якому останні повинні реалізовувати.

Отже, ***міжнародні стандарти прав людини*** — це принципи й норми прав людини, зафіксовані в міжнародних актах і визнані міжнародною спільнотою, гарантувати, забезпечувати та захищати які має кожна держава як член цієї спільноти. Вони полягають передусім у нормативній фіксації мінімально потрібного змісту прав людини й породжують позитивні зобов'язання держави їх дотримуватись, забезпечувати, охороняти та захищати. Міжнародні стандарти є тими «"праволюдними" показниками, до досягнення яких зобов'язуються або заохочуються держави»[*].

Слід зазначити, що нормативна фіксація прав, як і термінологія, , може відрізнятись не тільки в різних країнах, а й від міжнародної термінології. Наприклад, право можуть формулювати як право або свободу: одні країни вживають термінологічні звороти «кожен має право на об'єднання», інші — «громадянин має право на свободу об'єднання», ще інші проголошують «свободу об'єднання або асоціацій» тощо. Але наповнення цієї термінології змістом має бути однаковим для всіх, тобто відповідати міжнародним стандартам. Це стандарт, який підлягає захисту, а в разі потреби обмежити права людини, допустимі межі такого обмеження також повинні бути стандартизовані.

У Резолюції Генеральної Асамблеї ООН № 41/120 «Визначення міжнародних стандартів у сфері прав людини», ухваленій 4 грудня 1986 року, викладено керівні принципи, яких слід дотримуватись під час розроблення міжнародних документів у зазначеній сфері. Зокрема такі документи повинні: a) узгоджувати з чинним зводом міжнародно-правових норм у сфері прав людини; b) мати фундаментальний характер і ґрунтуватись на притаманних людській особистості гідності та цінності; c) бути досить чіткими аби слугувати джерелом прав і обов'язків, які піддаються визначенню й здійсненню; d) передбачати, де це доречно, реалістичний та ефективний механізм здійснення, ураховуючи системи подання доповідей; e) мати широку міжнародну підтримку[**].

Крім того, міжнародні стандарти містять такі вимоги: 1) внутрішнє конституційне законодавство, ураховуючи умови своєї країни, повин-

---

[*] Рабінович П. М., Хавронюк М. І. Права людини і громадянина: навч. посіб. К.: Атіка, 2004. 257 с.; Рабінович П. М. Міжнародні стандарти прав людини: властивості, загальне поняття, класифікації. *Вісник Національної академії правових наук України.* 2016. № 1. С. 19—29.

[**] Резолюція Генеральної Асамблеї ООН № 41/120 URL: http://www.worldlii.org/int/other/UNGA/1986/215.pdf (дата звернення: 05.06.2021).

но містити той обсяг основних прав і свобод людини, що відповідає міжнародним стандартам та узятим на себе державою зобов'язанням перед міжнародною спільнотою (у вітчизняній літературі з конституційного права досить часто це положення розглядають як основний принцип конституційно-правового статусу особи); 2) немає абсолютної свободи й абсолютних прав — їх за потреби можуть обмежувати, але тільки на підставі закону й тією мірою, якою допускає конституція відповідно до вимог міжнародного права та в точно означених цілях; 3) заборонено зловживати правами, тобто використовувати їх для завдання шкоди правам і законним інтересам інших фізичних та юридичних осіб; 4) права особи обмежено правами інших осіб; 5) права й свободи повинні бути забезпечені гарантіями, юридичними й матеріальними наскільки це дозволяють умови країни.

Через міжнародне визнання та закріплення прав людини, створення відповідних міжнародних механізмів їхнього захисту та надання людині можливості звертатись до міжнародних установ, щоб захистити свої права, людина набуває принципово нового правового статусу — ознак міжнародної правосуб'єктності. Так, людина підпадає не тільки під юрисдикцію тієї чи іншої держави, а й під юридичний захист міжнародної спільноти (міжнародного права). Система засобів і способів такого захисту досить розгалужена. Вона охоплює комплекс взаємопов'язаних організацій, органів й установ та інститутів як світового (універсального), так і регіонального характеру. Універсальний міжнародний захист прав людини здійснюють передусім у межах ООН та її спеціалізованих органів та установ, а регіональний — у межах відповідних правозахисних систем.

За останні десятиліття універсальна система захисту прав людини стала доволі розгалуженою та складною. Нині до неї належать такі органи: Управління Верховного комісара ООН з прав людини, Рада Безпеки ООН, Генеральний секретар ООН, Генеральна Асамблея ООН, Рада ООН з прав людини, Постійний форум ООН з питань корінних народів та 10 договірних органів ООН: Комітет з прав людини, Комітет з економічних, соціальних та культурних прав, Комітет з прав дитини, Комітет з ліквідації дискримінації жінок, Комітет проти катувань, Комітет з ліквідації расової дискримінації тощо. Також є ще спеціалізовані міжнародні установи, діяльність яких пов'язана з правами людини: Міжнародна організація праці (МОП), робота якої спрямована на визначення міжнародних стандартів у сфері праці, ЮНЕСКО — опікується правами людини в галузі освіти, науки, культури тощо. Окремо можна виокре-

мити й Міжнародний кримінальний суд, який розглядає справи щодо осіб, відповідальних за найсерйозніші злочини, що викликають стурбованість міжнародної спільноти — злочини проти людяності, воєнні злочини, геноцид тощо. Його юрисдикція поширюється лише на осіб, які вчинили міжнародні злочини й не були притягнені до кримінальної відповідальності на національному рівні.

***Європейські стандарти прав людини та система їхнього захисту***

Попри те, що універсальні стандарти виходять із загальнолюдських цінностей, їх офіційно тлумачать і застосовують з урахуванням регіональних особливостей, пов'язаних з розумінням прав людини, історичними традиціями та конкретно-історичними умовами та обставинами. Загалом вони залежать від досягнутого рівня розвитку суспільства. Тому дослідники виокремлюють ще й таку їхню ознаку, як історично змістовну динамічність, яку забезпечують насамперед за посередництва їхньої офіційної інтерпретації — навіть за незмінності текстуального вираження[*].

Отже, попри те, що права людини закріплено в міжнародних актах ООН і ратифіковано майже всіма країнами-членами ООН — місце, яке вони займають у правових системах країн, суттєво різниться. На регіональному рівні права людини набувають своїх особливостей, що зумовлено різноманітними чинниками. Тому в межах регіональних організацій було ухвалено свої акти в галузі прав людини й вироблено системи їхнього захисту. На європейському континенті створено Раду Європи, одним із основних досягнень якої є ухвалення 1950 року Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та створення Європейського суду з прав людини (штаб-квартира у м. Страсбург); у межах Європейського Союзу 2000 року прийнято Хартію основних прав ЄС, до того ще 1995 року рішенням Європейського парламенту введено посаду омбудсмана ЄС, а з 1957 року функціює Суд ЄС (Європейський суд справедливості, що розташований м. Люксембург), безпосередньою функцією якого хоч і не є захист прав людини, проте такі справи стають предметом його розгляду. Відповідні документи, спрямовані на захист прав людини, ухвалені також іншими регіональними організаціями. Так, Організація американських держав (ОАД) ухвалила Американську конвенцію прав людини (1969), засновано Міжамериканський суд з прав людини, що розпочав роботу 1979 року, а в межах Організації Африканської Єдності — ухвалено Африканську хартію

[*] Гончаров В. В. Офіційне тлумачення юридичних норм як засіб встановлення і трансформації їх змісту: автореф. дис. … канд. юрид. наук. Л., 2012. 16 с.

прав людини та народів (1981), яку ще іменують Банжульською хартією. Також створено Африканський суд з прав людини й народів, який розпочав роботу 2006 року. Організація ісламської співпраці ухвалила Каїрську декларацію прав людини в ісламі (1990). Однак ці органи є менш дієвими проти європейських. Вони не мають суттєвого впливу на формування регіональних стандартів прав людини, про що свідчить зокрема той факт, що Міжамериканський суд з прав людини за 40 років свого існування розглянув трохи більше як десять справ.

Європейські стандарти прав людини є, по суті, продовженням міжнародних стандартів, конкретизованих і розвинутих на регіональному, європейському рівні з урахуванням європейської специфіки розуміння прав людини, історичних традицій тощо. Становлення європейських стандартів захисту прав людини пов'язане передусім з діяльністю Ради Європи. Ключове значення у формуванні й захисті європейських стандартів прав людини має Європейський суд з прав людини, юрисдикція якого згідно з статтею 32 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод охоплює всі питання щодо тлумачення і застосування Конвенції та протоколів до неї, у справах поданих йому на розгляд. Завдяки практиці Суду конкретизують зміст закріплених у Конвенції прав людини, відтак Конвенція існує в тому змістовному форматі, як її протлумачив ЄСПЛ. Долучаючись до Конвенції, держава бере на себе міжнародно-правові зобов'язання поважати права і свободи людини, визначені Конвенцією та гарантувати їх кожному, хто перебуває під її юрисдикцією (стаття 1). Це означає, що держава повинна дотримуватись цього мінімального європейського стандарту, визначеного Конвенцією, а відхід від нього можливий лише вбік розширення прав і свобод людини.

Європейська система захисту прав охоплює також й інші установи Ради Європи — Європейську комісію з прав людини, Комітет міністрів Ради Європи, Комісара Ради Європи з прав людини тощо.

І хоча Європейська конвенція з прав людини стала найвідомішим документом цієї організації, є велика кількість інших міжнародних договорів, які було підписано в межах Ради Європи для захисту прав людини, це зокрема: Європейська соціальна хартія (1961) (переглянута 1996 р.), Європейська хартія регіональних мов або мов меншин (1992), Рамкова конвенція про захист національних меншин (1995) тощо. Звичайно, механізми їхнього захисту не є такими дієвими, як Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, і мають здебільшого контролювальний характер. Нагляд за дотриманням договірних

норм покладають переважно на комітети, які підзвітні Комітету міністрів Ради Європи, або безпосередньо на сам Комітет міністрів. Так, моніторинг зобов'язань відповідно до Європейської соціальної хартії здійснює Європейський комітет з соціальних прав, Європейської хартії регіональних мов або мов меншин — Комітет експертів, Рамкової конвенції про захист національних меншин — сам Комітет міністрів.

Велике значення в розробленні європейських стандартів прав людини та впровадженні їх у національне законодавство мають також такі установи: Венеційська комісія — дорадчий орган Ради Європи, що надає висновки про відповідність проєктів законодавчих актів європейським стандартам та цінностям; Бюро демократичних інститутів та прав людини (БДІПЛ) — інституція Організації з безпеки і співробітництва в Європі (ОБСЄ). Особливим здобутком діяльності цих органів є вироблення стандартів у сфері політичних прав та ухвалення Кодексу належної практики у виборчих справах, Кодексу належної практики щодо референдумів, Кодексу належної практики щодо політичних партій, які є еталонними документами для країн-членів Ради Європи у відповідних галузях.

Основною формою роботи Венеційської комісії є аналіз законів і законопроєктів держав-учасниць щодо проблем конституційного права, зокрема стандартів виборчого права, прав меншин. Документ може надавати для висновку комісії сама зацікавлена держава, інша держава за згодою тієї країни, яка ухвалює документ, а також Парламентська Асамблея Ради Європи. Висновок Комісії широко використовує ПАРЄ як зразок «європейських стандартів».

Підсумовуючи, слід ще раз наголосити на тому, що призначення міжнародних та європейських стандартів прав людини — визначити саме «мінімальний стандарт»: закріпити перелік загальновизнаних прав, їхній обсяг та мінімальний рівень їхнього захисту. Держава, з огляду на ці стандарти може лише поліпшувати становище людини.

Україна є учасницею всіх зазначених міжнародних конвенцій з прав людини та як член Ради Європи взяла на себе зобов'язання виконувати Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод, яку ВРУ ратифікувала 17 липня 1997 року.

Згідно зі статтею 55 Конституції України «кожен має право ***після використання всіх національних засобів*** правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом

або учасником яких є Україна». Як свідчить практика ЄСПЛ, громадяни України користуються цим конституційним правом доволі активно. Саме воно часто стає визначальною гарантією захисту багатьох інших прав і свобод людини, визначених Основним законом України.

## 3.5. Конституційні засади обмеження прав людини

### 3.5.1. Поняття обмеження прав людини

Права людини становлять фундаментальний зміст ліберальної концепції відносин людини й держави, вони визначають мету діяльності держави та окреслюють межі державної влади. Однак ідеал вільної особистості зовсім не означає, що поведінка людини нічим не обмежується, адже реалізація прав і свобод в суспільному житті зіштовхується з індивідуальними та суспільними інтересами. Обмеження прав людини є демократичною потребою, тому ліберально-індивідуалістичну ідею необмеженої свободи є неприйнятною . Натомість виникає потреба узгоджувати сферу прав та інтересів однієї людини зі сферою прав та інтересів інших людей, суспільства та держави загалом, що неминуче призводить до обмеження прав конкретної людини. Такі обмеження охоплює формула: «Права людини обмежуються правами інших людей», яка закріплена як один з основних конституційних принципів, що відтворений у різний спосіб у конституціях багатьох держав (стаття 23 Конституції України, стаття 2 Основного закону ФРН, стаття 4 Декларації прав людини і громадянина (1789), що є частиною чинної Конституції Франції, стаття 31 Конституції Польщі).

Для реалізації цього принципу на конституційному рівні мають бути визначені допустимі межі обмеження прав людини. Щоб органи влади не виходили за межі повноважень, наданих їм Основним законом, конституційні положення, що санкціонують обмеження прав особи, повинні бути сформульовані і конкретизовані якомога чіткіше, яснішe, із зазначенням цілей, обставин, засобів, міри й форми обмеження прав і свобод людини.

Визначаючи загальні умови обмежень прав і свобод людини, конституція в такий спосіб захищає людину та її права від свавільних дій з боку держави, оскільки обмежує державну владу в можливості зазіхати на сферу свободи особи. Так, обмеження прав є **важливим елементом** конституційно-правового регулювання.

***Конституційні засади обмеження прав людини*** — це визначені конституцією принципи, підстави, умови, засоби, способи, форми обмежень прав людини, мета яких забезпечити потрібний баланс особистих (індивідуальних) та суспільних (публічних) інтересів.

Конституція та ухвалені на її підставі закони мають визначати допустимі межі реалізації суб'єктивних прав, оскільки вихід за ці межі може порушувати права і свободи інших осіб або суспільний інтерес. Сутність обмежень прав людини полягає у визначенні чітких меж легітимного втручання держави в приватну автономію індивіда для забезпечення загального блага.

Під час конкретизації конституційних засад обмеження прав людини треба враховувати міжнародні стандарти в цій сфері. Адже в міжнародному праві сформували стандарти не тільки щодо каталогу прав людини, а й, що особливо важливо, стандарти щодо їхнього обмеження. Внутрішнє законодавство не повинно виходити за межі обмежень, визначених міжнародними актами, зокрема Загальною декларацією прав людини, Міжнародним пактом про громадянські і політичні права, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. Для конкретизації та втілення положень зазначених міжнародних актів було розроблено Паризькі мінімальні стандарти щодо прав людини в надзвичайних ситуаціях (1984), Сіракузькі принципи тлумачення обмежень та відступів від положень Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1985) й інші принципи, що стосуються окремих прав людини, які можуть бути обмежені: Йоганнесбурзькі принципи 1995 року охоплюють керівні засади під час ухвалення рішень щодо будь-яких обмежень свободи слова й поширення інформації, Керівні принципи зі свободи мирних зібрань, розроблені Радою експертів БДІПЛ ОБСЄ 2007 року також містять стандарти щодо можливостей обмеження проведення мирних зібрань, Керівні принципи щодо свободи об'єднань, розроблені Радою експертів БДІПЛ ОБСЄ та Європейською комісією «За демократію через право» 2015 року — містять вимоги щодо заборони об'єднання тощо.

Ще однією важливою вимогою міжнародного права є те, що універсальні стандарти прав людини, які було вперше закріплено в Загальній декларації прав людини, а потім ще й у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права та Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права, повинні застосовуватись не лише в мирний час, а й під час збройних конфліктів.

Також слід пам'ятати, що обмеження прав людини — це лише крайній засіб, основним завданням законодавця та нормозастосовувача є забезпечення прав і свобод особистості, а не їхнє утискання.

Слід розрізняти:

- відступ від прав — обмеження прав людини в умовах воєнного або надзвичайного стану, що спричинює відступ від виконання міжнародних договірних зобов'язань та
- загальні обмеження прав людини за звичайних умов.

### 3.5.2. Види прав, що можуть бути обмежені

Права людини залежно від можливості їхнього легітимного обмеження поділяють на абсолютні й відносні. Однак у реальному житті безмежних, абсолютних прав майже не існує, абсолютний захист має хіба що право людської гідності. Свободи від катувань, від рабства також є абсолютними, вони безпосередньо пов'язані з гідністю людини, а будь-яке обмеження цих прав вплине на його основний зміст, порушуючи його ядро, відтак є неможливим.

Права людини з позицій міжнародного й відповідно конституційного права найперше можна поділити на ті, від яких можна відступати під час особливих правових станів (воєнного або надзвичайного) та ті, відступ від яких заборонено (***non-derogable rights***). Якщо йдеться про права, від яких відступати не можна, зазвичай посилаються на статтю 4 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, де зазначено, що не допускається відступ від таких прав, як-от: право на життя (стаття 6), свобода від катувань, жорстокого, нелюдського або принизливого поводження або покарання, право не піддаватися без вільної згоди медичним чи науковим дослідам (стаття 7), свобода від рабства або підневільного стану (стаття 8), право не притягатися до відповідальності у формі позбавлення волі за невиконання будь-якого договірного зобов'язання (стаття 11), неможливість притягнення до відповідальності за діяння, яке на час його вчинення не було кримінальним злочином (стаття 15), право на визнання правосуб'єктності (стаття 16), свобода думки, совісті та релігії (стаття 18). Аналогійні за своєю суттю обмеження щодо відступу від прав людини містить стаття 15 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

До того ж деякі з названих прав, можуть обмежувати. Наприклад, право на свободу віросповідання Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (стаття 18), що не підлягає відступу згідно з пунктом 2 статті 4, може бути обмежено відповідно до пункту 3 статті 18 – задля охорони суспільної безпеки, порядку, здоров'я і моралі, прав й основних прав та свобод інших осіб. Аналогійний підхід закладено й у Конституції України (статті 35 та 64).

Відносні права досить часто формулюють із застереженнями, вони зобов'язують особу утримуватись від певних дій, тобто самим цим правам іманентні межі. Наприклад, право на приватність, частиною якого є інформаційна приватність, виходить з того, що заборонено збирати, зберігати, використовувати та поширювати конфіденційну інформацію про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту й прав людини (стаття 32 КУ). Однак конституційні норми, які формулюють перелік підстав й умови такого втручання, у законах і підзаконних актах розвинені недосить. Доволі нечітке формулювання або взагалі відсутність регламентування дозволених випадків втручання в право на приватність, обсягу та способів втручання є однією з найбільш не вирішених проблем в його законодавчому регулюванні, що породжує численні порушення цього права на практиці. Це проблеми, пов'язані з надмірним збиранням та зберіганням персональних даних, щодо яких наразі в європейських країнах діють доволі жорсткі правила, як результат чисельні позови проти України щодо порушення статті 8 ЄКПЛ (Справа ЄСПЛ «Заїченко проти України» (2015), «Суріков проти України» (2017) тощо); з електронним декларуванням майна та доходів осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, яке введено згідно із Законом України «Про запобігання корупції»; чимало дискусій точилося навколо впровадження єдиної електронної бази судових рішень, що наразі є у відкритому доступі, у результаті яких було досягнуто компромісу — розміщення судових рішень зі знеособленими персональними даними тощо.

### 3.5.3. Конституційні межі обмежень прав людини

Конституції країн світу, допускаючи обмеження прав, встановлюють суворі вимоги до них насамперед, щоб гарантувати людині змогу користуватись своїми правами, не торкаючись сутності, «ядра» права та усунути небезпеку необґрунтованих обмежень збоку органів влади. Саме з цією метою в конституціях окреслюють межі допустимих обмежень, які в теорії прав людини отримали назву «межі обмежень».

***Конституційні межі обмежень*** — це визначені конституцією принципи й умови, яких слід дотримуватись під час обмеження прав людини. Вони показують, наскільки далеко законодавець може втручатися в ці права.

Вагомого обґрунтування концепція меж обмеження прав людини набула в німецькому правознавстві, де її називають ***Schranken-Schranken.***

В Основному законі ФРН ці обмеження сформульовано досить лаконічно, до того ж на підставі конституційних норм та рішень Федерального конституційного суду Німеччини вибудували цілу теорію «меж обмежень», основні принципи якої сформульовано в статті 2 (1) Основного закону ФРН, де визначена так звана «тріада обмежень»: «Кожен має право на вільний розвиток своєї особистості, допоки він ***1)*** не порушує права інших осіб та ***2)*** не посягає на конституційний лад чи ***3)*** моральний закон».

У статті 19 Основного закону ФРН визначено такі вимоги: ***1)*** основне право може бути обмежене лише законом і на підставі закону; ***2***) закон має мати загальний зміст, а не стосуватись одичного випадку; ***3)*** у законі слід зазначати конкретне право, яке підлягає обмеженню з посиланням на статтю Основного закону; ***4)*** сутнісний зміст права в жодному разі не повинен змінюватись та втрачатись.

Теорія та практика німецького конституціоналізму до того ж вивела своєрідну абсолютну межу обмежень — це «ядро людської гідності». Цей критерій може бути основним, наприклад, під час обмеження свободи висловлювань, творчості тощо.

Схожі положення містять й інші конституції. Наприклад, у статті 11 Конституції Естонії зазначено: «Права і свободи можуть бути обмежені тільки згідно з Конституцією. Обмеження повинні бути потрібними в демократичному суспільстві й не повинні спотворювати сутність прав і свобод, що підлягають обмеженню». Частина третя статті 31 Конституції Польщі: «**Обмеження у користуванні конституційними свободами і правами можуть бути встановлені лише законом і лише якщо вони необхідні у демократичній державі для її безпеки або для забезпечення публічного порядку, для охорони довкілля, здоров'я і публічної моралі або свобод і прав інших осіб. Ці обмеження не можуть суперечити сутності свобод і прав** ».

Отже, конституційні вимоги щодо обмежень прав людини передбачають наявність необхідності; легітимної мети: захист прав інших осіб, громадського порядку, суспільної безпеки, моралі, здоров'я тощо; підтримання балансу між суспільною необхідністю й інтересами носія права; збереження сутності права та можливості ним користуватись. Такі обмеження можуть бути встановлені лише законом на підставі норм конституції.

У Конституції України, на відміну від цитованих конституцій, комплексного нормативного підходу до визначення обмежень прав людини немає, однак можна виокремити деякі загальні засади обмеження прав людини, які вона визначає:

- перелік випадків обмежень прав і свободи людини і громадянина передбачено Конституцією України. До того ж вони залежать від специфіки змісту конкретного права. Наприклад, свободу світогляду (стаття 35 КУ) можуть обмежувати в інтересах охорони моральності населення; право на свободу слова, вільне вираження своїх поглядів і переконань (стаття 34 КУ) — для захисту репутації або прав інших людей; право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації (стаття 39 КУ) — для запобігання заворушень тощо.
- обмеження визначає лише закон, ухвалений на підставі відповідних норм Конституції. Наприклад, статті 31, 32 Основного закону України, що гарантують право на приватність, стаття 33 — свободу пересування, стаття 34 — свободу слова відсилають до відповідних законодавчих актів, що визначають обмеження. Так, гарантовану статтею 34 Конституції України свободу інформації (зокремадоступ до неї), можуть обмежувати на підставі Закону України «Про інформацію», який обмежує доступ до конфіденційної, таємної та службової інформації.

Щодо конкретних випадків рішення ухвалює суд на підставі норм закону. Наприклад, таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, гарантовануує статтеюаття 31 Конституції України, може обмежувати суд у випадках, передбачених законом, зокрема під час проведення оперативно-розшукової діяльності, дізнання, досудового слідства, щоб з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи;

- заборона обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками (стаття 24 КУ).
- визначення прав, які не підлягають обмеженням в умовах воєнного або надзвичайного стану (стаття 64 КУ).

Щодо інших засад, то їх можна вивести з принципу верховенства права (стаття 8 КУ), а особливо такого його елементуяк принцип домірності, або пропорційності. Обов'язковою вимогою принципу пропорційності є дотримання розумного балансу приватних і публічних

інтересів, відповідно до якого цілі обмежень прав мають бути суттєвими, а засоби їхнього досягнення обґрунтованими й мінімально обтяжливими для осіб. Для досягнення певної мети органи влади не можуть накладати на громадян зобов'язання, які перевищують установлені межі необхідності, а засіб досягнення суспільно вагомої мети має бути найменш обтяжливим для людини в конкретних умовах.

Загалом, практика Конституційного Суду України свідчить про те, що він порівняно часто використовує зазначені критерії у своїх рішеннях. Зокрема, КСУ наголошує, що Верховна Рада України повноважна ухвалювати закони, що визначають обмеження, відповідно до таких критеріїв: «обмеження щодо реалізації конституційних прав і свобод не можуть бути свавільними та несправедливими, вони мають встановлюватися виключно Конституцією і законами України, переслідувати легітимну мету, бути обумовленими суспільною необхідністю досягнення цієї мети, пропорційними та обґрунтованими, у разі обмеження конституційного права або свободи законодавець зобов'язаний запровадити таке правове регулювання, яке дасть можливість оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права або свободи і не порушувати сутнісний зміст такого права» (абзац третій підпункту 2.1 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016 (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу)[*].

Ще одним критерієм допустимості обмеження прав людини є гідність людини. Як зазначалось в попередніх підрозділах, Конституційний Суд України, орієнтуючись на міжнародні стандарти та зарубіжний досвід, останнім часом дедалі частіше як критерій можливих обмежень прав людини використовує людську гідність. Людська гідність є фундаментом усіх інших конституційних прав, мірилом визначення їхньої сутності та критерієм допустимості можливих обмежень таких прав — зазначено в абзаці 5 підпункту 2.3 пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 22 травня 2018 року № 5-р/2018. Схожим за аргументацією є і Рішення щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень пункту 7 розділу другого Закону України «Про запобігання фінансової катастро-

[*] Рішення Конституційного Суду України від 1 червня 2016 р. № 2-р/2016. URL: http://www.ccu.gov.ua/docs/1858; а також Рішення Конституційного Суду України від 11 жовтня 2018 р. № 8-р/2018. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/8_r_2018.pdf; Рішення Конституційного Суду України від 23 листопада 2018 р. № 10-р/2018. URL: http://www.ccu.gov.ua/docs/2442 (дата звернення: 24.04.2021.).

фи та створення передумов для економічного зростання в Україні» (щодо скасування допомоги по догляду за дитиною) від 7 листопада 2018 року № 9-р/2018.

Обмеження прав людини, визначені в Конституції України та конкретизовані в юридичних позиціях Конституційного Суду, загалом відповідають нормам міжнародного права в галузі прав людини. Так, у пункті 2 статті 29 Загальної декларації прав людини сформульовані умови, за яких такі обмеження можна вважати виправданими, зокрема коли їх «встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання та поваги прав і свобод інших та задоволення справедливих вимог моралі, громадського порядку за загального добробуту в демократичному суспільстві».

Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (1950), на відміну від Хартії основних прав ЄС (2000), яка в статтях 52, 53, 54 визначає чіткі критерії обмеження прав людини, не містить статті, яка б визначала загальні вимоги щодо обмежень прав людини, водночас вони випливають з низки інших статей, які конкретизують у практиці Європейського суду з прав людини. ЄСПЛ для оцінювання виправданості втручання у права особи використовує так званий «трискладовий тест».

***«Трискладовий тест»*** — це юридична конструкція, що є засобом перевірки наявності необхідних умов для обмеження прав, гарантованих Конвенцією. Тест означає , що будь-яке обмеження права слід перевірити щодо відповідності цим трьом умовам: втручання здійснено «згідно із законом»; воно відповідає законній (легітимній) меті; воно «є "необхідним в демократичному суспільстві». Обмеження, що не відповідає таким умовам, порушує право особи. Хоча назва «трискладовий тест» є умовною, і яку прямо не закріплено в рішеннях ЄСПЛ, саме на ці критерії ЄСПЛ посилається в багатьох рішеннях, що можна вважати усталеною практикою (Рішення ЄСПЛ у справах «Бартік проти Російської Федерації» (2006) § 39—52; «Швидка проти України» (2015) § 33; ***Djavit An v. Turkey*** (2003) § 63.). Слід також зазначити, що під терміном «закон» у практиці ЄСПЛ слід розуміти як норми, визначені писаним правом, так і правила, що сформували в прецедентному праві. Сам закон має відповідати якісним вимогам, насамперед вимогам «доступності» та «передбачуваності» (Рішення ЄСПЛ у справі «Толстой-Милославський проти Сполученого Королівства» від 13 липня 1995 року, § 37).

Підсумовуючи, можна сказати, що обмеження прав людини допустимі, якщо вони відповідають таким ***вимогам***:

- визначені конституцією. Якщо обмеження прямо не застережені в конституції, їх можуть визначати тільки законом на підставі норм конституції;
- мають легітимну мету — обмеження повинні бути зумовлені публічним інтересом: охороною державної безпеки, громадського порядку, захистом моралі та/або прав і законних інтересів інших осіб;
- є необхідними, спрямовані на досягнення легітимної мети та застосовуються лише в разі неможливості використання інших, менш обтяжливих заходів.
- відповідають принципу пропорційності: є адекватними, тобто не перевищують установлені межі необхідності. Збиток приватній особі від обмеження її права повинен бути пропорційний вигоді щодо досягнення поставленої мети — принцип балансування інтересів;
- у жодному разі не порушують «ядро права» — не змінюють суті та змісту права.
- закон, що обмежує права людини, повинен мати загальний зміст. Закон слід сформулювати так, щоб його можна було застосовувати загалом, а не тільки для конкретного випадку: це мають бути абстрактні правила, які не дають змоги передбачити скільки разів та в яких випадках застосовуватимуть закон. Така вимога пов'язана з забороною дискримінації. До того ж він має бути максимально визначеним;
- відповідають міжнародним стандартам обмеження прав людини;
- тлумачення обмежень має бути максимально конкретним, а будь-які сумніви повинні вирішувати на користь захисту прав людини;
- мають бути сумісними з людською гідністю.

Так, у повсякденному житті виникають ситуації, які потребують обмеження прав людини. Хто, з яких підстав, на який час і в яких межах може це робити має бути максимально визначено в Основному законі та законах, ухвалених для його реалізації.

### 3.5.4. Обмеження прав людини в умовах надзвичайних ситуацій

У світовій конституційній та міжнародній теорії і практиці загальновизнано, що обмеження прав і свобод людини допустимі в умовах надзвичайних ситуацій (воєнного або надзвичайного стану). Це передбачено Міжнародним пактом про громадянські і політичні права (стаття 4) та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод (стаття 15), які вимагають, щоб надзвичайне становище державою-учасницею було офіційно оголошено й про це повідомлено інші держави, Генерального секретаря ООН та Генерального секретаря Ради Європи. Такі обмеження є засобом управління кризовою ситуацією, що склалась у країні.

Названі акти визначають основні вимоги щодо відступу:

- по-перше, право на відступ держави від своїх зобов'язань може виникати тільки за умови наявності війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації;
- по-друге, ключовою вимогою є те, що заходи, яких вживає держава на відступ від своїх зобов'язань, повинні суворо відповідати гостроті становища;
- по-третє, ці заходи не повинні суперечити іншим міжнародним зобов'язанням держави;
- по-четверте, вони не повинні спричинювати дискримінацію на підставі раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії чи соціального походження тощо;
- п'ятою вимогою є неприпустимість поширення права на відступ на певні права (право на життя; заборона катування; заборона рабства й примусової праці; принцип жодного покарання без закону тощо).

Можливість обмеження прав людини в умовах воєнного або надзвичайного стану передбачає і Конституція України (стаття 64), в якій закріплено вимогу визначення строку дії таких обмежень, і яка містить перелік прав, що не підлягають обмеженню. Це права і свободи, передбачені статтями 24 (рівність громадян перед законом), 25 (неможливість позбавлення громадянства), 27 (право на життя), 28 (право на повагу гідності), 29 (право на свободу і особисту недоторканість), 40 (право на звернення до органів державної влади та місцевого самоврядування), 47 (право на житло), 51 (право на шлюб), 52 (рівність дітей у правах), 55 (право на судовий захист), 56 (право на відшкодування матеріальної і моральної шкоди), 57 (гарантування права знати

свої права), 58 (незворотність дії законів та інших нормативних актів), 59 (право на правову допомогу), 60 (необов'язковість виконувати явно злочинні розпорядження), 61 (неможливість бути двічі притягнутим до юридичної відповідальності за одне правопорушення), 62 (презумпція невинуватості в кримінальному праві), 63 (відмова давати показання проти себе, членів сім'ї чи близьких родичів).

Надзвичайний або воєнний стан в Україні або в окремих її місцевостях вводить указом Президента України, який затверджує Верховна Рада України протягом двох днів з часу звернення. Порядок введення надзвичайного стану докладно регулює Закон України «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16 березня 2000 року, а воєнного — «Про правовий режим воєнного стану» від 12 травня 2015.

Згідно із Законом України «Про правовий режим воєнного стану» можуть вводити такі заходи, пов'язані з обмеженням прав людини, якот: трудова повинність; примусове відчуження майна, що перебуває у приватній або комунальній власності; запровадження комендантської години; особливий режим в'їзду й виїзду, обмеження свободи пересування громадян, іноземців та осіб без громадянства, а також руху транспортних засобів; заборона проведення мирних зборів, мітингів, походів і демонстрацій, інших масових заходів; заборона зміни місця проживання для осіб, які перебувають на військовому обліку тощо.

26 листопада 2018 року президент Президент України видав Указ «Про введення воєнного стану в Україні» з 26 листопада по 26 грудня 2018 року. Згідно з пунктом 3 цього Указу «можуть обмежуватися конституційні права і свободи людини і громадянина, передбачені статтями 30 — 34, 38, 39, 41 — 44, 53 Конституції України, а також вводитися тимчасові обмеження прав і законних інтересів юридичних осіб в межах та обсязі, що необхіднідля забезпечення можливості запровадження та здійснення заходів правового режиму воєнного стану».

Досить часто у вітчизняних підручниках з конституційного права України розгляд питання щодо можливостей обмеження прав людини зводиться лише до умов воєнного або надзвичайного стану. Справді, умови воєнного або надзвичайного стану потребують запровадження екстраординарних заходів, зокрема пов'язаних із обмеженням деяких прав людини, однак, питання обмеження прав людини набагато складніше, адже такі заходи можливі й в умовах повсякдення, ба більше, деякі обмеження визначає сама конституція (внутрішні конституційні обмеження).

## 3.6. Конституційний статус особи: поняття, структура, види

Тема конституційного (конституційно-правового) статусу особи однією з визначальних для конституційного права України (як і пострадянського конституційного права загалом). Проте за попередньою радянською традицією правовий статус лишається «знелюдненим», який розглядають як догматичне поняття, відірване від реальних потреб й інтересів людини, її прав і свобод, що, своєю чергою, зумовлено відповідним підходом до його інтерпретації.

### 3.6.1. Поняття конституційного статусу особи

***Конституційний статус особи*** — це становище особи в державі, сукупність її прав, їхніх гарантій та обов'язків, відображених і закріплених в конституції.

Конституційний статус є ядром правового статусу особи, що за своїм змістом ширший й охоплює всю сукупність прав і обов'язків, і який закріплено актами нормативного змісту різних галузей права. Права і обов'язки, зафіксовані в конституції, надалі конкретизують та розвивають в інших галузях права. Тому конституція визначає лише засади правового статусу особи, формулюючи основні принципи.

Виокремлюють три підходи (або моделі) регулювання правового статусу особи*:

***Ліберальна,*** або індивідуалістична модель правового статусу особи поширена в країнах Центральної та Західної Європи, Північної Америки й інших країнах євроатлантичної цивілізації. Вона ґрунтується на невіддільності прав людини, свободі індивіда й невтручанні держави в приватну сферу життя людини, обов'язки громадян визначають в обмеженому вигляді. Цієї моделі намагаються дотримуватися нині й в Україні.

***Колективістський*** підхід — побудований на пріоритеті інтересів колективу стосовно особи, реалізація прав особи відбувається з урахуванням переваг інтересів на користь громади, у якій вона проживає. Такий підхід поширений серед країн далекосхідної правової сім'ї та соціалістичних країн (Куба, КНДР). Колективістський підхід, щоправда, зі своєю специфікою, притаманний і звичаєвому праву деяких країн Тропічної Африки, Океанії та Латинської Америки. Особу тут розглядають

* Сравнительное конституционное право / под ред. А. И. Ковлера, В. Е. Чиркина, Ю. А. Юдина. Москва: Манускрипт, 1996. С. 237—240.

як невіддільну частину племені, тому зміст її прав та їхня реалізація залежить від родоплемінної належності людини. Значну частину своїх прав особа може реалізувати лише за участю громади, яка може визначати й обмежувати їх.

Згідно з третім підходом, що поширений у ***мусульманських*** країнах, саме Аллах є творцем Всесвіту та єдиним правителем мусульман, служіння йому є основною метою життя будь-якого правовірного мусульманина. Із цього випливає постулат про пріоритетність обов'язків перед Аллахом над правами загалом, оскільки саме виконання визначених Аллахом обов'язків може забезпечити його задоволення. Відомий дослідник ісламського права Леонід Сюкіяйнен зазначає, що «якщо ліберальний погляд на права людини допускає обмеження свободи однієї людини лише межами свободи інших людей, то ісламська думка поєднує ці межі передусім з імперативними нормами (здебільшого із заборонами) шаріату. Причому ці приписи можуть збоку видаватися посяганням на права і свободи людини, однак іслам їх сприймає як вищу, божественну справедливість»*. Отже, з погляду ісламу, про реалізацію прав людини можна говорити лише тоді, коли мусульмани дотримуються норм шаріату. Крім цього, віровідступництво споконвіку вважали найтяжчим злочином, покаранням за яке була, а в деяких країних і досі залишається, смертна кара.

Специфічні особливості названих підходів безпосередньо впливають на зміст і механізми захисту прав особи.

Конституційний статус особи залежить також від державно-правового режиму. За умов авторитарного режиму задекларовані права набувають формального змісту, а системи гарантій прав особи, що є частиною конституційного статусу, розвинені доволі слабо або й зовсім ігнорують (хоч і декларують заради збереження респектабельності), як це властиве тоталітарним режимам.

### 3.6.2. Структура конституційного статусу особи

У структурі конституційного статусу особи виокремлюють такі елементи:

- принципи конституційного статусу особи;
- правосуб'єктність (правоздатність, дієздатність і деліктоздатність);
- основні права і свободи людини;

* Сюкияйнен Л. Р. Ислам и права человека в диалоге культур и религий. М.: ООО «Садра», 2014. С. 61.

- громадянство;
- конституційні обов'язки особи;
- гарантії конституційного статусу особи.

Відповідні принципи, а також права, обов'язки й гарантії прав органічно взаємопов'язані. З одного боку, принципи по-своєму конструюють систему прав і обов'язків людини, а також гарантій прав, а з іншого — формулювання принципів узагальнено відбиває сутність цієї системи.

### 3.6.2.1. Принципи конституційного статусу особи

Принципи конституційного статусу особи — це вихідні засади, які визначають спрямованість правового регулювання статусу особи, на підставі яких визначають її місце й значення в державі та суспільстві, реалізуються права, свободи та обов'язки особи. Більшість таких засад закріплено в Конституції України, зокрема:

- принцип людиноцентризму й визнання людини найвищою цінністю (стаття 3 Конституції); гуманістична спрямованість основ правового статусу особи;
- принцип належності прав і свобод людині від народження, їхня невідчужуваність і непорушність (стаття 21);
- принцип невичерпності прав (стаття 22), який полягає в тому, що Конституція України не містить повного, завершеного переліку основоположних прав людини. Адже права людини постійно розвиваються: з'являються нові права, розширюють зміст наявних, їх постійно удосконалюють завдяки діяльності різноманітних правозахисних організацій, міжнародних та національних установ, передусім судових, наукових праць, і вони не вичерпуються нормативною фіксацією. Каталог прав залишається відкритим;
- принцип гарантованості прав людини, неможливості їхнього скасування, недопущення звуження змісту й обсягу конституційних прав (стаття 22);
- принцип рівноправності й рівності перед законом та судом;
- принцип поєднання власних і суспільних інтересів;
- принцип відповідності правового статусу особи міжнародним стандартам: у конституції повинні бути втілені стандарти прав людини, вироблені світовою практикою;
- принцип поєднання прав й обов'язків людини, який виявляється в тому, що, по-перше, у кожного є як права, так й обов'язки;

по-друге, чимало прав одночасно покладають на особу відповідні обов'язки. Цей принцип відображено в статті 23 Конституції України й деяких інших статтях, зокрема в частині третій статті 13 КУ йдеться про таке: «Власність зобов'язує. Власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству». Так, інтереси особи повинні поєднувати з інтересами інших осіб, суспільства та держави загалом, що забезпечує баланс приватних та публічних інтересів, а отже, нормальну життєдіяльність суспільства й кожної людини. По-третє, суттєвою характеристикою конституційних прав і свобод людини є те, що їм кореспондують не тільки обов'язки інших осіб, а й обов'язки держави. Кореспондуючі обов'язки держави здебільшого становлять зміст гарантій відповідних суб'єктивних прав.

Зміст більшості названих принципів уже розглядали в попередніх розділах підручника, тому докладно на них зупинятися не будемо.

### 3.6.2.2. Правосуб'єктність

Ще одним елементом конституційного статусу особи є правосуб'єктність. Правосуб'єктність — це здатність особи бути носієм суб'єктивних прав та обов'язків, бути учасником правовідносин. Само собою, закріплення прав ще не гарантує, що особа може ними скористатися. Вона повинна мати правосуб'єктність, щоб стати суб'єктом конституційних правовідносин і мати змогу реалізовувати свої права.

Правосуб'єктність в юридичній науці прийнято розглядати як поєднання трьох елементів:

- ***правоздатності*** — це визнана державою загальна (абстрактна) змога мати передбачені законом суб'єктивні права та юридичні обов'язки, здатність бути їхнім носієм;
- ***дієздатності*** — це здатність особи своїми діями набувати прав й обов'язків, самостійно реалізовувати їх. Дієздатність передбачає змогу розпоряджатися правами та виконувати обов'язки.
- ***деліктоздатності*** — це здатність суб'єкта права нести юридичну відповідальність за свої протиправні вчинки.

Конституційна правосуб'єктність може бути загальною та спеціальною.

Усі люди в межах правової системи наділені ***загальною*** правосуб'єктністю від народження, яка є однаковою для всіх.

***Спеціальна*** правосуб'єктність передбачає здатність особи бути учасником певного кола правовідносин. У межах конституційного права спеціальною є, наприклад, правосуб'єктність виборців. Адже гарантоване конституцією право голосу людина може реалізувати лише з досягненням певного віку (18-річного в Україні, 20-річного в Японії тощо). Спеціальну правосуб'єктність мають кандидати на виборні посади в органи влади, що пов'язано з досягненням певного віку, який залежить від посади, на яку балотується кандидат (наприклад, віковий ценз для президента України становить 35 років, на посаду народного депутата — 22 роки), з відповідністю іншим виборчим цензам: наявністю громадянства, цензу осілості тощо. Вступивши у виборчі відносини та відповідно ставши учасниками виборчого процесу на таких осіб покладають додаткові права і обов'язки, а порушення виборчого законодавства може спричинити накладання конституційно-правової санкції.

### 3.6.2.3. Права людини в структурі конституційно статусу особи

Ядром конституційного статусу особи є права людини, оскільки саме навколо прав людини вибудовують усі інші елементи конституційного статусу особи. Докладно про права людини йшлося в попередніх підрозділах цього розділу.

### 3.6.2.4. Громадянство як елемент конституційного статусу особи

Громадянство можна розглядати з двох поглядів: як право особи на громадянство, яке передбачено нормами не тільки національного, а й міжнародного права (стаття 15 Загальної декларації прав людини, стаття 24 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права), що покладає на державу обов'язок недопущення випадків безгромадянства; як особливий правовий стан, що впливає на конституційно-правовий статус особи.

Стан громадянства є передумовою наявності в особи всієї сукупності прав, адже окремі права можуть бути реалізовані тільки через реалізацію права на громадянство. Так, громадянство є зазвичай передумовою наявності в особи виборчого права, права голосу на референдумі. До того ж у країнах Європи поширена практика надання права участі в місцевих виборах іноземцям, які постійно проживають на території держави, про що йшлося вище. Загалом іноземців зазвичай усувають від участі в управлінні державними справами, що зумовлено насамперед захистом інтересів держави та її безпеки.

За загальним правилом обсяг громадянських прав і свобод не залежить від громадянства, тоді як обсяг політичних прав і значною мірою соціально-економічних прав визначають наявністю громадянства.

Наявність громадянства — юридична передумова набуття особою різних правових статусів: громадянина, іноземного громадянина, апатрида, що породжує різні правові наслідки, впливає на сукупність прав і обов'язків особи, а отже, на її конституційно-правовий статус.

Докладніше про інститут громадянства та його вплив на правовий статус особи, а також особливості правового статусу іноземців, осіб без громадянства, біженців ітиметься далі.

### 3.6.2.5. Конституційні обов'язки особи

Гармонійний розвиток людини як особистості передбачає наявність у неї не тільки змоги задовольняти свої власні інтереси, а й виконання певних зобов'язань стосовно інших членів суспільства. Без обов'язку кожного індивіда поважати права інших осіб не можна розраховувати на задоволення власних прав. Конституційні обов'язки визначають як в інтересах кожного окремого громадянина, так і для реалізації інтересів усього суспільства й держави.

Тому зміст правового статусу особи становлять не тільки права, а й обов'язки, що покликані забезпечувати баланс правового регулювання. Будучи самостійними категоріями, права і обов'язки тісно взаємодіють під час регулювання суспільних відносин.

Конституції містять два види обов'язків: обов'язки держави та обов'язки індивіда. Перші не є частиною правового статусу особи.

Конституційний обов'язок — це визначена конституцією вимога певної поведінки особи. Загалом, можна сказати, що обов'язок є лише один: додержуватися конституції та законів країни, усі інші обов'язки випливають з нього. У Конституції України його закріплено в статті 68.

Одночасно в текстах конституцій традиційно визначають й інші обов'язки: обов'язок шанувати державні символи (стаття 65 Конституції України); обов'язок не завдавати шкоди природі, культурній спадщині, відшкодовувати завдані збитки (стаття 66); обов'язок батьків утримувати своїх дітей до їхнього повноліття (стаття 51 Конституції України, стаття 15 Конституції Угорщини, стаття 47 Конституції Болгарії); обов'язок повнолітніх дітей піклуватися про своїх непрацездатних батьків (стаття 51 Конституції України, стаття 15 Конституції Угорщини);

обов'язок здобути середню освіту (стаття 10 Конституції Угорщини, стаття 53 Конституції Болгарії) й повну загальну середню (стаття 53 Конституції України) тощо.

Усі перелічені обов'язки стосуються всіх осіб, що перебувають на території держави, і лише обов'язок захисту вітчизни поширюється на власних громадян. У Конституції України його закріплено в такий спосіб: «Захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її державних символів є обов'язком громадян України. Громадяни України відбувають військову службу відповідно до закону» (стаття 65).

У зарубіжних країнах до конституційних обов'язків також можуть належати: обов'язок брати участь у виборах (Австрія, Бельгія, Італія, Туреччина, Уругвай). У деяких країнах закріплено обов'язок працювати (Еквадор, Іспанія, Туреччина, Японія), здебільшого такий обов'язок характерний для соціалістичних країн (Китай, Куба). А в Уругваї в конституції визначено обов'язок піклуватися про своє здоров'я й своєчасно звертатися по медичну допомогу (стаття 44 Конституції). У статті 36 Конституції Болгарії зазначено, що «вивчення державної мови є обов'язком болгарських громадян».

Конституції фіксують обов'язки не тільки індивіда, а й держави. До того ж акцентують у відносинах індивіда з державою на правах особи й обов'язках держави. Зокрема, у багатьох новітніх конституціях забезпечення прав і свобод людини в різних формулюваннях визначено обов'язком держави (наприклад, стаття 3 Конституції України).

У працях деяких науковців можна натрапити на позицію, що основні права залежать від виконання основних обов'язків: «Виконання обов'язку є однією з важливих передумов реалізації прав і свобод»*. Однак така позиція видається доволі сумнівною: невиконання конституційного обов'язку не позбавляє людину конституційних прав і змоги користуватися ними. Наприклад, невиконання обов'язку здобути повну загальну середню освіту, унаслідок чого людина може виявитися неграмотною, не може бути підставою для позбавлення її реалізації активного виборчого права.

* Сравнительное конституционное право / под ред. А. И. Ковлера, В. Е. Чиркина, Ю. А. Юдина. Москва: Манускрипт, 1996. С. 252.

### 3.6.2.6. Гарантії конституційного статусу особи

Ще одним елементом конституційного статусу особи є гарантії її прав. Гарантії перетворюють права, визначені конституцією й законами, у правову дійсність. Іноді говорять про гарантії не лише прав, а й обов'язків, що є не зовсім коректним. По-перше, суб'єктивні права гарантують (забезпечують), тоді як обов'язки виконують. По-друге, виконання обов'язків, само собою, є гарантією прав інших осіб. Гарантії прав особи — це, як уже зазначали в підрозділі 3.6.2.5, система принципів, норм, засобів матеріально-правового й процесуального змісту, які призначені для реалізації та захисту закріплених у конституції та законодавстві прав особи. Вони мало чим відрізняються від гарантій забезпечення й захисту прав людини, що викладено в названому підрозділі, тому повторювати не будемо.

## 3.7. Конституційно-правовий інститут громадянства

### 3.7.1. Поняття й сутність громадянства

На правовий статус особи значною мірою впливає громадянство, адже від того, чи є вона громадянином, залежить наявність у неї відповідних прав і обов'язків. Громадянство є окремим інститутом конституційного права. На конституційному рівні визначають основоположні принципи громадянства, зокрема: неможливість позбавлення громадянства, визнання єдиного громадянства тощо, а подальшу регламентацію питань, пов'язаних з громадянством, здійснюють в інших нормативних актах. В Україні, зокрема, діє Закон України «Про громадянство» від 18. 01. 2001 року, у Франції — кодекс законів про громадянство Франції (1945), а в Бельгії, Люксембурзі, Іспанії та в деяких інших країнах окремі питання громадянства регламентує цивільний кодекс.

Рада Європи 6 листопада 1997 року ухвалила Європейську конвенцію про громадянство, в якій визначено європейські стандарти щодо регулювання інституту громадянства, які враховували під час підготовки чинного українського законодавства, попри те, що сама ратифікація зазначеної Конвенції відбулась із застереженнями значно пізніше — 20 вересня 2006 року.

Стаття 1 Закону України «Про громадянство» містить визначення громадянства: «***Громадянство*** — правовий зв'язок між фізичною особою і Україною, що знаходить свій вияв у їх взаємних правах та обов'язках». Схоже визначення містить стаття 2 Європейської конвенції про громадянство: громадянство означає правовий зв'язок між особою та державою без зазначення етнічного походження особи. Отже, громадянство — це правовий стан, який виявляється, з одного боку, у його загальному правовому нормуванні, а з іншого — в індивідуальному юридичному оформленні (паспорт громадянина) та є сталим — триває від народження до смерті громадянина та має загальний порядок припинення.

Загалом, інститут громадянства має подвійну природу: по-перше, є інститутом національного — конституційного права, по-друге — міжнародного. Тому на національному рівні регламентують порядок набуття і припинення громадянства, визначають державні органи, які беруть участь у розв'язанні питань громадянства, а також їхні повноваження,

а об'єктом міжнародно-правового регулювання є передусім права осіб без громадянства, способи й засоби уникнення випадків безгромадянства, розв'язання проблем, пов'язаних з подвійним громадянством, а також усунення відповідних колізій законів.

Міжнародно-правовий інститут громадянства регулюють сукупністю конвенцій: Конвенція ООН про статус апатридів від 28 вересня 1954 року (ратифікована Україною 2013 року); Конвенція ООН про скорочення безгромадянства від 30 серпня 1961 року (ратифікована Україною 2013 року); Конвенція ООН про громадянство одруженої жінки від 29 січня 1957 року (ратифікована УРСР 1958 року); Конвенція ООН про права дитини від 20 листопада 1989 року (ратифікована Україною 1991 року); Конвенція Ради Європи про скорочення випадків багатогромадянства та про військову повинність у випадках багатогромадянства від 6 травня 1963 року (не ратифікована Україною); уже згадана Європейська конвенція про громадянство, ухвалена Радою Європи 6 листопада 1997 року (ратифікована Україною 2006 року із застереженнями) тощо.

У законодавстві зарубіжних країн і міжнародних договорах використовують два терміни: ***citizenship*** — громадянство й ***nationality*** — ***національність***. Останній часто вживають як синонім терміна «громадянство» (наприклад, у статті 1 Женевської конвенції «Про статус біженців» (1951) або в законі про громадянство Великобританії (***the British Nationality Act*** (1981)). Водночас в Україні, як і в більшості країн Центральної і Східної Європи, терміном «національність» зазвичай позначають етнічне походження конкретної особи.

Ще одним близьким терміном, що використовують для позначення відносин громадянства є ***підданство***. Традиційно його продовжують застосовувати в країнах з монархічними формами правління. Раніше зазначена категорія позначала особисту належність особи монархові, у межах володінь якого вона народилася, та засвідчувала залежний нерівний зміст відносин. Нині зміст категорії підданства, окрім деяких країнах, не відрізняється від категорії громадянства.

Історія відносин громадянства сягає давніх часів і пов'язана з привілейованим правовим статусом вільних жителів грецького поліса. Жителі грецьких полісів проходили спеціальну підготовку, у результаті якої формувався відповідальний громадянин з активною громадською позицією. Одним з перших, хто визначив зміст громадянства був давньогрецький мислитель Арістотель, у розумінні якого громадяни — це

чоловіки, які мають право й обов'язок брати участь у здійсненні законодавчої та судової влади. Так, громадянство означало володіння політичними правами лише певної групи жителів у межах поліса — вільних громадян чоловічої статі*.

Поняття «громадянство» надалі розвивали в Стародавньому Римі, де лише за громадянами визнавався весь обсяг прав. У період Республіки римським громадянином автоматично ставала дитина чоловічої статі, народжена в законному шлюбі римського громадянина. У період імперії надання римського громадянства стало залежати від волі правителя, його можна було придбати, але яке було доступне тільки обмеженому колу еліти. 212 року римський імператор Каракала надав римське громадянство всьому вільному населенню імперії.

Середньовіччя стало наступною віхою в історії розвитку інституту громадянства. У перід феодалізму населенню надавали різні свободи, права й обов'язки залежно від їхнього соціального статусу, але без надання політичних привілеїв, які покладали лише на короля або духовних та світських князів. Саме в цей період виникає категорія підданства, яка тоді передбачала, що між підданим і монархом встановлювали приватноправові відносини, а підданий перебував в економічно-особистісній залежності від монарха.

Ідею інституту громадянства в його нинішньому розумінні сформулював Жан-Жак Руссо, вона тісно пов'язана з його концепцією суспільного договору. Він стверджував, що громадянин — це член політичної спільноти, утвореної на підставі підписання суспільного договору. Разом усіх членів такої спільноти визначали як народ, окремо кожного — як громадянин. Саме народ вважали й вважають носієм влади, але за кожним громадянином визнавали її частину, котру він згідно з суспільним договором нібито відчужував політичній спільноті. Рівність «вільних громадян» як учасників суспільного договору, їхню свободу й автономію протиставляли підлеглості, що характеризувала абсолютну монархію й відносини підданства.

В Європейському Союзі є ще й ***громадянство Європейського Союзу***. Громадянином ЄС є кожна особа, яка має громадянство держави-члена. Громадянство ЄС доповнює національне, але не підмінює його, про що йдеться в статті 9 Договору про Європейський Союз. Поняття «європейське громадянство» виникло 1992 року з ухваленням

* Арістотель. Політика / пер. з давньогрец. О. Кислюк. С. 604. Кн. 6. URL: http://filosof.historic.ru/books/item/-f00/s00/z0000353/st007.shtml (дата звернення: 24.04.2021).

Маастрихтського договору, який визначив права й обов'язки громадян ЄС. Таке громадянство не вважають подвійним, воно є особливим правовим станом, що породжує додаткові права: надає свободу пересування й проживання на території будь-якої держави-члена ЄС; рівні права на ринку робочої сили ЄС; виборче право в Європарламент; право брати участь у місцевих виборах у країні-члені ЄС, громадянином якої особа не є, але в якій постійно проживає; право на дипломатичний і консульський захист з боку органів будь-якої держави ЄС в третій країні, де немає представництва рідної країни громадянина ЄС; право на подання скарги європейському омбудсменові тощо.

У деяких федеративних державах допускають існування громадянства суб'єктів федерації, тобто ***вертикального*** громадянства, однак воно не має самостійного значення та є похідним від федерального громадянства.

### 3.7.2. Принципи громадянства

Інституту громадянства притаманні свої принципи — основоположні ідеї й вимоги, які визначають засади цього інституту. Ці принципи було сформульовано в статті 4 Європейської конвенції про громадянство, які є обов'язковими для кожної держави-учасниці. До них, зокрема, належать:

- кожна особа має право на громадянство;
- безгромадянства слід уникати;
- жодна особа не може бути безпідставно позбавлена громадянства;
- ні укладення шлюбу, ні розірвання шлюбу між громадянином держави-учасниці та особою, яка має громадянство іншої держави, ні зміна громадянства одним із подружжя під час перебування в шлюбі не впливають автоматично на громадянство другого з подружжя.

В Україні названі принципи втілено в Законі «Про громадянство України», але їхній перелік є розширеним, що відбиває національні особливості цього інституту. Перший принцип, який закріплено в статті 2 цього Закону це:

1. Принцип ***єдиного*** громадянства, який є основним конституційним принципом і задекларований у статті 4 Конституції України. Принцип єдиного громадянства має два аспекти: внутрішній та зовнішній. Внутрішній аспект унеможливлює існування громадянства

адміністративно-територіальних одиниць України. У федеративних державах, як йшлося попереду, допускають наявність громадянства суб'єктів федерації, що має суто внутрішньодержавне значення.

Зовнішній аспект єдиного громадянства — це невизнання правових наслідків множинного громадянства. Причому позиція українського законодавства зводиться саме не до заборони подвійного громадянства, як це часто трактують у літературі, а до невизнання.

***Множинне*** громадянство, або ***біпатризм*** є доволі поширеним явищем, в Україні зокрема. Впливати на факти біпатризму Україна з різних причин майже не може, тому суть принципу єдиного громадянства зводиться саме до ***невизнання правових наслідків*** множинного громадянства. Цей принцип українського законодавства не є спільним європейським або міжнародним стандартом. Множинне громадянство дозволено в багатьох європейських країнах: Швейцарії, Молдові, Іспанії, Литві, Латвії, Бельгії, Фінляндії, Кіпрі, Греції, Мальті, Швеції, Великій Британії й інших країнах світу: США, Австралії, Новій Зеландії тощо. Однак через низку проблем, що спричинює явище біпатризму, держави намагаються мінімізувати його випадки, а самих біпатридів обмежити в доступі до державних посад. Таким чином, в країнах, де дозволений біпатризм, власні громадяни, які мають ще й паспорт іноземної держави, виключаються з кола осіб, що можуть претендувати на ключові державні посади.

2. Запобігання виникнення випадків безгромадянства. Цей принцип означає недопустимість стану безгромадянства, що досягають за допомогою законодавчих й організаційних заходів, пов'язаних зазвичай із процедурою набуття та виходу з громадянства. Наприклад, вихід з громадянства України можлививй лише, якщо особа набула громадянства іншої держави або отримала документ, виданий уповноваженими органами іншої держави, про те, що громадянин України набуде її громадянства. Або, наприклад, під час прийняття до громадянства України з особи беруть зобов'язання припинити іноземне громадянство, , а самого факту припинення відносин громадянства не вимагають. А вже протягом двох років після набуття українського громадянства, особа надає документальне підтвердження виходу з попереднього громадянства. Осіб без громадянства іменують ***апатридами***. Безгромадянство вважають негативним явищем, яке намагаються подолати, зокрема за допомогою міжнародних засобів: відповідних конвенцій, головною серед яких є ратифікована Україною Конвенція ООН про

скорочення безгромадянства (1961).

3. Неможливість позбавлення громадянства. Як і принцип єдиного громадянства, він є основоположним для вітчизняного законодавства конституційним принципом, що відображено в статті 25 Конституції України. Адже право на громадянство належить до основоположних прав людини, гарантованих міжнародними актами (стаття 15 Загальної декларації прав людини) й держава немає права його позбавляти. Одночасно позбавлення громадянства не слід плутати з втратою громадянства, що допускають згідно зі статтею 19 Закону «Про громадянство України», про що йтиметься далі. Під неможливістю позбавлення громадянства мають на увазі заборону, по-перше, безпідставного позбавлення громадянства, по-друге, поза волею особи, по-третє, якщо в результаті особа стає апатридом. На відміну від сучасних міжнародних стандартів, позбавлення громадянства було поширеною санкцією в Радянському Союзі й гітлерівській Німеччині, що використовували для розправи з опозиціонерами та особами, визнаними винними в державній зраді.
4. Визнання права громадянина на зміну громадянства. Сутність принципу полягає саме в змозі змінювати громадянство, а не у виході з громадянства без набуття громадянства іншої держави, як це було закріплено в попередній редакції Закону. Інакше б це спричинило чимало випадків безгромадянства й суперечило попереднім принципам.
5. Меможливість автоматичного набуття й припинення громадянства. Цей принцип стосується шлюбних відносин і недопустимості їхнього впливу на стан громадянства. Ні укладання, ні розірвання шлюбу з іноземцем (іноземкою), ні зміна громадянства одним із подружжя в період шлюбу не веде до автоматичної зміни громадянства другого подружжя. Громадянства набувають у порядку натуралізації, а факт перебування в шлюбі лише дає підстави зробити це за спрощеною процедурою.
6. Рівність перед законом громадян, незалежно від підстав, порядку й часу набуття ними громадянства України. В Україні, як і в багатьох країнах, спосіб набуття громадянства не впливає на обсяг прав громадян — усі громадяни є рівними в правах. Натомість у деяких країнах спосіб набуття громадянства може впливати на політичні права, зокрема в США, Казахстані, Литві натуралізовані громадяни не можуть бути обраними президентами, а в Нікарагуа, Перу й

Філіппінах лише громадяни за народженням мають право бути обраними до національного законодавчого органу

7. Збереження громадянства України незалежно від місця проживання громадянина України. Цей принцип означає, що виїзд громадянина за межі території держави та постійне проживання в іншій країні не спричинює втрату ним громадянства України.

### 3.7.3. Способи набуття громадянства

Виокремлюють два основних способи набуття громадянства:

1. філіація — набуття громадянства від народження;
2. натуралізація — набуття громадянства через прийняття до нього, тобто надання громадянства іноземцю на його прохання, що пов'язано здебільшого з переїздом особи в іншу країну для постійного проживання.

***Філіація*** (фр. *filiation* від лат. *filius* — син) — набуття громадянства за народженням відбувається двома способами:

1. за принципом «права крові» (***jus sanguinis***) — дитина набуває громадянства батьків незалежно від місця народження, але за умови, якщо батьки (або один з батьків) мають громадянство цієї держави. Цей принцип поширений у більшості країн Європи, Азії, Африки;
2. за принципом «права ґрунту» (***jus soli***) — дитина набуває громадянство держави, на території якої вона народилася, незалежно від громадянства батьків (США, Канада, Бразилія, Панама, Барбадос).

У законодавстві України й деяких інших держав названі терміни не вживають, натомість виокремлюють набуття громадянства за народженням, за територіальним походженням, унаслідок прийняття до громадянства тощо.

Історично першим виник принцип «права крові», який використовували для визначення статусу вільних жителів ще в Стародавніх Греції та Римі. За часів феодалізму змінилися підходи до розуміння громадянства — особу, народжену в межах земельних володінь суверена, вважали його підданим, і яка повинна бути йому особисто вірною — відтак виникло «право ґрунту». Своєю чергою, «право крові» знову набуло визнання під час Великої французької революції внаслідок поширення ідеї вільного громадянства. Саме в цей період і зароджується громадянство в теперішньому його розумінні.

На сучасному етапі в більшості країн громадянство надають за змішаним принципом: принципи «права крові» й «права ґрунту» поєднують. До того ж в основі такого сполучення один принцип домінантний — найчастіше це «право крові», а набуття громадянства за «правом ґрунту» має супутній вигляд. Наприклад, у Законі України «Про громадянство» від 18 січня 2001 року послідовно дотримуються принципу «права крові», але діти апатридів і діти, батьки яких невідомі (знайди), набувають громадянства України з огляду на народження на її території, тобто за «правом ґрунту».

З іншого боку, у Великобританії, США й більшості країн Латинської Америки основним є набуття громадянства за принципом «права ґрунту», який до того ж має свої особливості в цих країнах. У США, згідно зПоправкою XIV Конституції США «всі особи, народжені чи натуралізовані в Сполучених Штатах і які підлягають їхній юрисдикції, є громадянами Сполучених Штатів і штату, де вони мешкають». Це положення стосується і випадків народження дітей в осіб, що нелегально перебувають на території США. Відповідне правило було визначено прецедентним рішенням Верховного суду США в справі «Сполучені Штати проти Вонґ Кім Арк (*United States v. Wong Kim Ark*) (1898).

У Франції та Німеччині принцип «права ґрунту» поширюється на дітей, народжених лише від резидентів. У Великобританії діти отримують громадянство Великобританії за принципом «права ґрунту» лише від резидентів, які проживають тут протягом п'яти років.

***Натуралізація*** — спосіб набуття громадянства за волевиявленням особи, що зазвичай пов'язаний зі зміною громадянства. Термін «натуралізація» використовують також для позначення офіційної процедури надання іноземцю громадянства певної країни уповноваженими на те органами. Акт про прийняття до громадянства (натуралізацію) в більшості країн видає глава держави, керуючись висновками, попередньо сформульованими уповноваженим державним органом (органами). В Україні таким спеціально створеним допоміжним органом є Комісія при Президентові України з питань громадянства.

Набувають громадянства з обов'язковим дотриманням умов, визначених законом.

***Умови натуралізації:***

- умова укорінення — вимога постійного проживання на законних підставах протягом визначеного строку на території відповідної держави. У багатьох країнах Латинської Америки такий термін

становить два роки; у США, Австралії, Україні — 5; Англії, Алжирі — 7; ФРН — 8; Іспанії, Норвегії, Австрії, Литві — 10; Швейцарії — 12 років.

Для осіб, які підпадають під спрощений порядок набуття громадянства: біженців й апатридів, осіб, які зробили значні інвестиції в економіку країни, представників титульної нації тощо, вимога постійного проживання зазвичай становить меншу кількість років. Так, для біженців й апатридів за законодавством України її скорочено до двох років, для тих, хто вступив у шлюб з громадянином України — також до двох років.

- визнання й дотримання конституції та законів країни;
- знання мови;
- у США, Австрії, Німеччині й багатьох інших, окрім тестування на знання мови, треба скласти тест на знання історії, культури народу (в Україні такої вимоги немає);
- наявність засобів існування, тобто змога себе утримувати й проживати без соціальної допомоги та допомоги із безробіття;
- у деяких країнах є ще вимога наявності житла (наприклад, згідно із законом про громадянство Польщі (2012) треба мати житло), до того ж воно не обов'язково має належати на праві власності, достатньо надати договір оренди). У законодавстві України такої вимоги немає;
- відмова від попереднього громадянства. В Україні потрібно надати письмово оформлену заяву іноземця про те, що в разі набуття громадянства України, він припинить громадянство іншої держави, а протягом двох років з часу набуття ним громадянства України надасть документ про припинення такого громадянства. Зазвичай вимагають саме відмову, а не факт виходу, що цілком узгоджується з принципом запобігання виникнення випадків безгромадянства. В Україні іноземці подають зобов'язання припинити іноземне громадянство, а біженці — декларацію про відмову від іноземного громадянства;
- умовою прийняття може бути відсутність судимості. В Україні відповідна вимога сформульована через заборону прийняття до громадянства особи: 1) яка вчинила злочин проти людства чи здійснювала геноцид; 2) засуджена в Україні до позбавлення волі за вчинення тяжкого злочину (до погашення або зняття судимості) з урахуванням рівня загрози для національної безпеки держави; 3) вчинила на території іншої держави діяння, яке визнано законодавством України тяжким або особливо тяжким злочином.

Способи й умови набуття українського громадянства відповідають названим, окрім деяких особливостей, докладніше про які можна дізнатися, ознайомившись зі статтями 6 та 9 Закону України «Про громадянство України» від 18 січня 2001 року.

Є ще один спосіб набуття громадянства — ***дарування***. На відміну від натуралізації, дарування здійснюють за особливі заслуги перед державою або особам, що становлять державний інтерес. Процедуру проводять у спрощеному порядку, незалежно від терміну постійного проживання й виконання інших вимог. У такий спосіб набули громадянство України деякі іноземні, яких було запрошено в Україну для роботи на керівних посадах.

Часто до способів набуття громадянства додають поновлення в громадянстві, або ***реінтеграцію***. Поновлення відбувається в разі припинення громадянства, попередньо набутого за народженням або за волевиявленням особи. Зазвичай реінтеграцію здійснюють в результаті репатріації — повернення на батьківщину осіб, що були примусово переселені (наприклад, репатріація депортованих 1944 року кримських татар, євреїв на їхню історичну батьківщину в Ізраїль).

### 3.7.4. Способи припинення громадянства

***Припинення громадянства —*** це припинення постійного правового зв'язку особи з державою. Припинення громадянства може відбуватися в таких формах:

1) виходу з громадянства (з власної волі особи);

2) втрати громадянства (за рішенням компетентних органів);

3) позбавлення громадянства (застосовують як санкцію з боку держави лише в деяких країнах, в Україні заборонено);

4) за підставами, передбаченими міжнародними договорами.

Перший спосіб припинення громадянства — це ***вихід з громадянства*** з власної волі. Зазвичай вихід з громадянства пов'язаний з виїздом особи на постійне проживання за кордон і набуттям або перспективою набуття іноземного громадянства. Задля уникнення випадків безгромадянства, вихід з громадянства узалежнюють із фактом набуття особою громадянства іншої держави або отриманням офіційного документа про те, що особа набуде іноземне громадянство після виходу з попереднього.

У деяких випадках вихід з громадянства можуть обмежувати. Такі обмеження застосовують до певних осіб: наприклад, в Японії, Ірландії, Австрії, де діє дозвільна система, у виході з громадянства може бути відмовлено, якщо особа, яка порушила клопотання про вихід, має невиконані зобов'язання перед державою, майнові зобов'язання, з якими пов'язані суттєві інтереси громадян чи організацій. Зазвичай вихід із громадянства забороняють, якщо особу, яка клопоче про нього, обвинувачено в кримінальній справі або стосовно цієї особи винесено обвинувальний вирок, що підлягає виконанню.

У статті 18 Закону України «Про громадянство», яка регулює вихід з громадянства, закріплено такі ***умови виходу*** з громадянства:

- виїзд на постійне місце проживання за кордон;
- набуття громадянства іншої держави або отримання документа, виданого уповноваженими органами такої держави, про те, що громадянин України набуде її громадянство, якщо вийде з громадянства України. Крім цього, вихід з громадянства ***не допускається,*** якщо особі, яка клопоче про вихід з громадянства України, в Україні повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення або стосовно якої в Україні є обвинувальний вирок суду, що набрав законної сили і підлягає виконанню.

Датою припинення громадянства є дата видання відповідного указу президента.

***Втрата громадянства*** відбувається з ініціативи компетентних на те органів і поза волею особи. Особа одночасно має усвідомлювати, що певні її дії можуть спричинити таку втрату. Так, згідно зі статтею 19 Закону «Про громадянство» громадянство України ***втрачають***:

1) якщо громадянин України після досягнення ним повноліття ***добровільно*** набув громадянство іншої держави.

Положення зазначеної статті передбачають вчинення активних дій із набуття громадянства. Одночасно не підпадають під її дію випадки автоматичного набуття громадянства іншої держави у результаті одруження з іноземцем; якщо громадянство надано громадянину України автоматично без його добровільного волевиявлення, і він не отримав добровільно документ, що підтверджує наявність у нього громадянства іншої держави; набуття громадянства України та іноземної держави дитиною від народження; набуття дитиною, яка є громадянином України, громадянства своїх усиновителів унаслідок усиновлення її іноземцями.

Унаслідок анексії Криму громадяни України, що лишились проживати на півострові, вимушені були набути російського громадянства. Згідно із законодавством України такі випадки розцінюють як примусове набуття громадянства, і які не підпадають під дію цитованої статті Закону. Відповідне положення містить стаття 5 пункту 4 Закону «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014: примусове автоматичне набуття громадянами України, які проживають на тимчасово окупованій території, громадянства Російської Федерації Україна не визнає, і яке не є підставою для втрати громадянства України.

2) якщо громадянство України набуто особою внаслідок обману, свідомого подання неправдивих відомостей або фальшивих документів. Саме ці причини найчастіше є підставою для втрати громадянства України;

3) добровільний вступ на військову службу іншої держави, яка відповідно до законодавства цієї держави не є військовим обов'язком чи альтернативною (невійськовою) службою.

Положення пунктів 1, 3 не застосовують, якщо внаслідок цього громадянин України стане особою без громадянства. Зазначені положення українського законодавства цілком відповідають з нормам міжнародного права.

На відміну від законодавства зарубіжних країн, де не завжди розмежовують позбавлення і втрату громадянства, в українському законодавстві використовують обидва поняття, що позначають різні за своєю суттю явища.

Термін ***позбавлення громадянства*** в законодавстві України вживають у значенні санкції за вчинений особою злочин. Позбавлення громадянства України є неприпустимимвідповідно до основоположного конституційного принципу: неможливості позбавлення громадянства (стаття 25 Конституції України).

У Конвенції про скорочення безгромадянства (1961) також розрізняють втрату громадянства, тобто автоматичну дію закону (наприклад, якщо особа набуває іншого громадянства) й позбавлення (що передбачає рішення органу влади за вчинений особою тяжкий злочин проти держави). Так, згідно із пунктом 3 статті Конвенції «Договірна Держава може зберігати право позбавити особу свого громадянства, якщо під час підписання, ратифікації або приєднання вона вкаже, що залишає

за собою право позбавляти громадянства з однієї або декількох перелічених підстав, що були на той час в її національному законодавстві:

a) якщо всупереч своєму обов'язку бути вірною цій Договірній Державі відповідна особа,

(i) ігноруючи пряму заборону з боку Договірної Держави, надавала або продовжує надавати послуги іншій Державі, або одержала чи продовжує одержувати винагороду від іншої Держави, або

(ii) поводиться так, що завдає серйозної шкоди життєвим інтересам цієї Держави;

b) якщо відповідна особа присягнула на вірність або зробила формальну заяву про вірність іншій Державі чи надала певні докази свого наміру відмовитися від вірності цій Договірній Державі».

У таких випадках позбавлення можливе лише «на підставі закону, що передбачає для відповідної особи право на справедливий розгляд справи судом або іншою незалежною установою».

Про можливість позбавлення (втрати) громадянства через поведінку особи, «яка серйозно зашкоджує життєво важливим інтересам держави-учасниці», ідеться в пункті d статті 7 Європейської конвенції про громадянство (1997).

Позбавляти громадянства дозволяють законодавства багатьох європейських країн за злочинні діяння, що завдають суттєвої шкоди інтересам та безпеці держави або за участь у терористичних організаціях. Застосування цієї санкції зазвичай можливе лише в разі відповідності таким вимогам:

1. позбавлення громадянства не застосовують до осіб, які набули його від народження;
2. особа не повинна в результаті позбавлення громадянства стати особою без громадянства.

Однак у деяких країнах позбавлення громадянства можливе і без дотримання відповідних вимог. Наприклад, закони багатьох африканських держав передбачають надзвичайно широкі підстави позбавлення громадянства, а деякі навіть забороняють особі, яку позбавили громадянства, звернутись до суду для захисту свого права. На відміну від африканських країн, у країнах Європи діють вищі стандарти захисту цього основоположного права. Однак останнім часом у законодавство деяких європейських країн було внесено зміни, що дають змогу позбавляти громадянства за підтримку терористичної організації «Ісламська

Держава» (ІД), а в тих країнах, де така процедура вже є — розширюють випадки застосування відповідної санкції. За участь в ІД позбавляють громадянства у Великобританії, Данії, Нідерландах, Франції.

У Франції норму про позбавлення громадянства було ведено під час Першої світової війни, коли воно стосувалося осіб, які, будучи громадянами Німеччини, набули французького громадянства, але вирішили воювати проти Франції. Відтоді позбавлення громадянства для подвійних громадян зберегли й закріпили в статті 25 Цивільного кодексу Франції. Положення законодавства Франції передбачають, що громадянин, який не набув громадянства Франції від народження (натуралізований громадянин), може бути позбавлений громадянства Франції за скоєння злочину проти безпеки держави; ухилення від військової повинності; за вчинення дій не сумісних зі званням француза, що завдають значної шкоди національним інтересам Франції; у разі скоєння терористичного акту — якщо тільки в результаті цього він не стане особою без громадянства.

Навколо інституту позбавлення громадянства точиться чимало дискусій, оскільки право на громадянство, як було зазначено вище, належить до основоположних прав людини. Саме тому намагання органів влади посилити відповідальність власних громадян за причетність до терористичних організацій, що стало актуальним останнім часом, викликають багато дискусій і зауважень збоку міжнародних організацій. Так, у Франції після серії терористичних актів 2015 року, президент Франсуа Олланд подав законодавчу ініціативу щодо поширення позбавлення громадянства також на осіб, які мають громадянство Франції від народження та засуджених за злочини, що становлять серйозну загрозу нації. До цього відповідна санкція поширювалась тільки на натуралізованих громадян. Після тривалих дискусій у парламенті президент вимушений був відкликати законопроєкт.

У Німеччині 2019 року підготували законопроєкт, за нормами якого позбавлення німецького громадянства можливе за участь у воєнізованих збройних формуваннях, які мають на меті, порушуючи міжнародне право, насильно ліквідувати органи іноземної держави й створити натомість нові державні чи квазідержавні структури за умови, що особа є повнолітньою, та має друге громадянство. Однак нині закон не ухвалено.

В Україні через події на Сході країни 2014 року підготовлено законопроєкт (2016 року ще один) щодо припинення громадянства України

осіб, які вчинили злочини проти основ національної безпеки України. І хоча в назві законопроєкту вживають термін «припинення» громадянства — зважаючи на зміст пропонованої норми, особу, винну у вчиненні злочину проти основ національної безпеки, позбавляють громадянства України, що суперечить Конституції України. Тому що норми законопроєктів не узгоджено з нормами Конституції України, чинним законодавством і міжнародними договорами — їх ухвалено не було.

Дискусії щодо можливості позбавлення особи громадянства України за поведінку, яка серйозно зашкоджує життєво важливим інтересам держави, тривають. Ще однією доволі гострою проблемою, правове регулювання якої слід удосконалити, є проблема множинного громадянства.

## 3.8. Засади конституційного статусу іноземців, осіб без громадянства, біженців та внутрішньо переміщених осіб

### 3.8.1. Засади конституційного статусу іноземців та осіб без громадянства

На території будь-якої держави, крім власних громадян, проживають також іноземці й особи без громадянства. ***Іноземцем*** (іноземним громадянином) конкретної держави визнають особу, що має громадянство іншої держави. Часто іноземцями визнають або прирівнюють до них осіб без громадянства (***апатридів***). Правове становище іноземців регулюють національним законодавством країни, в якій вони перебувають, міжнародними угодами, а також нормами країни їхнього громадянства.

Правовий статус іноземців й апатридів в Україні регламентує Закон «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22 вересня 2011 року.

У статті 1 цього Закону є таке визначення термінів: іноземець — особа, яка не перебуває в громадянстві України і є громадянином (підданим) іншої держави (або держав). Особа без громадянства — особа, яку жодна держава відповідно до свого законодавства не вважає своїм громадянином.

До особливої категорій іноземців належать біженці, правове становище яких визначають нормами національного й міжнародного права.

Сукупність прав і обов'язків іноземців, визначених національним і міжнародним правом, утворює їхній статус — правовий режим іноземних громадян. Виокремлюють кілька його видів: національний режим, режим найбільшого сприяння, спеціальний (преференційний) режим, режим взаємності («відкритих дверей», ідентичності).

Зазвичай у конституціях встановлюють ***національний режим***, який передбачає загалом зрівнювання іноземців у правах з власними громадянами — надання іноземцям державою проживання, прав, пільг і привілеїв, рівних за обсягом до прав власних громадян. Зазначений режим визначають відповідно до національних законів майже всі сучасні держави, зокрема й Конституція України, де в статті 26 зазначено: «Іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на

законних підставах, користуються тими самими правами та свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, — за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України».

Однак національний режим не означає наявності в іноземців повного обсягу однакових з власними громадянами прав, національне законодавство обмежує права іноземців, зважаючи на національну безпеку, економіку та управління. Такі обмеження здебільшого стосуються обіймання посад у державних структурах, військової служби, права голосу. Так, відповідно до статті 70 Конституції України «Право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України». Крім того, іноземці не можуть бути членами політичних партій, обіймати окремі посади або займатися певною трудовою діяльністю, якщо вона пов'язана з належністю до громадянства України. Наприклад, згідно зі статтею 127 Конституції України суддею може бути тільки громадянин України, аналогійну вимогу містить і стаття 27 Закону «Про прокуратуру» щодо посади прокурора.

На сукупність прав та обов'язків іноземців впливає і той факт, до якої категорії вони належать. Так, законодавство України розрізняє такі категорії іноземців: які іммігрували в Україну на постійне проживання; які тимчасово проживають в Україні (наприклад працюють на умовах контракту); які приїхали в Україну на тимчасове перебування (відпочинок, наукова діяльність); нелегальних мігрантів тощо. Найбільшим обсягом прав серед них користується перша категорія іноземців — ті, що постійно проживають в Україні. Так, згідно зі статтею 4 Закону України «Про вищу освіту», іноземці й особи без громадянства, які постійно проживають в Україні, особи, яких визнано біженцями, та особи, які потребують додаткового захисту, мають право на здобуття вищої освіти нарівні з громадянами України. Усі інші іноземці й особи без громадянства можуть здобувати вищу освіту коштом фізичних (юридичних) осіб, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України, законодавством або угодами між закладами вищої освіти про міжнародну академічну мобільність. Іноземці також обмежені у праві власності на землі сільськогосподарського призначення.

Щодо виконання обов'язків, то на іноземців поширюються ті ж самі обов'язки, що й на громадян України, окрім захисту Вітчизни й військового обов'язку. У разі здійснення протиправної поведінки іноземці несуть таку саму юридичну відповідальність за нормами українського

законодавства, як і громадяни України. До того ж до них можуть бути застосовані й додаткові санкції: видача іноземній державі, передача для відбування покарання, примусове видворення.

### 3.8.2. Засади конституційного статусу біженців

Правовий статус біженців регулюють нормами міжнародного й національного права. Поняття «біженці» вперше з'явилося в міжнародному праві під час Другої світової війни. Унаслідок масового переміщення осіб через переслідування з регіонів постійного проживання в інші місця, виникла потреба спеціального правового регулювання статусу біженців та вимушених переселенців. Основним міжнародним актом, що регулює статус біженців є Женевська конвенція про статус біженців (1951) та Протокол щодо статусу біженців (1967), які Україна ратифікувала 2002 року. Конвенція містить таке визначення поняття «біженця» — це будь-яка особа, що через обґрунтовані побоювання стати жертвою переслідувань за ознакою расової належності, релігії, громадянства, належності до певної соціальної групи чи політичних поглядів перебуває за межами країни своєї національної належності і не в змозі користуватися захистом цієї країни або не хоче користуватися таким захистом внаслідок таких побоювань; або, не маючи визначеного громадянства й перебуваючи за межами країни свого колишнього місця проживання в результаті таких подій, не може чи не хоче повернутися до неї через такі побоювання. Схоже визначення містить і Закон України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» від 8 липня 2011 року, що є основним нормативно-правовим актом, який регулює статус біженців на національному рівні, порядок його надання, втрати і позбавлення. Окрім біженців, Закон також розрізняє осіб, що потребують додаткового захисту й осіб, що потребують тимчасового захисту. Це особи, які не є біженцями в розумінні Женевської конвенції та Протоколу щодо статусу біженців, проте потребують захисту відповідно до внутрішнього законодавства.

За загальним правилом біженці, як й іноземці та апатриди, користуються тими ж правами й свободами, а також мають такі самі обов'язки, що й власні громадяни. Але, окрім універсальних прав, що властиві кожній людині, біженці користуються правами й привілеями, властивими лише їм, якими вони володіють на підставі національного законодавства, універсальних і регіональних міжнародних угод, що регулюють правовий статус біженців. Інші категорії населення не мають

таких прав, оскільки не є біженцями. Крім того, у ситуаціях збройних конфліктів права біженців додатково захищають нормами міжнародного гуманітарного права. Отже, правове становище біженців має певні особливості, які виокремлюють їх в окрему групу зі специфічним правовим статусом.

Біженець має право на притулок. Згідно зі статтею 26 Конституції України: «Іноземцям та особам без громадянства може бути надано притулок у порядку, встановленому законом». Підстави надання притулку визначають насамперед у національному праві, але держава за наявності цих підстав може не задовольнити клопотання пошукувача притулку. Тому право притулку — це право іноземця або особи без громадянства звернутися до держави за наданням притулку і можливість у разі надання притулку користуватися ним. З іншого боку, це право держави на власний розсуд надавати або не надавати притулок. Надавши притулок, держава бере на себе зобов'язання гарантувати безпеку відповідній особі, тобто не видавати й не висилати її в країну, де її можуть переслідувати, та забезпечувати її основні права, визнані національним і міжнародним правом. У міжнародному праві визначено застереження щодо надання притулку. Так, притулок не надають особам, які вчинили злочини проти миру, воєнні злочини, а також злочини проти людства. Також притулок не надають особам, яких стосуються договори про видачу (екстрадицію) обвинувачених і засуджених або видачу яких передбачено багатосторонніми договорами про боротьбу з окремими видами злочинів.

Отримавши статус біженця, особа вважається такою, яка постійно проживає в Україні. Крім того, відповідно до Конвенції ООН про статус біженців у державі перебування біженцю повинні обов'язково надавати місце роботи й якщо держава не в змозі забезпечити це, то вона повинна взяти біженця на утримання. Так, відповідно до Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» особа, яку визнано біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, має право на одержання грошової допомоги, пенсії та інших видів соціального забезпечення в порядку, визначеному законодавством України; на користування житлом, наданим у місці проживання. Отже, надання статусу біженця зобов'язує державу, яка надала їм захист, створити умови нормального перебування біженців у країні-притулку.

### 3.8.3. Засади конституційного статусу внутрішньо переміщених осіб

Проблема внутрішньо переміщених осіб (далі ВПО) нині у світі дуже поширена через низку причин: зростання регіональних збройних конфліктів, антропогенних, природних й інших катастроф тощо, унаслідок чого люди часто змушені залишати місця свого постійного проживання, мігруючи всередині країни.

ВПО досить часто опиняються в дискримінаційнішому становищі, якщо порівняти з біженцями через брак належних механізмів гарантування їхніх прав. Традиційно в міжнародному праві більше уваги приділяли правам біженців. Як йшлося вище, прийнято Конвенцію ООН про статус біженців та при ООН створено Управління Верховного комісара ООН у справах біженців, що займається захистом і підтримкою біженців.

У сфері захисту прав ВПО відповідних міжнародних актів немає. В ООН створено лише посаду Представника Генерального секретаря з питань ВПО та за його сприяння 1998 року було розроблено Керівні принципи з питань внутрішнього переміщення. Однак зазначені Керівні принципи не мають юридичної сили, а міжнародних угод у цій сфері так і не було ухвалено, що наразі є прогалиною в міжнародному праві й породжує складнощі в захисті прав ВПО.

Немає й універсального юридичного визначення внутрішньо переміщених осіб. До того ж у Керівних принципах з питань внутрішнього переміщення йдеться, що «внутрішньо переміщеними особами вважаються особи або групи осіб, які були змушені покинути свої будинки або місця постійного проживання, зокрема в результаті або з метою уникнення наслідків збройного конфлікту, ситуації загального насильства, порушень прав людини, стихійних або антропогенних лих, і які не перетнули міжнародно визнаний державний кордон»[*]. Зважаючи на визначення, можна виокремити дві головні ознаки ВПО, які відрізняють їх від біженців: внутрішнє переміщення всередині країни та вимушеність переселення.

Починаючи з 2014 року, Україна зіткнулася з проблемою внутрішнього переселення осіб, що спричинила агресія Росії та тимчасова окупацією територій АРК, Донецької та Луганської областей, хоча не можна сказати, що ВПО — це нове явище для неї. Уперше масове пе-

[*] Керівні принципи з питань внутрішнього переміщення (1998). URL: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/-IDPersons/GPUkrainian.pdf (дата звернення: 20.10.2020.).

реселення відбулося унаслідок аварії на Чорнобильській АЕС й утворенням там зони відчуження. Наразі в Україні налічують близько 1,5 млн внутрішніх переселенців, які досить часто зазнають дискримінації, якщо порівняти з іншими жителями України. Попри позитивні зрушення в цій сфері: ухвалення Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» від 20 жовтня 2014 року й низки інших законодавчих актів, що закріплюють права й свободи ВПО, головними їхніми проблемами в Україні все ще лишаються питання, пов'язані з припиненням або відмовою в нарахуванні соціальних виплат, процедурами періодичної ідентифікації, з паспортизацією, відновленням документів, отриманням довідки ВПО, субсидій, реалізацією права голосу. Серйозними викликами для ВПО є питання працевлаштування й пошуку житла тощо. Ці обставини негативно впливають на правовий статус ВПО й ускладнюють реалізацію прав багатьох конституційних прав.

У частині першій статті 1 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» від 20 жовтня 2014 року внутрішньо переміщеною особою визнають «громадян України, іноземців або осіб без громадянства, які перебувають на території України на законних підставах та мають право на постійне проживання в Україні, яких змусили залишити або покинути своє місце проживання у результаті або з метою уникнення негативних наслідків збройного конфлікту, тимчасової окупації, повсюдних проявів насильства, порушень прав людини та надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру»[*]. Тобто визначення ВПО в названому законі доволі близьке за змістом з його визначенням у згаданих Керівних принципах з питань внутрішнього переміщення.

Зазначений закон нині є основним нормативним актом гарантування прав ВПО. Його ухвалили, щоб створити оптимальні умови адаптації ВПО на нових місцях й отримати відповідне соціальне забезпечення: надання безоплатного тимчасового проживання (за умови оплати особою вартості комунальних послуг) протягом шести місяців із часу взяття на облік ВПО; сприяння у працевлаштуванні; здобутті освіти; право на безкоштовний проїзд для добровільного повернення до свого покинутого постійного місця проживання в усіх видах громадського транспорту в разі зникнення обставин, що спричинили таке переміщення;

[*] Закон України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб» від 20.10.2014. URL: https://-zakon.rada.gov.ua/laws/show/1706-18#Text (дата звернення: 20.10.2020.).

отримання гуманітарної та благодійної допомоги (частина перша статті 9 Закону) тощо.

Одним з дискримінаційних положень українського законодавства було позбавлення ВПО права брати участь у місцевих виборах, а під час виборів до ВРУ вони могли голосувати лише за партійний список, тоді як інші громадяни України мали два голоси та другий голос могли віддати за кандидата, який висувався за мажоритарною виборчою системою. Нині згідно з новим Виборчим кодексом 2019 року запроваджено пропорційну виборчу систему під час виборів до ВРУ та внесено зміни до Закону «Про державний реєстр виборців», згідно з якими за зверненням виборця орган ведення реєстру може визначити іншу виборчу адресу виборця, аніж вказану відповідно до зареєстрованого місця проживання. Раніше громадяни могли голосувати лише за місцем реєстрації. Так ВПО отримали доступ до реалізації виборчих прав на всіх типах виборів (загальнодержавних і місцевих). Проте цими позитивними змінами проблеми дискримінації ВПО в Україні не вичерпано, що потребує посилення уваги держави до них.

# Розділ 4.
# Конституційні засади демократії та демократичних інститутів

## 4.1. Демократія в конституційній парадигмі XXI століття

### 4.1.1. Демократія: історія й сьогодення

Демократія (від старогрец. *δημοκρατία* — «влада народу», «народоправство») — одна з найдавніших форм організації суспільно-політичного життя та найважливіших цінностей конституціоналізму. Зародившись на майданах Стародавньої Греції, вона, як і більшість його цінностей, пройшла складний і суперечливий шлях свого розвитку. Як метод управління державою, принцип організації всіх її політичних інститутів, демократію не завжди сприймали як аксологічно значущу конструкцію. Досить пригадати арістотелівську класифікацію форм правління та його ставлення до демократії: порівнюючи демократію із іншою формою правління більшості — політією, він вважав вдалим варіантом останню, де посади розподіляють серед заможних громадян за їхніми заслугами[*]. Ця теорія мала наукове підґрунтя, відповідно до якого демократія досить легко може перетворитися на тиранію більшості[**].

Також варті уваги етимологічні конотації «демократії»: «кратос» старогрецькою мовою означав насильницьку владу, на противагу «архе» — легітимному авторитету. У літературі пропонують дві причини використання першої категорії щодо означення влади народу. По-перше, це схильність натовпу, з яким асоціювався простий народ у ті часи, до насилля за владного домінування. Інша причина, тривіальна: на час започаткування термінологічного дискурсу «демократія — монархія — олігархія» в афінській термінології вже був схожий термін — «демарх» (похідний від нього «демархія») — чиновник, який керував округом («демом»), і насправді характеризував владу над народом[***].

---

[*] Аристотель. Афинская полития. URL: http://ancientrome.ru/antlitr/t.htm?a=1443001000 (дата звернення: 24.04.2021).

[**] Платон. Государство. *Теория государства и права:* хрестоматия: в 2 т. М.: Юристъ, 2001. Т. 1. С. 520—521.

[***] Магун А. Демократия, или Демон и гегемон. СПб.: Европейский университет в СПб, 2016. С. 64.

До того ж демократичним вважали прямий метод розв'язання питань державного управління. Середньовіччя виокремило й поставило на перший план представницькі форми демократії[*]. Водночас народне представництво все-таки мало в античні часи хоча й специфічне, однак своє унікальне значення. Імператори Священої Римської імперії створювали органи представництва не тільки для консультацій, але й для створення опори на народ у боротьбі із всевладдям церкви. Так на першому етапі номінальне народовладдя було основою легітимації монархії[**].

Епоха Просвітництва показала нові сторони демократії з погляду визначення носія влади за демократичного режиму й ще більше «розділила» його безпосередні та представницькі форми, зробивши їх на рівні наукової дискусії, та в окремих випадках, на рівні перших конституційних актів майже дихотомічними. Тут маємо взяти за основу порівняння двох осередків тогочасної демократії — Францію та США.

У Франції визначальний вплив мало вчення Ж.-Ж. Руссо про неподільність і невідчужуваність суверенітету народу, головний постулат теорії якого полягав у тому, що «суверенітет, який є тільки здійсненням загальної волі, не можна ніколи відчужувати, і суверен, який є нічим іншим, як колективною істотою, може представляти тільки самого себе…». «Тоді, коли з'являється господин, — немає більше суверена; і відтоді політичний механізм знищено…»[***]. Французькі дослідники переконують, що саме погляди Руссо лягли в основу Конституції Франції 1793 року, у статті 25 якої (йдеться про статтю із Декларації прав людини й громадянина, якою розпочинається Конституція) чітко розкрито зміст цього принципу: «Суверенітет ґрунтується в народі; він єдиний, неподільний, такий, що не має давності, і є невідчужуваний»[****].

Поява такої конституційної теорії мала декілька наслідків: по-перше, такий суверенний народ ніколи не зможе перетворитися на тиранічну владу, а отже — не потрібно визначати межі його влади. Це чітко сформульовано в статті 28 Конституції 1793 року, згідно з якою «народ завжди зберігає за собою право перегляду, перетворення й зміни своєї конституції». «Жодне покоління не може підпорядкувати своїм законам покоління майбутні» (ця доктрина має своє далекосяжне май-

---

[*] Анкерсмит Ф. Р. Политическая репрезентация. М.: Издательство ВШЭ, 2012. С. 137.

[**] Магун А. Демократия, или Демон и гегемон. С. 83—84.

[***] Руссо Ж.-Ж. Об общественном договоре, или принципы политического права. Теория государства и права: хрестоматия: в 2 т. С. 535.

[****] Конституция Франции. URL: http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnst1793.htm (дата звернення: 24.04.2021).

бутнє, про що йтиметься далі). По-друге, для такої форми суверенітету треба одностайність під час ухвалення рішень. По-третє, проголошення народного суверенітету спричинило проголошення загального виборчого права, і нарешті, по-четверте, доктрина народного суверенітету в такому варіанті засвідчила свою несумісність із монархічною формою правління[*].

По інший бік Атлантики ми можемо спостерігати протилежне ставлення до прямої (афінської) демократії. Загалом, саме американська правова традиція продемонструвала майже протилежне ставлення до доволі близьких концептів — демократії та республіки. Республіканізм і демократія як дві засади конституційного устрою мали різні конотації на етапі створення США: під демократією розуміли класичне пряме управління справами народом через референдум й ініціативи, тоді як республіканське правління передбачає «делегування всієї повноти влади народним представникам»[**].

Очевидно, тут позначився вплив конституційного устрою материкової Англії, одним із ключових принципів якого є парламентський суверенітет, відповідно до якого «виборець мав лише одне право — обирати членів парламенту». Це, своєю чергою, означало, що «виборці не беруть жодної законної участі в справі ініціативи, санкції або скасування законів, ухвалених парламентом»[***]. Про це досить влучно висловився Ж.-Ж. Руссо: «Мешканці Англії думають, що вони вільні. Вони глибоко помиляються. Вони вільні тільки в день виборів членів парламенту»[****]. До того ж, як засвідчує подальша конституційна практика Великобританії, референдуми все-таки почали використовувати, проте лише із консультативною місією (найпоказовіший тут так званий Brexit-референдум 2016 року із питанням «Чи слід Об'єднаному Королівству лишатися членом Європейського Союзу, чи варто вийти з нього?»).

Ба більше, повертаючись до американських демократичних практик, ми не можемо не помітити перших паростків теорії, яку потім удалося систематизувати Йозефові Шумпетеру в його елітарній теорії демократії. Йдеться про інститут виборщиків, що використовують під час виборів президента США, які (вибори) завдяки цьому інституту мають непрямий характер.

---

[*] Гунель М. Введение в публичное право. М.: ИНТРАТЭК-Р, 1995. С. 88—89.

[**] Согрин В. В. Демократия в США. От колониальной эры до XXI века. М.: Издательство «Весь Мир», 2011. С. 62.

[***] Дайси А. Основы государственного права Англии. М.: Издание Т-ва И.Д. Сытина, 1907. С. 69.

[****] Цит. за: Политика. Толковый словарь. М.: ИНФРА-М, «Весь мир», 2001. С. 139.

Батьки-розробники американської конституції так пояснювали важливість двоступеневих виборів: по-перше, звичайних виборців можна підкупити (використовують навіть термін «корупція»), по-друге, на рішення виборщиків, які проживають у різних містах, менший вплив мають «почуття та пристрасті», і, нарешті, по-третє, «невелика група осіб, обрана своїми співгромадянами з великої маси, найліпше поінформована й володіє належною проникливістю для цього складного дослідження»[*]. По суті, можна говорити про недовіру до пересічних виборців, які через чимало причин, зокрема відсутність реальної власності, не спроможні зробити адекватний вибір (як тут не пригадати слова Сократа про те, що не кожен виборець здатен мислити раціонально, та Вінстона Черчилля — що для того, щоб розчаруватися в демократії досить п'ять хвилин поспілкуватися з простим виборцем).

Не менш цікавим є те, що спочатку передбачали, що виборщики голосуватимуть відповідно до первинного вибору громадян. Однак на практиці це виявилося не так, наприклад: інцидент, що трапився із виборщиком-республіканцем з Техасу Крісом Супруном, який відмовився голосувати за Дональда Трампа на виборах 2016 року, покликаючись на своє право самостійно формувати свій вибір (останнє він витлумачив із уже цитованого 68-го есе «Федераліста»)[**].

Хоча в межах конституційної доктрини США нижчеописаний інститут і належав до деліберативної демократії, ми не можемо не помічати відхід від егалітарної моделі демократії та сприяння у формуванні такої системи демократії, сутність якої, за висловлюванням Й. Шумпетера, полягала в тому, що «окремі (соціальні сили) отримують право на ухвалення рішень за допомогою конкретної боротьби за голоси народу»[***].

Негативної конотації розвитку доктрини демократії додали тоталітарні комуністичні режими, які намагалися продемонструвати свою справжню «демократичність» як перевагу власного ладу. Ідеологам комунізму, як їм здавалося, удалося зрозуміти справжню суть демократії та відновити її на державному рівні в чистому вигляді. Ось що з цього приводу писав один із фундаторів комунізму Володимир Ульянов (Ленін): «Тільки диктатура пролетаріату в стані звільнити людство від гніту капіталу, від брехні, фальші, лицемірства буржуазної демократії, цієї демократії для багатих, спроможна встановити демократію для бідних,

---

[*] Федералист. М.: Прогресс, 1993. С. 446—450.

[**] Texas Republican elector say she won't cast vote for Trump. URL: https://www.foxnews.com/politics/texas-republican-elector-says-he-wont-cast-vote-for-trump (Last accessed: 20.04.2021).

[***] Требін М. П. Соціально-політичні студії. Х.: Право, 2017. С. 358—359.

тобто зробити блага демократії доступними фактично для робітників і найбідніших селян, тоді як тепер (навіть і за умов найдемократичнішої — буржуазної — республіки) ці блага демократії насправді недоступні величезній більшості трудящих»*.

Попри неоднозначне ставлення в політикумі, експертному середовищі й серед громадян, яке можна коротко охарактеризувати відомим висловом В. Черчилля про те, що «демократія — це найгірша форма правління, якщо не брати до уваги інших, які застосовували час від часу», усе-таки після Другої світової війни демократія як правова цінність поступово набула свого універсального значення і врешті «виборола» собі місце серед інших двох стовпів сучасного конституціоналізму — верховенства права та прав людини.

### 4.1.2. Демократія як універсальна цінність

У Статуті ООН 1945 року й Загальній декларації прав людини 1948 року, хоча й не згадують безпосередньо про універсальну значущість демократичної форми правління, водночас визнають як загальнообв'язкові її окремі елементи. Так, стаття 21 Декларації проголошує право кожного на безпосередню участь в управлінні державними справами або через вільно обраних представників.

Однак уже в Міжнародних пактах про громадянські та політичні права і про соціальні, економічні та культурні права 1966 року передбачено, що «держава може встановлювати обмеження цих прав... тільки щоб сприяти загальному добробуту демократичного суспільства» (стаття 4 Пакту про соціальні права). Окрім цього, у першому із названих пактів визначено такі важливі елементи демократичного устрою, які попередньо зафіксовано в Декларації (до цього в статті 25 Пакту вказують додатково основні принципи виборчого права й право на доступ до державної служби).

Комітет з прав людини (інституційний правозахисний механізм, створений, щоб гарантувати положення пактів) на підставі розгляду отриманих скарг напрацював низку вагомих юридичних позицій, що допомагають правильно інтерпретувати норми цих міжнародно-правових документів: «Громадяни беруть участь безпосередньо в управлінні публічними справами, зокрема вони ухвалюють або змінюють конституцію, або розв'язують публічні питання за допомогою рефе-

* Ленин В. И. О «демократии» и диктатуре. URL: https://www.marxists.org/russkij/lenin/works/37-2.htm (дата звернення: 24.04.2021).

рендуму чи іншого процесу голосування». «Формами участі є також робота в асамблеях, що мають повноваження ухвалювати рішення щодо місцевих питань або з питань життєдіяльності конкретної громади і в консультативних урядових органах… Громадяни також беруть участь у веденні публічних справ, впливаючи через громадські дебати й діалог зі своїми представниками або через органи самоорганізації. Цю участь підтримують через забезпечення свободи висловлення поглядів, зібрань та асоціацій»[*].

Ще одним джерелом розуміння демократії як універсального концепту є система критеріїв «народовладдя», яку запропонував спеціальний доповідач згаданої комісії Е. А. Даєс: гарантування загальності права на участь в розробленні й ухваленні законів, в їхньому застосуванні та визначенні загальної політики; підзвітність тих, хто править, тим, ким правлять, що передбачає пояснення своїх дій та рішень; змінюваність осіб, які правлять; підзвітність тих, хто править, представникам тих, ким правлять; ті, хто правлять, повинні бути обрані представниками тих, ким правлять; ті, хто правлять, мають вчиняти лише в інтересах тих, ким вони правлять[**].

Про значущість демократії йшлося неодноразово й в інших важливих міжнародних документах, зокрема Документі Копенгагенської наради Конференції з людського виміру НБСЄ (1990): «Держави-учасниці визнають, що життєздатна демократія залежить від наявності як частини національного життя демократичних цінностей і практики, а також широкого кола демократичних інститутів».

Однак, мабуть, найцінніше значення під час визнання універсальної значущості демократії мало ухвалення в межах Ради Європи Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод 1950 року. Саме в преамбулі Конвенції йдеться про «глибоку віру держав-учасниць в ті основоположні свободи, які становлять підвалини справедливості й миру в усьому світі, і які якнайліпше забезпечують, з одного боку, завдяки дієвій політичній демократії, а з іншого боку, завдяки спільному розумінню й додержанню прав людини, від яких вони залежать». В основному тексті Конвенції про демократію («демократичне суспільство») згадують у контексті можливого обмеження реалізації конвенційних прав.

---

[*] International Covenanton Civil and Political Rights. Cases, Materialsand Commentary. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 737.

[**] Буроменский М. В. Политические режимы государств в международном праве. (Влияние международного права на политические режимы государств). Х.: Право, 1997. С. 135—136.

Ключова характеристика такого демократичного суспільства — це початок діалогу всередині суспільства заради розв'язання складних питань і терпимість до будь-яких, навіть дратівливих ідей та поглядів. Так у справі «Станков та об'єднана македонська організація "Ілінден" проти Болгарії» (2001) Європейський суд з прав людини виступив з важливою юридичною позицією: «Сутність демократії в її здатності розв'язувати проблеми через відкриті обговорення». «Швидкі заходи превентивного змісту щодо придушення свободи зібрань і висловлення думки у випадках, які не стосуються підбурювання до вчинення насильства або відмови від демократичних принципів — якими б шокуючими або неприйнятними певні погляди або використані слова не здавалися владі, і якими б незаконними могли бути вимоги — роблять погану послугу демократії і часто ставлять її під загрозу».

Варто також звернути увагу на ті індикатори, якими користуються авторитетні міжнародні неурядові організації для визначення ступеня «демократичності» тієї чи іншої держави. Наприклад, організація ***Freedom House*** ранжує країни залежно від рівня гарантованості й реалізованості політичних та громадських прав. Одночасно політичні права передбачають змогу «вільно голосувати за певні альтернативи в межах легітимних виборів, змагатися за заміщення державних посад, вступати в політичні партії й організації та обирати представників, які реально беруть участь у визначенні політичного курсу й підзвітні електорату»[*].

### 4.1.3. Конституціоналізація демократії як ключової цінності конституціоналізму

У конституціях «першої» хвилі, попри поступове закріплення в них демократичних стандартів й інститутів, не вдавалися до безпосереднього використання терміна «демократія» в її текстах. Досить сказати, що в найстарішій серед чинних конституцій — Основоположному законі США не використовують згаданої категорії, однак це не завадило їй бути одним із взірців демократичних перетворень в інших державах.

Одним із перших писаних конституційних актів «другої хвилі» (після Першої світової війни), де демократія належить до рангу конституційного принципу, була Конституція Австрії 1920 року, у статті 1 якої зазначено, що «Австрія є демократичною республікою, її право походить від народу». Конституційний суд Австрії неодноразово звертався до згаданої норми як інструмента інтерпретації та контролю. Так, аналізуючи

[*] Демократизация. М.: Издат. дом ВШЭ, 2015. С. 78.

Кодекс муніципальних виборів Відня, він зауважив, що, зважаючи на зміст статті 1 Конституції, австрійське громадянство є визначальним критерієм визначення належності особи до австрійського народу. Це дало підстави суду визнати неконституційною норму Кодексу, що наділяла активним і пасивним виборчим правом на виборах до районних у Відні рад осіб, які не є громадянами Австрії (окрім громадян країн-членів ЄС) (Рішення від 30 червня 2004 року).

У Конституціях, які почали ухвалювати після Другої світової війни, зважаючи на вищеописану універсалізацію демократії як загальноцивілізаційної цінності, спостерігаємо нову конотацію конституційного концепту демократії. Так у конституційному акті ФРН 1949 року як одну із ключових категорій використовують «вільний демократичний лад». Федеральний конституційним суд Німеччини неодноразово тлумачив цю категорію так: «Під вільним демократичним основоположним порядком розуміють такий державно-правовий спосіб правління, який унеможливлює будь-яке насилля і свавілля, заснований на самовизначенні народу за волевиявленням більшості, на свободі й рівноправ'ї»*. До ознак такого порядку належать: «повага до конкретизованих в Основоположному законі прав людини, передовсім до права на життя та вільний розвиток, народний суверенітет, розподіл повноважень, відповідальність уряду, виконавча незалежність судів, що орієнтується на закон, принцип багатопартійності і рівність можливостей для всіх політичних партій, зокрема передбачене Конституцією право на оформлення та діяльність опозиції»**.

Активніше цю категорію в тих чи інших конотаціях почали застосовувати в конституціях «останньої хвилі» на зламі століть. Так, у статті 2 Конституції Польщі 1997 року зазначено, що Польська Республіка є демократичною правовою державою, що здійснює принципи соціальної справедливості. Привертає увагу також і припис статті 11, в якій визначено, що метою політичних партій є вплив демократичними методами на політику держави. Окрім цього, згадану категорію вживають у тексті ще 4 рази: у контексті запровадження «демократичного цивільного контролю» над Збройними силами (частина друга статті 26), «європейської» формули обмеження реалізації прав людини та критерію «потрібності в демократичній державі» (частина третя статті 31); гарантій «інформаційного» прайвесі в значенні можливості органів влади зби-

* Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М.: Юридическая литература, 1981. С. 72.

** Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М., 1981. С. 67.

рати лише ту інформацію, «яка потрібна в демократичній правовій державі» (частина друга статті 51).

Один із останніх конституційних актів, ухвалених на європейському континенті — Конституція Чорногорії 2007 року також використовує такі підходи до закріплення демократичних інститутів і норм. Мабуть, вирізняється лише одна цікава варіація закріплення інституту заборони узурпації влади: «Не може ані визнаватись, ані здійснюватися влада, що не має походження із вільного волевиявлення громадян на демократичних виборах, проведених відповідно до закону» (частина третя статті 2 Конституції).

Щодо Конституції України, то категорію «демократія» в різних конотаціях використовують не так часто: окрім визначення принципу демократичної держави, конституцієдавець вживає родове поняття «форми безпосередньої демократії» до таких інститутів, як вибори й референдум (стаття 69 Конституції).

Конституційний Суд України неодноразово використовував конституційний принцип демократії під час інтерпретації тих чи інших положень Основного закону, а також перевірки щодо відповідності законів Конституції. Варто взяти до уваги такі:

- принцип політичної й ідеологічної багатоманітності як частина демократичного змісту держави: «Принципи демократичної правової держави, зокрема політична й ідеологічна багатоманітність суспільного життя в Україні, зумовили конституційні засади структурування та внутрішньої організації діяльності Верховної Ради України як єдиного органу законодавчої влади в державі…» (Рішення від 25 червня 2008 року № 12-рп/2008);
- важливість додержання періодичності виборів у демократичній державі: «Важливе значення у функціюванні демократичної держави, її республіканських засад має визначений Основним законом України порядок формування органів державної влади, зокрема періодичність їхнього обрання й призначення» (Рішення від 28 квітня 2009 року № 8-рп/2009; від 4 червня 2009 року № 13-рп/2009);
- забезпечення демократичності під час організації та діяльності вітчизняного парламенту, зокрема дотримання колегіального способу ухвалення Верховною Радою рішень: «Як представницький орган працює за демократичним принципом ухвалення рішень не одноголосно, а конституційно визначеною більшістю

(стаття 91 Конституції України) (Рішення від 17 жовтня 2002 року № 17-рп/2002)[*].

Попри те, що за оцінками західних аналітиків Україна й досі лишається «електоральною демократією» (тобто такою, в якій із усіх інститутів демократії більш-менш ефективно працює лише один — вибори[**]), слід сподіватися, що ми назавжди залишили соціалістично-тоталітарний табір.

Про останній у контексті питання, що аналізуємо, усе-таки варто згадати. Причиною цього, як уже зазначали вище, є намагання режимів вступити в певну боротьбу за звання найдемократичніших держав, які, по суті, є справжніми антиподами сучасних демократій. І в цій «боротьбі» вони активно використовують конституційний інструментарій.

Насамперед такі режими полюбляють у своїх конституціях вказувати на свою демократичність та народність. Один із таких прикладів, Конституція Корейської Народно-Демократичної Республіки, яка рясніє покликанями на демократичні основи державності. Правда, одночасно кидаються в очі такі пасажі, як «усі державні органи мають бути організовані й управлятись на підставі принципу демократичного централізму» (стаття 5) та «завданням держави є… зміцнення диктатури народної демократії» (стаття 12).

Щодо згаданого концепту «демократичного централізму», то цей оксюморон породила радянська ідеологія, який означає «поєднання демократизму, тобто повновладдя трудящих, їхньої самодіяльності й ініціативи, виборності їхніх керівних органів та їхньої підлеглості масам, з централізацією — керівництвом із одного центру, підпорядкуванням меншості більшості, дисципліною, підпорядкування приватних інтересів загальним у боротьбі за досягнення поставленої мети»[***]. Зловживання «демократичним концептом» радянськими режимами виявлялося і в тому, що чимало комуністичних партій іменували не інакше як «демократичні».

---

[*] Докладніше див.: Барабаш Ю. Демократія в системі цінностей конституційного ладу (за матеріалами практики Конституційного Суду України). *Вісник Конституційного Суду України*. 2009. № 5. С. 89—97; Барабаш Ю. Питання в демократії в правових позиціях Конституційного Суду України. *Вісник Конституційного Суду України.* 2011. № 4—5. С. 82—87.

[**] Демократизация. М.: Издат. дом ВШЭ, 2015. С. 530—531.

[***] Концепции и определения демократии: антология. М.: КомКнига, 2006. С. 100.

### 4.1.4. Форми демократії: конституційні аспекти

Формування конституційної моделі демократії почалося із виборчого права, боротьба за загальність якого викликала до життя навіть справжні загальносвітові рухи (досить пригадати славнозвісних суфражисток).

До того ж не слід забувати, що ще в одному важливому джерелі американського конституційного права, Декларації незалежності США 1776 року, означено ще одну важливу підвалину демократичного устрою — право народу на повстання: «У разі, якщо будь-яка форма уряду стає згубною для самих цих цілей*, народ має право змінити або скасувати її і сформувати новий уряд, заснований на таких принципах і формах організації влади, які, як йому видається, якнайліпше забезпечать людям безпеку й щастя».

Як зауважують дослідники, практика конституційного закріплення за народом права на повстання (чи права на революцію) не стала поширеною. Одним із нечисленних прикладів є конституювання цього права в Основоположному законі ФРН 1949 року: «Усі німці мають право чинити опір будь-кому, хто намагається скасувати чинний конституційний порядок, якщо інші засоби виявляються недійсними» (правда, у первинному тексті цієї норми не було, а з'явилася вона після внесення змін до закону 1968 року)**.

Щодо вітчизняного конституційного права, то на перших етапах розроблення Основоположного закону пропонували закріпити вищезгадане право в такому варіанті: «Громадяни України мають право чинити опір і перепони будь-кому, хто намагається насильно ліквідувати українську державність, конституційний лад, визначені цією Конституцією, порушення територіальної цілісності чи чинить дії, спрямовані на захоплення державної влади» (стаття 12 проєкту Конституції України (у редакції від 26 жовтня 1993 року, доопрацьованої за результатами всенародного обговорення)). Згодом пропонували «пом'якшити» цю норму, звівши її майже до «німецького варіанта із вказівкою на те, що право на опір може бути застосоване, коли інші конституційні засоби недоступ-

---

* Згадані цілі, визначені в попередній нормі: «Ми виходимо з тієї самоочевидної істини, що всі люди створені рівними й наділені їхнім Творцем певними невідчужуваними правами, до яких належить життя, свобода й прагнення щастя».

** Погребняк С. П., Уварова Е. А. Сопротивление угнетению. Восстание. Революция (теоретико-правовой анализ в свете доктрины прав человека). URL: http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/2-3-2013/item/102-soprotivlenie-ugneteniyu-vosstanie-revolyutsiya-teoretiko-pravovoj-analiz-v-svete-doktriny-prav-chelovekapogrebnya-k-s-p-uvarova-e-a (дата звернення: 24.04.2021).

ні». Однак в остаточній редакції, яку затвердив парламент 28 червня 1996 року місця для цього права в тексті Конституції не знайшлося[*].

Попри це український народ двічі скористався ним (Помаранчева революція 2004 року й Революція гідності 2014 року), щоб не допустити узурпації влади. До речі, абсолютно аргументовано стверджують, що нормативне підґрунтя такого права та його реалізації все-таки є, з огляду на закріплення в Конституції положень про відповідальність держави перед людиною за свою діяльність (частина друга статті 3), виняткове право на визначення й зміну конституційного ладу (частина третя статті 5), заборону узурпації державної влади (частина четверта статті 5) та наявне в кожного право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права й свободи від порушень і протиправних посягань (частина шоста статті 55)[**].

До того ж конституціоналізація демократії відбувалася через закріплення інститутів безпосередньо реалізації народовладдя.

Вибори насправді відпочатку визнавали головним демократичним інструментом реалізації народовладдя. На рівні конституції закріплювали виборчі цензи, принципи виборчого права й основні процедурні вимоги проведення виборів.

Основним «конкурентом» у конституційному полі безпосередньої демократії стає референдум. Попри це логіка розвитку конституційної демократії демонструє, що найефективнішими формами виявилися саме представницькі. Діяльність колегіальних законодавчих органів ввібрала в себе найліпші риси демократичного правління й деліберативні начала, які відрізняють його від тоталітарних режимів. Така деліберативність на противагу безпосереднім формам давала змогу, за влучним висловом класика французького лібералізму Франсуа Гізо, «витягти із надр суспільства публічний інтерес, який один лише має право управляти суспільством»[***].

Розширення виборчого права й утвердження принципів парламентаризму — усе це супроводжувало конституційний розвиток демократій до першої половини XX сторіччя. Ще одним вагомим кроком роз-

---

[*] Шаповал В. Н., Корнеев А. В. История Конституции Украины. Дніпропетровськ: «Акцент ПП». С. 76—77.

[**] Погребняк С. П., Уварова Е. А. Сопротивление угнетению. Восстание. Революция (теоретико-правовой анализ в свете доктрины прав человека). URL: http://lcslaw.knu.ua/index.php/arkhiv-nomeriv/2-3-2013/item/102-soprotivlenie-ugneteniyu-vosstanie-revolyutsiya-teoretiko-pravovoj-analiz-v-svete-doktriny-prav-chelovekapogrebnya-k-s-p-uvarova-e-a (дата звернення: 24.04.2021).

[***] Розанвалон П. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність. Київ: Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2009. С. 78.

ширення «демократичного» предмета в конституційному праві стало закріплення на рівні Основоположних законів ролі політичних партій у реалізації державної політики. Так, у Конституції Італії 1947 року було зафіксовано право на об'єднання в партії, щоб у демократичний спосіб сприяти визначенню національної політики (стаття 49). Конституція Франції 1958 року визначає, що політичні партії, які мають вільно створювати й діяти, повинні сприяти вираженню поглядів під час виборів* (стаття 4).

Друга світова війна не зупинила процвітання тоталітаризму в Європі: ще понад 30 повоєнних років у південних державах демократії так і не змогли повноцінно утвердитися. Після повалення антидемократичних режимів у конституціях почали фіксувати додаткові гарантії партійної демократії, зокрема права політичної опозиції. Наприклад, у статті 114 Конституції Португалії 1976 року визначено, що за меншістю визнають право на демократичну опозицію, одночасно парламентській опозиції гарантують право на отримання регулярної інформації безпосередньо від уряду про перебіг розв'язання основних питань, що становлять суспільний інтерес.

Слід також пригадати і найпоказовіший приклад конституціоналізації парламентської опозиції (який, правда, трапився набагато раніше) — це затвердження парламентськими актами статусу лідера опозиції в парламенті Великобританії, який, починаючи із ухвалення 1937 року Акта про міністрів корони, утримують державним коштом з бюджету, що можна порівняти із рівнем оплати роботи прем'єра (наприклад, станом на 01.04.2019 р. лідер опозиції отримував приблизно 65 тисяч фунтів стерлінгів, тоді як прем'єр-міністр — 79 тисяч)**.

Однак такий підхід не завжди сприймають однозначно. Так, відповідно до Рішення Конституційної ради Франції від 22 червня 2006 року № 2006-537 DC, було визнано неконституційною норму Процедурних правил Національної Асамблеї, відповідно до якої (норми) парламентські групи були зобов'язані повідомити Бюро Асамблеї про свою належність до «більшості» чи «опозиції». Таке повідомлення спричинило б певні обмеження в реалізації групами своїх прав як самостійних суб'єктів парламентського процесу, особливо у сфері парламентського контролю. Рада, визнаючи згадану норму неконституційною, поклика-

* Конституція Франції 1958 року. URL: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/-constitution/constitution_russe_version_aout2009.pdf (дата звернення: 24.04.2021).

** Member's pay and expenses and ministerial salaries 2019/20. URL: http://researchbriefings.files.parliament.uk/-documents/CBP-8839/CBP-8839.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

лася на важливу засаду конституційного порядку Франції, відповідно до якої політичні партії можуть вільно провадити свою діяльність.

Важливо зауважити, що демократія в конституційному праві розвивалась на різних рівнях: як на загальнодержавному, так і на місцевому. До того ж конституційні гарантії демократії на рівні держави стосувались насамперед форм народовладдя (виборчого права, плебісцитарних ініціатив), діяльності представницьких інституцій. Тоді як муніципальна демократія мала розкрити ще один бік цього явища, — повсякденну участь громадян у реалізації місцевих справ, що отримало відповідну назву «учасницька демократія».

Згаданий інститут дає змогу громадянам впливати на політику на різних рівнях не тільки під час виборів, але й у міжвиборчий період за допомогою широкого набору інструментів. Насамперед це стосується змоги контролювати владу, ініціювати розгляд питань суб'єктами владних повноважень та брати участь в обговоренні проєктів нормативних актів.

Останнім часом ми навіть спостерігаємо поодинокі спроби конституціоналізації інститутів «учасницької демократії». Передовсім ідеться про Конституцію Фінляндії 1999 року, стаття 14 якої під назвою «Виборчі та учасницькі права» передбачає обов'язок органів публічної влади створювати умови для участі осіб, які проживають в країні, у громадській діяльності та здійснення ними впливу на ухвалення рішень, які стосуються їх самих. Іншим прикладом є стаття 8В Лісабонської угоди 2007 року, відповідно до якої передбачено постійне інформування про свою діяльність інституцій Європейського Союзу для обміну думками всіма зацікавленими сторонами, їхній (інституцій) обов'язок вести відкритий діалог з представниками громадянського суспільства, широкі консультації Європейської комісії з усіма сторонами того чи іншого питання, змога ініціювати не менше як один мільйон громадян країн ЄС питання перед Європейською комісією.

Найпоказовішим прикладом того, як може працювати «учасницька демократія» є спроба (правда, невдала) ухвалити нову Конституцію Ісландії сім років тому. Цю реформу було доручено реалізовувати представникам народу, обраним до Конституційної ради. Останні вдалися до неординарного кроку — залучили громадськість до масового обговорення через соціальні мережі, зокрема «Твітер» та «Фейсбук», електронну та звичайну пошту. Загалом було отримано 3600 коментарів і 360 пропозицій*, зокрема

* Landemore H. We. All of the people. Five lessons from Iceland's failed experiment in creating a crowdsourced constitution. URL: https://slate.com/technology/2014/07/five-lessons-from-icelands-failed-crowdsourced-constitution-experiment.html. (Last accessed: 20.04.2021).

пропозиція зафіксувати право на інтернет, яке потрапило до остаточного тексту проєкту. Цей процес навіть отримав власну назву «краудсорсингова (від анг. ***crowd*** — натовп, маси та ***source*** — джерело) конституція».

Звісно, ми не повинні змішувати цей концепт із формами народовладдя, які забезпечують реальне владарювання народу як суверена, реалізація яких веде до ухвалення остаточних рішень чи формування органів влади.

З цього приводу слід згадати історію про те, як «забудькуватість» народних депутатів України зіграла злий жарт із науковцями, які безуспішно намагалися розгадати достеменний зміст норми статті 69 Конституції України, згідно з якою «народне волевиявлення здійснюють через вибори, референдум й інші форми безпосередньої демократії».

Питання полягає в тому, що ця редакція норми залишилась із попередніх варіантів проєкту Конституції. Однак у згаданих попередніх варіантах, по-перше, і сам розділ III, який починає стаття 69, має дещо іншу назву — «Вибори. Референдум. Народна законодавча ініціатива», і, по-друге, цей розділ містить норму про ще один, якщо порівняти з виборами й референдумом, інститут безпосередньої демократії — народну законодавчу ініціативу. Тому використана в нормі статті 69 конструкція «інші форми безпосередньої демократії» і мала якраз охоплювати інститут народних ініціатив[*] (хоча з цим також можна посперечатись щодо того, наскільки народну ініціативу можна розглядати саме як форму безпосередньої демократії та відповідно народного волевиявлення). Однак на останньому етапі від ідеї закріплювати за громадянами право на народну ініціативу вирішили відмовитися, «забувши» відкоригувати норму статті 69.

Така недосконалість у нормативній техніці й породили цілу хвилю наукового пошуку та спроб науковців довести, що під цима «іншими формами безпосередньої демократії» мали на увазі проведення масових зборів, мітингів, обговорення важливих питань тощо[**].

Завершуючи розмову про унормування форм безпосередньої демократії на рівні окремого розділу Конституції, варто звернути увагу,

---

[*] Конституція незалежної України. Книга третя. Частина друга. Документи. Стенограми. К.: Право, 1998. С. 243; Конституція незалежної України. Книга третя. Частина третя. Документи. Стенограми. К.: Право, 1999. С. 464.

[**] Задорожня Г. В., Задорожний Ю. А., Сопілко І. М. Конституційне право України: підручник. К.: Видво Нац. авіац. ун-ту «НАУ-друк», 2010. С. 140. (Також можемо зустріти висловлювання про те, що такі форми використовують для безпосередньої реалізації влади не тільки самим українським народом, але і «його частиною» (Шаптала Н. К., Задорожня Г. В. Конституційне право України. Дніпропетровськ: ТОВ «ЛізуновПрес», 2012. С. 125).

що такий підхід не є типовим для конституційного права. Здебільшого норми про вибори й референдум «розчиняються» в розділах, присвячених правам людини (активне виборче право) й функціювання парламенту та глави держави (у частині виборчої системи, строків виборів, цензів пасивного виборчого права, умов ініціювання, проведення референдуму та його предмета). Мабуть, єдиним винятком із такого загального підходу, не беручи до увагу вітчизняний Основоположний закон, є Конституція Албанії 1998 року, в якій є окремий структурний підрозділ — частина 11 «Референдум» (правда, цей розділ не має такого рівня «захисту», як розділ III Конституції України).

Дотримання верховенства права в процесі демократичного врядування виводить на поверхню ще одну важливу проблему — співвідношення форм демократії під час здійснення влади народом. Простіше це питання можна сформулювати як можливість скасувати представницьку демократію безпосередньою.

Тому маємо два різних підходи до розв'язання цього питання (частково про це йтиметься також у наступних розділах). Перший властивий країнам зі складною політико-правовою ситуацією та тривалим протистоянням між легітимованими народом центрами влади — парламентом і президентом, останній зазвичай має чималу підтримку населення. Сутність цього підходу полягає в тому, що глава держави, який не хоче ділити владу із парламентом, використовує референдум, щоб підтримати свій політичний курс, обійшовши законодавчий орган та визначені Конституцією парламентські процедури розв'язання таких питань.

Яскравим прикладом є правління президента Франції Шарля де Голля (1958—1969), який чотири рази апелював до народу щодо розв'язання питань державного устрою й щоразу ставив на кін власне президентсво. Три рази: у січні 1961 року (питання про самовизначення Алжиру), квітні 1962 року (затвердження Евіанських угод про припинення війни в Алжирі) й жовтні 1962 року (започаткування прямих, усезагальних виборів президента на конституційному рівні) де Голлю вдавалося переконати громадян підтримати його ініціативи. Останнього разу, у квітні 1969 року, коли він виніс на референдум питання про децентралізацію, утворення регіонів і реформу сенату, громадяни не підтримали ці рішення, і де Голль, як й обіцяв, наступного дня подав у відставку*.

* Boyron S. The Constitution of France. Oxford: Hart Publishing, 2013. P. 52.

Підставою для застосування інституту референдуму була норма статті 11 Конституції Франції 1958 року, яка дозволяла президентові проводити референдум з низки питань, зокрема й організації публічної влади. Однак питання загострилось перед проведенням референдуму 28 жовтня 1962 року, оскільки насправді президент протиставив свої повноваження визначеному Конституцією порядку внесення змін до неї. У французькому конституційному праві навіть з'явилась доктрина «паралельних способів», яка передбачає, що попри передбачений Основоположним законом «парламентсько-референдумний» спосіб ревізії Конституції, президент має право винести проєкт конституційних змін на референдум в обхід парламенту, оскільки первинний текст Конституції було ухвалено саме в такий спосіб (правда, під час ухвалення Конституції парламент усе-таки брав участь у цих процесах)[*]. Сприяла «рішучості» глави держави й позиція Конституційної ради Франції, яка двічі визнавала відсутність за собою компетенції перевіряти на конституційність законів, ухвалених на референдумі[**] (правда, після конституційної реформи 2008 року, рада отримала повноваження із перевірки дотримання конституційної процедури ініціювання референдуму громадянами чи групою депутатів).

Описаний підхід у сучасному конституційному праві не має однозначної підтримки. Поширенішою й адекватнішою, що відповідає вимогам верховенства права, є позиція, висловлена Конституційним Судом України в Рішенні від 16. 04. 2008 р. № 6-рп/2008: «Правове регулювання порядку здійснення безпосередньої демократії, зокрема референдуму, спрямоване на те, щоб поєднати ці форми із способами та засобами, які характеризують представницьку демократію, взаємодоповнити їх, але не зробити конфліктними з можливою підміною парламенту референдумом (чи навпаки)».

Цю юридичну позицію було розвинено в Рішенні від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018, яким було визнано неконституційним Закон «Про всеукраїнський референдум». Суд зауважив, що «будучи результатом здійснення установчої влади народу, Конституція України шляхом встановлення порядку внесення змін до неї визначає процедурні межі для здійснення влади і самим народом».

Попри те, що демократія разом із верховенством права й правами людини є «стовпами» сучасного конституціоналізму, останнє не неуможливлює певної конкуренції між згаданими конституційними

[*] Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты. М.: Юристъ, 2002. С. 264—265.
[**] Там само. С. 266.

принципами. Хоча, найімовірніше, слід говорити про взаємне стримання насамперед тоді, коли ми говоримо про демократію як правління більшості, що може у своїх бажаннях зазіхнути на права меншості. Якраз принцип гарантованості прав людини не дозволяє перейти цю межу. Відомий теоретик конституційного права Карл Шмітт писав: «Справжню демократію можуть визначати як захист меншості, тому постійний компроміс між більшістю та меншістю має бути її справжньою сутністю»[*].

Показовою є дискусія, яка розгорнулась в англійському експертному середовищі напередодні ухвалення 1998 року Акта про права людини, який визнав юридичну значущість внутрішнього права Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (1950) та змогу судового контролю за парламентськими актами. Правда, останній інститут є умовний, оскільки в разі встановлення судом факту, що акт парламенту порушує конвенційні права, орган правосуддя не має права визнати такий акт неправомірним, а лише вказує (робить заяву) на таку невідповідність (стаття 4 Акта).

Однак і цього було досить, щоб зазвучала голосно позиція політиків й експертів, що ухвалення цього Акта є не просто наступом на парламентський суверенітет, а й посяганням на принципи демократії, оскільки останнє слово в тлумаченні законів надавали не обраним народом парламентарям, а суддям, яких призначають на свої посади[**].

Зазначена дискусія виводить нас на ще одну важливу проблематику конституційного права, яка дедалі більше й більше стає актуальною. Йдеться про те, як суди — гаранти верховенства права (ще одна причина «взаємодії» з демократією) — здатні зайти далеко в протистоянні із органом первинного народного представництва, яким є парламент. Інколи таку проблему називають ще «юридизацією демократії».

### 4.1.5. Юридизація демократії

Ще з часів хрестоматійної справи «Мербері проти Медісона» (1803) точиться жвава дискусія навколо питання про значення та межі конституційного контролю в демократичній державі. По суті, Верховний суд США виступив своєрідним «законодавцем мод» щодо утвердження значення судової влади як своєрідного гаранта Конституції та конститу-

---

[*] Шмитт К. Государство: право и политика. М.: «Территория будущего», 2013. С. 58—59.

[**] Дворкин Р. Билль о правах для Великобритании. *Теория и практика демократии. Избранные тексты*. М.: Ладомир, 2006. С. 185.

ційних цінностей, зокрема й демократії, від зазіхань таких політичних інституцій як парламент та президент. Після згаданої справи було ще не одне резонансне рішення суду.

Уже за декілька років потому вища судова інстанція виступила з низкою важливих юридичних позицій у справі «Маккалох проти Меріленда» (1819). Верховний суд США оголосив недійсним податок, що стягує Меріленд з балтиморської філії Банку Сполучених Штатів, дозвіл на створення якого надав федеральний уряд[*]. Це рішення мало два важливих наслідки для розвитку конституційної доктрини. По-перше, штати за жодних обставин не могли зазіхати на прерогативи федерації, і, по-друге, що найважливіше, було встановлено, що Конгрес має низку вагомих «прихованих» повноважень. До того ж саме суд може визначати наявність таких повноважень у вищих державних інституцій[**].

Розвиток подій далі періодично нагадував справжнє протистояння між Верховним судом та центрами первинної легітимації, що, по суті, уособлювали демократичну систему правління, — президентом та Конгресом. Найвиразніше цей конфлікт виявився за часів президенства Франкліна Д. Рузвельта. Верховний суд із січня 1935 по травень 1936 року заблокував 11 законів із рузвельтівського пакета антикризових актів під загальною назвою «Новий курс» і визнав такими, що не відповідають Конституції[***].

Президент Рузвельт у черговому зверненні до нації виступив із жорсткою критикою Верховного суду, вказавши, що той перетворився із судового органу на політичний, і що він став «чимось на кшалт третьої палати Конгресу — "надмірзаконодавчою" палатою». Пригадав він громадянам і вислів судді Г'юза про те, що думають судді про свою роль у захисті конституційного порядку: «Ми всі підпорядковуємося Конституції, але, що таке Конституція, визначають судді».

Було запропоновано варіант припинення цього протистояння через унесення змін до законодавства, відповідно до яких, якщо суддя будь-якого федерального суду (зокрема й Верховного суду) після досягнення ним 70-річного віку не виявить бажання піти у відставку, президент може за згоди сенату призначити нового суддю, таким спо-

---

[*] Римини Р. Краткая история США. URL: http://loveread.ec/read_book.php?id=47547&p=21 (дата звернення: 24.04.2021.).

[**] Справа «Маккалох проти Меріленда» (1819). URL: https://www.khanacademy.org/humanities/ap-us-government-and-politics/foundations-of-american-democracy/constitutional-interpretations-of-federalism/a/mcculloch-v-maryland-1819 (дата звернення: 24.04.2021.).

[***] Верховный суд против президента. URL: https://www.svoboda.org/a/24557993.html (дата звернення: 24.04.2021.).

собом збільшивши загальну кількість суддів відповідного суду. Однак цю президентську ініціативу не підтримали в Конгресі, попри те, що більшість в обох палатах парламенту тоді мала «президентська» Демократична партія.

Попри це, згадані події мали ефект «політичного шантажу» і Верховний суд суттєво змінив свою позицію в бік визнання відсутності розходжень із приписами Конституцій законів, ініційованих главою держави. А з часом Верховний суд оновився майже повністю, більшість перестала бути надмірно консервативною[*].

До того ж Верховний суд не слід зводити лише до суб'єкта, що намагався протиставити своє бачення конституційним принципам рішенням політичних органів. Слід обов'язково пригадати період, що увійшов в історію, як «суд Воррена». Саме суд на чолі із Ерлом Ворреном зробив чи ненайбільше в утвердженні демократичних цінностей та принципів, зокрема визнавши за темношкірим населенням виборче право в славнозвісній справі «Браун проти Освітньої ради» (1954)[**].

Загалом же конституційні суди в різних країнах створювали для себе відповідні доктрини, які дозволяли їм протистояти зазіханням на конституційні цінності, серед яких народовладдя займало своє відповідне місце.

Так, Федеральний конституційний суд Німеччини у своїх рішеннях неодноразово вказував на наявність в Основоположному законі системи конституційних цінностей: «Основні права є передусім правами на захист громадянина від держави; одночасно в положеннях Основоположного закону, присвячених основним правам, утілено й об'єктивну систему цінностей, яку вважають конституційно-правовим базовим принципом для всіх галузей права» (Рішення у справі Лют, BVerfGE 7, 198)[***].

Верховний суд Індії, намагаючись захистити Конституцію від недемократичних за своїм змістом змін, винайшов доктрину «базової структури Конституції». Уперше її було викристалізовано в рішенні «Кесавананда Бхараті проти штату Керала» (1973). Суд визнав, що парламент через ухвалення змін до Конституції не може зруйнувати її ключові риси (принципи). У наступних рішеннях суд назвав такі її базові риси,

---

[*] Там само.

[**] Согрин В. В. Демократия в США. От колониальной эры до XXI века. М., 2011. С. 221.

[***] Избранные решения Федерального Конституционного суда Германии. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 276—277.

як-от: верховенство Конституції, верховенство права, поділ влади, федералізм, секуляризм тощо[*].

Не менш цікавою є доктрина «заміщення Конституції», яку виробив Конституційний суд Колумбії, що вперше означив важливість її застосування в Рішенні С-551/2003, де вказав, що повноваження зі зміни Конституції передбачають можливість зміни будь-якого її положення, однак «такі зміни не можуть означати ні применшення Конституції, ні її заміни новою». У наступному Рішенні С-970/2004 було запропоновано тест на перевірку можливого заміщення новими положення Конституції її самої: «Поправка до Конституції означає її заміщення, якщо поправка спрямована на зміну положень, які належать до таких, що визначають "ідентичність" конституції». Одночасно елементами ідентичності конституції є права людини, верховенство права, принцип поділу влади (до цього суд ще додав принцип дорадчої демократії як основу політичної системи Колумбії)[**].

Найяскравішим виявом застосування цієї доктрини стали дві справи, пов'язані зі змінами положення Конституції щодо граничної кількості строків перебування однієї особи на посту президента. В обох випадках йшлося про можливість переобрання на цю посаду Альваро Урібе. Коли він балотувався вперше, Конституція взагалі не дозволяла переобирати одну й ту ж особу. Щоб дозволити А. Урібе повторно претендувати на цей пост, було внесено зміни до Конституції, які Конституційний суд не визнав такими, що «заміщують Конституцію». Однак, коли «рейтинговий» глава держави вирішив балотуватись втретє і для цього знову було потрібно змінювати Основоположний закон, суд «заблокував» такі зміни, встановивши, що ці зміни заміщують такі положення «ідентичності Конституції», як поділ влади та демократична природа Конституції, а отже, є недопустимими[***].

Отже, такий інструментарій здатен стримувати політичні інституції від зазіхань на конституційні цінності, серед яких чинне місце займає демократія, а означені процеси отримали в науці конституційного права назву «юридизації демократії». Звичайно, що політична еліта, яка

---

[*] Kesavananda Bharati vs State of Kerala and Anron 24 April, 1973. URL: https://indiankanoon.org/doc/257876/ (Last accessed: 20.04.2021).

[**] Берналь К. Неконституционные поправки к Конституции в судебной практике Колумбии: анализ обоснования и значения доктрины замещения конституции. *Сравнительное конституционное обозрение*. 2014. № 2. С. 69, 70, 78—79.

[***] Ташнет М. Крестьяне с вилами и рабочие с твиттером: конституционные революции и конституирующая власть. *Сравнительное конституционное обозрение.* 2016. № 2. С. 19; Cepeda Espinosa, Manuel José; Landau, David E. Colombian constitutional law: leadingcases. Oxford: Oxford University Press, 2017. P. 346.

щоразу апелює до її легітимації через загальні прямі вибори, періодично вдається не тільки до шантажу на кшталт «рузвельтівського», а й реальних кроків руйнування системи конституційного контролю.

Так, політична за намірами реформа Конституційного трибуналу Польщі, здійснена парламентською більшістю за підтримки президента 2015 року (що передбачала збільшення вимог до процедури ухвалення рішень трибуналом, спрощення процедури звільнення суддів трибуналу й збільшення можливостей президента та міністра юстиції ініціювати дисциплінарне провадження стосовно суддів) викликала негативну реакцію органів Європейського Союзу, які визнали дії польської влади такими, що суперечать одному із фундаментальних принципів європейського правопорядку — верховенству права*.

### 4.1.6. Самозахист демократії

Опублікована 1937 року одним із найвидатніших німецьких конституціоналістів К. Левенштайном стаття «Войовнича (*militant*) демократія та фундаментальні права» насправді стала теоретичним підґрунтям доктрини, яку активно почнуть застосовувати чимало країн після Другої світової війни. Описуючи катастрофічну ситуацію із домінуванням на європейському континенті тоталітарних екстремістських режимів, він закликав демократичні країни до самозахисту, який коротко охарактеризував словами «з вогнем потрібно боротися вогнем»**. Левенштайн пророкував, що «вороги демократії робитимуть свою невдячну справу, зловживаючи демократичними гарантіями верховенства права й прикриваючись справою захисту індивідуальних свобод»***.

Важливе значення в утвердженні цієї доктрини мали події Другої світової війни, що засвідчили справедливість слів К. Левенштайна. Фактичну інституціоналізацію вона отримала в рішеннях Нюрберського процесу. Була визнана на міжнародному рівні фактична несумісність з демократичним і мирним співіснуванням держав нацистської ідеології. Серед основних причин такого рішення зазначали те, що «політичне керівництво використовували для цілей, які відповідно до Статуту *(Міжнародного військового трибуналу — Ю. Б.)* були злочинними й передбачали германізацію приєднаних територій, переслідування єв-

---

* Commission Opinion on the Rule of Law in Poland on the Rule of Law Framework: Qestions & Answers. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_16_2017 (Last accessed: 20.04.2021).

** Loewenstein K. Militant Democracy and Fundamental Rights. *Comparative constitutionalism*: Cases and materials. St. Paul: LEG, 2016. P. 1588.

*** Цит. за: Ginsburg T., Dixon R. Comparative Constitutional Law. Northhampton: Edward Elgar Pub., 2011. P. 337.

реїв, проведення програми рабської праці й жорстоке поводження з військовополоненими»[*].

Ці й інші чинники стали поштовхом для конституціоналізації «войовничої демократії». Однією з перших цей інститут закріпила постфашистська Італія в Конституції 1947 року. У пункті XII «Перехідних і заключних положень» зафіксовано заборону відновлення в будь-якій формі розпущеної фашистської партії. Окрім цього, протягом п'яти років після набуття чинності Конституції було встановлено обмеження щодо активного й пасивного виборчого права для відповідальних керівників фашистського режиму[**].

Німеччина, яка пережила тоталітарні часи, вирішила виробити механізми, які б запобігали надалі відновленню фашизму. В Основоположному законі ФРН 1949 року було зафіксовано, що «партії, які прагнуть, з огляду на свої цілі або дій їхніх прихильників, завдати шкоди основам вільного демократичного порядку або усунути його, або загрожують існуванню Федеративної Республіки Німеччини, є антиконституційними» (частина друга статті 21).

Федеральний конституційний суд Німеччини на захист цієї статті ухвалив низку рішень, деякі з них стали справжніми зразками для інших органів конституційного контролю.

Одним із перших було рішення із заборони Комуністичної партії Німеччини (Рішення від 17 серпня 1956 року). Суд надзвичайно ретельно підійшов до цієї справи. Чого лише вартий аналіз на 50 сторінках маркситсько-ленінської ідеології. Суд, визнаючи несумісність ідеології та діяльності партії з цінностями вільного демократичного порядку, зауважив у своєму рішенні, що «позиція Основного закону щодо політичних партій… стає зрозумілою лише з урахуванням досвіду боротьби із цією (*націонал-соціалістичною — Ю. Б.)* тоталітарною системою»[***]. Цієї юридичної позиції дотримувалися і на панєвропейському рівні, зокрема Європейська комісія з прав людини — орган, що свого часу також був покликаний захищати права й свободи, визначені Конвенцією 1950 року.

---

[*] Нюрнбергский процесс: сборник материалов: у 8 т. М.: Юридическая литература, 1987—1999. Т. 8. М.: Юридическая литература, 1999. С. 644.

[**] Шаповал В. М. Конституція Італійської Республіки (з передмовою Володимира Шаповала). К.: Москаленко О. М., 2018. С. 60.

[***] Франкенберг Г. Обучающийся суверен. *Конституционное право: восточное вропейское обозрение*. 2004. № 2. С. 21—22.

Комісія була одностайна щодо неприйнятності скарги забороненої Комуністичної партії, покликаючись на статтю 17 Конвенції, в якій визначено, що «жодне з положень цієї Конвенції не можна тлумачити як таке, що надає будь-якій державі, групі чи особі право займатися будь-якою діяльністю або вчиняти будь-яку дію, спрямовану на скасування будь-яких прав і свобод, визнаних цією Конвенцією, або на їхнє обмеження в більшому обсязі, ніж це передбачено в Конвенції». Комісія вказала, що задекларована Компартією у своїй програмі мета зі встановлення соціал-комуністичної системи через диктатуру пролетаріату є несумісною із завданнями конвенційної системи захисту прав людини та передбачає ліквідацію багатьох прав і свобод, визначених Конвенцією (Рішення Комісії щодо скарги № 250/57 від 20 липня 1957 року)*.

Одним із останніх прецендентів, який не тільки вніс корективи в згадану доктрину, але й спричинив внесення змін до Основоположного закону, стало рішення у справі про Національно-демократичну партії Німеччини (Рішення від 17 січня 2017 року № 2BvB 1/13)**. Оцінюючи діяльність й ідеологію партії, суд визнав, що на час розгляду заяви, НДПН не здатна досягти своїх цілей ані парламентським, ані будь-яким іншим позапарламентським демократичним шляхом. Суд узяв до уваги, що численні спроби партії потрапити до земельних чи національного парламентів не мали успіху жодного разу за 50 років існування партії. Тоді партія могла «похизуватися» лише одним депутатом в Європарламенті. Так, суд визначив, що діяльність партії не є такою масштабною, щоб загрожувати вільному демократичному ладу, а отже, і немає підстав для її заборони.

Проте саме це є певною зміною доктринальних підходів. Суд визнав ідеологію партії антиконституційною. Оскільки остання передбачає посягання на ключові конституційні цінності (передовсім людську гідність): партія ставить собі за мету побудову авторитарної національної держави, яка дотримується ідеї етнічно визначеної народної спільноти***.

---

* Commission Europeene des droits de l'homme European commission of human rights. URL: http://melaproject.-org/sites/default/files/201901/ECommHR%2C%20Communist%20Party%20of%20Germany%20v.%20Federal%20Republic%20of%20Germany%20%28Appl.%20No.%20250%3A57%29%2C%20Decision%2C%2020%20July%201957.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

** Варто звернути увагу, що діяльність цієї партії була предметом контролю з боку ФКС неодноразово.

*** No prohibition of the National Democratic Party of Germany as there are no indications that it will succeed in achieving its anti-constitutional aims. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen-/EN/2017/bvg17-004.html (Last accessed: 20.04.2021).

Згадане рішення суду спровокувало гостру дискусію в суспільстві ще до ухвалення відповідних конституційних змін. Бундестаг не став миритись із тим, що така партія, як НДПН може вільно провадити свою діяльність і, ба більше, отримувати державне фінансування (тоді це було приблизно 1,1 млн євро). Відтепер Федеральний конституційний суд Німеччини може визнаючи партію антиконституційною або заборонити її, або ж встановити для такої партії режим жорстких фінансових обмежень, який полягатиме в забороні на державне фінансування такої партії та поширення на неї пільгового режиму оподаткування чи отримання пожертв[*].

Іншим злом, з яким бореться войовнича демократія є ***недемократична внутрішня організація партій***, що може бути першим передвісником антидемократичної спрямованості партії в майбутньому. З цим явищем також намагаються боротися на конституційному рівні. Наприклад, в Іспанії обов'язковою вимогою до партії є її демократична внутрішня структура (стаття 7 Конституції Іспанії).

З розпадом радянського блоку держав пов'язують ще одну новацію в розвитку доктрини войовничої демократії, зокрема запровадження ***люстраційних механізмів*** та ***декомунізацію***. Щодо останнього, то вартий уваги факт закріплення в Конституції Польщі 1997 року заборони на існування партій, які звертаються у своїх програмах до тоталітарних методів і практик нацизму, фашизму та комунізму (стаття 13).

Заборона комунізму стала своєрідним трендом у Східній Європі. Скрізь стали ухвалювати закони, спрямовані на заборону рухів, які пропагують комуністичні ідеї. Правда, не завжди такі законодавчі кроки отримували позитивний висновок з боку органів конституційного контролю.

Так, 1991 року парламент Чехії вніс зміни до Кримінального кодексу, доповнивши статтю, якою було криміналізовано підтримку або пропаганду рухів, діяльність яких спрямована на придушення прав і свобод громадян, чи сприяє національній, расовій, класовій чи релігійній ненависті, вказанням того, що до такої забороненої ідеології належить і комунізм. Означену новелу було оскаржено в Конституційному суді, який, керуючись вимогою правової визначеності як частиною конституційного принципу правової держави, визнав цю норму неконститу-

[*] Bundestag cancels German government funding of non-democratic parties. URL: https://www.dw.com/en/bundestag-cancels-german-government-funding-of-non-democratic-parties/a-39372750 (Last accessed: 20.04.2021); Basic Law of FRG. URL: https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

ційною, зважаючи на недопустимість використання в кримінальному законі формулювань на кшталт «зокрема, такі як…» (саме в такий спосіб у зміненій статті Кримінального кодексу визначено заборону комуністичних рухів) (Рішення від 4 вересня 1992 року)*.

Особливим чином протидія радянсько-комуністичній ідеології відбувалась в Україні. Після невдалої спроби державного перевороту, Верховна Рада України проголосила остаточну незалежність України і заборонила на території України діяльність Комуністичної партії України як такої, що спрямовує свою діяльність на зміну конституційного ладу насильницьким шляхом та посягає на інші конституційні цінності та принципи, визначені Конституцією (Основним законом) України 1978 року. Варто зауважити, що відповідне рішення було ухвалено не самим парламентом, а його керівним робочим органом — Президією (Постанова № 1468-XII від 30 серпня 1991 року). По-друге, згадані цінності й принципи майже дослівно відтворені в статті 37 Конституції України 1996 року, фактичному аналогу частині 3 статті 21 Основоположного закону ФРН.

Однак це аж ніяк не завадило створити нове об'єднання з аналогійною назвою, що згодом перетворили в політичну партію. Оновленій комуністичній силі вдавалося тривалий час не просто повноцінно функціювати, але й брати участь у виборчих кампаніях, перемагати в них, та, як наслідок, бути представленими в парламентах усіх скликань протягом 1994—2014 років. Ба більше, за наслідками виборів 1994 року Компартії вдалося сформувати найбільшу фракцію та суттєво вплинути на зміст Основоположного закону України (серед її «заслуг» — особливий статус Криму, невизначеність із державними символами, виокремлення російської мови серед мов меншин, надмірні «соціальні» зобов'язання держави).

2001 року згадана Постанова Президії Верховної Ради України стала предметом розгляду Конституційного Суду України. Останній визнав цей акт неконституційним з огляду на брак повноважень у робочого органу парламенту, як і самого парламенту із заборони політичних партій, та браку взаємозв'язків між Компартією України, яка сприяла державному заколоту, та одноіменною організацією, зареєстрованою за законодавством незалежної України (Рішення від 27 грудня 2001 року № 20-рп/2001).

---

* Про внесення змін до Постанови Президії Верховної Ради Української РСР «Про сітку районних (міських) народних судів Української РСР та число народних суддів». URL: https://www.usoud.cz/en/decisions/19920904-pl-us-592-czechoslovak-const-court-hate-crimes/ (дата звернення: 24.04.2021.).

Революція гідності, анексія Криму та війна на Сході дали новий поштовх в історії із забороною Комуністичної партії. 9 квітня 2015 року був ухвалений Закон України № 317-VIII «Про засудження комуністичного та націонал-соціалістичного (нацистського) тоталітарних режимів в Україні та заборону пропаганди їхньої символіки», яким серед іншого передбачалась заборона політичних партій, мета (цілі) або дії яких спрямовані на пропаганду комуністичного тоталітарного режиму та їхньої символіки. Політичним партіям було запропоновано увідповіднити свою діяльність із законом. Однак таку пересторогу не було сприйнято, і Міністерство юстиції України подало декілька позовів щодо заборони політичних партій, які сповідували радянсько-комуністичну ідеологію.

Окружний адміністративний суд м. Києва, як суд першої інстанції у справах про заборону діяльності політичних партій, ухвалив рішення про припинення діяльності Комуністичної партії робітників та селян*, Комуністичної партії України (оновленої)** та Комуністичної партії України***.

Варто звернути увагу, що згадані рішення мали «поверховий» зміст і насправді ґрунтувалися на висновку Міністерства юстиції України щодо ідеологічної спрямованості та символіки згаданих партій. На жаль, не було надано доказів (а отже і здійснення їх оцінки судом), сприяння, а іноді і відвертого керівництва, представників тієї ж КПУ діяльності із окупації АРК та сепаратиської війни на Сході України****. Таке половинчасте рішення суду цілком можливо може негативно оцінити Європейським судом з прав людини в разі звернення до суду представників «розпущених» партій.

Підставою для таких висновків може бути аналіз практики ЄСПЛ щодо захисту конвенційного права на свободу об'єднання (стаття 11) в ситуаціях із забороною політичних партій національною владою. Однією із найпоказовіших є практика суду у справах проти Туреччини. Влада цієї країни, що до останнього сповідувала ідеологію світської

---

* http://reyestr.court.gov.ua/Review/51867521#

** http://reyestr.court.gov.ua/Review/51867526

*** http://reyestr.court.gov.ua/Review/54392066 (Станом на 15.03.2021 р. рішення не набуло остаточної сили в зв'язку з призупиненням розгляду справи апеляційною інстанцією, оскільки згаданий антикомуністичний закон був предметом розгляду Конституційного Суду України. Однак після винесення КСУ рішення від 16 липня 2019 року № 9-р/2019 про визнання закону конституційним суд апеляційної інстанції поновив провадження у справі).

**** В Єдиному державному реєстрі судових рішень можна легко знайти свідчення вчинення представниками КПУ злочинів проти основ національної безпеки України у вказаний період (наприклад, http://reyestr.court.gov.ua/Review/71249212; http://reyestr.court.gov.ua/Review/66131785)

держави Кемаля Ататюрка, виявляла нетерпимість до крайніх за поглядами партій лівого й правого толку. У результаті такі партії забороняли в судовому порядку.

Однією із таких заборонених політичних сил була Об'єднана комуністична партія Туреччини. Європейський суд визнав наявність порушення статті 11 Конвенції в ситуації із розпуском згаданої партії через брак доказів реальних дій партій, спрямованих ключових цінностей та принципів, які підлягають особливому захисту під час реалізації згаданого конвенційного права (національна безпека, громадський порядок, здоров'я населення, мораль та права людини (частина 2 статті 11). Насправді партію заборонили через її назву та програму. А сама партія навіть не встигла зробити будь-яких значущих кроків на політичній арені. Суд визнав, що в демократичній державі «не може бути виправданням створення перешкод політичному об'єднанню тільки через те, що воно могло б публічно обговорити становище певної частини населення в державі (*йдеться про проблему курдів, яку активно розвивають комуністи — Ю. Б.)* і взяти участь у політичному житті країни для знаходження, відповідно до норм демократії, рішень, здатних задовольнити кожну зацікавлену особу» (Рішення від 30 січня 1998 року у справі «Об'єднана комуністична партія Туреччини проти Туреччини»)[*].

Повертаючись до вітчизняної історії декомунізації, варто зауважити, що своє слово вкотре сказав Конституційний Суд України, визнавши Закон України № 317-VIII таким, що відповідає Конституції України (Рішення від 16 липня 2019 року № 9-р/2019). Важливою є така юридична позиція, визначена в рішенні суду: «Комуністичний режим заперечував й обмежував права людини, унеможливив демократичну організацію державної влади». «Узурпація державної влади комуністичним режимом здійснювалася перш за все шляхом ліквідації свободи політичної діяльності, усунення політичних опонентів та унеможливлення політичної конкуренції, заборони діяльності всіх політичних партій, окрім однієї — комуністичної, яка насправді перетворилася на провідну інституцію, що визначала пріоритети державної політики, нехтуючи одночасно демократичними принципами організації державної влади, конституційними нормами й правами людини».

Своєрідним продовженням політики декомунізації в Україні й інших країнах Східної Європи стало запровадження «люстраційних» заходів,

[*] Рішення від 30 січня 1998 року у справі «Об'єднана комуністична партія Туреччини проти Туреччини». URL: http://europeancourt.ru/uploads/ECHR_United_Communist_Party_-of_Turkey_and_Others_v_Turkey_30_01_1998.pdf (дата звернення: 24.04.2021.).

які забороняли обіймати посади, особам, які за «радянських» режимів обіймали посади в державних, партійних органах та політичній поліції (спеціальних службах безпеки).

Окремі з таких «люстраційних» заборон (точніше не самі заборони, а кейси стосовно конкретних громадян, до яких їх було застосовано) ставали предметом розгляду Європейським судом з прав людини. У своїх рішеннях суд аналізував згадані заборони крізь призму значущості демократії як однією із ключових цінностей конституціоналізму, як спільну спадщину європейських держав, що складається із політичних традицій, ідеалів свободи і верховенства права, як «є єдиною політичною моделлю, передбаченою Конвенцією і, отже, єдиною сумісною з нею»*.

Суд визнав за державами-учасницями право застосовувати люстраційні заходи для покарання особи за її минулу негромадянську поведінку або для запобігання небезпеки конституційного порядку через усунення особи з обійманої посади або відмові їй у балотування (обійманні) посади.

Були й певні застереження, зокрема і той факт, що такі заходи є виправданими і пропорційними в перші роки після повалення конституційних режимів, однак що далі, то менше є підстав їхнього застосування.

Вітчизняний законодавець для подальшої демократизації процесів управління ухвалив Закон України «Про очищення влади» від 16 вересня 2014 року № 1682-VII, яким було запроваджено низку люстраційних заходів до двох категорій осіб: а) які обіймали відповідальні посади в державних органах, зокрема органах правопорядку, за часів президенства В. Януковича; б) яких обирали на керівні посади в партійні й комсомольські органи, і які перебували на посадах в органах безпеки за часів СРСР. На жаль, відразу не взяли до уваги позиції європейських експертів, які, не заперечуючи люстрацію як інструмент самозахисту демократії, закликали під час застосування люстраційних механізмів обов'язково дотримуватись таких принципів: «провина повинна бути доведена в кожному конкретному випадку; право на захист, презумпція невинуватості й право на оскарження в суді мають бути гарантовані; повинні бути дотримані різні функції і цілі, з одного боку, люстрації, зокрема захист нової демократії, та з іншого — кримінальне право, тобто покарання осіб, провину яких доведено; люстрація повинна відповіда-

* Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Жданок проти Латвії». URL: http://khpg.org/index.php?id=1376806128 (дата звернення: 24.04.2021.).

ти суворим часовим межам як у період її виконання, так і в період перевірки» (Проміжний висновок Венеційської комісії щодо Закону «Про очищення влади» (12—13 грудня 2014 року)[*].

Результатом такої «неуваги» стало Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Полях й інші проти України» (17 жовтня 2019 року). Суд визначив, що в ситуації із застосуванням до заявників заходів, передбачених загаданим Законом, було порушено два конвенційних права — право на справедливий суд (стаття 6) і право на повагу до приватного та сімейного життя (стаття 8). В основу своєї аргументації суд поклав юридичну позицію, відповідно до якої «застосовані до заявників заходи були дуже обмежувальними й широкими за обсягом». «Тому потрібні були дуже переконливі підстави, щоб довести, що такі заходи могли бути застосовані за відсутності будь-якої індивідуальної оцінки поведінки особи лише на підставі висновку, що їхнє перебування на посаді в період, коли пан Янукович обіймав посаду Президента України, достатньою мірою доводило брак у них відданості демократичним принципам державної організації або їхню причетність до корупції»[**].

Варто зауважити, що «войовнича демократія» не є унікальною панівною концепцію взаємодії з політичними партіями й іншими інститутами висловлення поглядів. Протилежною до неї є доктрина «процедурної демократії», яскравим представником якої є США. Сутність цієї доктрини полягає в забороні будь-яких обмежень «на політичну дискусію і висловлення думок, ураховуючи й ті виступи, що спрямовані проти чинного конституційного ладу»[***]. Цілком зрозуміло, що йдеться лише про демократичні способи висловлення своїх поглядів. Припускають, що у вільному суспільстві повинен функціювати плюралізм думок у максимальних межах. Цьому також сприяє і те, що таке суспільство жодного разу «не хворіло» на тоталітаризм чи інші недемократичні практики, а тому є певна гарантія, що історична пам'ять не зможе стати певним тригером для повалення демократії.

Як влучно з цього приводу зазначив Верховний суд США в рішенні у справі «Шенк проти Сполучених Штатів» (***Schenk v. US,*** (1919)):

---

[*] Interim Opinion on the Law on Government Cleansing (Lustration Law) of Ukraine adopted by the Venice Commission at its 101st Plenary Session (Venice, 12—13 December 2014) — in Ukrainian. URL: https://www.-venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)044-ukr (Last accessed: 20.04.2021).

[**] Справа «Полях та інші проти України». URL: https://protocol.ua/ua/polyah_ta_inshi_proti_ukraini/ (дата звернення: 24.04.2021.).

[***] Бофилль Э. Л. Запрет политических партий как один из признаков «воинствующей демократии». *Сравнительное конституционное обозрение*. 2005. № 1. С. 114.

«Оратор-одинак, що пропагує революцію з імпровізованої трибуни у формі ящика з-під мила, має мало шансів на успіх, але в гарно організованого, високо дисциплінованого політичного руху, що пропагує революцію на пороховій бочці нестабільних політичних умов, шансів набагато більше»[*].

Можна стверджувати, що позиція Європейського суду з прав людини так само сповідує правову політику терпимості до функціювання радикально налаштованих політичних об'єднань. Згадувана практика оскарження рішень турецьких органів влади щодо заборони політичних партій є тому свідченням (слід додати, що із 282 рішень, ухвалених щодо Туреччини за останні 60 років, у 97 випадках суд визнав порушення саме права на свободу асоціацій[**], звичайно, беручи до уваги й той факт, що Конституційний суд Туреччини за час своєї діяльності заборонив 25 партій[***]).

У дещо схожій справі «Станков та Об'єднана македонська організація "Іліндeн" проти Болгарії» (2 жовтня 2001 року), суд визнав порушення права на свободу мирних зібрань стосовно громадян, які за чинним українським законодавством цілком імовірно могли бути звинувачені у посяганні на територіальну цілісність. Йшлося про громадський рух, який мав на меті від'єднати частину території Болгарії та створити незалежну македонську держави. З цією метою вони влаштовували різні публічні заходи із використанням символіки, що засвідчувало їхні сепаратиські наміри.

Суд висловив низку юридичних позицій, які є визначальними для вищезгаданої доктрини, сформованої судом: «Однією з принципових характеристик демократії є змога розв'язувати проблеми країни завдяки діалогу, без застосування насильства, навіть якщо ці проблеми діють дратівливо. Демократія розквітає за свободи висловлення поглядів...Суттєвим чинником, який потрібно взяти до уваги, є питання, чи мали місце заклики до застосування насильства, заколоту або іншій формі заперечення демократичних принципів»[****].

---

[*] Джанда К., Берри Дж., Голдман Дж., Хула К. Трудным путем демократии: процесс государственного управления в США / пер. с англ. Москва, 2006. С. 470.

[**] European Court of Human Rights. Annual Report 2019. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2019. P. 137.

[***] Кынев А. В., Любарев А. Е Партии и выборы в современной России: эволюция и деволюция. М.: Новое литературное обозрение, 2011. С. 155.

[****] Избранные решения Европейского суда по правам человека. Статья 11 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. М.: МХГ, 2012. С. 179.

З іншого боку, суд продемонстрував підтримку владі Туреччини у справі про заборону Партії благоденства (Рефах Партидзи). На відміну від традиційно «процедурного» підходу до розуміння демократичного дискурсу, суд «войовничо» підійшов до питання про можливості існування політичних сил, які намагаються нівелювати базові основи правової демократичної держави, зокрема її світський характер. «Не можна сказати, що верховенство права лежить в основі світського суспільства, коли групи людей дискримінують лише на підставі будь-якої статі, політичних або релігійних переконань. Верховенства права немає там, де для таких груп створюють абсолютно іншу законодавчу систему. Існує дуже тісний зв'язок між верховенством права і демократією. Оскільки функцією права є гармонізація і регулювання відносин між доволі різними людьми, верховенство права не можуть тривалий час підтримувати, якщо люди, що підкоряються одним і тим же законам, не мають права останнього слова щодо змісту та застосування законів»[*].

Суд заперечив проти можливості існування рухів, які пропагують ідеї запровадження шаріату як протиставлення світській правовій системі. Насправді суд поєднав начала «войовничої» та «процедурної» доктрин. З одного боку, суд визнав, що пропоновані партією конституційні та законодавчі ініціативи «повинні відповідати фундаментальним демократичним принципам, а з іншого — реалізації таких завдань повинні досягати лише законними та демократичними засобами».

Важливим є і те, що доказом «недемократичності» самої партії може бути не тільки діяльність самого політичного об'єднання, але і дії, рішення та виступи його представників. Останнє має значення для розв'язання питання про заборону партії навіть за умов, коли партії публічно не підтримали такі кроки своїх представників, але й не відмовилася від подальшої співпраці з ними й не виключила їх зі своїх лав. «Попри те, що лідери РЕФАХ в урядових документах не закликали до застосування сили й насильства, вони не вжили належних заходів, щоб дистанціюватися від тих членів партії, які публічно схвалювали застосування сили до політиків, що їм протистояли. Лідери РЕФАХ не намагалися розвіяти двозначність тверджень про можливість застосування насильницьких методів для отримання й утримання влади»[**] (Рішення у справі «Партія Благоденства (Рефах Партидзи) й інші проти Туреччини» від 13 лютого 2003 року).

---

[*] Там само. С. 65.

[**] Избранные решения Европейского суда по правам человека. Статья 11 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. С. 71.

Така риторика однієї з найавторитетніших правозахисних інституцій у світі, що закликає до поступового розширення поля ідеологічної свободи, яке до снаги країнам, що сповідують доктрину «процедурної демократії». Демократія — це те мистецтво, якого повинні вчитись не тільки політики, але і сам народ. Таку концепцію німецький дослідник Гюнтер Франкенберг охарактеризував, як «суверен, що навчається». Демократичний народ тим і відрізняється від абсолютистського суверена, що він «може або, точніше, йому дозволено навчатися». «В емпіричному плані ця можливість означає, що суверен здатен накопичувати досвід. У нормативному — умоглядне уявлення минулого й вироблення відповідних висновків для майбутнього»*.

Доволі своєрідним й іронічним для розуміння концепту «суверена, що навчається» є історія із першими демократичними виборами в Алжирі 1991 року. Під впливом економіко-соціальної кризи та масових протестів, уряд військових (правда, максимально «лібералізований») вирішив провести багатопартійні двотурові вибори. За результатами першого туру майже половину голосів виборців отримав Ісламський фронт порятунку, ідеологія якого була спрямована на встановлення шаріату. За підрахунками в другому турі, вони потенційно могли б отримати кваліфіковану більшість, яка б дала їм змогу не тільки змінити конституцію, але навіть і проголосили Алжир ісламською державою. Опозиційні до ІФП політичні сили зініціювали масові протести своїх прихильників.

Наслідком цього стала відставка президента й перехід влади спочатку до Ради національної безпеки, а потім до Вищої державної ради. Ці тимчасові органи скасували другий тур із формулюванням: «Виборчий процес перервано, оскільки він становить загрозу майбутньому держави»**.

Теорію самозахисту демократії останнім часом розглядають у контексті загроз, яку несе із собою хвиля популізму в публічній політиці. Прихід у низці країн до влади політиків, які апелюють до політики ізоліціонізму, гегемонізують більшість, яка їх підтримує, може означати появу доволі серйозних тенденцій, загрозливих як для правової держави, так і засад представницької демократії***. За слушним висловом

---

* Франкенберг Г. Обучающийся суверен. *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. 2004. № 2. С. 17.

** Ланда Р. Г. История Алжира. XX век. М.: Институт востоковедения РАН, 1999. С. 215—217.

*** Шааб С. Популисткое искушение. Обратная сторона иллюзии идентичности. К.: Вид-во Жупанського, 2020. С. 10.

американської дослідниці Наді Урбинаті «популізм повертає пріоритет гегемонічній єдності народу, протиставляє її як раціоналістичній спробі звести таку єдність до деліберативної промови, так і процедурній обробці засобами виборного представництва, політичної участі через канали політичних партій та конституційних норм, що обмежують рішення більшості»*.

Насправді популізм бореться із тим, до чого толерує «політична дієва демократія» — до різноманіття та мультикультуралізму. Витісняючи одвічного супутника конституціоналізму, лібералізм, із політичного дискурсу, він у такий спосіб періодично ставить під сумнів цінність прав людини та верховенства права як аксіологічну основу сучасного конституційного порядку. Як слушно описує цю ситуацію К. Р. Катвассер, сучасну демократію можна розглядати як постійне тертя між двома «стовпами», одним із яких є народне представництво, засноване на регулярних та вільних виборах, а іншим — закріплені в конституції інституційні владні механізми та судова система, яка стоїть на сторожі прав людини, як осерді ліберальної демократії. Популістичні політичні сили апелюють до того, що сформовані в інший, аніж вибори владні інституції, не мають належного рівня народної легітимності, а отже, не повинні протиставляти себе органам первинного представництва чи обраним народом посадовим особам, зокрема, коли скасовуючи ухвалені останніми рішення, навіть тоді, коли такими рішеннями порушують права меншості**.

Важко спрогнозувати, чи вироблять конституційні системи певні запобіжники проти цих небезпечних тенденцій, однак поки що видається, що один зі стовпів конституціоналізму, — демократію використовують проти інших двох його (конституціоналізму) основ.

---

* Урбинати Н. Искаженная демократия. М.: Из-во Института Гайдара, 2016. С. 253.

** Kaltwasser C.R. Populismvs. Constitutionalism? Comparative Perspectives on Contemporary Western Europe, Latin America, and the United States. URL: https://www.fljs.org/sites/www.fljs.org/files/publications/Kaltwasser.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

## 4.2. Вибори як ключова форма безпосередньої демократії: конституційні засади

### 4.2.1. Правова природа виборів

Вибори як форма реалізації безпосередньої демократії нині є невіддільною ознакою демократичного суспільства. Навіть країни з тоталітарними чи авторитарними політичними режимами намагаються «проводити» вибори для легалізації (але не легітимації) своєї влади. Тобто вибори в сучасних умовах є, по суті, універсальним інструментом не тільки формування органів влади, але й забезпечення функційної структурованості самої держави. Проте таке структурування й видиме «народне представництво» створюють часто лише зовнішню, формальну наближеність до демократичних стандартів, але не завжди забезпечують реальну легітимацію влади. З огляду на це, питання «реальності» виборів є чи не найефективнішим індикатором демократичності держави загалом та ефективності її інститутів.

Уже традиційно вибори прийнято сприймати як інструмент формування представницьких органів публічної влади, насамперед парламентів, заміщення поста глави держави, представницьких органів на рівні суб'єктів федерації (у федеративних країнах), представницьких органів місцевого самоврядування*. Дуже часто вибори й сприймають лише крізь призму цієї функції. Проте такий підхід є дуже вузьким й однобічним, адже відповідно до нього вибори сприймають лише в аспекті їхнього «органотворчого» значення й відповідно зводять тільки до державно-владного регулювання, навіть з урахуванням виявлення справжньої волі народу. Насправді вибори виконують ширше коло юридично значущих функцій.

Основана функція виборів це все ж легітимація держави й публічної влади. Вибори є інструментом виявлення волі народу. Вільні, відкриті й періодичні вибори дають змогу державі перебувати в живому та актуальному зв'язку з її народом. Вибори є практичним інструментом

* В окремих країнах вибори використовують для заміщення посад і в інших органах влади, наприклад, посадових осіб поліції (Великобританія), прокурорів (США), суддів (США, Японія). Проте такий підхід винятковий і не надто поширений, особливо в країнах континентальної системи права. Див. Daniel M. Thompson Do Elections Increase Local Policy Responsiveness? URL: http://web.stanford.edu/~dthomp/papers/-Thompson_Commissioners.pdf (Last accessed: 20.04.2021); Ellis Michael J. The Origins of the Elected Prosecutor. *The Yale Law Journal.* 121.6 (2012). P. 1528—1569; Aaron-Andrew P B, and J L. Ethan. Elected Judges and Statutory Interpretation. *The University of Chicago Law Review*. 79.4 (2012).

перетворення безпосередньої демократії в представницьке управління. Саме в такому ключі влада стає результатом реалізації прав кожної людини. Адже основоположним тут є право на участь в управлінні публічними справами, з якого походять й політичні права та відповідно суб'єктивні виборчі права. Невиконання інститутом виборів зазначеної функції спричинює делегітимацію публічної влади в державі та природну потребу застосовувати інші демократичні інститути (мітинги, протести, реалізацію права на повстання). Брак легітимувального начала у виборах може спровокувати делегітимацію самої держави.

Функцію ***формування публічної влади*** досить часто визначають не тільки основною, але й єдиною. Ключова практична мета виборів — сформувати представницькі органи. Йдеться про надання представницького мандата певній особі або групі осіб. До того ж акцентувати слід саме на виникненні та початку реалізації особливих відносин представництва, коли «довіритель» (виборці) делегує повноваження на здійснення публічної влади, визначаючи тільки загальні межі такої діяльності. Очевидно, таке представництво не може бути прирівняним до, наприклад, звичного в цивільному праві. Відповідно й відносини між представником та виборцями повинні мати іншу природу. З одного боку, виборці не мають достатніх інструментів надання доручень щодо кожної дії представника та контролю за цим, а з іншого — сам представник повинен залежати від волі виборців і діяти в їхніх інтересах. Тому інститут відкликання членів представницьких органів не вважають прийнятним у демократичних країнах (особливо в загальнонаціональних парламентах) й використовують вкрай рідко. Відчуття такої залежності обраного представника від виборців породжує «сервісну спрямованість» публічної влади, де головним є служіння народу, громаді. Таку спрямованість роботи, наприклад, обраного парламенту слід передавати й сформованому парламентом уряду, а далі й усій системі державних органів. Так, у демократичних країнах забезпечують не тільки формування органів публічної влади, але й гарантування антропоцентричності їхньої діяльності — коли права людини справді є основою, змістом та ціллю діяльності держави.

Функціювання демократичного суспільства передбачає плюралізм думок, поглядів та світогляду, які стимулюють розвиток суспільства та живу конкуренцію ідей. За таких умов вибори виконують функцію ***політичної структуризації суспільства*** — забезпечення цивілізованої боротьби різних поглядів на розвиток держави, її економіки, соціальної політики, вектор культурного розвитку тощо. Гарантована змога

участі в справжніх виборах для різних політичних партій є запорукою демократичного розвитку суспільства. Одночасно слід зважати, що для участі у виборах політичні партії після утворення повинні пройти низку етапів розвитку, становлення та практичної підготовки до виборчого процесу, що стимулюватиме розвиток у суспільства низки політичних явищ та процесів. Саме розвиток партій стимулює плюралізм й у низці інших (суміжних сфер), зокрема забезпечення свободи слова, реалізація публічного контролю за діяльністю владних органів та посадових осіб, стимулювання політичної активності суспільства тощо. Так, навіть порівняно нечасте проведення виборів (середній строк повноважень представницьких органів 4—6 років) забезпечує політичну активність та структуризацію суспільства в міжвиборчий період та стимулює розвиток громадянського суспільства.

Функцію ***притягнення до політичної відповідальності*** виборних осіб через інститут виборів з конституційно-правового погляду обговорюють досить рідко, адже це скоріше питання політологічного аналізу. Дуже важливо зауважити на одному аспекті політичної відповідальності — її співвіднесення з відповідальністю юридичною в конституційному праві. Тут слід звернути увагу на інститут відкликання депутатів безпосередньо виборцями, через ініціативи політичних партій або ж через інші інструменти «прив'язування» обраного представника до певного виборчого округу чи політичної сили. Саме тому дуже часто, коли йдеться про притягнення до відповідальності виборних осіб, дискусія зводиться до використання імперативного мандата (позбавлення представницького мандата за відхилення від політичної/партійної позиції) та інших форм «жорсткого» забезпечення партійної дисципліни юридичними інструментами.

Слід зазначити, що така практика не тільки є непропорційною в демократичному суспільстві, але й шкодить розвитку демократії. Ефективне виконання виборами функції «притягнення» політиків до відповідальності є нормальним станом справ у країнах з розвиненими демократичними традиціями. Тому ця функція виборів для конституційного права є не менш важливою, як і для політології, оскільки безпосередньо впливає на незастосування (відсутність регулятивного втручання) юридичних інструментів з невластивими їм функційним призначенням. Політичних цілей (як-от притягнення до політичної відповідальності) не повинні досягати через застосування надмірних юридичних обмежень.

Характеристика зазначених тут функцій, спрямована на загальнодержавні вибори та їхнє значення для здійснення народовладдя. Очевидно, місцеві вибори мають трохи інші акценти, проте сутнісно виконують аналогійні функції на рівні громади, адміністративно-територіального утворення тощо.

Конституційне регулювання виборів є вкрай точковим. Більшість кодифікованих конституцій не містить деталей виборчих процедур та конкретних вимог до їхнього проведення. Такі вимоги можна досить комплексно представити через характеристику принципів виборчого права.

### 4.2.2. Конституційні принципи виборчого права

Характеристика принципів виборчого права передбачає врахування низки теоретичних (доктринальних) підходів до розуміння природи виборів, міжнародних стандартів, особливостей національного законодавства кожної з країн, а також практики проведення виборів. Насправді принципи виборчого права це не тільки загальні орієнтири для організації і проведення виборів, але й досить конкретні вимоги до виборчого процесу. Не вдаючись до дискусії про місце принципів виборчого права в системі принципів права загалом і безпосередньо конституційного права, тут тільки зазначимо, що в цій сфері (виборчому праві) природа принципів особливо яскраво виявляє свій регулятивний вплив.

Принципи виборчого права не тільки виступають орієнтирами нормативного регулювання виборчих правовідносин. Саме вони, як і принципи права загалом, виражають ціннісно-ідеологічний чи нормативний підхід* до розуміння їхньої сутності, проте у виборчому праві суть і значення принципів має надзвичайно суттєве практичне значення; першочергове вираження отримує регулятивний елемент принципів. Вони здійснюють регулятивний вплив на формування національного (окремого для кожної країни) способу використання інституту виборів, його конституційного закріплення, подальшого нормативного (зазвичай законодавчого) розвитку, практику застосування учасниками виборчих процесів та правозастосовну практику вирішення виборчих спорів.

---

* Козюбра М. І. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України: юридичний журнал.* 2017. Вип. 11. С. 150.

Багатоаспектність виборчого права та його комплексна природа зумовлюють досить велику кількість класифікацій принципів виборчого права. Найпоширенішим є виокремлення п'яти основних принципів: вільних виборів, загального, рівного, прямого виборчого права, що здійснюють шляхом таємного голосування. Саме такий підхід закріплено й у Конституції України та конституціях деяких інших країн. До того ж формальний критерій нормативного конституційного закріплення в цій ситуації не завжди працює. Адже тільки конституції деяких держав містять прямо зафіксовані принципи виборчого права (наприклад, Франція, ФРН, Хорватія, Молдова, Естонія, Італія, Іспанія), хоч і тут «каталог» таких принципів зазвичай доповнюють непрямо сформульованими (закріпленими) принципами. Тому другий підхід поширеніший, коли конституції містять не так покликання на конкретний термін (поняття), що позначає принцип, як його сутнісне значення.

Доктринально, очевидно, кількість критеріїв класифікації та відповідно різноманітність видів принципів виборчого права є дуже широкими. Чи не найкомплексніший підхід використав Ю. Ключковський, який структурує цілу систему принципів виборчого права. Така система передбачає виокремлення кілька груп принципів. Перша група містить загальноправовий принцип верховенства права з його основними елементами (повага основних прав і свобод людини й громадянина, принцип законності та правової визначеності). Друга група містить конституційно-правові принципи представницької демократії (принципи суверенітету народу, поділу влади, політичного плюралізму, народного представництва, прямих виборів, періодичних виборів). Третя група — галузеві принципи виборчого права (принципи загального виборчого права, рівного виборчого права, вільних виборів, чесних виборів, справжніх (альтернативних) виборів). Четверта група охоплює «інституційні» принципи, які належать до певного інституту виборчого права: інститут голосування (принципи таємного голосування, особистого голосування, одноразового голосування, факультативного (добровільного) голосування); інститут виборчого процесу (нейтральність (безсторонність) суб'єктів владних повноважень, законність та публічність); інститут органів адміністрування виборів (незалежність, безсторонності, колегіальність, відкритість (прозорість), професіоналізм)*.

* Ключковський Ю. Б. Принципи виборчого права: доктринальне розуміння, стан та перспективи законодавчої реалізації в Україні: монографія; М-во освіти і науки України, Нац. ун-т «Києво-Могилянська академія». Київ: ВАІТЕ, 2018. С. 83, 84, 611, 634.

Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія) 2002 року, узагальнивши «європейський виборчий спадок», схвалила Кодекс належної практики у виборчих справах*. Цей документ містить керівні принципи щодо виборів і пояснювальну доповідь, які загалом досить чітко та структуровано викладають універсальний підхід до розуміння суті основних (базових) принципів виборчого права. Загалом, тут враховано як доктринальні напрацювання, нормативне регулювання, так і виборчу практику європейських країн. До такого переліку Венеційська комісія зараховує принципи: загальних, рівних, вільних, таємних, прямих і періодичних виборів. Розглянемо ці принципи докладніше під конституційно-правовим ракурсом.

#### 4.2.2.1. Принцип періодичних виборів

Принцип періодичних виборів зазвичай не додають до основного каталогу (переліку) принципів виборчого права або, якщо й включають, то наприкінці списку. Такий підхід, напевно, вмотивований більше конституційно-правовою, аніж виборчою природою цього принципу. Адже йдеться про регулярне проведення виборів у певній країні щодо кожного виборного представницького органу. І якщо в конституціях й не вжито поняття «періодичності» виборів, то майже всі демократичні конституції визначають строки повноважень виборчих органів, що є хоч і непрямим, але все ж закріпленням цього принципу. Слід зазначити, що принцип періодичності відрізняє також вибори від іншої форми безпосередньої демократії — референдуму, до якого його не застосовують.

Можна сформулювати такі основні елементи принципу періодичних виборів: строк повноважень представницьких органів повинен бути визначеним; вибори мають бути інструментом обмеження (переривання) строку дії представницького мандата; частота виборів має бути розумною**; вибори повинні призначати й проводити вчасно та результативно (спричинити до набуття представницького мандата). Зазначені елементи цього принципу можуть мати чимало практичних форм вираження та виконання. Так, вимога обмеження строку дії представницького мандата виборами на практиці означає неможливість

---

* Code of Good Practice in Electoral Matters: Guide line sand Explanatory Report — Adopted by the Venice Commission at its 51st and 52nd sessions (Venice, 5—6 July and 18—19 October 2002) (CDL-AD(2002)023rev2-cor-e) URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2002)023rev2-cor-e# (Last accessed: 20.04.2021).

** Кодекс належної практики у виборчих справах щодо строку повноважень законодавчих органів зазначає, що такий строк не повинен перевищувати 5-ти років.

продовження строку повноважень представницького органу через непроведення виборів. Це також стосується й неможливості парламенту через ухвалення спеціальних законів продовжувати повноваження представницьких органів і в інший неконституційний спосіб.

Показовим прикладом застосування цього аспекту принципу періодичності виборів є позиція Федерального конституційного суду Німеччини у справі про Південно-Західні землі (*Südweststaat*)[*]. Аналогійного висновку дійшов Конституційний суд Румунії, зазначивши, що законодавець може змінювати строки повноважень представницьких органів, проте такі зміни повинні діяти на майбутнє і не можуть фактично збільшувати повноваження діючих органів[**]. Конституційний Суд України також розглядав принцип періодичності виборів у цьому аспекті. Щоправда, правильно розтлумачивши сутність і значення цього принципу, суд ухвалив рішення, яким, по суті, уможливив продовження строків повноважень органів місцевого самоврядування[***], тобто застосовано протилежне до змісту принципу періодичності його ж значення.

#### 4.2.2.2. Принцип загального виборчого права

Принцип загального виборчого права визначає низку вимог до формування виборчого корпусу — виборців, які матимуть право голосу на певних виборах. Тут ідеться про застосування виборчих цензів — обмежень до суб'єктивного виборчого права, насправді — визначення меж надання права проголосувати (активне виборче право) та права бути обраним (пасивне виборче право). Найпоширенішими є такі виборчі цензи: громадянства, віковий, дієздатності, осілості та законослухняності. Очевидно, зазначені цензи мають певні особливості залежно від їхнього застосування до активного чи пасивного виборчого права.

***Ценз громадянства*** передбачає надання права голосу тільки громадянам відповідної країни. Відповідні обмеження як для активного, так і пасивного виборчого права містять більшість сучасних конституцій. Проте, якщо для загальнодержавних виборів таке обмеження є цілком обґрунтованим, то для місцевих виборів міжнародні стандарти рекомендують розглянути доцільність надати право голосу й іноземцям, які належать до відповідної громади (проживають протягом

---

[*] BVerfG, Judgment of the Second Senate of 23 October 1951 — 2 BvG 1/51 (BVerfGE 1, 14).

[**] The Constitutional Court of Romania Decision No. 51 of 25 January 2012. URL: http://www.codices.coe.int/-NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm (Last accessed: 20.04.2021).

[***] Див. Рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2013 від 29 травня 2013 року.

певного строку)[*]. Такий виняток для іноземців на місцевих виборах обґрунтований насамперед важливістю забезпечити реалізацію права на участь в управлінні публічними справами на базовому рівні. Важливе значення тут також мали інтеграційні процеси в Європі, передусім серед країн-членів Європейського Союзу. Попри це, відповідні права іноземцям не дуже часто надають і в європейських країнах. Так, спробу надати іноземцям (громадянам третіх країн) право голосу на виборах представницьких органів районного рівня (***Bezirksvertretungen***) у межах Відня Конституційний суд Австрії визнав неконституційною[**]. Аргументація суду тут досить проста — у Конституції передбачено право голосу тільки для громадян Австрії. Конституція України також передбачає право обирати й бути обраним тільки для громадян України.

***Віковий ценз*** передбачає необхідність досягнення певного віку для реалізації виборчих прав. Для активного виборчого права такий вік зазвичай збігається з настанням повноліття. Для пасивного виборчого права віковий ценз може бути трохи вищий. Загальноприйнятим стандартом є відсутність верхньої межі вікового цензу, тобто обирати й обиратися на виборні посади можуть особи без обмеження їхнього максимального віку.

***Ценз дієздатності*** має на меті гарантувати об'єктивність й усвідомленість реалізації виборцем самостійно своїх виборчих прав. Ідеться про психологічну здатність особи усвідомлювати значення власних дій та можливість керувати ними. За загальним правилом змогу реалізувати виборчі права обмежують з використанням загальних (цивілістичних) підходів сприйняття дієздатності особи. Дієздатність особи презюмують. Недієздатність має визначати компетентний орган (суд) за спеціальною процедурою. Відповідно відсутність рішення про визнання особи недієздатною означає можливість здійснення виборчих прав. Проте проблемних моментів тут чимало, адже далеко не завжди об'єктивно можливо визначити стан особи, наприклад, у «пограничних» випадках часткової дієздатності.

***Ценз осілості*** передбачає визначення вимог щодо проживання на певній території протягом певного часу для реалізації виборчого права. Ценз осілості слід сприймати у двох формах реалізації. По-перше, це пряме законодавче обмеження можливості набути й реалізувати право голосу. Йдеться про право проголосувати або балотуватися тільки

---

[*] Див. п. I. 1.1.b ii Code of Good Practice on Electoral Matters/

[**] The Constitutional Court of Austria (Verfassungsgerichtshof) Decision # G 218/03-16 of 30 June 2004. URL: http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm (Last accessed: 20.04.2021).

за умов належності до певної території, проживання на ній протягом певного часу тощо. Таке обмеження є цілком обґрунтованим і досить поширеним, особливо для пасивного виборчого права. Друга, більш «прихована» форма реалізації цензу осілості — це непрямі «територіальні» обмеження щодо реалізації права голосу. Адже в реальному житті навіть наявність права голосу не завжди уможливлює його реалізацію через низку життєвих чи організаційних перешкод, зумовлених темпоральною обмеженістю (чіткі й досить короткі строки) та жорсткістю виборчого процесу (чітка послідовність процесів і процедур). Наприклад, тимчасове чи постійне проживання за кордоном; тимчасова відсутність реєстрації місця проживання; перебування в лікарні (чи іншому закладі за межами місця постійного проживання); проходження військової служби, службові відрядження (як всередині країни, так і за її межі) можуть не тільки ускладнити реалізацію виборчих прав, але й в окремих випадках повністю унеможливити здійснення права обирати чи бути обраним. Відповідно національне виборче законодавство повинне враховувати обидва значення цензу осілості й коригувати (регулювати) виборчі процедури в спосіб, що максимально сприятиме реалізації виборчих прав.

***Ценз законослухняності*** розглядають також як ценз моральності[*]. Йдеться про обмеження виборчих прав у зв'язку із притягненням до кримінальної відповідальності, наявністю судимості, відбування покарання за вчинений злочин тощо. Історично цей ценз мав досить суттєві варіації та обмеження. Нині загальноприйнятою практикою є поширення такого цензу насамперед на реалізацію пасивного виборчого права з об'єктивних міркувань. Одночасно для активного виборчого права такі обмеження поступово стають мінімальними або ж і знімають повністю.

Звісно, з огляду на історичні, певні національні й інші особливості різних країн доктринально можна виокремлювати й інші виборчі цензи. Наприклад, майновий, податковий, грамотності, освіти, професійний, національний, релігійний тощо. Проте застосування таких цензів досить часто передбачає низку винятків і пересторог, а також додаткову наукову дискусію щодо їхнього змісту, форм та демократичних меж використання. Наприклад, одні автори визначають професійний виборчий ценз[**] окремо, тоді як інші розглядають його в системі інших

---

[*] Див. Ключковський Ю., цитована праця. С. 251.

[**] Марцеляк О. Правова природа та види виборчих цензів у виборчому праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* 2015. Вип. 33. Т. 1. С. 87. (Серія «Право»).

обмежень виборчих прав поруч з інститутом «невиборності»*. Попри це, як виборчі цензи, так й інші обмеження виборчих прав слід розглядати крізь призму сучасних міжнародних демократичних стандартів. Ключовим є забезпечення принципу загального виборчого права, відповідно до якого будь-які обмеження як права обирати, так і права бути обраним повинні бути належно обґрунтованими (зумовленими беззаперечними обставинами) та пропорційними меті їхнього застосування. Надмірне використання в національному законодавстві виборчих цензів може спричинити дискримінацію певних груп населення або й цілих суспільних верств та недотримання іншого принципу — рівного виборчого права.

#### 4.2.2.3. Принцип рівного виборчого права

Принцип рівного виборчого права передбачає використання системи критеріїв та інструментів забезпечення однакових передумов, обставин і результатів реалізації виборчих прав. Очевидно, не йдеться про забезпечення абсолютної фактичної рівності. Цей принцип є виявом у виборчому праві основоположного правового принципу рівності, який передбачає вимогу поводитися в однакових випадках однаково, а у відмінних — неоднаково й забороняє дискримінацію**. Під час реалізації виборчих прав, принцип рівності має чимало особливостей та форм вираження, адже він потребує не тільки аналізу особливостей реалізації суб'єктивних виборчих безпосередньо їхнім носієм, але й комплексного аналізу середовища й результату їхнього застосування.

Кодекс належної практики у виборчих справах Венеційської комісії виокремлює такі основні форми забезпечення рівності виборчих прав: рівність прав під час голосування; рівноправність голосів та рівність можливостей***.

***Рівність прав під час голосування*** стосується саме реалізації активного виборчого права та вимоги забезпечення одноразовості голосування, що охоплює голосування як один раз в одному місці, так і однакову кількість голосів для голосування у виборців. Правильним є надання одного голосу одній особі з відповідного виду виборів. Якщо виборча система передбачає подання кількох голосів (або голосування з поєднанням кількох способів одночасно), то такі умови також по-

---

* Див. Ключковський Ю., цитована праця. С. 267.

** Козюбра М. І., Погребняк С. П., Цельєв О. В., Матвєєва Ю. І. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. проф. Козюбри М. І. Київ: ВАІТЕ, 2016. С. 71.

*** Див. п. І. 2. Code of Good Practice in Electoral Matters.

винні бути однаковими для усіх виборців. Заборонено надавати право голосу кілька разів на одній дільниці або на кількох дільницях на одному виді виборів. Одноразовість голосування, окрім законодавчого закріплення, повинна бути безумовно гарантована й на практиці через наявність та використання інструментів недопущення фальсифікації виборів через багаторазове голосування (використання єдиного реєстру виборців, що забезпечує включення до списку виборців тільки на одній виборчій дільниці; проставлення позначок виборцям, що вже проголосували; визначення обмеженого часу для голосування тощо).

***Рівноправність голосів*** потребує забезпечення однакової «ваги» голосу — кожен голос повинен мати приблизно однаковий вплив на результат виборів. Венеційська комісія тут акцентує на «виборчій геометрії» — формуванні територіальних округів для виборів та пропорційності розподілу представницьких мандатів для обрання в таких округах*. Адже в разі утворення виборчих округів з суттєвою різницею кількості виборців, кількість голосів для отримання одного мандата може також суттєво відрізнятися, а отже, невиправдано й штучно підвищувати або применшувати «вагу» одного голосу виборця. Водночас цей елемент принципу рівності слід розглядати навіть ширше — крізь вимоги до законодавчого регулювання й організації та проведення виборів загалом.

Для рівноправності слід забезпечити збалансоване нормативне регулювання не тільки стадії формування виборчих округів, а й усіх інших стадій виборчого процесу (формування списків виборців, реалізація номінаційного права (висування кандидатів), спосіб голосування, підрахунок голосів та встановлення результатів виборів тощо) аби виборчі процедури не «применшували» вагу голосу та гарантували вплив голосу на результат виборів.

Окрім нормативного аспекту, не менш важливою є практика реалізації цього принципу. Фальсифікація виборів у процесі голосування (надання права проголосувати особі, яка не має на це права; безпідставне позбавлення права голосу в день голосування; «вкидання» зайвих виборчих бюлетенів тощо), під час підрахунку голосів (псування та/або знищення бюлетенів з голосами за певних кандидатів; неврахування окремих дійсних голосів тощо) та під час встановлення результатів ви-

---

* Див. п.п. 13 — 17 ПОЯСНЮВАЛЬНОЇ ДОПОВІДІ, ухваленої Венеційською комісією під час 52-го пленарного засідання (Венеція, 18—19 жовтня 2002 року); п. I. 2.2. Code of Good Practice in Electoral Matters. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)023rev2-cor-ukr (Last accessed: 20.04.2021).

борів (визнання голосування в певних округах, регіонах чи дільницях недійсним; псування виборчих документів; ігнорування порушень, що могли вплинути на перебіг та результати виборчого процесу тощо) може суттєво змінити «вагу» голосу окремого виборця або й зовсім нівелювати виборчі права.

*Рівність можливостей* — це насамперед про кандидатів і реалізацію пасивного виборчого права, хоч цим і не обмежується. Традиційно цей елемент рівності виражають через гарантування політичним партіям (та кандидатам) однакових умов доступу до здійснення передвиборчої агітації: доступ до засобів масової інформації; забезпечення нейтрального ставлення органів публічної влади; рівномірне розподілення «виборчих ресурсів» (наприклад, доступ до агітації коштом бюджету); забезпечення рівних умов проведення зустрічей з виборцями, мітингів та інших форм мирних зібрань тощо. Міжнародні стандарти допускають в окремих ситуаціях застосування або «абсолютної рівності» (наприклад, надання всім партіям однакових умов доступу до ЗМІ), або ж «пропорційної рівності» (надання партіям доступу до ЗМІ пропорційно розміру їхньої підтримки на попередніх виборах)[*]. Проте використання цих двох форм не завжди є взаємовиключним та може передбачати їхнє поєднання та інші комбінації.

Цей елемент принципу рівності також слід розглядати дещо ширше й застосовувати не тільки до агітації, але й до всіх виборчих процедур. Так, рівність можливостей партій та кандидатів слід також гарантувати й щодо доступу до формування органів адміністрування виборів (в Україні — формування виборчих комісій усіх рівнів) та спостереження за їхньою роботою; однаковими умовами фінансування виборчої кампанії, засадами формування, подання фінансової звітності та її перевірки; можливості ефективного оскарження рішень, дій чи бездіяльності та в низці інших сфер. Законодавство повинно містити потрібні інструменти для забезпечення рівних умов участі у виборах партій, точно так само як публічна влада має гарантувати практичну реалізацію цих норм.

На практиці чи не найпоширенішою формою порушення принципу рівності є застосування «адміністративного ресурсу», коли політична партія або кандидат має представництво в органах публічної влади,

[*] Див. п.п. 18 — 19 ПОЯСНЮВАЛЬНОЇ ДОПОВІДІ, ухваленої Венеційською комісією під час 52-го пленарного засідання (Венеція, 18—19 жовтня 2002 року); п. I. 2.2. Code of Good Practice in Electoral Matters. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2002)023rev2-cor-ukr (Last accessed: 20.04.2021).

що використовують для отримання неправомірної переваги на виборах, якщо порівняти з іншими партіями/кандидатами. Таку «перевагу» можуть забезпечувати як через підтримку «провладної» партії (доступ до норм, правил, зразків та форм документів; доступ до «агітаційних» ресурсів; залучення працівників публічних органів тощо), так і через створення незаконних перешкод (адміністративних, організаційних, політичних тощо) іншим партіям.

Порушення принципу рівного виборчого права виявляється в дискримінації певних осіб або груп людей. У демократичному суспільстві важливим є не тільки забезпечення вираження думки більшості, але й ефективне використання інструментів урахування думки меншості. З огляду на це, не вважають порушенням принципу рівного виборчого права визначеням певних винятків чи надання переваг певним групам людей, що потребують додаткового захисту. Наприклад, встановлення «гендерних квот» (вимога певного рівня представництва різних статей) або винятків чи квот для національних меншин не буде порушенням принципу рівності. До того ж такі винятки повинні мати належні підстави, обґрунтування та бути передбаченими конституцією.

#### 4.2.2.4. Принцип вільних виборів

Принцип вільних виборів — це відсутність протиправного впливу на виборця як на етапі формування волевиявлення, так і врахування результатів голосування. Можна виокремити кілька аспектів принципу рівних виборів: свобода участі у виборах; вільне формування волі виборців; вільне голосування та гарантування реальності волевиявлення.

***Свобода участі у виборах*** випливає з означеної вище особливої правової природи виборів, як способу не тільки формування органів публічної влади, але й інструменту політичної структуризації суспільства. З огляду на це, проведення виборів є іманентною властивістю сучасної демократичної держави. Одночасно участь у виборах має бути результатом реалізації свободи індивіда, а не примусу. Це стосується як активного, так і пасивного виборчого права. Хоч в окремих країнах для запобігання поширенню абсентеїзму* застосовують інститут обов'язкового голосування (Аргентина, Австралія, Бельгія, Бразилія Греція, Мексика, Туреччина). Міжнародні стандарти все ж визначають, що реалізація виборчих прав не має бути результатом реалізації державного чи іншого примусу. Особливо важливим цей аспект є для па-

* Лат. *absentis* (відсутність) — неучасть виборців у виборах, неголосування.

сивного виборчого права. Так, політичні партії, які ухвалюють рішення про участь у виборах повинні володіти відповідною свободою на усіх етапах виборчого процесу (підготовка до виборів, номінація кандидатів, агітація, контроль за встановленням результатів виборів тощо).

***Вільне формування волі виборців*** передбачає низку вимог забезпечення відсутності фізичного, психологічного, інформаційного чи іншого тиску на виборця на етапі формування його волі щодо голосування на виборах. Цей аспект охоплює період передвиборчої агітації та весь час безпосередньо до моменту вираженні волі — голосування. Тут ідеться про зміст та основні форми здійснення інформаційного забезпечення виборів; допустимі форми здійснення та обмеження щодо передвиборної агітації; проведення соціологічних опитувань громадської думки та інформування про їхні результати; неприпустимість змушування виборців підтримати конкретну партію чи кандидата чи будь-який інший спосіб нав'язування певної позиції щодо голосування; створення умов, коли волевиявлення штучно спрямовують у певному напрямі (щодо певного кандидата чи партії) тощо.

Наприклад, важливим аспектом вільного волевиявлення є неупереджена, безстороння, об'єктивна та збалансована діяльність засобів масової інформації. Досить часто на період виборчого процесу встановлюють навіть жорсткіші вимоги, аби засоби масової інформації були «… особливо правдивими, зваженими й неупередженими в програмах новин і поточних подій…»[*]. Виборці повинні перебувати в середовищі, яке не змушує їх робити неусвідомлений вибір або підпадати під маніпулювання їхньою волею. Тому в сучасних умовах особливої уваги варті питання використання соціальних мереж, інформаційних технологій, спеціальних каналів у мобільних месенджерах тощо. Йдеться насамперед про небезпеку для прямої демократії від поширення так званих «фейкових новин» й інших форм недостовірної інформації, поширення феномену так званої «темної реклами» й інших форм поширення вузькоцільової онлайн-реклами тощо[**].

***Вільне волевиявлення*** — це процес безпосередньо голосування. На практиці вільне волевиявлення забезпечують насамперед через гарантування таємності голосування. Цей етап містить низку процедурних

---

[*] Рекомендація № R (99) 15 Комітету міністрів Ради Європи «Про висвітлення в ЗМІ виборчих кампаній». URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016807379ff (дата звернення: 24.04.2021.).

[**] Див. Report on Updating guidelines to ensure fair referendums in Council of Europe member States (Report | Doc. 14791 | 07 January 2019). URL: https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25231-&lang=en (Last accessed: 20.04.2021).

вимог щодо організації процесу голосування загалом й окремих його елементів (часу голосування, вимог до приміщення для голосування, форми бюлетеня та способу його заповнення, процедури голосування тощо). Так, одним із міжнародних стандартів є необхідність надання військовослужбовцям можливості проголосувати на дільницях за місцем їхнього проживання, а якщо це не можливо, то на дільницях поблизу місця їхньої дислокації[*]. Ключовим тут є надання можливості військовослужбовцям проголосувати на звичайних виборчих дільницях в умовах, рівних з іншими виборцями. Відповідно цим слід обмежити практику створення спеціальних дільниць у військових частинах, де голосування з більшою ймовірністю може бути здійснене під впливом військового керівництва.

***Гарантування реальності волевиявлення*** передбачає втілення волі виборців у результатах виборів. Цей аспект вільних виборів насправді є найпроцедурнішим та найміcткішим за змістом, адже насправді охоплює ввесь виборчий процес. Тут поняття «вільних виборів» слід сприймати не так крізь призму суб'єктивних виборчих прав (активного і пасивного), як через об'єктивну характеристику виборів загалом. Вільні вибори можуть бути забезпечені лише тоді, якщо волевиявлення виборців збігається з результатами виборів. Тут йдеться про комплексне врахування й усіх інших принципів виборчого права. Виборчі процедури повинні бути справедливими та обґрунтованими, діяльність органів адміністрування виборів — зрозумілою та відкритою, а підрахунок голосів та встановлення результатів виборів — прозорими та дійсними (нефальсифікованими). Цей аспект принципу вільних виборів досить часто виокремлюють у самостійний ***принцип чесних виборів***[**], що охоплює, окрім зазначених елементів, також гарантування незалежного спостереження за виборами, забезпечення права на оскарження тощо.

#### 4.2.2.5. Таємне голосування

Таємне голосування це комплексний інструмент забезпечення незалежного й вільного волевиявлення виборців. Вузьке розуміння зводить цей інструмент лише до процедури голосування — таємно від інших осіб. Аналіз його як принципу виборчого права дає змогу виокремити й інші аспекти: забезпечення вільного формування волі (виборці мають бути впевненими, що формування позиції має зна-

[*] Див. п. I. 3.2. XI. Code of Good Practice in Electoral Matters.

[**] Див. Ключковський Ю., цитована праця. С. 421—498.

чення і про її реалізацію ніхто не дізнається); убезпечення виборця від можливого впливу за «неправильне» голосування; створення передумов для вільної номінації (висування та попередньої підтримки через подання підписів на користь кандидатів, де цього вимагає законодавство). Слід зазначити, що, на відміну від інших принципів виборчого права, таємність голосування покладає на виборця не тільки право, але й обов'язок. Історично таємність голосування стала чи не найголовнішою ознакою виборів як інструменту незалежного формування представницьких органів. Саме тому таємність голосування зумовлює всі виборчі процедури.

У сучасних умовах збереження таємниці голосування за використання різних способів голосування (поштою, машинне, електронне голосування тощо) є критично важливим, оскільки може поставити під сумнів природу та ефективність інституту виборів загалом. Наприклад, міжнародні стандарти щодо запровадження електронного голосування на виборах зводять до значної кількості пересторог та запобіжників. Адже використання сучасних технологій як допомагає суттєво спростити процедури, так і водночас надає набагато більше можливостей спотворення волевиявлення або й взагалі — фальсифікації результатів голосування.

Стандарти Ради Європи передбачають низку критеріїв та вимог належного регулювання електронного голосування: гарантування технічної надійності; забезпечення таємності голосування та приватності персональних даних; створення належного адміністративного середовища; прозорість і зрозумілість електронних інструментів тощо[*]. Отже, поступ і розвиток виборчих технологій безпосередньо залежить від принципів виборчого права, які повинні бути гарантованими й у нових обставинах. Такої ж позиції дотримався Федеральний конституційний суд Німеччини у справі щодо використання «машин для голосування». Суд визнав неконституційним можливість використання таких «машин», оскільки не забезпечено належного моніторингу їхнього застосування, а такий моніторинг є критично важливим з огляду на конституційний принцип публічної природи виборів[**]. Така природа виборів потребує не тільки справедливості та логічності виборчих процедур, але їхньої відкритості, прозорості й зрозумілості для виборчого

---

[*] Recommendation CM/Rec(2017)5 of the Committee of Ministers to member States on standards for e-voting. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680726f6f#_ftn1 (Last accessed: 20.04.2021).

[**] BVerfG, Judgment of the Second Senate of 03 March 2009 — 2 BvC 3/07-, paras. 1—166. URL: http://www.-bverfg.de/e/cs20090303_2bvc000307en.html (Last accessed: 20.04.2021).

корпусу (виборців) із одночасним безумовним гарантуванням таємності голосування.

Відповідно таємність голосування як ключовий принцип, що зумовлює можливість проведення вільних виборів, має бути гарантованим за допомогою низки додаткових інструментів і механізмів навіть за використання новітніх технологій.

#### 4.2.2.6. Принцип прямих виборів

Принцип прямих виборів передбачає змогу виборців обирати безпосередньо своїх представників на виборах. Цей принцип історично зумовлює природу виборів як форми безпосередньої демократії, адже суть представницького мандата й полягає в політичному обранні виборцями свого представника через надання йому представницького мандата. Непрямі вибори передбачають обрання виборцями спершу спеціальних виборщиків, які згодом здійснять остаточне голосування й оберуть представника/представників. Нині прикладом непрямих виборів є вибори президента Сполучених Штатів Америки. Непрямі вибори слід відрізняти від інших способів формування одного представницького органу іншим (наприклад, парламенти обирають главу держави або органи місцевого самоврядування формують інші представницькі органи). Відповідно до Кодексу належної практики у виборчих справах важливо, щоб на прямих виборах обирали хоча б одну з палат національного законодавчого органу, законодавчі органи нижчого рівня (у країнах, де вони утворені) та місцеві ради*.

### 4.2.3. Реалізація принципів виборчого права

Принципи права досить часто помилково сприймають лише як теоретичні надбання, що мають доктринальне значення. Водночас ігнорують їхнє сутнісне призначення як практичних робочих інструментів регулювання правовідносин відповідно й уваги середовищу застосування принципів приділяється небагато. У виборчому праві цей аспект є особливо актуальним з огляду на їхню особливу природу та функційне значення, про яке вже йшлося вище.

Кодекс належної практики у виборчих справах щодо визначених у ньому принципів безпосередньо зазначає й умови, за яких повинні реалізовувати ці принципи. Так, виокремлюють такі умови: дотримання

* Див. п. I. 5. Code of Good Practice in Electoral Matters.

основних прав людини (свободи слова, свободи пересування, свободи створення політичних партій); належні рівні регулювання (законом і підзаконними актами) та стабільність законодавства; процесуальні гарантії (організація голосування безстороннім органом, забезпечення спостереження за виборами та наявність дієвої системи оскарження) та виборча система (яка за дотримання визначених принципів виборчого права не є критичним чинником, хоч і безпосередньо впливатиме на вид і спосіб реалізації виборчих прав)[*].

Ці умови досить комплексно характеризують вимоги до середовища, яке сприятливо впливатиме на забезпечення дієвості принципів виборчого права та їхньї реальності. Перелік таких умов можна розширити й ураховувати низку організаційних та інших чинників, які можуть стосуватися не тільки виборчого процесу чи виборів безпосередньо, але їхніх передумов та наслідків.

Наприклад, застосування виборчого бар'єру в пропорційній виборчій системі слід розглядати не тільки крізь призму принципу рівності, але й з огляду на ті правові, політичні та інші наслідки, які можуть настати в результаті його (бар'єра) застосування. Доречний приклад тут — позиція Федерального конституційного суду Німеччини щодо величини прохідного бар'єра в пропорційній виборчій системі, що використовують для обрання депутатів від ФРН до Європейського парламенту (представницького законодавчого органу Європейського Союзу). Цей представницький орган до 1979 року формувався через делегування до його складу представників-членів національних парламентів. Спеціальним актом Ради Європейських Співтовариств[**] було запроваджено прямі вибори в країнах-членах. Цей акт до виборчої системи визначив основну вимогу — використання пропорційної виборчої системи, при цьому її елементи могли дискреційно визначати країни-члени на рівні національного законодавства. У ФРН було встановлено п'ятивідсотковий виборчий бар'єр для політичних партій. 22 травня 1979 року рішенням Федерального конституційного суду Німеччини такий розмір «порогу» було визнано конституційним[***]. Проте за результатами проведення виборів членів Європейського парламенту 2009 року перед Федеральним конституційним судом Німеччини ініційовано перевірку на конституційність цього питання знову. З урахуванням обставин, що

---

[*] Див. п. II. 1—4. Code of Good Practice in Electoral Matters.

[**] Act concern in the election of the representatives of the Assembly by direct universal suffrage. URL: http://data.-europa.eu/eli/dec/1976/787(2)/oj (Last accessed: 20.04.2021).

[***] BVerfG, Judgment of the Second Senate of 22 May 1979 - 2 BvR 193, 197/79 (BVerfGE 51, 222).

змінилися (нові особливості функціювання органів Європейського Союзу), суд 2011 року визнав такими, що суперечать Основному закону ФРН (неконституційними) положення щодо виборчого бар'єра в 5%[*]. З такими ж аргументами суд визнав неконституційним й виборчий бар'єр у 3% [**]. Суд урахував особливу правову природу та політичне значення Європейського парламенту, механізми ухвалення рішень цим органом, значення таких виборів для держав-членів ЄС тощо. Цей приклад, очевидно, поки не стосується національних виборів до Бундестагу, щодо яких й сам суд визначив дещо інші критерії оцінювання виборчого бар'єру. Проте такі рішення, а головне їхня аргументація, яскраво свідчать про зміну підходів до розуміння концепту політичної доцільності під час формування різних елементів виборчої системи на різних виборах. Цікаво, що Конституційний суд Італії, розглядаючи схожу справу дійшов протилежного висновку й зазначив: «Італійський законодавець не діяв, порушуючи межі свого розсуду під час встановлення виборчого бар'єра в розмірі 4%»[***]. В Україні це питання аналізують та регулюють крізь призму позиції Конституційного Суду України, що визначення розміру виборчого бар'єра є питанням «політичної доцільності»[****].

Цей приклад засвідчує, що важливим є врахування фактичних обставин і ситуації, яка передує призначенню та проведенню виборів. Ще важливішим є врахування та певною мірою «передбачення», прогнозування дії виборчого законодавства на майбутнє, його впливу не тільки на результати конкретних виборів, а й на виконання всіх інших функцій виборів, що було означено вище. Саме тому виборче законодавство, будучи стабільним, повинно все ж залишати певний простір для змін й еволюціонування. Принципи виборчого права за таких умов будуть тим орієнтиром відповідної еволюції та гарантуватимуть розвиток законодавства й практики в річищі забезпечення прав людини.

---

[*] BVerfG, Urteildes Zweiten Senats vom 09. November 2011 - 2 BvC 4/10 -, Rn. 1-160 (BVerfGE 129, 300—355).

[**] BVerfG, Urteildes Zweiten Senats vom 26. Februar 2014 - 2 BvE 2/13 -, Rn. 1-116 (BVerfGE 135, 259—312).

[***] The Italian Constitutional Court Judgment NO. 239 OF 2018. URL: https://www.cortecostituzionale.it-/documenti/download/doc/recent_judgments/S_239_2018_EN.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

[****] Рішення Конституційного Суду України № 1-рп/98 від 26 лютого 1998 року.

## 4.3. Референдум у системі інститутів демократії

### 4.3.1. Правова природа референдуму, його позитивні й негативні риси

Термін «референдум» (від лат. ***referendum*** — те, що треба доповісти) вперше в широкий обіг увійшов у XIV столітті у Швейцарії, де його використовували в іншому значенні, ніж сьогодні. Посли (***представники у Швейцарському Сеймі — Ю. Б.***) брали постанови органу народного представництва для доповіді своїм співгромадянам, останні ж заслуховували доповідь свого посла і постановляли власне рішення щодо озвученого питання. Така процедуру ознаменували ***ad referendum***[*]. (Слід зважити на те, що рішення Сейму не мали зобов'язувальної сили для влади земель)[**]. Лише згодом термін «референдум» набув сучасного значення, з ним почали пов'язувати ухвалення рішень через народне голосування.

Розгляд референдуму в навчальній літературі буває схожим чи на повну його апологізацію, чи на обструктивну критику з огляду на його періодичне використання для узурпації влади. Насправді потенціал референдуму у демократичному врядуванні може бути знайденим за правилом «золотої середини».

Референдум як спосіб ухвалення рішень безпосередньо народом через голосування в історії часто використовували заради легалізації рішень верховної влади, зокрема її узурпації. Хрестоматійними прикладами демонстрації «темних» сторін референдумної демократії є «наполеонівські» та «гітлерівські» референдуми. Часи змінюються, однак спокуса легалізувати факт узурпації влади залишається й досі.

Одним із останніх у цій когорті є референдум, який провела влада Таджикистану 22 травня 2016 року. Два із трьох питань референдуму стосувалися поста президента. За результатами референдуму Емомалі Рахмонов (президент цієї держави з 1994 року) отримав право необмежену кількість разів балотуватися на цей пост. Інше питання, яке теж підтримали громадяни, була поправка до Конституції, що понижувала

---

[*] Цікавим є той факт, що означений термін *ad referendum* і досі використовують у міжнародному праві, і який означає «умовне підписання міжнародного договору або згода з текстом договору до підтвердження його від імені компетентного органу держави або відповідної міжнародної організації» (Багатомовний юридичний словник-довідник. Київ: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2012. С. 30).

[**] Курти Ф. История народного законодательства и демократии в Швейцарии. СПб.: Т-во «Знание», 1900. С. 8—9.

віковий ценз на президентських виборах з 35 до 30 років. Аналітики в один голос заявили, що в такий спосіб «розчищують дорогу» для зайняття, за певних обставин, поста президента для сина чинного глави держави Рустама*.

Тому мусимо визнати і той факт, що на таку «слабкість» інколи страждають і режими, які не мали досі жодних авторитарних традицій. Наприклад, референдум, який відбувся 2002 року в Князівстві Ліхтенштейн. У цій маленький країні із 40-тисячним населенням, оточеній провідними європейськими демократіями, на зламі тисячоліть виникла серйозна політична криза, яку намагались розв'язати за допомогою референдуму.

Відповідно виборцям були запропоновані два альтернативні сценарії, які іменують «Князівськими ініціативи» та «Конституційними мирними ініціативами». Йшлося про комплексні зміни до Конституції у двох варіантах. Варіант, запропонований главою держави, був спрямований на зміцнення його влади (зокрема, передбачали, що князь отримає право самостійно на власний розсуд відправляти уряд у відставку та блокувати промульгацію закону через відмову його підписувати протягом 6 місяців з часу ухвалення тощо). Такі ініціативи, як і очікувалось, отримали негативну реакцію з боку Венеційської комісії**: монархічний двір, який функціює за спадковим принципом, не може мати повноваження такого обсягу, щоб претендувати називатись демократією. Однак це не завадило виборцям підтримати «Князівські ініціативи».

### 4.3.2. Предмет референдуму

Одним із найпринциповіших моментів у цій сфері є коло питань, що можуть бути предметом референдуму. Зазвичай їх визначають на рівні Конституції. Наприклад, відповідно до Конституції Португалії не можна виносити на референдум питання внесення змін до Конституції, питання, що належать до політичної та законодавчої компетенції парламенту (крім основ системи освіти), питання й акти бюджетного, податкового та фінансового змісту. Загалом, останній блок питань є одним із найпоширеніших обмежень у предметі референдуму (окрім Португалії, такі

---

* Референдум в Таджикистані дозволив Рахмону переобиратися до нескінченності. URL: https://www.b-bc.com/russian/news/2016/05/160523_tajikistan_constitution_amendments (дата звернення: 24.04.2021.).

** Opinion on the Amendments to the Constitution of Liechtenstein proposed by the Princely House of Liechtenstein, adopted by the Venice Commission at its 53rd plenary session (Venice, 13—14 December 2002). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2002)032-e (Last accessed: 20.04.2021).

обмеження є в конституціях та профільних законах Болгарії, Данії, Естонії, Греції, Італії, Латвії, Угорщини, Мальти, Польщі та Словаччини)[*].

Такі обмеження містить і стаття 74 Основоположного закону України: «Референдум не допускається щодо законопроєктів з питань податків, бюджету та амністії». Цей перелік абсолютно слушно було розширено Рішенням Конституційного Суду України, ухваленим ним у справі про всеукраїнський референдум за народною ініціативою (від 27 березня 2000 року № 3-рп/2000). Це рішення стосувалось питань, які пропонували винести на конкретний референдум 16 квітня 2000 року. І про це всенародне голосування слід сказати окремо.

Це був другий після референдуму 1 грудня 1991 року, на якому було затверджено Акт проголошення незалежності України в історії незалежної України, і на сьогодні поки останній всеукраїнський референдум. Референдум 2000 року інспірований оточенням президента Л. Кучми, однак формально він був «за народною ініціативою».

У первинній редакції указом президента передбачено подання на голосування одразу шести питань. У результаті розгляду в суді цього указу два питання було визнано неконституційними, зокрема питання в такому формулюванні: «Чи висловлюєтеся ви за недовіру Верховній Раді України XIV скликання і внесення у зв'язку з цим доповнення до частини другої статті 90 Конституції України такого змісту: "а також у разі висловлення недовіри Верховній Раді України на всеукраїнському референдумі, що дає підстави Президентові України для розпуску Верховної Ради України?"»

Суд абсолютно чітко визначив, що винесення на всеукраїнський референдум питання про недовіру «конституційному органу державної влади», до того ж, що в чинній Конституції немає такої підстави дострокового припинення повноважень згаданих інституцій унаслідок оголошення недовіри на референдумі, означатиме пряме порушення конституційних принципів, обмеження повноважень органів влади Конституції та правової держави (хоча, на нашу думку, у цьому разі було б порушення вимог про наявність конституційних меж у здійсненні влади народом (про що, правда, як було сказано вище, сам суд висловився в Рішенні від 26 квітня 2018 року № 4 — р/2018)[**].

---

[*] Референдуми в Європейському Союзі. К.: ФАДА ЛТД, 2007. С. 71—72.

[**] Чинний Закон України «Про всеукраїнський референдум» від 26 січня 2021 року № 1135-IX визначає такі обмеження щодо референдуму: питання, що суперечать положенням Конституції України, загальновизнаним принципам і нормам міжнародного права, закріпленим насамперед Загальною декларацією прав людини, Конвенцією про захист прав людини й основоположних свобод, протоколами до неї; що скасовують чи обмежують конституційні права й

Дещо схожа ситуація трапилася 1993 року в Угорщині. Було висунуто пропозицію щодо розпуску парламенту через референдум. Позиція Конституційного суду Угорщини була однозначною: у конституційному порядку Угорщини представництво (діяльність обраних осіб) є пріоритетною формою народного суверенітету; окрім цього підстави дострокового припинення повноважень парламенту чітко визначені Конституцією, і серед них немає такого, як розпуск за рішенням народного референдуму (Рішення суду від 22 січня 1993 року № 2/1993)*.

Завершуючи розповідь про всеукраїнський референдум 2000 року, слід зауважити, що зазначене всенародне голосування мало на меті зміцнення президентської влади через внесення відповідних змін до Конституції «в обхід» чинного порядку перегляду конституційних норм (пропонували розширити перелік підстав для розпуску парламенту, скасування депутатської недоторканості, зменшення кількості народних депутатів України та запровадження двопалатного парламенту). Однак навіть дев'яностовідсоткова підтримка всіх питань на референдумі не змусила Верховну Раду України імплементовувати сумнівні з погляду Конституції рішення.

Так слід визнати важливість використання ширшого підходу до розуміння обмежень прямої демократії в цій частині. Зокрема обов'язковість дотримання принципу неможливості протиставлення безпосередньої демократії представницькій у реалізації влади народу, забезпечення недоторканості принципів та цінностей, визначених у частині 1 статті 157 Конституції України.

Варто також пам'ятати, що законодавець доволі часто передбачає механізми, якими гарантуватимуть конституційність питань, які пропонують винести на референдум. У конституційному праві України такою гарантією є механізм попереднього конституційного контролю: «Конституційний Суд України за зверненням Президента України або щонайменше сорока п'яти народних депутатів України надає висновки про відповідність Конституції України (конституційність) питань, які пропонують для винесення на всеукраїнський референдум за народною ініціативою» (частина 2 статті 151).

---

свободи людини та громадянина, гарантії їхньої реалізації; спрямовані на ліквідацію незалежності України, порушення державного суверенітету, територіальної цілісності України, створення загрози національній безпеці України, розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі; щодо питань податків, бюджету, амністії; зараховані Конституцією України й законами України до відання органів правопорядку, прокуратури чи суду (частина 2 статті 3 Закону).

* Constitutional curt of Hungary. URL: https://hunconcourt.hu/translations-summaries-old (Last accessed: 20.04.2021).

Венеційська комісія напрацювала правила «єдності форми, змісту та ієрархічного рівня» питань, що виносять на референдум. Їхня суть полягає в тому, що, по-перше, «пропозиція референдуму не повинна поєднувати конкретно сформульований проєкт змін із пропозицією в загальному формулюванні чи питанням загалом», по-друге, повинен бути зв'язок між питаннями, які виносять на референдум, і, по-третє, питання референдуму повинні стосуватися різних ієрархічних рівнів законодавства[*].

У частині формулювання питань, що пропонують винести на референдум, європейські експерти наголошують на важливості зрозумілого формулювання питання, «воно не повинно вводити в оману виборця чи наводити його на відповідь». Як тут не пригадати єдиний референдум в Радянському Союзі, який керівництво комуністичної партії намагалось використати для збереження того ж таки Союзу. 17 березня 1991 року громадянам було запропоновано відповісти на запитання, яке навряд чи можна визнати таким, що відповідало «венеційським» критеріям: «Чи вважаєте ви необхідним збереження Союзу Радянських Соціалістичних Республік як оновленої федерації рівноправних суверенних республік, в якій сповна гарантуватимуть права й свободи людини будь-якої національності?»

Не менш маніпулятивним був і «знаменитий» референдум, який провів Адольф Гітлер 10 квітня 1938 році щодо аншлюсу Австрії. На нього було винесено питання: «Чи згоден ти із возз'єднанням Австрії та Німеччини, яке відбулось 13 березня 1938 року, та чи голосуєш ти за партію нашого фюрера Адольфа Гітлера?» Ще більший інтерес становить оформлення бюлетеня. По-перше, кружечок поруч з відповіддю «Так» був набагато більший ніж той, який призначений для відповіді «Ні»[**]. По-друге, до різних частин запитання було використано різний шрифт із різним кеглем, найбільшим кеглем, напівжирним курсивом було позначено словосполуку «Адольф Гітлер»[***].

---

[*] Під час вивчення сучасного стану використання такої форми безпосередньої демократії слід звернути увагу на рекомендації, вироблені з цього приводу Венеційською комісією та оформлені у два документи «Керівні принципи для конституційних референдумів на національному рівні» (2001) та «Кодекс належної практики щодо референдумів» (2007) (Див.: Європейський демократичний доробок у галузі виборчого права. К.: Логос, 2009. С. 262—289.).

[**] Пархоменко С. Суть событий. URL: //https://echo.msk.ru/programs/sut/2654927-echo/ (дата звернення: 24.04.2021.).

[***] Ballot Paper for the Anschluss Plebiscite Source: Dokumentationsarchiv. URL: https://www.researchgate.net/-figure/Ballot-Paper-for-the-Anschluss-Plebiscite-Source-Dokumentationsarchiv-des_fig3_326959395 (Last accessed: 20.04.2021).

Оригінальнішим виявився гаїтський диктатор Франсуа Дювал'є, який під час проведення референдуму 1964 року із ухвалення нової конституції, яка передбачала пожиттєве президенство Дювал'є, застосував бюлетені різного кольору (синього, рожевого, жовтого та червоного), який могли обрати виборці. Однак не залежно від кольору на кожному із них була лише одна опція — «Згоден»*.

Іншим прикладом безглуздості, який можна порівняти із попередньою ситуацією, під час формування бюлетеня для референдуму є ситуація, що трапилася під час проведення неконституційного** плебісциту, який Російська Федерація використала для анексії Автономної Республіки Крим. На так званому «референдумі» 16 березня 2014 року виборцям був запропонований бюлетень, в якому було два запитання: «Ви за возз'єднання Криму з Росією на правах суб'єкта Російської Федерації?» та «Ви за відновлення дії Конституції Республіки Крим 1992 року й за статус Криму як частиниУкраїни?» До того ж привертає увагу як алогічність постановки першого запитання (оскільки так зване «возз'єднання» могло суто гіпотетично мати місце лише під час отримання суверенності певним державницьким суб'єктом, що на «референдумі» не вирішували), так і поєднання в одному бюлетені двох різнопорядкових за значенням та змістом запитань без можливості роздільного голосування «так» або «ні» за кожне із запитань (у бюлетені напроти кожного із запитань був лише один «квадратик» для зроблення позначки).

Ще одним важливим моментом є неможливість винесення на референдум двох і більше взаємовиключних запитань, особливо з урахуванням того, що в бюлетень можна поміщувати лише одне запитання. Як невдалий приклад ігнорування такої вимоги можна навести заблоковану Центральною виборчою комісією України народну ініціативу (насправді інспіровану однією із провідних політичних партій) усередині 2007 року. Йдеться про намагання винести на всеукраїнських референдум дев'яти запитань, три з яких були такого змісту: «1. Чи підтримуєте ви президентську форму правління, за якої Президента України обирають всенародно, є главою держави й очолює Уряд України? 2. Чи підтримуєте ви парламентську форму правління, за якої посаду Президента України скасовано, Уряд України призначає і звільняє Верховна Рада України, а Прем'єр-міністр України є главою держави?» ЦВК не зареєструвала ініціативну групу, вказавши на взаємовиключний зміст

* Хем М. Быть диктатором. Практическое руководство. М.: Альпина Паблишер, 2016. С. 79.

** Про причини неконституційності цього референдуму йтиметься далі.

цих запитань, що означало б допустимість сценарію, коли громадяни матимуть змогу ствердно відповісти на обидва запитання, у такий спосіб зробивши результати референдуму безперспективними для імплементації (Постанова ЦВК України від 17 серпня 2007 року № 139).

Тому цілком логічно, що в Законі України «Про всеукраїнський референдум» передбачено, що «запитання всеукраїнського референдуму повинно мати чітке й зрозуміле формулювання, що не допускає різних тлумачень». Одночасно зазначено, що заборонено формулювання, яке вводить виборця в оману або ж наводить виборця на відповідь, містить вказівку, натяк, підбурювання чи інше спонукання до підтримки чи відхилення запитання всеукраїнського референдуму (частина 2 статті 19 Закону).

### 4.3.3. Референдум як ініціативний інститут

Референдум сприймають як інститут справжньої демократії з декількох причин, насамперед через можливість безпосереднього ухвалення рішень народом. Іншим не менш важливим чинником є змога ініціювати винесення громадянами на голосування питань. Міфологізація саме цього аспекту є одним із проблемним питань утвердження стандартів сучасної референдумної демократії.

Відповідно до частини 2 статті 72 Конституції України, народна ініціатива може буде оформлена в питання реального референдуму тоді, коли відповідну ініціативу підтримають підписами трьох мільйонів громадян, які мають право голосу. Одночасно важливим залишається «регіональний аспект» такої підтримки, оскільки згадані підписи повинні бути зібрані у двох третинах областей по сто тисяч у кожній. Останній момент є досить цікавим, якщо порівняти його із «регіональним вотумом» під час проведення референдумів у федеративних державах. Так, наприклад, відповідно до конституційного права Австралії рішення вважають ухваленим на референдумі, якщо його підтримали не тільки більшість виборців у масштабах держави, а й більшість штатів держави.

На всеукраїнському рівні ми мали лише одну до кінця реалізованому «референдумну ініціативу» (хоча в «народному» характері згаданого плебісциту можна впевнено засумніватися). Інша справа, що політичні сили намагалися неодноразово використати інститут «народної референдумної ініціативи» задля консолідації навколо них електорату й з інших агітаційних цілей.

За інформацією ЦВК України, таких ініціатив у період з 1998 по 2014 роки було не менш як 27 (в окремих випадках було дублювання питань, які пропонували винести на референдум)*.

Чи не єдиною більш-менш успішною кампанією як з погляду ініціювання, так і збору підписів була кампанія, яку організували проросійські політичні сили напередодні чергової виборчої кампанії до парламенту. Пропонували винести на референдум такі питання: «Чи згодні Ви з тим, щоб Україна стала членом Організації Північноатлантичного договору (НАТО)?» та «Чи підтримуєте Ви участь України у Єдиному економічному просторі (ЄЕП) разом із Російською Федерацією, Республікою Казахстан та Республікою Білорусь, відповідно до Угоди про формування Єдиного економічного простору, підписаної 19 вересня 2003 року?» Центральна виборча комісія України, попри свою попередню практику аргументованого блокування таких ініціатив, зареєструвала ініціативні групи, у такий спосіб давши змогу для подальших кроків (Постанова ЦВК Українивід 29 листопада 2005 року № 153). Комісія покликалася на юридичну позицію Конституційного Суду України, яку той обґрунтував у згаданому рішенні від 27 березня 2000 року № 3-рп/2000, що референдум слід проводити, «з метою з'ясування позиції громадян України щодо актуальних питань».

Комісія, отримавши від ініціативної групи потрібну кількість підписів виборців, передала питання про проголошення референдуму для розв'язання президенту України Віктору Ющенку, який, виступаючи проти проведення голосування з цих питань, відмовився проголошувати референдум. Ініціаторам референдуму на рівні першої інстанції вдалося отримати судове рішення про зобов'язання глави держави проголосити плебісцит. Однак Київський апеляційний адміністративний суд скасував постанову окружного суду, вказавши на неможливість проведення такого референдуму з таких причин.

По-перше, заявлений предмет референдуму «не стосується ухвалення Конституції чи законів України або внесення до них змін та не визначає основного змісту Конституції чи будь-якого із законів України, а отже, з'ясування думки громадян щодо вступу України в міжнародні організації — НАТО та ЄЕП не передбачено Конституцією України й законами України як можливий предмет всеукраїнського референдуму». По-друге, «запропоновані для винесення на всеукраїнський референдум питання не відповідають конституційним вимогам щодо безпо-

* Центральна виборча комісія. URL: http://komsamovr.rada.gov.ua/uploads/documents/41828.pdf?fbclid=IwAR1IIIAYzHAge_A8AfmzzOJn7T4XuZZftPOfNFa6a5QgMT8zuP0kU-HRUQw (дата звернення: 24.04.2021).

середньої обов'язковості акту народного волевиявлення (статті 5, 69 Конституції України), оскільки прийняті на всеукраїнському референдумі рішення не матимуть нормативного, а отже, обов'язкового характеру». І, нарешті, по-третє, «Конституція України визначає, що питання вступу України до міжнародних організацій може вирішуватися лише шляхом прийняття Закону» (Постанова Київського апеляційного адміністративного суду від 30 березня 2010 року)*.

Урешті практика ініціювання та проведення референдумів укотре порушує доктринальне питання про межі здійснення влади народом загалом і через таку форму безпосередньої демократії та пов'язане з ним питання про необхідність. Йдеться про те, що ще під час перевірки змін до закону про референдум (зразка 1989 року) від 15 червня 1994 року Конституційний суд цієї Республіки виступив із такими правовими позиціями щодо такої новели: «У випадку, коли, на думку Сейму, законопроект, що виноситься на референдум, не відповідає Конституції, спочатку має бути вирішено питання про зміну в цій частині Основного Закону». Суд, зокрема, зазначив, що Конституція не надає права Конституційному суду оцінювати відповідність законопроєктів Конституції. До того ж Сейм, як й інші учасники законодавчого процесу, мають розробляти проєкти законів й ухвалювати їх відповідно до приписів Основного закону. На думку суду, це є один із принципів правової держави. Аналогійно це стосується і «референдарних» пропозицій громадян. Натомість, зважаючи на закріплене в частині 1 статті 3 Конституції Литви, ніхто не може обмежувати суверенітет народу, висунення такої вимоги, як необхідність попередньої зміни Конституції, на думку суду обмежуватиме народний суверенітет. Така постановка питання, а саме внесення змін до Конституції, без попереднього з'ясування думки народу щодо суперечливого законопроєкту, не відповідає принципу народовладдя та приписам самої Конституції (Рішення № 18/94 від 22 липня 1994 року)**.

У цьому контексті актуальним залишається значення референдуму в механізмі розв'язання питань, пов'язаних із державним суверенітетом. Найраціональнішою видається офіційна конституційна доктрина Ірландії. Вона була сформована під час розгляду справи «Кротті проти прем'єр-міністра (***Crotty v. An Taoiseach*** (1987)). Об'єктом аналізу ви-

---

* Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8776191 (дата звернення: 24.04.2021.).

** Ruling of Constitutional Court of the Republic of Lithuania № 18/94, 22.07.1994. URL: http://www.codices.-coe.int/NXT/gateway.dll?f =templates&fn= default.htm (Last accessed: 20.04.2021).

щої судової інстанції стала процедура ратифікації Ірландією Єдиного європейського акта, яка не передбачала проведення референдуму з цього приводу.

Позиція більшості членів суду полягала в тому, що питання зовнішньої політики, які мають конституційний зміст, не можна вирішувати в обхід народу. Зокрема, суддя Дж. Волш зазначив, що «свобода визначати зовнішню політику є таким же показником суверенітету, як і свобода формувати економічну політику та свобода створювати закони». Зважаючи на зміст принципу народовладдя, закріпленого в статті 6 Конституції Ірландії, зокрема права народу вирішувати всі питання державної політики, відповідно до вимог всезагального блага, суддя зробив висновок, що «у таких випадках народ виступає безпосереднім гарантом Конституції». А отже, вирішувати такі зовнішньополітичні питання, що мають конституційне значення, без проведення референдуму неможливо*.

У країнах з менш сталими «референдумними традиціями», особливо вестмінстерської системи правління, одним із визначальних принципів якого є принцип парламентського суверенітету, референдум ініціюють тільки владні інституції, і який використовують лише з консультаційною метою. Бо в разі «континентального» застосування референдуму як способу ухвалення остаточних рішень, це б суперечило згаданій засаді конституційного порядку — парламентському суверенітету**.

Попри це, навіть таку неповноцінність референдуму розглядають британські політики як серйозну проблему для ухвалення важливих для них рішень. Показовою тут є історія ухвалення рішень у до Brexit-ний період рішень щодо поглиблення євроінтеграційних процесів.

Під час ратифікації Лісабонської угоди, побоюючись негативного результату, як у сусідній Ірландії, британський уряд вирішив організувати процес ратифікації лише парламентським способом. Коли ж постало питання про ратифікацію Договору про запровадження Конституції для Європи, тодішній прем'єр Тоні Блер пообіцяв провести референдум з цього приводу, однак після провалу таких референдумів у Франції та Нідерландах, насправді відмовився від цієї ідеї, озвучивши це як важливість перенесення на пізній період.

---

* Crotty v. An Taoiseach [1987] IESC 4; [1987] IR 713 (9th April, 1987). URL: http://www.bailii.org/ie/cases/IESC/-1987/4.html (Last accessed: 20.04.2021).

** Ле Дюк Лоуренс. Учасницька демократія: референдуми у теорії та на практиці. Х., 2002. С. 38.

Однак така «інтуїція скептика» не спрацювала під час ухвалення 2015 року Акта про призначення референдуму щодо членства в ЄС. Так званий Brexit-референдум спричинив урядову кризу й вихід із європейської спільноти. З погляду організаційних моментів, цікавою є форма та зміст бюлетеня на цьому референдумі. А на запитання «Чи повинна Велика Британія залишатись членом Європейського Союзу, чи має покинути Європейський Союз?» було запропоновано дві відповіді: «Залишитися членом ЄС» і «Залишити ЄС».

Важливо пам'ятати, що серед референдумів слід виокремлювати ті, які є важливою стадією під час ухвалення рішення з певного питання, що визначено Конституцією чи законами, тобто ***обов'язкові референдуми***, а також ***факультативні,*** які ініціюють (призначають) уповноважені суб'єкти з інших питань*. Так, згідно з Конституцією України всеукраїнський референдум слід обов'язково проводити під час внесення змін до Розділів I, III та XIII (стаття 156 Конституції України) та під час розв'язання питання про зміну території України (стаття 73 Конституції України). До того ж під останнім згідно із Законом України «Про всеукраїнський референдум» слід розуміти «затвердження ухваленого Верховною Радою України закону про ратифікацію міжнародного договору про зміну території України» (частина 1 стаття 18 Закону)**. Факультативні референдуми проводять на вимогу громадян. В окремих випадках Конституції можуть уповноважувати окремих владних суб'єктів на призначення референдуму.

Найяскравішим прикладом є право президента Франції, який за пропозицією уряду під час сесій парламенту або за спільною пропозицією обох палат парламенту може виносити на референдум будь-який законопроєкт про організацію органів публічної влади, про реформи щодо економічної або соціальної політики держави і публічних служб, сприяють їй, або спрямований на дозвіл щодо ратифікації будь-якого договору, який, не вступаючи в суперечність з Конституцією, відбився б на діяльності інститутів (стаття 11 Конституції Франції). В окремих випадках рішення глави держави апелювати до нації для розв'язання питань конституційного змісту, які врешті не були підтримані на референдумі, призводило до дочасного завершення їхньої кар'єри (як це,

---

* Погорілко В. Ф., Федоренко В. Л. Конституційне право України. К.: Наукова думка; Прецедент, 2006. С. 169.

** У цьому разі ми маємо справу ще з одним різновидом референдуму, який прийнято іменувати ратифікаційним.

наприклад, було із невдалим референдумом щодо конституційних питань 1968 року, ініційованого президентом Ш. де Голлем)[*].

Загалом же, слід окремо наголосити на тих маніпулятивних можливостях, які потенційно виникають у владних суб'єктів під час застосування інституту референдуму. Так у Чехії тривалий час на слуху був місцевий референдум у м. Брно 9 жовтня 2004 року з приводу перенесення центрального залізничного вокзалу із центру міста. Будучи противником ініційованого громадянами референдуму, які виступали проти перенесення вокзалу, міська влада зробила все, аби референдум мав негативний результат. По-перше, призначили його на суботу, коли багато громадян виїздять у свої заміські котеджі, по-друге, зменшили тривалість агітаційної кампанії до 32 днів, по-третє, визначили замість звичайних 12 годин 8 для проведення голосування, по-четверте, активно закликали містян бойкотувати референдум. У результаті референдум визнали таким, що не відбувся через відсутність належної явки (усього взяли участь у голосуванні 24,9% виборців), зокрема 85% тих, які взяли участь у голосуванні, підтримали питання референдуму й виступили проти перенесення вокзалу[**].

Слід визнати, що проблема із явкою на референдумі властива багатьом країнам. Усвідомлюючи цей чинник, багато із них ідуть на зменшення порогу явки. Наприклад, референдумна практика Угорщини.

1991 року було проведено референдум щодо введення прямих виборів президента. Однак він не відбувся через низьку явку (12%). Аби не допустити провалу, угорські можновладці за 3,5 місяці до проведення референдуму щодо вступу в НАТО знизили поріг явки з «50% + 1» виборець до «25% + 1» виборець[***]. Побоювання виявилися виправданими: на референдум прийшло тільки 49,25% від загальної кількості виборців. Пом'якшення вимог щодо явки врятувало уряд і 2003 року, коли на референдум було винесено питання про вступ Угорщини до Європейського Союзу. Тоді явка становила лише 45,62% від загальної кількості виборців.

Хоча доцільніше враховувати позицію виборців, висловлену на референдумі, незалежно від рівня явки на голосування (звичайно, що імперативне значення матиме лише рішення, ухвалене на референдумі, в якому взяла участь достатня кількість громадян). Цікавою щодо

---

[*] Оніщук М. В. Референдна демократія: проблеми конституційної теорії та практики. К.: Вид-во Європейського університету, 2009. С. 233.

[**] Local direct democracy in Europe. Wiesbaden: VS Verlag for Sozialwissenschaften, 2011. P. 45—46.

[***] Kaufmann B., Waters Dane M. Direct democracy in Europe. Durham: Carolina Academic Press, 2004. P.68.

цього є юридична позиція Конституційного трибуналу Польщі: референдуми, в яких узяла участь недостатня кількість виборців, матимуть лише консультативне значення, а їхні результати слід також розглядати як висловлення незгоди сувереном із рішенням винести відповідне питання на референдум, тобто як небажання суверена скористатися своїм правом ухвалити рішення на референдумі (Рішення трибуналу від 27.05.2003)[*].

Загалом же Венеційська комісія радить не встановлювати кворум участі, «оскільки це об'єднує виборців, які не беруть участі, з тими, хто голосує "ні"»[**].

Питання «кворуму» може також мати значення і під час визначення юридичної сили рішень, ухвалених на референдумі. Так, наприклад, рішення загальнонаціонального референдуму в Польщі повинні мати обов'язкову силу, якщо в ньому взяло участь понад половина від загальної кількості осіб, що мають право голосу, інакше рішення референдуму матиме консультативний зміст[***].

Загалом же в теорії конституційного права за таким критерієм прийнято розрізняти ***імперативні*** та ***консультативні*** референдуми. У нашій державі всеукраїнський референдум може мати лише імперативний зміст. Через брак сталого правового регулювання підставою для такого висновку була офіційна конституційна доктрина: відповідно до юридичної позиції КСУ, «результати народного волевиявлення, отримані через вибори й референдум, є обов'язковими» (Рішення від 5 жовтня 2005 року № 6-рп/2005). Згодом відповідна норма з'явилась і в Законі України «Про всеукраїнський референдум». Згідно зі статтею 4 Закону, рішення всеукраїнського референдуму (окрім референдуму, який проводять з так званого «загальнодержавного питання») не потребують затвердження будь-яким органом державної влади.

Складність застосування референдуму в демократичній державі зумовлена також фактичною нерівністю прихильників та противників питання, що є предметом референдуму. Йдеться про фінансові й організаційні можливості протидіючих сторін під час агітації. Екстраполю-

---

[*] Judgment of 27th May 2003. URL: http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_11_03_GB.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

[**] Європейський демократичний доробок у галузі виборчого права. К.: Логос, 2009. С. 279. (На жаль, вітчизняний законодавець не сприйняв такі рекомендації, встановивши поріг явки для визнання референдуму таким, що відбувся: «Всеукраїнський референдум вважається таким, що відбувся, якщо участь у голосуванні на референдумі взяли не менш як 50 відсотків виборців, включених до Державного реєстру виборців» (частина 6 статті 117 Закону України «Про всеукраїнський референдум»).

[***] Референдуми в Європейському Союзі / за ред. Д. С. Ковриженка. К.: ФАДА, ЛТД, 2007. С. 27.

вати тут ситуацію з виборчої кампанії є майже нездійсненим завданням, оскільки в той чи інший спосіб високопосадовці матимуть право обговорювати із відповідними закликами предмет референдуму, який завжди є питанням державного значення, причому ресурсна база в них значно більша.

Такі складнощі виникають навіть у ситуаціях, коли прихильниками (противниками) референдумного питання є навіть не владні інституції, а впливові організації, що також мають значні ресурси. Особливо це відчувається в таких країнах, як США, де гарантовано максимально широкі межі свободи слова й заборонено на законодавчому рівні встановлювати обмеження на агітаційні фонди.

Досить показовим був референдум щодо відкриття казино на території, де компактно проживають індіанці. Фахівці вважають, що вагомим чинником перемоги корінних племен на референдумі, які виступали за будівництво казино, стало те, що їм вдалося закумулювати й витратити на агітаційну кампанію удвічі більше коштів, ніж противники будівництва (66 млн доларів проти 28)[*].

Звичайно, що досить часто формальні обмеження на проведення «референдумної» агітації все-таки започатковують здебільшого на рівні профільних законів[**], а в окремих випадках як частину офіційної конституційної доктрини.

Так, в одній із хрестоматійних справ «Мак-Кенна проти прем'єр-міністра (*McKenna v An Taoiseach* (1995)) Верховний суд Ірландії виступив з принциповою юридичною позицією, відповідно до якої фінансування агітаційної кампанії урядом під час проведення ініційованого ним референдуму є порушенням одразу трьох конституційних цінностей та принципів, зокрема: рівності громадян, свобода думки й слова, права на участь у референдумі, проведеного на демократичних засадах. Ураховуючи ці обставини, суд визнав неконституційними дії уряду, які

---

[*] Джанда К., Берри Дж., Голдман Дж., Хула К. Трудным путем демократии: процесс государственного управления в США / пер. с англ. М.: РОССПЭН, 2006. С. 217.

[**] Чинний Закон України «Про всеукраїнський референдум» встановлює низку подібних заборон, серед яких слід виокремити заборону на участь в агітації всеукраїнського референдуму в будь-якій формі органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, неможливість їхніми посадовими особами (окрім працівників інформаційних служб, що роз'яснюють офіційну позицію владних структур) проводити агітацію, недопустимість фінансування агітаційних заходів, окрім як коштом фондів ініціативної групи, політичних партій та громадських організацій, що зареєстровані як прихильники чи опоненти питання всеукраїнського референдуму (стаття 64, пункт 2 частина 2, частина 3 статты 100 Закону). Попри всю обґрунтованість вказаних заборон, можливість забезпечення окремих із них на практиці видається досить ілюзорною: важко собі уявити, як глава держави чи тіж народні депутати України утримуватимуться від відвертої агітації під час публічних дискусій з «референдумного» питання.

полягали у витрачанні останнім 500 тис. ірландських фунтів на агітацію під час чергового референдуму*.

Доволі раціональним в цьому контексті видається такий різновид референдуму, який в літературі отримав назву ***«народне вето».*** Оскільки насправді основні дебати були під час ухвалення закону, і ми вже маємо електоральний розподіл щодо підтримки чи не підтримки відповідної законодавчої новації.

Ідеться насамперед про конституційний досвід Італії, Основоположний закон якої допускає ініційовані громадянами (або їхніми регіональними представниками в особі обласних рад) референдуми тільки з одного предмета — скасування закону загалом чи його окремі частини, або заходів, що мають силу закону (стаття 75 Конституції Італії).

Останній такий референдум був 17 квітня 2016 року. Предметом референдуму стало питання про скасування закону, який дозволяє продовжувати концесії з видобутку газу та нафти в межах 12-мильної зони вздовж узбережжя Італії до вичерпання запасу родовищ (попереднє законодавство встановлювало жорсткіші часові межі видобутку копалин). Референдум визнали таким, що не відбувся через низьку явку — 32% при 50%+1 потрібних**.

У конституційному праві України проведення «законодавчого» референдуму допускають лише щодо ветування ухваленого парламентом закону: «Предметом всеукраїнського референдуму можуть бути питання… про втрату чинності законом України або окремими його положеннями» (пункт 4 частини 1 статті 3 Закону України «Про всеукраїнський референдум»).

### 4.3.4. Місцевий референдум

Якщо говорити про доцільність й ефективність інституту референдуму, то слід визнати суттєву різницю в його застосуванні на державному та місцевому рівнях. Це зумовлено багатьма чинниками, зокрема більшою обізнаністю громадян із питаннями, що виносять на референдум, більшою значущістю цих питань для їхнього повсякденного життя тощо.

Навіть у країні, яку вважають справжньою Меккою референдумної демократії — Швейцарії — кількість референдумів, що проводять на

---

* McKenna v. An Taoiseach, and Tanaiste Andors. 1995. Nos 361 & 366. 17 November 1995. URL: http://www.-liamog.com/PDF%20Downloads/McKenna%20v.%20An%20Taoiseach%20(No.%202)%20%5B1995%5D%20IESC%2011;%20[1995]%202%20IR%2010%20(17th%20November,%201995).pdf

** Italy oil and gas vote flops because of low turnout. URL: https://www.thelocal.it/20160418/italy-oil-and-gas-vote-flops-because-of-low-turnout (Last accessed: 20.04.2021).

рівні кантонів є значно більшою ніж загальнодержавних. Так, у період з 1983 по 1996 роки таких референдумів було проведено 1352, з яких 202 — ініційовані громадянами*.

Відтак щоразу треба апелювати до тих демократичних традицій, які склались у тій чи іншій країні. Зокрема, у згаданій Швейцарії не одне десятиліття є ситуація, за якої в 90% малих комун двічі на рік проводять загальні збори громадян, на яких розв'язують найпринциповіші питання, насамперед бюджетно-фінансові, як-от: започаткування місцевих податків і погодження заходів на значну суму (наприклад, у кантоні Цюрих ідеться про транзакції, які перевищують 150 тисяч франків)**.

Щодо України, на жаль, ми можемо оперувати офіційними даними, які були консолідовані Міністерством юстиції України станом на 2009 рік. Однак і ці дані свідчать про важливе значення референдумів у функціюванні демократичних механізмів на місцевому рівні. Зокрема йдеться, що в період з 1991 по 2009 роки було проведено 151 місцевий референдум, які здебільшого стосувалися питань адміністративно-територіального устрою (31,8%) та зміни назв населених пунктів (25,7%)***.

Інший бік цієї проблеми, це те, що місцева політична еліта може зловживати цим інститутом. Таке зловживання пов'язане із винесення на референдум питань, які виходять за межі компетенції місцевого самоврядування, можуть навіть ставати елементом карколомних для державності процесів. Особливо це має місце тоді, коли центральні органи влади належно не реагують на такі дії. Так, наприклад, органи державної влади не чинили перепон у проведенні 31 березня 2002 року в місті Харкові консультативного референдуму про офіційний статус російської мови на території міста.

Звичайно, що квінтесенцією всього цього слід визнати псевдореферендум, який спричинив анексію Автономної Республіки Крим. Правда, цього разу Конституційний Суд України навіть надав конституційну оцінку сепаратиським рішенням органів влади АРК й визнав рішення щодо проведення кримського «референдуму» неконституційним, указавши на те, що «звуження меж сучасного кордону України, виведення будь-якого суб'єкта адміністративно-територіального устрою України з її складу, зміна конституційно закріпленого статусу адміністративно-те-

---

* Бло И. Прямая демократия. Единственный шанс для человечества. М.: Книжный мир, 2015. С. 53.

** Там само. С. 53.

*** Місцеві референдуми в Україні: теоретичні та нормопроектні аспекти. К.: СПД Москаленко О. М., 2009. С. 55.

риторіальної одиниці, зокрема Автономної Республіки Крим та міста Севастополя як невіддільної частини України через проведення місцевого референдуму суперечать принципам цілісності й недоторканності території України в межах сучасного кордону, поширення суверенітету України на всю її територію визначені Конституцією України. Ба більше, такі «територіальні» референдуми можуть проводити тільки за рішенням Верховної Ради України й лише на всеукраїнському рівні (Рішення КСУ від 14 березня 2014 року № 2-рп/2014).

## 4.4. Політичні партії: конституційні засади функціювання

### 4.4.1. Правова природа політичних партій

Діяльність політичних партій у демократичному суспільстві нині є основною передумовою забезпечення демократичності публічного управління та функціювання держави загалом. Європейський суд з прав людини в одному з своїх «класичних» рішень зазначив, що «політичні партії є формою об'єднання, що потрібне для належного функціювання демократії»*. Саме такий підхід сучасний та актуальний, адже ефективна інституціоналізація політичних партій в суспільстві забезпечує політичний плюралізм, структуровану конкуренцію думок та ідей щодо розвитку суспільства й держави, а також цивілізовані форми боротьби за участь у здійсненні публічної влади та впливі на неї.

Ґрунтовне вивчення й аналіз функціювання політичних партій є предметом політології. Водночас значення політичних партій у суспільстві і державі зумовлює й докладний їхній розгляд в конституційно-правовому аспекті. Тут важливо закцентувати на відмінності підходів до такого вивчення чи наукового аналізу. Якщо політологія концентрується на суспільній ролі політичних партій, передумовах, чинниках та способах їхнього формування, масштабах впливу на суспільство тощо, то конституційне право має концентрувати увагу на юридичних аспектах їхнього утворення, розвитку та формах політичної активності. З огляду на це, питання видів і типів багатопартійних чи монопартійних систем, рівень «сили» політичних партій та величина їхньої впливовості в системі публічних інститутів не мають бути предметом докладного аналізу в конституційному праві, хоч це й досить часто трапляється в підручниках.

З конституційно-правового погляду політична партія — це об'єднання громадян, яке має на меті брати участь у формуванні й здійсненні публічної влади на основі певної політичної ідеї (ідеології). Для конституційного права тут важливими є два основних аспекти: по-перше, політичні партії є інституційним інструментом забезпечення реалізації права на участь в управлінні публічними справами та політичних прав; по-друге, діяльність політичних партій зумовлює структурування, організацію, умови функціювання й напрями розвитку публічної влади в

* Case of United communist party of Turkey and others v. Turkey, Judgment of 30 January 1998, § 25.

державі. Ці аспекти є основою юридичного аналізу природи та функцій політичних партій в демократичному суспільстві.

***Забезпечення реалізації права на об'єднання*** з політичною метою є одним з ключових прав, які гарантують як на міжнародному рівні, так і в національних правових системах. Слід вирізняти два аспекти цього права: свободу активного виявлення власної політичної позиції та неприпустимість примусового залучення до політичної діяльності.

Щодо першого аспекту, то він є класичним і сприймається крізь призму негативних зобов'язань держави забезпечити належні організаційні, інституційні та правові умови реалізації права на об'єднання в політичні партії. Тут діяльність держави повинна виявлятися лише в застосуванні об'єктивних та обґрунтованих обмежень щодо висловлення особою власної політичної позиції, яка може виявлятися у висловлюваннях, участі в мирних зібраннях, виборах, здійсненні агітації, інших формах суспільної активності. Членство в політичній партій або інша участь в її діяльності в демократичних країнах є основною формою вираження означених політичних ідей, намірів та прагнень.

Важливо наголосити, що політична активність особи, окрім урахування її позиції, зобов'язує державу створити умови захисту від втручання в реалізацію такого права особи (очевидно, якщо його реалізація не суперечить конституції та прийнятним у суспільстві засадам). Федеральний конституційний суд Німеччини сформулював концепцію так званого «партійного привілею». Йдеться про те, що члени політичних партій та партійні органи мають право користуватися всіма свободами та повноваженнями для досягнення їхніх статутних цілей. До того ж обмеження такої свободи діяльності можливе тільки після встановлення факту діяльності партії, що суперечить конституційним обмеженням (визнання діяльності партії неконституційною)*. Так, політичну діяльність не можна довільно обмежити без дотримання конституційних вимог.

Інший аспект права на об'єднання — неможливість примусово залучити до здійснення політичної діяльності. Ключовим аспектом функціювання політичних об'єднань має бути власне волевиявлення особи. Тоді як в авторитарних і тоталітарних режимах цей вольовий аспект досить часто порушують через примусове (пряме чи опосередковане) зарахування осіб до «правлячої» партії та здійснення ними партійних активностей, реалізації інших політичних прав. Радянське соціалістич-

* BVerfG, Judgment of the Second Senate of 21 March 1961 — 2 BvR 27/60 (BVerfGE 12, 296).

не минуле передбачало не тільки систему прямих і непрямих примусів до вступу в комуністичну партію, а й одночасно обов'язковим було членство в різних інших суміжних організаціях (профспілки, професійні, молодіжні об'єднання тощо).

Очевидно, такий підхід неприйнятний у демократичному суспільстві. У постсоціалістичних країнах цей аспект відчувається особливо гостро. Так, Конституційний суд Литви досить чітко наголошує на тому, що «вільна воля особи є фундаментальним принципом його/її членства в будь-яких організаціях, політичних партіях чи інших об'єднаннях. Цього конституційного принципу слід дотримуватися під час формування будь-яких об'єднань, під час регулювання їхньої діяльності щодо визначення членства, незалежно від того, яких легітимних цілей такі об'єднання намагаються досягнути»[*].

Тому правове регулювання діяльності політичних партій на національному рівні повинне передбачати створення сприятливих умов для реалізації права на об'єднання та інших, похідних політичних прав. До того ж обмеження, що застосовуватимуть до діяльності партій повинні бути необхідними та пропорційними їхній меті в демократичному суспільстві.

***Значення політичних партій для забезпечення структурування й розвитку публічної влади*** в державі вивляється насамперед через участь політичних партій у виборах, але цим не може обмежуватися. «Виборча» діяльність політичних партій є основною для них, адже сутнісна властивість партій — намагання взяти участь у здійсненні публічної влади (стати владою — сформувати органи публічної влади самостійно чи коаліційно/спільно з іншими партіями) або здійснювати безпосередній вплив на її здійснення (через опозиційну діяльність, контроль за функціюванням публічних органів, які сформовані іншими політичними силами).

Конституційний суд Литви зазначив, що політичні партії «...слід розглядати як спеціальних учасників не тільки виборчого процесу до органів публічної влади, але й як спеціальних учасників публічного політичного життя в період між виборчими кампаніями»[**]. Федеральний конституційний суд Німеччини не зводить політичні партії тільки до їхнього сприйняття як звичайних суспільних (соціальних) структур — «... вони мають рівень конституційних інститутів» та є «інтегрованими ча-

[*] The Constitutional Court of The Republic of Lithuania Ruling of 21 December 2000.
[**] The Constitutional Court of The Republic of Lithuania Ruling of 29 March 2012.

стинами конституційної структури» й частиною конституційно-визначеного політичного життя*.

Такий підхід відображає не тільки правову природу політичних партій, але й їхнє функційне призначення в системі демократичних інститутів. Адже участь політичних партій у виборах не є і не слід розглядати як одномоментний акт. Висування, реєстрація кандидатів, агітація й голосування є лише формальними процедурами, що покликані закріпити (відобразити) на рівні представницького органу (посади) політичну структуру суспільства. Адже, на відміну від форм безпосередньої демократії, де при «...безпосередній реалізації політичної волі народу... похідної від народного суверенітету»** здійснюється народовладдя, публічне представництво потребує додаткового інструментарію відображення волі народу. Відповідно діяльність політичних партій щодо участі у виборчому процесі слід розпочинати задовго до призначення конкретних виборів. Можна зауважити, що підготовку до наступних виборів треба розпочинати одразу по завершенню попередніх. З юридичного погляду тут йдеться про створення правових механізмів діяльності політичних партій та їхнє долучення до формування та реалізації державної політики в певних сферах, функціювання органів публічної влади.

Політичні партії та їхні кандидати, які за результатами виборів отримали змогу взяти участь у формуванні органів публічної влади (самостійно чи з іншими політичними силами) повинні мати механізми забезпечення реалізації їхніх відповідних прав. Так, наприклад, новообраний парламент у парламентській (в окремих країнах і в змішаній) республіці повинен бути наділеним повноваженнями щодо демократичного формування уряду й інших органів відповідно до конституції. Реальність і результативність виборів є ключовими для забезпечення інституціоналізації політичних партій.

Конституції окремих держав передбачають докладніші механізми участі політичних партій у формуванні уряду, інших органів виконавчої влади, контрольних інституцій тощо (Греція, Болгарія, Португалія, Іспанія тощо). Одночасно можуть ураховувати не тільки статус відповідної партії та, наприклад, кількість її представників у парламенті, але і її політичну позицію (перебування в проурядовій більшості чи в опозиції).

---

* Kommers Donald P. and Miller Russell A. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3rd Edition, 2012. P. 271.

** Оніщук М. В. Проблеми утвердження референдної демократії та унормування інституту лобіювання в Україні. *Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності*. Д., 2009. № 3. С. 5.

У Конституції України після змін 2004 року також ураховано політично-партійну структуризацію Верховної Ради України для формування Кабінету Міністрів України. Так, статті 83 та 114 Конституції України передбачають, що коаліція депутатських фракцій у Верховній Раді України подає пропозиції Президенту України щодо кандидатури Прем'єр-міністра України, а також відповідно до цієї Конституції подає пропозиції щодо кандидатур до складу Кабінету Міністрів України. Слід зазначити, що формування коаліції депутатських фракцій передбачає все ж об'єднання цих фракцій, які формують на політично-партійній основі.

Конституційне регулювання має забезпечити не тільки проведення періодичних, вільних та чесних виборів, але й умови функціювання політичних партій, які ще не взяли участь у виборах, або ж за результатами виборів їхні кандидати не отримали представницьких мандатів. Ідеться про гарантії опозиційної діяльності й необхідність врахування позиції меншості.

У демократичному суспільстві політичні партії повинні мати інструменти висловлення своєї політичної позиції, навіть якщо вони (їхні представники) не входять до складу органів публічної влади. До переліку таких інструментів слід зарахувати можливість проведення партійних політичних публічних заходів, підготовку й подання політичних заяв та документів, проведення мирних зібрань, участь у здійсненні громадського контролю за діяльністю публічної влади тощо. Важливо, щоб така діяльність мала належні правові підстави, а її учасники щонайменше не зазнавали неправомірного тиску, переслідувань чи інших незаконних обмежень.

Так, політичні партії, з одного боку, є інструментом вираження свободи політичної діяльності, плюралізму й багатоманітності, які є невіддільними елементами демократії, а з іншого — вони здійснюють політичну структуризацію суспільства, що є основою формування публічної влади та контролю за її діяльністю.

### 4.4.2. Конституційні засади організації та діяльності політичних партій

Регулювання діяльності політичних партій досить чітко зумовлено їхньою правовою природою. Загальноприйнятим є підхід, відповідно до якого держава може лише рамково регулювати політичні партії, тоді як більшість питань організації, структурування та функціювання політичних партій належать до компетенції їхнього внутрішнього (ста-

тутного) регулювання. Така свобода від надмірного втручання, звісно, передбачає тільки визначення загальних меж функціювання партій. Такі межі зазвичай визначають на рівні конституції та в спеціальному законі. Більшість конституцій не зачіпають питань внутрішньої структури чи засад роботи партій та їхніх органів зовсім.

Водночас у конституціях деяких країн зазначено вимогу про побудову внутріпартійної структури та діяльності на демократичних засадах (ФРН, Португалія, Чехія, Іспанія). Наприклад, у ФРН до партій встановлюють додаткові вимоги щодо прозорості їхнього фінансування, витрачання коштів та подання спеціальної фінансової звітності. Так, Основний закон ФРН передбачає, що внутрішня організація політичних партій повинна відповідати демократичним принципам, водночас вони повинні публічно звітувати про свої активи, а також джерела надходження коштів та їхнє використання*.

Кодекс належної практики щодо політичних партій основними принципами діяльності політичних партій на рівні Ради Європи визначає: верховенство права (повага прав людини й дотримання конституції), демократія (забезпечення демократичних внутрішньопартійних процедур і форм діяльності партії загалом), недопущення дискримінації (дискримінація є неприпустимою як членів політичної партії, так і її діяльності загалом), прозорість та відкритість (партія повинна надавати відкритий доступ не тільки до її програмових чи ідеологічних документів, але й до процедур ухвалення рішень, фінансового обліку, забезпечувати прозору звітність тощо)**.

Зазначені принципи стосуються більше позиціювання політичної партії та її внутрішньої організації. До того ж національне законодавство має забезпечити наявність юридичних інструментів для створення й існування відповідного середовища. Це стосується насамперед форм участі політичних партій у виборчих, парламентських й інших процедурах. Так, національне законодавство повинне створювати умови не тільки для конкуренції політичних партій між собою, але й для конкуренції всередині самих політичних партій. Тут важливо наголосити на важливості забезпечення демократичності внутрішніх партійних процедур.

---

* Стаття 21.1 Основного закону ФРН.

** Code of Good Practice in the field of Political Parties adopted by the Venice Commission at its 77th Plenary Session (Venice, 12—13 December 2008) and Explanatory Report adopted by the Venice Commission at its 78th Plenary Session (Venice, 13—14 March 2009) (CDL-AD(2009)021-e). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2009)021-e# (Last accessed: 20.04.2021).

*Внутрішньопартійна демократія* — це складне й комплексне явище, ефективність забезпечення якого є досить проблематичним не тільки для політичних партій у країнах, що розвиваються, а й у країнах з давніми демократичними традиціями. Національне законодавство повинне забезпечувати справедливість, відкритість і прозорість усіх процедур, де виявляється активність політичних партій. Так, на етапі висування кандидатів й участі у виборах політичні партії традиційно користуються повною свободою розсуду щодо номінації тих чи інших кандидатів. Одночасно інструменти коригування виборчих списків чи інший вплив на висунутих кандидатів партійним керівництвом за певних умов може порушувати не тільки права відповідних кандидатів, але й демократичні засади функціювання суспільства. Наприклад, позиція Конституційного Суду України в Рішенні № 3-р/2017 від 21 грудня 2017 року (справа про виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку політичної партії). У цій справі суд зазначив, що можливість виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку від партії після голосування й встановлення результатів виборів народних депутатів України суперечить сутності демократичних виборів та конституційному праву громадян України вільно обирати й бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування[*].

Інший аспект виявлення партійного тиску — це застосування імперативного мандата до представників партії в парламенті чи інших представницьких органах. Використання партійно-імперативного мандата передбачає змогу впливати політичної партії чи її керівних органів впливати на строк повноважень депутатів. Саме позбавлення представницького мандата як крайній захід можуть застосовувати не тільки під час виходу з фракції, але й під час виключення чи неналежного голосування, що передбачає вагоміший вплив фракції на представницький мандат. Ідеться про так званий імперативний мандат, наявність якого заперечують у більшості парламентів світу. Зокрема, конституції ФРН, Австрії, Франції, Польщі, Румунії, Італії, Іспанії, Фінляндії, Данії, Швеції, Угорщини, Болгарії, Бельгії тощо прямо забороняють депутату отримувати директиви чи обов'язкові рекомендації щодо здійснення його повноважень. А стаття 23 Правил процедури французької Національної Асамблеї забороняє утворення будь-яких груп, що можуть накладати зобов'язання на парламентарів (приватні, регіональні чи професійні

[*] Рішення Конституційного Суду України № 3-р/2017 від 21 грудня 2017 року (справа про виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку політичної партії).

інтереси). Так, у демократичних парламентах не тільки не передбачено позбавлення представницького мандата під час втрати фракційного членства, але й заборонено інший нелегітимний тиск на депутата. Це і є суть теорії вільного представницького мандата.

Свободу діяльності політичних партій обмежують відповідно до обставин становлення й розвитку партійної системи та демократичних інститутів загалом в конкретній країні. Такі обмеження повинні бути передбачені на конституційному рівні та відповідно захищені від частих та свавільних змін.

Загалом можна виокремити кілька видів (рівнів) конституційних обмежень щодо діяльності політичних партій:

- обмеження мети утворення й видів статутної діяльності політичних партій. Такі обмеження можуть бути сформульовані досить загально, як, наприклад, у статті 4 Конституції Франції зазначено, що політичні партії повинні поважати «принципи національного суверенітету та демократії»[*]. Одним з прикладів досить докладного й жорсткого формулювання таких обмежень може бути Конституція Туреччини, у статті 68 якої передбачено, що статути, програми й діяльність політичних партій не повинні суперечити незалежності держави, її неподільній цілісності з її територією та нацією, правам людини, принципам рівності та верховенства права, суверенітету нації, принципам демократичної та світської республіки. Окремо зазначено про неприпустимість спрямованості на сприяння чи встановлення класової чи групової диктатури, чи диктатури будь-якого виду, а також політичні партії не повинні підбурювати громадян до вчинення злочинів[**]. Такі обмеження повинні враховувати як на етапі утворення політичної партії, під час її діяльності та, очевидно, вони можуть стати підставою для припинення діяльності (розпуску, ліквідації) політичної партії;
- обмеження членства в політичних партіях. У демократичному суспільстві фундаментальним є право вільного прийняття рішення особою щодо участі в діяльності політичних партій та інших політичних організацій. Проте стосовно певних категорій осіб можуть визначати додаткові обмеження щодо їхнього членства

---

[*] Стаття 4 Конституції Франції. URL: http://www2.assemblee-nationale.fr/langues/welcome-to-the-english-website-of-the-french-national-assembly#Title1 (дата звернення: 24.04.2021.).

[**] Стаття 68 Конституції Туреччини. URL: https://www.judiciaryofturkey.gov.tr/Current-version-of--Constitution-of-the-Republic-of-Turkey--including-latest--amendments (дата звернення: 24.04.2021.).

в політичних партіях. Такі обмеження зумовлені вимогою політичної нейтральності щодо діяльності на певних посадах чи в певних сферах діяльності. Йдеться, наприклад, про військовослужбовців, суддів, прокурорів, працівників органів поліції чи інших відповідних сфер. В окремих випадках можуть забороняти обіймати керівні посади в партіях або партійних органах. Так, відповідно до статті 95 Конституції Болгарії президенту й віцепрезиденту заборонено обіймати керівні посади в політичних партіях;

- обмеження певної діяльності політичних партій. Так, політичні права можуть бути обмежені в умовах воєнного стану чи в разі інших надзвичайних обставин. Слід зазначити, що такі обмеження повинні стосуватися не діяльності партії загалом, заборони її програми, ідей чи статутної діяльності, а передбачати їхнє застосування лише протягом обмеженого часу й щодо об'єктивно обумовленого переліку активностей, проведення яких унеможливлюють умови воєнного стану.

Окрім зазначених, на рівні конституції або законів можуть визначати й певні процедурні обмеження щодо функціювання політичних партій. Наприклад, щодо виконання додаткових процедур реєстрації партії та/або її місцевих організацій, здійснення певних видів діяльності (видання газет, виготовлення агітаційних матеріалів тощо), фінансової прозорості й звітності тощо. Досить часто такі обмеження можуть суттєво впливати на діяльність партії загалом. Тому важливо також розмежувати вимоги до діяльності партій та адміністративні перешкоди в їхній партій, які в недемократичних країнах можуть бути додатковим бар'єром діяльності партії загалом або ж її участі, наприклад, у виборах. У цьому аспекті Конституційний суд Литви в одному з рішень наголосив на неприпустимості встановлення додаткових юридичних обмежень, які б перешкоджали участі політичних партій та кандидатів, висунутих ними, у виборах[*].

Такий підхід слід ураховувати й щодо діяльності політичних партій загалом і безпосереднього застосування тільки конституційних обмежень. Прикладом такого аспекту може бути вже згадана справа Федерального конституційного суду Німеччини щодо застосування концепції «партійного привілею»[**]. У цій справі суд зазначив, що кримінальну відповідальність за участь в активностях політичної партії, діяльність якої визнано неконституційною, можна застосовувати тільки в разі,

[*] The Constitutional Court of The Republic of Lithuania Ruling of 1 October 2008.

[**] BVerfG, Judgment of the Second Senate of 21 March 1961 — 2 BvR 27/60 (BVerfGE 12, 296).

якщо такі активності відбуватися після ухвалення рішення про визнання діяльності партії неконституційною. Дії, які здійснювалися до ухвалення відповідного рішення не можуть бути кримінально караними, оскільки на той момент були способом реалізації права на свободу об'єднання й інших політичних прав.

Найважливішою гарантією діяльності політичних партій є застосування спеціальної процедури припинення їхньої діяльності. Така процедура, очевидно, повинна відрізнятися від припинення діяльності звичайних юридичних осіб, і яку повинні супроводжувати відповідні ускладнені механізми. Зазвичай у конституціях визначають, що припинення (розпуск, ліквідація, заборона) політичної партії можливе лише за рішенням суду. Це може бути як суд загальної юрисдикції, так й орган конституційного контролю. Передача цього повноваження судовій владі від виконавчої та високий рівень ухвалення судового рішення щодо долі політичної партії є запорукою об'єктивності та неупередженості ухваленого рішення.

### 4.4.3. Тенденції розвитку політичних партій та конституційних засад регулювання їхньої активності

Діяльність політичних партій у сучасному суспільстві зумовлена низкою чинників, умов й обставин як національного, так і глобального (універсального) змісту, які не тільки змінюють форми та засади діяльності партій, але й суттєво впливають на еволюцію їхньої природи, значення та призначення. До таких тенденцій можна зарахувати:

- глобалізація безпосередньо впливає не тільки на інструменти політичної боротьби, але й на структурування політичних партій, їхні відносини, способи взаємодії та співпраці. Так, функціювання системи «сімей» політичних партій у країнах Європейського Союзу порушує питання універсалізації не тільки їхніх цінностей, політичних програм, ідей та форм активності, але й використання спільних юридичних інструментів регулювання діяльності;
- в умовах швидкого та, на жаль, в окремих випадках часто маніпулятивного формування громадської думки, політичні партії змінюють підходи до організації своєї роботи з виборцями, до формалізації членства в політичних партіях, формування та розвитку партійних структур, суттєво коригують форми залучення нових прихильників тощо. Ці виклики потребують нових і нестандартних кроків для популяризації власної ідеології та досяг-

нення політичних цілей. Надзвичайного поширення набувають популістичні ідеї та маніпулятивні технології. Відповідного коригування еволюційно потребуватимуть й межі конституційного регулювання діяльності політичних партій;

- розвиток сучасних інформаційних технологій, так звана диджиталізація торкається нині й діяльності політичних партій. Адже політична реклама, поширення інформації, проведення агітаційних заходів нині набувають все нових рис. Можливість використовувати соціальні мережі та, наприклад, вузькоцільову онлайн-рекламу дають змогу не тільки політичним партіям формувати політичний «порядок денний» суспільного життя. Тому дуже важливо враховуючи ці виклики й використовувати ефективні, зокрема юридичні запобіжники від зловживання такими технологіями, маніпулювання суспільною свідомістю тощо;
- з метою внутрішнього структурування політичні партії дедалі частіше вдаються до обмеження внутріпартійних демократичних процедур. З одного боку, партійне керівництво намагається забезпечити в умовах глобалізації партійну єдність, з іншого — відсутність внутріпартійної свободи й конкуренції спричинює виникнення й поширення різних форм обмеження вільного представницького мандата та свободи об'єднання загалом. Це може суттєво підірвати фундаментальні засади демократії навіть у державах з розвиненими демократичними традиціями;
- розвиток технологій та спрощення фінансових процедур зумовили, своєю чергою, суттєве спрощення процедур фінансування спільних проєктів, ініціатив та найрізноманітніших активностей, де ініціаторами, учасниками чи виконавцями можуть бути політичні партії. З огляду на законодавчі (а в окремих країнах і конституційні) обмеження фінансування політичних партій, ведення їхньої фінансової звітності й забезпечення прозорості витрат, слід переглянути не тільки відповідні процедури, а й принципи визначення, обліку та обмеження джерел доходів політичних партій та їхнє долучення до фінансування (співфінансування) інших проєктів.

# Розділ 5.
# Конституція й публічна влада

## 5.1. Публічна влада в структурі конституційного права

### 5.1.1. Політична влада, публічна влада, державна влада: загальнотеоретичний дискурс

В одному з найавторитетніших словників у галузі права категорію «політична влада» визначено так: «Така влада належить особі чи інституції, що виконує будь-які функції держави»[*]. Такий підхід до усвідомлення всієї влади в державі як політичної властивий західній, здебільшого північноамериканській політико-правовій думці. Ба більше, у дослідженнях майже не проводять розподілу між категоріями «влада» та «політична влада», обидві категорії використовують як синонімічні[**]. Своєрідну спадковість у цьому питанні можна відстежити на підставі аналізу однієї із найвагоміших пам'яток світового конституціоналізму — «Федералісті»: у 33-му есе Александр Гамільтон, обґрунтовуючи потребу надання вищої сили законам, які ухвалюватимуть органи майбутньої федерації, указує на те, що майбутній уряд повинен бути наділений реальною «політичною владою чи верховенством»[***].

Натомість у пострадянському державознавстві й політології ще з радянських часів зберігся підхід до виокремлення політичної влади від державної. «Остання, узята загалом поза її конкретних виявів у різних гілках влади, зокрема в судовій, завжди має політичний характер, тоді як політична влада не завжди є державною»[****]. Переважала під час аналізу влади в суспільстві колективістська концепція влади, згідно з якою влада існувала лише в спільноті людей, об'єднаних спільними справами й спільною волею[*****]. У «спадщину» дісталася ще одна доктринальна риса радянського суспільствознавства — скрізь шукати революційний елемент і демонструвати класовий характер держави: «Державна влада — організоване політичне панування класу, що

---

[*] Black Law Dictionary (Tenth edition). St. Paul: Thomson Reuters, 2014. P. 1346.

[**] Ледяев В. Г. Власть: концептуальный анализ. М.: РОССПЭН, 2001. С. 327.

[***] Федералист. Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея / пер. с англ. Н. Яковлева и др. М.: Издательская группа «Прогресс» — «Литера», 1994. С. 216.

[****] Сравнительное конституционное право. М.: Манускрипт, 1996. С. 419.

[*****] Чиркин В. Е. Контрольная власть. М.: Юристъ, 2008. С. 15—17.

здійснює державне керівництво суспільством»[*]. Також безапеляційно стверджували, що «у первісному родовому суспільстві владу здійснювали всі члени роду (племені), які обирали старійшину». «З появою класів і держави кровні, родові зв'язки було зруйновано, замість морального авторитету старійшини роду виник авторитет публічної влади, яка відділилася від суспільства й стала над ним»[**].

Політологія вивчає владу загалом: «Політична наука як емпірична дисципліна вивчає формування й розподіл влади, а також владу взагалі в усіх формах її існування» (Г. Лассвел та Е. Кеплен)[***].

Загалом державну владу вирізняє низка специфічних рис, серед яких особливе місце належить легітимності й суверенності[****]. Перша, як стверджують у філософії, «будучи внутрішньо притаманною політичній спільноті, влада не потребує виправдання; єдине, що їй треба, то це легітимація»[*****]. Насилля як засіб забезпечення влади, можна виправдати, однак не можна легітимувати, тому саме право є чи не єдиною формою легітимації влади. І саме конституційне право в цьому аспекті розглядають як таке, що створює підґрунтя легітимації та цілісності чинного правового порядку[******].

Суверенність є також важливою характеристикою державної влади. З цього приводу Георг Еллінек слушно зауважив, що «незалежність державної влади від будь-якого іншого державного авторитету завжди вибудовували як правову, а не фактичну незалежність»[*******]. Конституція завжди мала важливе значення в забезпеченні такої внутрішньої незалежності й авторитетності. Не можемо залишити поза увагою й той факт, що на конституційному рівні в окремих державах саме суверенітет, а не державна (публічна) влада належить народові (нації): «Національний суверенітет належить народові, який здійснює його через своїх представників і референдум» (стаття 3 Конституції Франції). Хоча є випадки, що й суверенітет, і державна влада одночасно нале-

---

[*] Юридичний словник. К.: Головна редакція УРЕ, 1974. С. 117.

[**] Большая совесткая энциклопедия. URL: http://bse.sci-lib.com/article005623.html (дата звернення: 20.04.2021).

[***] Ледяев В. Г. Власть: концептуальный анализ. М.: РОССПЭН, 2001. С. 324—325.

[****] Окрім цього, вказують на цілеспрямовану організованість, територіальність, надінституційність, публічність, усезагальність та універсальність державної влади (Гомеров И. Н. Государство и государственная власть: предпосылки, особенности и структура. М.: Издательство ЮКЭА, 2002. С. 499—583).

[*****] Современная западная философия: энциклопедический словарь. М.: Культурная революция, 2009. С. 128—129.

[******] Beatty D. Constitutional law in theory and practice. Toronto: University of Toronto Press, 2014. P. 5.

[*******] Еллинек Г. Общее учение о государстве. Санкт-Петербург: Юридический центр «Пресс», 2004. С. 458.

жать народові, як це, приміром, можемо побачити в Конституції Іспанії: «Національний суверенітет належить іспанському народові, який є джерелом усіх державних влад» (частина 2 стаття 1 Конституції Іспанії). Суверенність дає змогу говорити про найбільшу значущість державної (політичної) влади в системі соціальних влад.

Означена як предмет цього підрозділу «публічна влада» є такою ж поширеною в державознавстві за вживаністю категорією, як і «державна влада». Використання першої категорії зумовлено традицією виокремлення в системі політичної влади різних гілок, тобто її поділ не тільки за горизонталлю, а й за вертикаллю. Саме поділ влади за вертикаллю зумовлює потребу використовувати спеціальний термін, що охоплює всі рівні влади.

Проте в цій ситуації не все так однозначно. Наприклад, класик конституційного права Георг Еллінек свого часу заперечував наявність окремої регіональної та місцевої влади в загальній системі політичної влади федерації, стверджуючи, що «між союзною державою та її членами не розподілено… ні суверенітет, ні державну владу». «Розподілені об'єкти, на які спрямована діяльність держави, а не суб'єктивна діяльність, що стосується цих об'єктів»[*].

У доктрині французького конституційного права виокремлюють два рівні політичної влади: державні органи управління й органи самоврядних колективів. Самоврядні територіальні колективи (комуна, департамент, регіон) є суб'єктами, які підпорядковані режиму публічного права та мають власні органи управління[**]. До того ж категорію «публічна влада» (правда, у множині дослівно ***établissements publics***) вживають у національному законодавстві для характеристики органів, які можуть утворювати різні органи самоврядних колективів для міжурядової взаємодії[***]. Загалом для характеристики парламенту, президента, уряду та його місцевих структур використовують категорію «державні органи влади» чи «органи державної влади»[****].

У вітчизняній конституційній традиції так само спостерігаємо виокремлення декількох рівнів влади. Нормативною підставою цього є конституційні приписи, зокрема положення частини 2 статті 5 Конституції України про те, що народ здійснює свою владу як безпосередньо,

---

[*] Еллинек Г. Общее учение о государстве. С. 484—485.

[**] Бребан Ги. Французское административное право. М.: Прогресс, 1988. С. 74, 89.

[***] Rogoff Martin A. French constitutional law: cases and materials. Durham: Carolina Academic Press, 2011. P. 362.

[****] Гунель М. Введение в публичное право: институты — основы — источники. М.: Интратэк-Р, 1995. С. 65.

так і через органи державної влади й місцевого самоврядування. Розподіляють публічну владу на два рівні, що, своєю чергою, утворюють самостійні види, і в деяких інших статтях Конституції*. Аналогійно розв'язують це питання в багатьох країнах Східної Європи та Балтії: так, приміром, Конституційний суд Литви у своєму рішенні від 24 грудня 2002 року сформулював юридичну позицію, згідно з якою в Конституції Литовської Республіки чітко розрізняють дві системи публічної влади: державна влада, або державне управління (***state governance***) та влада місцевого самоврядування**.

Водночас одним з найдискусійніших питань у вітчизняному конституціоналізмі лишаються автономні утворення унітарної держави, зокрема Автономної Республіки Крим, власна система влади, що не збігається із державною чи муніципальною владами. Такої позиції почав дотримуватися законодавець (наприклад, відповідно до частини 5 статті 4 Цивільного кодексу, органи влади АРК не синонімізують з органами державної влади)***.

Позиція Конституційного Суду України щодо цього питання неоднозначна. В одному із небагатьох своїх рішень, присвячених особливостям публічної влади на території АРК, суд, з одного боку, зазначає, що є такий суб'єкт публічної влади як органи влади АРК, а з іншого, — що «Утворення в складі України Автономної Республіки Крим та наділення її повноваженнями є ***формою децентралізації державної влади*** (***виділення автора — Ю. Б.***) в унітарній державі» (Рішення від 3 лютого 2009 року № 4-рп/2009).

### 5.1.2. Конституційні основи форми правління

Одним із ключових питань, що стосується предмета конституційного права, є влада. Ці питання становлять чи ненайбільший за обсягом сегмент конституційної регламентації. Попри це, місія конституції не вичерпується лише розглядом її як інструмента реалізації влади. Її го-

---

* Цитована конституційна норма дає підстави дослідникам виокремлювати не тільки державну владу й муніципальну владу (яку здійснюють органи місцевого самоврядування), але й публічну владу українського народу (Батанов О. В. Муніципальна влада в Україні: проблеми теорії та практики. К.: ТОВ «Видавництво "Юридична думка"», 2010. С. 60).

** Selected official constitutional doctrine (1993—2016). Vilnius: Constitutional Court of the Republic of Lithuania, 2017. P. 922.

*** У Законі України «Про Раду міністрів АРК» від 16 червня 2011 року, Раду міністрів АРК визнають як вищий орган у системі органів виконавчої влади Автономної Республіки Крим *(виділення автора — Ю. Б.)*.

ловним функційним завданням є обмеження влади в інтересах гарантування основоположних прав людини, уведення влади в правові межі.

Реалізуючи цю місію, у конституції демократичної правової держави чітко означено засади, на яких повинні реалізовувати владу. Окрім цього, до «владного» предмета конституції належать питання про джерело державної влади, структуру державної влади, систему органів, які здійснюють владу, форми й методи реалізації влади, мету й ключові напрями державної політики*.

Загалом слід зазначити, що перелічені питання не завжди стають об'єктом саме конституційного регулювання. Ба більше, їхня поява в тексті конституцій зумовлена певними політико-правовими чинниками, які виникали в умовах певного історичного контексту. Слід пригадати, що найперша серед чинних конституцій — Конституція США починається зі слів «Ми, народ Сполучених Штатів Америки... засновуємо цю Конституцію», у такий спосіб чітко означуючи джерело всієї публічної влади.

Результатом конституційних перетворень у країнах Південної Європи після Другої світової війни було не тільки відновлення демократичних інституцій, а й прихід до влади (здебільшого як учасників урядових коаліцій) лівих сил**. Це значною мірою зумовило специфічний зміст конституцій у цих державах. Так, найліпший результат (38%) на виборах до Конституційної Асамблеї Португалії, яку було сформовано відразу після Революції гвоздик, отримала Соціалістична партія, що підтвердила свій успіх на перших парламентських виборах, які відбулися рік потому.

Тому нічого дивного немає в тому, що в тексті Основного закону Португалії 1976 року зазначено відразу 12 завдань держави в галузі економічної політики, як-от: «Сприяти встановленню соціальної справедливості, забезпечити рівність можливостей і вносити потрібні корективи, щоб подолати нерівність під час розподілу національного багатства й доходу, зокрема завдяки проведенню певної податкової політики; ...забезпечувати сповна використання продуктивних сил, приділяючи увагу ефективності державного сектору; ліквідувати латифундії і змінити регулювання мініфундій» тощо (стаття 81).

---

* Сравнительное конституционное право. М.: Манускрипт, 1996. С. 419—420.

** Медушевский А. Н. Теория конституционных циклов. М.: ГУ ВШЭ, 2005. С. 193.

Загалом ключова увага конституцієдавця під час визначення «владних» питань, що мають потрапити до тексту конституції, зосереджена на визначенні певної форми правління й структури та системи влади.

Форму правління зазвичай у конституціях конкретизовано не визначають. Серед винятків можемо назвати положення статті 1 Конституції Кіпру 1960 року, де визначено, що в країні діє президентська форма правління (в оригіналі — президентський режим). Недивно, що такі норми можна побачити в конституції близькій за історико-політичним духом і територіальним розташуванням держави — Греції: «Форма правління Греції — парламентська республіка» (Конституція 1975 року).

Так у системі некодифікованої Конституції Швеції, один із Основоположних законів має назву «Форма правління», в якому означено основні засади форми правління, права громадян, статус вищих органів влади, міжнародно-правові питання, зокрема відносини Швеції із Європейським Союзом.

За будь-яких обставин форму правління слід розглядати не лише як предмет конституційної регламентації, а як одну із засад конституційного ладу. В окремих випадках така засада може бути «недоторканою» конституційною цінністю: «Республіканська форма правління не може бути предметом перегляду» (частина 5 статті 89 Конституції Франції 1958 року).

До того ж варто зауважити, що у французькій конституційній доктрині є концепція республіканських принципів, які, на думку Конституційної ради, відбивають конституційну ідентичність цієї країни. До таких принципів належать: національний суверенітет, демократія, права людини, рівність, секуляризм, неподільність (унітаризм) та соціальна солідарність*.

Щодо Конституції України, то в першому розділі «Загальні засади», який відповідно до юридичних позицій, сформульованих в рішеннях Конституційного Суду України (наприклад, рішення від 3 жовтня 2005 року № 6-рп), є структурною частиною Основного закону, і в якому зафіксовано засади конституційного ладу, чітко закріплено, що Україна є республікою (частина 1 статті 5). Конкретну форму правління не зазначено.

Остання теза отримала свою специфічну актуалізацію під час та після проведення конституційної реформи 2004 року. Нагадаємо, що реформа, яку спричинила Помаранчева революція, передбачала змі-

* Rogoff A. Martin. French Constiutional Law. Durham: Carolina Academic Press, 2014. P. 253—254.

ну форми правління, зокрема передачу низки важливих повноважень щодо формування та контролю за урядом від президента до парламенту. Тоді чимало експертів висловили думку, що, попри відсутність деталізації форми правління в тексті першого розділу Основного закону, зміну форми правління (з президентсько-парламентської на парламентсько-президентську) слід розглядати як зміну конституційного ладу, а отже, — у контексті виняткової правосуб'єктності українського народу (частина 3 статті 5 Конституції), тобто остаточне рішення повинен був ухвалити не парламент, а народ на референдумі*.

Загалом же прийнята в теорії держави класифікація форм правління на республіканські й монархічні відображена в конституційно-правовій теорії та практиці. Вагомими чинниками класифікації форм правління є вплив парламенту й глави держави на формування й функціювання органів виконавчої влади. Окрім цього, беруть також до уваги й зміст конституційного регулювання статусу глави держави за умов монархічної форми правління та його взаємовідносини із парламентом та урядом, про що йтиметься в наступних підрозділах.

Також зазначимо, що особливе становище монарха в системі влади, яке було за часів Середньовіччя, зберегло й нині своє формально-церемоніальне відображення в окремих аспектах конституційної регламентації. Проте, як свідчить практика органів конституційної юрисдикції, є лише даниною традиціям державотворення, а не відтворенням старих устоїв: наприклад, рішення органу конституційного контролю Бельгії — Арбітражного суду, відповідно до якого не було знайдено жодного відступу від Конституції в тексті присяги муніципальних службовців. Муніципальний радник під час обрання його до муніципальної ради присягнув, як того вимагає закон, на вірність монарху, Конституції та бельгійському народу. Будучи вірним республіканським принципам, він оскаржив норму про зміст цієї присяги у суді. Суд не знайшов у ній порушення Конституції, вказавши при цьому таке. «Слова "вірність королю" слід розуміти як визнання монархії й інституції, яка сама походить від Конституції. Ці слова не мали іншого значення, крім обіцянки вірності демократично сформованій конституційній системі» (Рішення від 15 жовтня 2002 року № 151/2002)**.

---

* Футей Б. Пишучи нову Конституцію, зазираймо до старої. URL: https://www.pravda.com.ua/rus/articles-/2007/07/30/4421899/ (дата звернення: 20.04.2021); Речицький В. Прості цінності конституціоналізму. URL: https://krytyka.com/ua/articles/prosti-tsinnosti-konstytutsionalizmu (дата звернення: 20.04.2021).

** Рішення Арбітражного суду Бельгії від 15 жовтня 2002 року № 151/2002. URL: http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm (дата звернення: 24.04.2021).

Більше значення для розуміння конституційних аспектів системи влади має не так поділ держав на монархічні й республіканські, як наповнення принципу поділу влади як ключового в конституційний системі організації влади в правовій та демократичній державі. Особливо, коли йдеться про відносини між законодавчою й виконавчою владою, а також владою, що уособлює в собі інститут президента.

### 5.1.3. Конституція як засіб запобігання й розв'язання владних конфліктів

Поділ республік на президентські, парламентські й змішані (або відповідно до західного наукового дискурсу — напівпрезидентські) передбачає розв'язання на конституційному рівні декількох ключових питань. Серед них пріоритетне місце займає недопущення узурпації влади з боку будь-якої інституції. Це означає недопустимість «захоплення державної влади через насилля або в інший неконституційний чи незаконний спосіб органами державної влади й органами місцевого самоврядування, їхніми посадовими особами, громадянами чи їхніми об'єднаннями» (Рішення КС України від 5 жовтня 2005 року № 6-рп/2005).

Іншим не менш важливим завданням є забезпечення функціювання всієї владної системи в найменш конфліктний спосіб. Про це, зокрема, свідчить покладення на органи конституційного контролю завдань із урегулювання спорів між вищими органами влади. Так, відповідно до статті 146 Конституції Румунії, до завдань Конституційного суду належить вирішення правових конституційних спорів між публічними владами.

Одночасно ми заперечуємо абсолютну безконфліктність у відносинах між вищими владними інституціями, оскільки саме демократичний характер держави передбачає зіткнення різних позицій щодо розв'язання поточних нагальних питань публічного управління, консенсусний зміст ухвалення рішень, розподіл центрів ухвалення таких рішень з погляду завдань різних актів на різних етапах підготовки, розгляду та ухвалення рішень.

До того ж для чіткого функціювання державного механізму на підставі принципу поділу влади треба чітко розуміти те, що відомий німецький конституціоналіст Конрад Гессе назвав «корінна сфера» тієї чи іншої влади. І от тут саме виникає важливе питання — де завершується така сфера однієї влади й починається поле діяльності нової*.

* Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М.: Юридическая литература, 1981. С. 235.

Щодо інших чинників, то не можна лишити поза увагою факт легітимації вищих органів влади безпосередньо народом. Ідеться про те, що в умовах президентської та напівпрезидентської форм правління заміщення посад президента та депутатів парламенту через проведення всенародних виборів спричинить конкуренцію політичних програм, виразниками яких відповідно є глава держави й орган законодавчої влади.

Якщо в умовах президентської форми глава держави має достатній інструментарій для втілення в життя своїх передвиборних обіцянок, то президент у змішаній республіці змушений постійно взаємодіяти з іншим органом, який легітимував народ. Інколи така взаємодія може перетворитися на реальну конфронтацію.

До чого це може в результаті призвести в умовах «обмеженої» компетенції президента щодо функціювання виконавчої влади можна спостерігати на прикладі державно-правових процесів в Молдові, коли Конституцій суд цієї країни протягом останнього часу декілька разів скористався своїми повноваженнями на тимчасове відсторонення президента від обійманої посади через незгоду останнього призначати на посади міністрів за поданням прем'єр-міністра (відповідно до пункт f частина 1 статті 135 Конституції Молдови).

Загалом слід зауважити, що конституційне право має справу з доволі складною матерією політичних відносин, які, окрім названого конфліктогенного потенціалу, мають цілу низку інших специфічних рис. Серед них фідуціарний характер відносин, що є між органами первинного народного представництва та сформованими ними інституціями (органами вторинного представництва).

Зазвичай довіру розглядають як елемент відносин у сфері приватного права. Натомість наявність чи відсутність довіри у відносинах між парламентом (чи президентом (залежно від форми правління)) та урядом є визначальним для формування (припинення діяльності) вищого органу виконавчої влади. Так само брак довіри між урядом і депутатськими фракціями всередині парламенту може спричинити достроковий розпуск органу законодавчої влади.

Окрім суто формальних моментів, зокрема відображення в назві певних інститутів таких фідуціарних аспектів (наприклад вотум довіри / резолюція недовіри), довірчий зміст відносин, що підлягають конституюванню, також позначається й на змісті таких інститутів.

Так, підставою припинення повноважень уряду є притягнення його до відповідальності оголошенням парламентом резолюції недовіри (чи

звільнення президентом прем'єра або міністрів). Цю підставу зафіксовано в конституційному тексті. І останнє повинно було надати такій відповідальності характер суто юридичної. Однак, як зазначено в Рішенні Конституційного Суду України від 7 травня 2002 року № 8-рп/2002, такі заходи слід зараховувати до конституційно-політичної відповідальності. «Політичний» елемент у такій відповідальності полягає в тому, що парламент (чи президент) мають право відправити уряд у відставку, оцінюючи дії останнього з політичного, а не тільки правового погляду. «Зокрема, відставка Кабінету Міністрів України може бути наслідком політичної відповідальності як результат ухвалення Верховною Радою України резолюції недовіри Кабінету Міністрів України, яка немає ознак юридичної відповідальності. Для останньої характерним є порушення юридичних норм, без чого неможлива реалізація санкції правової норми». Це також позбавляє юрисдикційні органи, зокрема Конституційний Суд давати правову оцінку рішенням парламенту (президента) з будь-якого боку, окрім процедурного.

«Політичний» зміст владного поля, яке доводиться врегульовувати за допомогою Конституції, зумовлює існування в межах відання конституційного права таких явищ, як-от: дискреційний зміст повноважень вищих органів влади та явно «політичні питання», які не підпадають під судовий конституційний контроль.

Щодо першого, то традиційно дискреційну владу розглядають як «спосіб реалізації публічної (тобто з боку держави і місцевого самоврядування) влади, за яким відповідний суб'єкт влади (орган чи посадова особа) застосовує надані йому в межах закону повноваження на власний розсуд, без необхідності узгодження у будь-якій формі своїх дій із іншими суб'єктами»[*]. Проілюструвати таку дискреційну владу можна на прикладі конституційних повноважень президента України. Так, відповідно до пункту 3 частини 1 статті 106 Основного закону України, президент керує зовнішньополітичною діяльністю. Саме така загальна конструкція повноважень дозволила Конституційному Суду України зробити висновок, що глава держави має право на власний розсуд вживати відповідних засобів впливу на суб'єктів зовнішньополітичної діяльності для забезпечення національної безпеки, зокрема, зобов'язуючи їх погоджувати кадрові призначення на дипломатичній службі (Рішення від 15 січня 2009 року №2-рп/2009).

---

[*] Авер'янов В. Б. Дискреційна влада: юридична енциклопедія / ред. Ю. С. Шемшученко. К. : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1999. С. 195. Т. 2.

Дещо схоже можемо спостерігати й на прикладі юридичної позиції Федерального конституційного суду ФРН щодо дискреції президента ФРН із застосування повноважень із розпуску Бундестагу (нижньої палати парламенту): «Одностайне рішення партій, представлених у парламенті, стосовно нових виборів не може бути обмеженням президентського розсуду; він може розтлумачити таку єдність як додаткову ознаку того, що розпуск парламенту більше відповідатиме цілям статті 68 ***(Основного закону ФРН, якою передбачено повноваження із розпуску парламенту — Ю. Б.),*** ніж рішення про відмову в розпуску»[*].

Одночасно дискреція має дві частини — вольову, яка охоплює вільний розсуд, й інтелектуальну (морально-правову), що означає використання дискреційних повноважень за здоровим глуздом, своєрідним компенсатором якого в європейських країнах є наявні конституційні традиції та звичаї, що забороняють посадовій особі під час реалізації дискреційних повноважень орієнтуватися лише на внутрішню мотивацію. Загалом, як свідчить практика державного управління в країнах сталої демократії, ефективно інститут дискреційних повноважень може існувати за наявності одразу таких трьох явищ — конституційної відповідальності вищих органів влади за ухвалені ними рішення, довіри між інституціями влади, втрата якої веде до зміни персонального складу цих інституцій, та стійких конституційних традицій[**].

Доктрина «політичного питання» є ще одним виявом специфіки владних відносин, що регулює конституційне право. Її появу пов'язують із рішенням Верховного суду США в справі «Марбері проти Медісона» (1803), в якому голова суду Маршал зауважив, що є певна група конституційних справ, які не розглядать федеральні суди, оскільки предмет спору у цих справах має політичний зміст[***].

Показовим прикладом застосування цієї доктрини в практиці конституційного судочинства є справа «Ґолдвотер проти Картера» (1979) — справа за позовом сенаторів, в якій вони оскаржували дії президента США із розірвання міжнародного договору з Тайванем без згоди Конгресу. Тоді суд відмовив у задоволенні позову з таких міркувань. Він визнав це питання політичним, а отже, таким, що не підпадає під юрисдикцію суду. Суд аргументував свою позицію тим, що, по суті,

---

[*] Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. М.: КРАСАНД, 2015. С. 479—480.

[**] Докладніше. див.: Барабаш Ю. Г. Державно-правові конфлітик в теорії та практиці конституційного права. Х.: Право, 2008.

[***] Barron J. A., Dienes C. T. Constitutional law in a nutshell. St. Paul.: Thoomson/West, 2005. P. 61.

йдеться про спір «між різними гілками державної влади, кожна з яких має ресурси для захисту й обстоювання своїх інтересів». У контексті вказаної аргументації суддя Льюїс Пауелл зауважив, що суд не повинен втручатися в розв'язання конфлікту доти, поки жодна з гілок влади не «здійснить дії, спрямовані на утвердження своїх конституційних повноважень»[*], тобто, «якщо Конгрес не хоче вступати в конфронтацію з президентом, то в наші (суду) завдання це тим паче не входить»[**]. А через те, що ні нижня, ні верхня палата парламенту не зробили жодних юридично значущих кроків, які б свідчили про заперечення ними привласнення главою держави права денонсувати міжнародний договір, він робить висновок, що це конституційне питання ще не визріло для його розгляду у Верховному суді[***].

Не відкидаючи нагоди використання доктрини «політичного питання» конституційними судами, водночас проводити пряму паралель із її застосуванням загальними судами, зокрема Верховним судом США не слід. Конституційні суди, на відміну від верховних судів у системі загального права, здійснюють не конкретний, а абстрактний конституційний контроль у межах, визначених конституціями повноважень. Справи, які розглядають конституційні суди в межах цих повноважень завжди мають більшою чи меншою мірою політичний зміст. Тому, як зазначалось у попередніх розділах підручника, до використання доктрини «політичного питання» треба підходити досить обережно.

Як ми вже встигли переконатися, конституційному праву доводиться мати справу з найконфліктогеннішим полем у владній системі, зокрема діяльністю вищих органів влади й органами первинного народного представництва. Попри це, до завдань конституційного права належить не тільки врегулювання конфліктів, що можуть виникати між цими державними інституціями, але й налагодження взаємодії між ними.

Найскладніше досягти цього результату в республіках зі змішаною формою правління. Періодично про потребу взаємодії вищим владним інституціям доводиться «нагадувати» органу конституційного судочинства: «Відносини між вищими інститутами влади слід розвивати в конституційних межах, базуватись на лояльності й співпраці заради виконання кожним із них своїх повноважень, оскільки співп-

---

[*] Бернам У. Правовая система США. М.: Новая юстиция, 2006. 3-й вып. С. 546.

[**] Разделенная демократия. Сотрудничество и конфлікт между президентом и Конгрессом / пер. с англ.; ред. Джеймс Тарбер. М.: Прогресс-Универс, 1994. С. 265.

[***] Бернам У. Правовая система США. М.: Новая юстиция, 2006. 3-й вып. С. 546.

раця є важливою передумовою злагодженої діяльності всіх органів влади в державі» (Рішення Конституційного суду Румунії від 5 квітня 2007 року № 356)*.

Система стримувань і противаг як важлива складова принципу поділу влади в окремих випадках теж сприяє налагодженню взаємодії між вищими органами влади. Наприклад законодавчий процес, в якому традиційно беруть участь, окрім парламенту, також глава держави й уряд. Зокрема, президент, наділений правом вето, є вагомим гравцем в цьому процесі й парламентська більшість, опозиційна до глави держави, повинна узгоджувати свої позиції із останнім, щоб запобігти вотування певної ініціативи.

Таку ситуацію можемо спостерігати й під час реалізації перехресної компетенції в певних важливих сферах державного управління, зокрема в галузях зовнішньої політики, ключовими акторами якої є також президент, парламент й уряд. Традиційну конституційну схему взаємодії проіліюстрував Конституційний Суд України: зовнішню політику провадять під керівництвом Президента України з метою реалізації основних засад такої політики, визначених Верховною Радою України, та забезпечують Кабінет Міністрів України та Міністерство закордонних справ України (Рішення від 15 січня 2009 року № 2-рп/2009).

* Сабареану Р. Баланс государственной власти в свете деятельности Конституционного суда Румынии. С. 364.

## 5.2. Інституційна архітектура держави: конституційно-правовий вимір

### 5.2.1. Президенталізм

#### 5.2.1.1. Зародження президенталізму

1788 року Олександр Гамільтон, переконуючи мешканців штату Нью-Йорк у важливості підтримати федералістську конституцію, зауважив щодо інституту президента, що він є «посадовою особою, яку обирає народ на чотири роки». «Король Великобританії — постійний і спадковий правитель. Першого може бути покарано й віддано на ганьбу, персона іншого — священна й недоторканна. Один накладає обмежене вето на акти законодавчої влади, вето іншого — абсолютне... Один має узгоджувати право підписувати договори з відповідним правом законодавчих зборів, інший є єдиним володарем права підписання договорів. Один має діяти аналогійним способом, узгоджуючи своє право під час призначення на посади, інший робить усі призначення одноосібно»[*].

За півтора сторіччя потому новий лідер французької нації генерал Шарль де Голль окреслив контури президентського статусу в післявоєнній Франції, що встигла пережити різні форми правління й наразі була ослаблена парламентською нестабільністю та територіальними конфліктами: «Між трьома гілками влади повинна бути інституція, яка б не допустила "домінування однієї гілки над іншою, умови, що спочатку призводять до анархії, а потім до тиранії". На його думку, що лягла в основу французької конституційної доктрини, президент повинен стати гарантом державної незалежності, територіальної цілісності нації»[**]. Його конституційні радники — Мішель Дебре та Раймонд Джано — трансформували його ідею «президент — гарант стабільності» у концепцію «президент — арбітр нації», для цього він (президент) повинен мати достатній обсяг повноважень, зокрема оголошувати референдум і розпускати парламент. До того ж глава держави повинен реалізовувати ці компетенції без будь-якого схвалення прем'єром. Поява такої концепції ознаменувала перехід від «режиму асамблеї», коли уряд розглядали як агента парламенту (асамблеї), до такого конституту-

[*] Федералист. М.: Прогресс, 1994. С. 457.

[**] Rogoff Martin A. French constitutional law: cases and materials. P. 40.

ційного порядку, коли президент, маючи достатній обсяг дискреційних повноважень, здатен діяти як гарант незалежної урядової влади*.

Так інститут, що зародився в часи домінування у світі абсолютних монархій, зазнав за понад двохсотрічну історію суттєвих еволюційних змін. В окремих випадках (країни з парламентською формою правління) він, по суті, замінив монарха із церемоніальними повноваженнями. В інших (у державах із сильними парламентськими традиціями й змішаною формою правління) зайняв місце з-поміж гілок влади, маючи одночасно серйозні важелі впливу на всі гілки й завдяки легітимації, створив навколо себе серйозне конфліктогенне поле.

До того ж заради справедливості слід визнати, що «арбітражне начало» в президентському статусі аналізували ще задовго до того, як саме таку характеристику інститут глави держави отримав на конституційному рівні: видатний французький філософ-ліберал Бенжамен Констан стверджував, що три влади (законодавча, виконавча й судова) є, по суті, «три форми влади, кожна із яких у своїй сфері повинні сприяти загальному розвитку; але коли ці, приведені в безлад влади перетинаються, стикаються, заважають одна одній, потрібна сила, щоб повернути все на своє місце». «Ця сила не повинна бути сконцентрована ні в одній із влад, оскільки в такому разі вона б руйнувала інші. Вона повинна бути поза ними, певним чином нейтральною до них, щоб її дію могли за потреби застосовати скрізь, де це треба, а також для того, щоб сила ця мала захисний і відновлювальний зміст, не будучи при цьому ворожою»**. Одночасно акцентували увагу на інституті монарха, який через спадковий характер наділення владою позбавлений політично-кон'юнктурного елемента.

Інститут президентства як один зі стрижневих елементів сучасного демократичного врядування отримав нове актуальнее звучання у 80—90-х роках минулого сторіччя, коли низка країн Східної та Центральної Європи обирали новий демократичний шлях державного розвитку. Звичайно, що вибір робили в межах панівної у світі республіканської форми правління, яка мала тривалу (хоча й періодами суперечливу) історію, невіддільно пов'язану із розвитком не тільки парламентаризму, а й президенталізму. Насправді ключовим «змаганням» під час формування нового політичного курсу в цих країнах була боротьба між демократичною опозицією та комуністичною більшістю (що мала десятиліттями в цих країнах монополію на владу) з приводу заснування

* Rogoff Martin A. French constitutional law: cases and materials. P. 61.
** Классический французький либерализм. М.: РОССПЭН, 2000. С. 38.

посади президента, зокрема й питання його ключових статусних рис та гарантування вільних виборів на цю посаду[*].

Окрім історичного екскурсу, іншим визначальним моментом цього інституту, що дає змогу розпочати саме з нього аналіз архітектоніки владної системи, є уособлення саме в ньому президента демократичного континуїтету, як однієї із визначальних рис сучасного конституційного правопорядку. Важливою рисою започаткованої президентської форми правління стало також те, що, на відміну від парламентського режиму, президенталізм у чистому вигляді демонструє одну із характерних рис сучасного конституціоналізму — здійснення державної влади за принципом поділу її на три гілки[**].

### 5.2.1.2. Президент як глава держави й арбітр

Ключовою синонімічною характеристикою президента є статус глави держави. Наприклад, відповідно до статті 92 Конституції Болгарії, президент є главою держави, він уособлює єдність нації і представляє Республіку Болгарію у міжнародних відносинах.

Цей статус дає змогу забезпечувати функціювання влади як єдиної системи. Як зауважив з цього приводу Верховний суд Ізраїлю, президент «символізує державу, її моральні та демократичні принципи», «стоїть над владними суперечками в державі, репрезентуючи політично беззаперечні цінності соціальної моралі»[***].

Звичайно, досягти такого статусу «гаранта цілісності держави та єдності влади» можна лише завдяки абсолютній політичній нейтральності глави держави. Найсприятливіші умови для цього є саме в конституційній монархії. Повна відстороненість монарха від здійснення реальних повноважень законодавчого чи виконавчого змісту дає змогу йому ухвалювати неупереджені рішення. Його головне завдання не тільки забезпечити континуїтет у здійсненні вищої влади, але й зберегти конституційну ідентичність держави, яку можна охарактеризувати як систему конституційних цінностей, що поділяє суспільство та забезпечує відповідний державно-правовий механізм.

Як приклад останнього можна навести реакцію Королеви Великобританії на відмову Прем'єр-міністра цієї країни Маргарет Тетчер підтримати в жовтні 1987 року санкції спільної з країнами Співдружності

---

[*] Докладніше див.: Эльстер Ян. Торг вокруг президентства. *Конституционное право: восточноевропейское обозрение*. № 4(5) 1993 / № 1(6) 1994. С. 109—112.

[**] Oxford handbook of comparative constitutional law. P. 629.

[***] Navot S. The Constitution of Israel. A Contextual Analysis. Oxford: Hard Publishing, 2014. P. 136.

коаліції проти режиму апартеїду в Південно-Африканській Республіці. Королева була обурена й намагалась переконати главу уряду змінити свою позицію, стверджуючи що расизм не зіставний із ціннісними основами Великої Британії*.

До того ж абсолютна політична нейтральність глави держави в парламентських монархіях та брак реальних державно-владних повноважень зумовлює обмеженість інструментарію, який може використати монарх заради досягнення своєї конституційної місії. Зазвичай він вдається до публічної демонстрації свого негативного ставлення до рішень чи вчинків певної політичної сили чи певної посадової особи або ж зволікає із виконанням тих чи інших конституційних зобов'язань, що повинно прикути увагу громадської думки до цієї політичної ситуації та через тиск громадськості й інших чинників змінити позицію уряду (чи парламентської більшості). Так, у вищеописаній ситуації Королева продемонструвала свій гнів до Прем'єра відмовою проводити щотижневу аудієнцією з главою Уряду**.

Іншим прикладом є відмова президента Угорщини (йдеться про попередній чинному конституційний порядок із парламентською формою правління) звільняти за поданням уряду керівника державної телекомпанії. Глава держави угледів в намірах Кабінету Міністрів політичні мотиви. Конституційний суд, який вирішував цей державно-правовий спір, зауважив, що «президент, "страж" демократичного функціювання державного апарату, вникає в роботу системи управління як стримувач, противага або "усувач тупиків"»***. Діючи в такий спосіб, він має право відмовитися від реалізації своїх обов'язків за Конституцією, за наявності істотних причин. До того ж таке незалежне політичне рішення, що реалізують за розсудом особи, що його ухвалює і не підлягає перегляду, не може бути підставою для притягнення його до політичної відповідальності****.

Однак варто зважити на те, що за іншим конституційним сценарієм розвиваються події тоді, коли політизований зміст має позиція глави держави.

---

* Government and Politics in Western Europe: Britain, France, Italy, Germany. Oxford: Oxford University Press, 1998. P. 227.

** Queen was 'so enraged' by Margaret Thatcher's refusal to back sanctions on apartheid that she wanted to scrap their weekly meetings. URL: https://www.dailymail.co.uk/news/article-5219155/Queen-enraged-Thatcher-apartheid.html (Last accessed: 20.04.2021).

*** Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. С. 595.

**** Там само. С. 595.

Першим резонансним випадком стала ситуація, коли у квітні 1990 року король Бельгії відмовився підписувати закон, що декриміналізує аборти, оскільки це не відповідало його релігійним переконанням. Однак, не бажаючи руйнувати своє реноме «незалежного гаранта цілісності держави», він скористався інститутом тимчасового добровільного усунення від виконання обов'язків (стаття 93 Конституції Бельгії), і дозволив підписати прем'єру зазначений закон. Після 36 годин від моменту відсторонення, зібрався парламент і визнав факт припинення обставин, що не дозволяли королю правити, і глава держави фактично повернувся до виконання своїх конституційних завдань[*].

Ця правова ситуація, щоправда, у доволі дивній інтерпретації, була використана через 27 років в аргументації досить резонансного рішення Конституційного суду Молдови, якому довелося вирішувати складний державно-правовий спір між урядом та президентом, який за своїми політичними мотивами вкотре відмовився призначати за поданням уряду міністра оборони (доречно зауважити, що в основу аргументації президента було покладено його бажання, як Верховного Головнокомандувача, бачити на цій посаді власного кандидата). Суд зауважив, що «обрання президента прямим голосуванням не має його перетворювати на опонента парламенту». «У конституційній архітектоніці Республіки Молдова президент виконує нейтральну роль, роль арбітра, він не може бути політичним гравцем, що стало б несумісним з логікою парламентського режиму». Суд оцінив свідому відмову президента від виконання свого конституційного обов'язку призначити міністра, як серйозну загрозу життєдіяльності уряду, національній безпеці й обороні й відповідно, як підставу для застосування механізму тимчасового усунення президента з поста в порядку, визначеному Конституцією Молдови (частина 1 статті 90). І надав змогу голові парламенту реалізувати вказане повноваження із призначення члена уряду (Постанова Конституційного суду від 17 жовтня 2017 року)[**]. До того ж безпосередньо у вказаній нормі Конституції саме такого порядку не передбачено.

Ще одним яскравим свідченням главенства президента (монарха) у владному механізмі є закріплення за ним повноважень вживати екстраординарні заходи в надзвичайних ситуаціях (***emergency power***). Як

---

[*] Fun Fact: Belgium went for 36 hours without a king in 1990. URL: https://brussels-express.eu/fun-fact-belgium-36-hours-without-king/ (Last accessed: 20.04.2021).

[**] Постанова Конституційного суду Молдови від 17 жовтня 2017 року. URL: http://www.codices.coe.int/NXT/-gateway.dll?f=templates&fn=default.htm (дата звернення: 20.04.2021).

приклад останнього, норма статті 16 Конституції Франції, відповідно до якої, в ситуації, «коли інститути республіки, незалежність нації, цілісність її території або виконання її міжнародних зобов'язань опиняються під серйозною і безпосередньою загрозою, а нормальне функціювання конституційних органів публічної влади перервано, президент республіки вживає всіх заходів, які диктують ці обставини, після офіційної консультації з прем'єр-міністром, з головами палат, а також з Конституційною радою». Цими повноваженнями скористався президент Шарль де Голль у квітні 1961 року, коли четверо генералів влаштували заколот в Алжирі.

Виявом того, що глава держави здатен виходити «за» традиційні межі діяльності певних гілок влади є закріплення за президентом дискреційного повноваження із застосування інституту помилування. Так, відповідно до частини 12 статті 87 Конституції Італії, президент може дарувати помилування та пом'якшувати покарання.

Те, що це повноваження має абсолютно дискреційний зміст, підтвердив Конституційний суд Італії в рішенні у справі, яке стосувалось оскарження відмови міністром юстиції виконувати акт президента про помилування засудженого за вбивство поліційного комісара. Суд вказав на неможливість виконавчої влади втручатись в реалізацію цієї компетенції, а також зауважив, що «право дарувати помилування, формально персональна прерогатива абсолютного суверена, по суті, зберегло своє змістовне наповнення після переходу до конституційної монархії і є певним чином свідченням авторитетності особи монарха, оскільки повноваження відкласти покарання є найяскравішим свідченням влади»* (Рішення № 200/2006 від 18.05.2006).

### 5.2.1.3. Дуалізм виконавчої влади в змішаних республіках

Традиційно сферою відповідальності президента є зовнішня політика, що зумовлено його статусом як глави держави (звичайно, що в умовах парламентської республіки такі повноваження є переважно номінальними). Саме ця сфера є найскладнішою ділянкою для співпраці між главою держави та прем'єр-міністром в умовах змішаної (напівпрезидентської) форми правління.

---

* Рішення № 200/2006 Конституційного суду Італії від 18.05.2006. URL: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/S2006200_Marini_Quaranta_en.pdf (дата звернення: 24.04.2021).

Тут доречно звернутися до досвіду функціювання П'ятої Французької Республіки, в якій до реформи 2000 року було декілька періодів так званого «співіснування», коли глава держави та прем'єр, що уособлює парламентську більшість, належали до різних партійних сил. Зовнішньополітичні питання в Конституції Франції врегульовано в такий спосіб, що без взаємодії між цими органами влади ефективне розв'язання питань виявиться неможливим. Відповідно до статті 52 Основного закону, президент республіки веде перемовини про підписання договору та ратифікує його. Що стосується міжнародних угод, які не підлягають ратифікації, то про перемовини щодо них та їхнє укладення уряд зобов'язаний лише тримати главу держави в курсі.

В умовах спільної партійної платформи президента та уряду останній віддає майже всю ініціативу на укладення міжнародних угод главі держави. Проте в ситуації з різною партійною належністю уряд починає діяти і використовує сповна повноваження щодо самостійного ведення переговорів й укладення за їхніми результатами договорів, які не підлягають ратифікації. У такому разі уряд лише інформує президента про зроблені ним зовнішньополітичні кроки[*].

Іншим варіантом співіснування президента та уряду в умовах їхньої різної партійної належності є умовне розподілення між главою держави та урядом сфери зовнішньої політики на декілька секторів. Така ситуація була за часів, коли президентом був Ф. Міттеран, а главою уряду — Ж. Ширак. Домовленість, яка отримала навіть свою назву — «кодекс співіснування»[**], між двома владними інституціями полягала в тому, що глава держави контролює питання національної оборони, франко-німецькі відносини, роззброєння, а уряд, своєю чергою, опікувався питаннями безпеки в регіоні Близького Сходу, Африки та питаннями зовнішньої економіки. А врегулювання арабо-ізраїльського конфлікту та питання європейського будівництва залишались сферою, якою опікувались одночасно й президент, й уряд[***].

Загалом же навіть такий формат співіснування міг завдати суттєвої шкоди ефективності державному управлінню. Засобом уникнення таких ситуацій стало скорочення терміну перебування президента з семи до п'яти років, зрівнявши строк із терміном дії парламентського

---

[*] Деев А. С. Современная Франция: механизм формирования внешней политики. М.: Международные отношения, 1985. С. 17.

[**] Политические институты на рубеже тысячелетий / ответ. ред. К. Холодковский. Дубна: Феникс+, 2001. С. 312.

[***] Конституционно-правовой механизм внешней политики. М.: РОССПЭН, 2004. С. 153.

мандата (відповідне рішення було ухвалено на референдумі у вересні 2000 року). Це, своєю чергою, максимально наблизило електоральні цикли виборів глави держави та представницького органу, що насправді унеможливлює кардинальної зміни настроїв виборців у період між президентськими та парламентськими виборами*. Продемонструвати те, як працює така ініціатива можна на прикладі останніх виборчих кампаній: на президентських виборах (23 квітня та 7 травня 2017 року) переміг Е. Макрон, а за результатами парламентських виборів (11 та 18 червня 2017 року) найбільшу кількість мандатів отримала пропрезидентська партія «Вперед, республіко!».

Натомість специфіка змішаної форми правління та її конфліктогенний потенціал потребує співпраці між президентом та урядом, на цьому постійно наголошують й органи конституційної юрисдикції. Так, у ситуації, коли канцелярія прем'єра Д. Туска відмовила президентові Л. Качинському у використанні урядового літака для участі в саміті ЄС, мотивувавши це тим, що це приватний візит і президент не має повноваження з питань участі Польщі в ЄС**, Конституційний трибунал Польщі зауважив таке: діяльність Польщі в ЄС може мати характер як зовнішньої політики, так і внутрішньополітичної діяльності, отже, ці питання можуть перебувати як в площині відповідальності уряду, так і глави держави. Так виникає обов'язок вищих органів влади співпрацювати з питань політики участі Польщі в ЄС. «Обов'язок державних органів співпрацювати є юридичним обов'язком, що спрямований на досягнення одноманітності дій, що вживають щодо зовнішньої політики та політики ЄС. Вона охоплює заборону формування двох паралельних і незалежних центрів зовнішньої політики. Співпраця означає, що президент не може проводити конкурентну урядовій політику. Це суперечило б національним інтересам Польщі» (Рішення трибуналу від 20 травня 2009 року)***.

Дещо інакше розставлено акценти Конституційним Судом України. Вказавши на те, що ефективність зовнішньої політики потребує координації та узгодженості дій органів державної влади, суд зауважив особливу роль президента в механізмі зовнішньої політики, його главенство, що виявляється в його можливостях координувати

---

* Boyron S. The Constitution of France. A Contextual Analusis. Oxford: Hart Publishing, 2013. P. 61—62.

** Скандал у Польщі: президент і прем'єр не поділили спецлітак до Брюсселя. URL: https://www.unian.net/politics/153540-skandal-v-polshe-prezident-i-premer-ne-podelili-spetssamolet-dobryusselya.html (дата звернення: 24.04.2021.).

*** http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm

діяльність органів виконавчої влади в цій сфері (Рішення від 15 січня 2009 року № 2-рп/2009).

Спроби посилення легітимації керівника виконавчої влади можуть мати й інші негативні наслідки. Наприклад, «експериментальний» порядок заповнення посади прем'єр-міністра Ізраїлю. У цій країні з парламентською формою правління наприкінці минулого сторіччя* було вирішено для забезпечення стабільності парламентської коаліції, посилення системи стримувань на противаг між виконавчою та законодавчою владою запровадити прямий спосіб обрання прем'єра виборцями (до того ж вибори прем'єра мали відбуватись одночасно із виборами до парламенту). Окрім названих причин, додатковою метою реформи мало стати надання виборцям можливості вирішувати ширший спектр питань під час виборів: їм не доведеться формувати свій вибір, з огляду лише на кандидатуру лідера партії, який очолює її передвиборчий список, та, по суті, є головним претендентом на «прем'єрську» посаду, а висловити також перевагу програмам інших «міноритарних» партій, які беруть участь у виборах. Обраного в такий спосіб прем'єра наділяли повноваженнями із розпуску парламенту (за згоди президента) у разі, коли парламентська більшість перейде в опозицію до очолюваного ним Кабінету.

Цей «експеримент» узалежнив великі партії від менших за значенням політичних сил, представлених у парламенті, насамперед щодо функціювання коаліцій, а сам прем'єр так і не отримав достатніх політичних важелів для ухвалення складних рішень. Тому після двох електоральних циклів, на яких застосовували цей механізм, було вирішено відмовитись від нього і повернутись до традиційного формування уряду парламентським шляхом**.

Попри представницький характер мандата глави держави в президентських та змішаних республіках, цей інститут не набуває статусу представницького органу влади. Навіть тоді, коли сам інститут глави держави має колегіальний характер. Як це, наприклад, є в конституційній системі Боснії та Герцеговини. Сформована на підставі Дейтонських угод владна система передбачає нетипову структуру інституту глави держави — президії: до якої належать три члени — один боснієць й один хорват, кожного із яких обирають від території Федерації Боснії та Герцеговини (***одна із частин союзної держави — Ю. Б.***), й одного

* У результаті ухвалення 1992 року Основоположного закону «Про Уряд».

** Navot S. The Constitution of Israel. A Contextual Analysis. P. 146—147.

серба, якого обирають безпосередньо від Республіки Сербської (*інша частина союзної держави — Ю. Б.*) (стаття V Конституції).

Аналогійно як і не впливає на цю ситуацію наявність у структурі інституту президентури посади віцепрезидента. Так, відповідно до статті 94 Конституції Аргентини, поряд з президентом обирають прямими виборами віцепрезидента. По суті, головна стратегічна місія започаткування цієї посади це виконання віцепрезидентом обов'язків президента в разі відсутності останнього в столиці, його смерті, відставки чи усунення з посади (стаття 88).

Президент, на відміну від парламенту, який є єдиним у владній системі представницьким органом, уповноважений на представництво держави, тоді як парламент є виразником інтересів народу.

### 5.2.1.4. Конституційні механізми взаємовідносин президента із іншими гілками влади

Статус глави держави дає змогу виокремити традиційні три сфери відповідальності президента — зовнішня політика, національна безпека та оборона. Зокрема, важливе значення президента в зовнішньополітичних відносинах закріплено на рівні міжнародних документів. Так, відповідно до частини 2 статті 7 Віденської конвенції про право міжнародних договорів (1969), главу держави (так само як і глава уряду й міністр закордонних справ) апріорі вважають таким, що репрезентує свою державу без потреби пред'явлення додаткових повноважень. Як зазначено в статті 3 Закону України «Про міжнародні договори України» (2004), міжнародні договори від імені України може підписувати тільки сам президент або за його дорученням.

Легітимований на виборах президент, щоб зберегти електоральну підтримку, змушений звертатися до проблематики внутрішньої політики. Хоча в цьому разі інструментарій його впливу на діяльність законодавчої та виконавчої влад доволі обмежений.

Серед таких форм реалізації повноважень слід виокремити три, зокрема: законодавча ініціатива, вотування ухвалених парламентом законів та видача власних актів.

Щодо права законодавчої ініціативи, то саме завдяки поданню на розгляд парламенту своїх законопроєктів президент здатен досягти своїх політичних цілей. Хоча, звичайно, важко порівняти його «законопроєктну активність» з урядом, який за всіма неписаними правилами задає тон законодавчій діяльності парламенту. (Для порівняння: за пе-

ріод діяльності Верховної Ради України VII скликання президент України подав 190 законопроєктів на тлі поданих урядом за цей же період 1021 законопроєкту).

Важливо, що в окремих випадках, як-от у ситуації зі статусом президента України, глава держави може надавати своїм законопроєктам статусу невідкладних для розгляду. З цього приводу Конституційний Суд України зауважив, що «такі законопроєкти слід терміново включити Верховною Радою України до порядку денного її сесії й розглянути в пріоритетному порядку — раніше ніж інші законопроєкти — на всіх стадіях законодавчого процесу відповідно до процедури, визначеною Конституцією України та Регламентом Верховної Ради України» (Рішення від 28 березня 2001 року № 2-рп/2001).

Нормотворчі повноваження глава держави реалізує у формі видання актів. Більшість таких актів мають індивідуальний зміст. Характерною особливістю реалізації таких повноважень є контрасигнація актів глави держави в змішаних та парламентських республіках. Сам інститут контрасигнації сягає корінням у ті часи, коли владу монарха поступово обмежували його радники, парламент та уряд. Вважали, що контрасигнуванням міністри беруть на себе відповідальність замість монарха і підлягають покаранню, якщо акт, який вони контрасигнували, містить протизаконні елементи*.

Контрасигнація актів передбачає обов'язкову для промульгації процедуру скріплення підписами урядовців (зазвичай прем'єр-міністра та відповідального міністра) таких актів. Формально така процедура означає перекладання відповідальності за контрасигнований акт на осіб, які його скріпили своїми підписами. Наприклад, у Португалії контрасигнації підлягають акти президента, видані ним при реалізації повноважень із розпуску органів автономних областей, призначення посадовців в органи таких областей, у сфері міжнародних відносин, призначення та звільнення вищого військового командування, оголошення надзвичайного стану тощо. Відсутність контрасигнації провокує юридичну нікчемність таких актів (стаття 140 Конституції Португалії).

Чинна Конституція України передбачає, що акти, виданні главою держави на реалізацію таких повноважень, як призначення та звільнення глав дипломатичних представництв України в інших державах і при міжнародних організаціях, прийняття вірчих і відкличних грамот

* Алексеев А. А. Контрасигнирование, его значение и объем в конституционном праве. С.-Пб.: Сенаторская типография, 1906. С. 21.

дипломатичних представників іноземних держав, керівництво Радою національної безпеки і оборони України, введення в Україні або в окремих її місцевостях надзвичайного стану, оголошення окремих місцевостей України зонами надзвичайної екологічної ситуації, утворення судів, підлягають скріпленню підписами Прем'єр-міністра України і міністра, відповідального за акт та його виконання (стаття 106 Конституції).

Насправді це є доволі специфічна форма взаємодії між главою держави та урядом у сферах відповідальності, де президент є керівником певної сфери державного управління, а уряд — провідником відповідної політики, водночас останній як провідний суб'єкт реалізації відповідної політики має знаходити певний баланс між програмовими завданнями президента й парламентської більшості (звичайно, що в парламентських державах ця ситуація видається простішою через номінальну роль глави держави як суб'єкта політики).

Почасти в конституціях свідомо передбачають спеціальні форми взаємодії глави держави із урядом, які дають змогу цим інституціям узгоджувати свої позиції під час ухвалення «контрасигнованних» актів. Як приклад розгляньмо конституційний досвід Польщі. Президент цієї країни має у своєму розпорядженні принаймі два інституційних механізми: Рада національної безпеки як дорадчий орган при главі держави з питань внутрішньої та зовнішньої політики (стаття 135 Конституції Польщі 1997 року), та Рада Кабінету (стаття 141). Остання форма є засобом обговорення з членами уряду конкретних питань. Президент може скликати Раду, яка не має чітко визначеної конституційної компетенції. До її складу належать члени уряду (Ради міністрів). Президент головує на засіданнях Ради. Проте Рада не може перебирати на себе урядову компетенцію[*].

Насправді це схоже до французької моделі Ради міністрів — інституційної форми взаємодії глави держави й вищого органу виконавчої влади. Саме на засіданнях Ради попередньо обговорюють такі важливі рішення з «контрасигнаційних» повноважень, як-от: розпуск парламенту, постановка питання про парламентську відповідальність уряду, проведення референдуму, внесення проєктів законів та регламентних актів тощо[**].

---

[*] Banaszak B. Model of executive power in Poland. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 2. С. 318.

[**] Мартинюк Р. Компетенційний дуалізм виконавчої влади: державно-правовий досвід П'ятої Французької Республіки та України./ *Право України*. 2011. № 1. С. 202.

Попри це, навіть і такі продумані механізми не завжди спрацьовують через брак усталених політичних традицій компромісного розв'язання складних питань державного управління. Чого вартий лише конфлікт, що виник навколо відмови уряду контрасигнувати сім актів президента Віктора Ющенко із призначення послів і переформатування мережі судів восени 2006 року[*].

Потреба вироблення культури «компромісу» зумовлена також тим, що зазвичай акти президента до їхнього контрасигнування залишаються в статусі проєктів. До того ж «прем'єр-міністр або відповідний міністр не зобов'язаний підписувати указ, який видано з порушенням Конституції або без дотримання інших процедур, визначених законами або іншими визначеними вимогами, інакше прем'єр-міністр або відповідний міністр будуть відповідальні за дії, які їм доведеться виконувати без урахування їхніх позиції, тобто незалежно від їхньої волі, що суперечить принципам правової держави та справедливості» (Рішення Конституційного Суду Литви від 30 грудня 2003 року)[**].

Президент здатен впливати на державну політику, зокрема й за допомогою такого інструмента як вето[***]. Суто формально до цього інституту можна підходити з погляду розгляду його як до засобу реалізації статусу глави держави як гаранта Конституції, прав і свобод людини. Показником цього може бути запровадження в Конституціях окремих держав змоги президента перед підписанням закону звернутись до органу конституційного контролю, щоб перевірити щодо відповідності Конституції ухваленого парламентом акта. Зокрема таким правом наділено президента Польщі. Одночасно передбачено, якщо Конституційний трибунал визнає переданий на аналіз закон конституційним, президент зобов'язаний його підписати (частина 3 статті 122).

Аналогійним правом вето наділений і президент України (крім законів про внесення змін до Конституції України). У наукових й експертних колах тривають дискусії навколо питання потрібності оформлення вето глави держави у формі відповідного акта глави держави (нині в Конституції України передбачено два види актів президента — укази й розпорядження). Ще більше ця дискусія загострилась на тлі ухвалення Конституційним Судом України Рішення у справі щодо права вето на

---

[*] Чи почнеться в Україні «указна війна». URL: http://www.pravda.com.ua/articles/2006/09/22/3158278/ (дата звернення: 24.04.2021.).

[**] Рішення Конституційного Суду Литви від 30 грудня 2003 року. URL: http://www.codices.coe.-int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm (дата звернення: 24.04.2021.).

[***] Про вето як елемент законодавчого процесу йтиметься далі.

закон про внесення змін до Конституції України* (Рішення від 11 березня 2003 року № 6-рп/2003).

Предметом розгляду відповідно до конституційного подання став «акт Президента України — вето Президента України та пропозицій до ухваленого Верховною Радою України Закону України «Про внесення змін до статті 98 Конституції України». Суд, до компетенції якого належить оцінювання конституційності актів президента України, визнав таким, що відповідає Конституції України (є конституційним), здійснене президентом України право вето щодо ухваленого закону. До того ж, не визнавши за такими діями глави держави статусу його акта й вказавши, що «перевірка змісту пропозицій президента України до закону в разі його повернення на повторний розгляд Верховної Ради України не належить до повноважень Конституційного Суду України».

Конституційна практика зарубіжних країн демонструє приклади, коли своїм актом глава держави оформлює не вето на закон, а його підписання та оприлюднення. Так, приміром, президент Чилі оформлює промульгацію закону спеціальним декретом, користуючись навіть на цьому етапі певним обсягом дискреції. Про останнє свідчить Рішення Конституційного суду Чилі від 30 серпня 2012 року. Справа стосувалась промульгації закону президентом під іншою назвою, аніж його ухвалив парламент. Суд зауважив, що такі дії президента (оприлюднення закону декретом під іншою назвою) не суперечитимуть Конституції з огляду на те, що назва закону не є невіддільною частиною його тексту, і зміна назви не змінює суттєво сам закон. Правда, одночасно зауважив, що президенту не слід перетворювати такі дії на регулярну практику, оскільки це може суттєво вплинути на довірчі відносини, що мають бути між гілками влади.

Безперешкодному й ефективному здійсненню повноважень глави держави сприяють відповідні гарантії. Доволі значущими слід визнати гарантії імунітету, абсолютної недоторканості з погляду можливості притягнення до кримінальної відповідальності.

Конституційний Суд України акцентує на абсолютності такої гарантії, вказавши на те, що «право недоторканності президента України не може бути скасовано, призупинено або обмежено унаслідок порушення проти нього кримінальної справи і переслідування у порядку кримінального судочинства» (Рішення від 10 грудня 2003 року

* Звертаємо увагу на те, що чинна на час розгляду справи редакція Конституції України не визначала жорстких обмежень на види законів, щодо яких право вето застосовувати не можна.

№ 19-рп/2003). Слід нагадати, що розгляд цього питання був фактично спровокований порушенням кримінальної справи проти президента Леоніда Кучми суддею Апеляційного суду м. Києва.

Охарактеризований статус глави держави як чи ненайважливішого (після парламенту) інституту публічної влади зумовлює не тільки запровадження спеціальних гарантій, але і встановлення певних обмежень для обіймання однією особою цієї посади (як гарантія проти узурпації влади), та особливого порядку усунення з поста.

Традиційно вважають, що два терміни перебування на посту президента досить для реалізації програмових цілей певним політиком та є гарантією того, що не будуть згорнено демократичні процеси (насамперед циклічність процесів «влада-опозиція-влада»). Одночасно цікавим є те, що один із «законодавців мод» у демократичному світі, США, вдались до запровадження таких обмежень пасивного виборчого права лише через 150 років після започаткування чинної Конституції, 1951 року після ратифікації 22-гої поправки: «Жодна особа не може бути обрана на посаду президента більш ніж два рази»*.

Цікаво, що до цього в історії американської президентури була ситуація обрання однієї особи на цей пост чотири рази поспіль. Йдеться про одного із найвидатніших політиків минулого сторіччя 32-го президента США Франкліна Делано Рузвельта. І хтозна як би склалась його подальша кар'єра, якби не передчасна смерть на другому році четвертого строку президентства. Однак фактично «прецедент Рузвельта» спонукав в подальшому ухвалення 22-ої поправки до Конституції.

Вітчизняна конституційна історія має інший контроверсійний «кейс Кучми», який стосувався тлумачення Конституційним Судом положення частини 3 статті 103 Конституції України щодо обмеження строків перебування на посту президента в контексті того, чи може Л. Кучма, який вперше обирався до ухвалення чинної Конституції, претендувати на третій термін. Суд вказав, що згадане обмеження «поширюється лише на осіб, яких обирають на пост президента України після набуття чинності Конституцією України 1996 року». «Особа, яку вперше було обрано президентом України за чинною Конституцією України 1999 року, має право балотуватися на чергових виборах президента України у 2004 році» (Рішення від 25 грудня 2003 року № 22-рп/2003). Навряд чи доцільно коментувати це надто сумнівне з позиції дотри-

* Кидається в очі відсутність наприкінці цієї норми звичного для пострадянських конституцій слова «підряд».

мання принципу наступності в конституційному розвитку України рішення, позитивним є лише те, що Л. Кучма не скористався ним для продовження своєї президентської кар'єри.

Такі неоднозначні конституційні казуси виникали в європейському конституціоналізмі й до того. Так, 1997 року Конституційний суд Хорватії дозволив Франьо Туджману балотуватись на третій поспіль президентський строк (Рішення від 11 червня 1997 року). Щоправда, у цій справі, якщо порівняти з попередньою, було декілька принципових «але», на що справедливо вказав суд. Коли вперше Ф. Туджмана обирали на пост президента, Хорватія ще залишалась частиною федеративної держави Югославія (СФРЮ). По-друге, що найпринциповіше, його, на відміну від вимог чинної Конституції 1990 року (яку було ухвалено незадовго після обрання Ф. Туджмана на перший президентський строк), було обрано не прямим голосуванням на загальнодержавних виборах, а парламентом. По-третє, його перший президентський термін було скорочено та, по суті, він був перехідний до проведення перших після проголошення незалежності Хорватії 1992 року прямих виборів глави держави.

### 5.2.1.5. Інститут імпічменту президента

Інститут імпічменту виник в Англії ще в XVI столітті. Тривалий час його використовували доволі активно. На відміну від сучасного варіанта, в ті часи імпічмент означав передусім притягнення вищих посадовців до кримінальної відповідальності. З часом, коли в межах парламентської системи виникла політична відповідальність уряду перед представницьким органом, інститут імпічменту втратив свою актуальність, і його стали застосовувати доволі рідко[*]. Так, за даними, які наводить В. Є. Чіркін, ця процедура за останні роки була доведена до кінця лише кілька разів — у країнах Латинської Америки, Індонезії, Філіппінах, а також в Азербайджані[**]. Однак, як зазначають у літературі, «ефективність імпічменту слід оцінювати не так частотою, як реальною можливістю і доцільністю його використання»[***].

Змінились й акценти в правовій природі імпічменту — відтепер він означає особливу процедуру відсторонення від посади[****]. Соціально-правове призначення інституту імпічменту на сучасному етапі роз-

---

[*] Амеллер М. Парламенты. Сравнительное исследование структуры и деятельности представительных учреждений 55 стран мира. М.: Прогресс, 1967. С. 445

[**] Чиркин В. Е. Современное государство: монография. М.: Международные отношения, 2001. С. 356.

[***] Мельник О. Імпічмент президента. Можливість і доцільність. *Віче*. 2000. № 2. С. 155.

[****] Афанасьева И. А. Импичмент в конституционном механизме США: автореф.дис. ...канд. юрид. наук: 12.00.02; МГУ им. М. В. Ломоносова. юрид.фак. М., 1982. С. 9—10.

витку державності не вичерпується лише розумінням його як одного із елементів механізму стримувань та противаг. Як свідчить практика, під час процедури імпічменту можуть бути виявлені не тільки ознаки злочинних діянь урядовців, а й обставини, що є причиною неефективного державного управління. Так, під час імпічменту президента США Річарда Ніксона, спеціальна комісія сенату звернула увагу уряду та громадськості на серйозні недоліки в сфері дотримання державними службовцями норм етики державного управління, які, зокрема, і стали одним із важливих чинників, що спричинили «Вотергейт». Комісія також запропонувала конкретні кроки із запобінання в майбутньому таких явищ[*].

Під час дослідження інституту імпічменту варто звернути увагу на таке складне питання, як підстава відсторонення Президента України від обійманої посади в порядку імпічменту.

Відповідно до частини 1 статті 111 Конституції України нею є вчинення Президентом державної зради чи іншого злочину. Така норма є і в Конституції Російської Федерації (частина 1 статті 93), за одним лише винятком: «іншим» може бути лише тяжкий злочин. Одразу зазначимо, що російські парламентарії вже одного разу намагалися застосувати цю процедуру. У середині 1998 року 207 депутатів Державної думи ініціювали питання про початок процедури імпічменту президента Бориса Єльцина. Йому інкримінували дії, які за переконанням парламентаріїв, мали ознаки тяжких злочинів: державна зрада під час підписання Біловежської угоди; державний переворот у жовтні 1993 року; незаконна воєнна операція в Чеченській Республіці; завдання суттєвої шкоди обороноздатності країни; вчинення дій, що спричинили соціально-економічну кризу в країні. Було створено спеціальну слідчу комісію, яка зібрала матеріали відповідно до пунктів запропонованого обвинувачення. Однак під час голосування, що відбулося 13—15 травня 1999 року, жоден з пунктів обвинувачення не отримав потрібної кількості голосів — 300[**].

Цей приклад є доволі показовим. Річ у тім, що діяльність глави держави є доволі специфічною. Рішення, які він ухвалює зазвичай не мають індивідуально-правового характеру, і тому під час їхнього виконання опосередковуються численними рішеннями підпорядкованих йому виконавчих структур. Тому встановити причинний зв'язок (що є потріб-

---

[*] Классики теории государственного управления: американская школа / под ред. Дж. Шафритца, А. Хайда. М.: Из-во МГУ, 2003. С. 474.

[**] Гранкин И. В. Парламент России: изд. второе, допол. М.: Из-во гуманит. лит-ры, 2001. С. 313—320.

ним елементом об'єктивної сторони складу злочину) між діями президента та наслідками, що настали, доволі важко. Отже, застосування кримінально-правових норм під час кваліфікації дій глави держави виявилося доволі важким. Це, до речі, і стало одним із чинників ухвалення негативного рішення під час пред'явлення Б. Єльцину обвинувачення.

Варто звернути увагу на раціональніше сприйняття концепту «державна зрада» в контексті застосування інституту імпічменту в практиці зарубіжного парламентаризму. Річ у тім, що таку підставу імпічменту глави держави містить і Конституція Франції (1958). Мабуть, ураховуючи той факт, що Україна, як і Франція є змішаними за формами правління республіками, під час ухвалення Конституції України було використано досвід Франції у розв'язанні цього питання. Однак не було враховано, що у французькій юридичній науці та практиці «державну зраду», вчинену президентом, розуміють не як кримінальний злочин, а передусім як «серйозне упущення під час виконання президентських обов'язків» (Ж. Жіккель), «політичний злочин, який полягає у зловживанні своїми обов'язками уналідок дій, що суперечать Конституції та вищим інтересам держави» (М. Дюверже)[*].

Іншою поширеною підставою імпічменту є порушення конституції та законів. Чи не найпоказовішим застосуванням цієї підстави є процедура імпічменту президента Литви Р. Паксаса. Причиною, через яку почали цю процедуру, став скандал, який виник через зв'язки президента Паксаса та його оточення з російським бізнесменом Юрієм Борисовим, який, за даними литовських спецслужб, належав до російського криміналітету. Слід сказати, що відповідно до Конституції Литви, підставою імпічменту президента є грубе порушення Конституції або порушення присяги, а також виявлення факту вчинення злочину (стаття 74). У самій процедурі задіяні два владних суб'єкти — Сейм та Конституційний суд.

Саме грубе порушення Конституції виявив Конституційний суд Литви в діях президента Р. Паксаса, коли останній ухвалював рішення про надання Ю. Борисову громадянства Литви. Зокрема суд зауважив, що «ні з Конституції, ні із Закону про громадянство, ні з інших законів не витікає, що громадянство республіки може бути отримане за фінансову, матеріальну чи будь-яку іншу підтримку, тобто куплене… Рішення Р. Паксаса надати громадянство республіки Ю. Борисову як виняток було викликане не певними заслугами Ю. Борисова перед державою

[*] Цит. за: Крутоголов М. А. Президент Французской Республики: правовое положение. М.: Наука, 1980. С. 126—127.

Литва, а його фінансовою та іншою підтримкою, наданою Р. Паксасу на виборах президента Республіки 2002 року. Так, надання громадянства Ю. Борисову як виняток було лише нагородою Ю. Борисову за вищевказану підтримку. До того ж «Президент Республіки Р. Паксас, видаючи 11 квітня 2003 року Декрет № 40, відповідно до якого Ю. Борисову було надано громадянство Республіки Литва як виняток, керувався не Конституцією Республіки Литва, не законами, не інтересами Нації і держави Литва, а своїми власними інтересами»*.

Указав Конституційний суд і на значення Сейму й суду в механізмі імпічменту. Він орієнтувався на ті позицій, що Сейм — це інституція, яка має політичний характер і не може вирішувати питання про те, чи порушив президент Республіки Конституцію і чи є це порушення грубим, тобто парламент не може вирішувати спір про право. Натомість такими повноваженнями наділено суд.

Розмірковуючи над такою конституційною формулою інституційного механізму імпічменту, суд зазначив, що якби Сейм установлював факт грубого порушення Конституції, такі дії парламенту були б необґрунтованими. «Це означало б, що юридична проблема, «чи порушив Президент Республіки Конституцію», чи мало місце грубе порушення Конституції, могла бути вирішена не таким інститутом судової влади, як Конституційний суд, що, як і всі інші суди, сформований на професійній основі, а Сеймом як інститутом державної влади, що за своєю природою і сутністю є установою політичною, в чиїх рішеннях відображається політична воля більшості членів Сейму та чиї рішення ґрунтуються на політичних домовленостях, різних політичних компромісах тощо»**.

Однак остаточно позицію суду щодо політико-правової природи інституту імпічменту було визначено після того, як Р. Паксас звернувся до суду зі скаргою про визнання неконституційним пункту 2 статті 2 Закону «Про вибори Президента Республіки», який передбачає заборону особі, усунутій з поста в порядку імпічменту, балотуватись на пост президента протягом п'яти років із моменту ухвалення рішення про

---

* Ruling on the compliance of President of the Republic of Lithuania decree No. 40 «On granting citizenship of the Republic of Lithuania by way of exception» of 11 april 2003 to the extent that it provides that citizenship of the Republic of Lithuania is granted to Jurij Borisov by way of exception with the Constitution of the Republic of Lithuania and paragraph 1 of article 16 of the Republic of Lithuania Law on citizenship, 30 December 2003. URL: http://www.lrkt.lt/dokumentai/2003/r031230.htm (Last accessed: 20.04.2021).

** Conclusion on the compliance of actions of President RolandasPaksas of the Republic of Lithuania against whom an impeachment case has been instituted with the Constitution of the Republic of Lithuania, 31 March 2004. URL: http://www.lrkt.lt/ dokumentai/2004/c040331.htm (Last accessed: 20.04.2021).

усунення такої особи із обійманої посади. У рішенні за скаргою Р. Паксаса Конституційний суд виступив із такими правовими позиціями*.

По-перше, на думку суду, щоб громадяни могли довіряти державним політичним особам (а це буде лише в тому разі, коли всі посадові особи дотримуються конституції та законів), демократична громадськість повинна мати засоби контролю за діяльністю державних посадових осіб, зокрема й можливість усунути з поста чиновника, який порушує конституцію і закони та ставить свої особисті інтереси чи інтереси групи вище суспільних інтересів, або який «своїми діями ганьбить державну владу... Однією із форм такого контролю демократичної громадськості є конституційний інститут імпічменту... Імпічмент у ситуації, коли особа, яка грубо порушила конституцію чи присягу, усувається з поста президента республіки, є одним із способів захисту держави як загальна мета суспільства, визначена в Конституції».

Другим важливим аспектом розуміння природи інституту імпічменту, з погляду суду, є те, що «президент республіки, здійснюючи свої повноваження, визначені конституцією та законами, повинен діяти так, щоб його дії підтримували гармонійну взаємодію між установами державної влади». І знову ж таки в основі такого акта парламенту, як усунення президента з поста, лежить важливе питання довіри населення до обраного глави держави. Саме наявність довіри є основою перебування тієї чи іншої особи на цьому важливому посту. У контексті питань довіри суд розглядає і таку умову набуття повноважень президентом, як складення присяги. Конституційний суд визначає акт складення присяги не як формальний символічний акт. Складення присяги — це взяття президентом обов'язку діяти тільки на благо тих цінностей, які він присягав захищати.

Обґрунтовуючи свою позицію щодо ключового питання скарги про законодавчу заборону особі, усунутій із поста в порядку імпічменту, брати участь у черговій виборчій кампанії на пост президента, суд зважав на те, що «метою конституційного інституту імпічменту є не тільки одноразове усунення особи з поста, вона набагато ширше: його (*імпічменту — Ю. Б.*) метою є недопущення особи, яка грубо порушила конституцію чи присягу, до обіймання конституційно передбаченої по-

* Ruling on the compliance of article $1^1$ (wording of 4 May 2004) and paragraph 2 (wording of 4 May 2004) of article 2 of the Republic of Lithuania Law on presidential election with the Constitution of the Republic of Lithuania, 25 May 2004. URL: http://www.lrkt.lt/dokumentai/2004/r040525.htm (Last accessed: 20.04.2021).

сади, початок реалізації якої, відповідно до Конституції, пов'язаний із складанням конституційно визначеної присяги».

Для забезпечення континуїтету (чи спадковості в державному управлінні) на конституційному (в окремих випадках — на законодавчому) рівні визначають посадову особу, на яку покладають тимчасове виконання обов'язків президента до обрання нового глави держави. Зазвичай такий т.в.о. не має право здійснювати цілу низку важливих президентських повноважень. В Україні виконання обов'язків президента покладають на Голову Верховної Ради України (стаття 112 Конституції України).

Цікавим є досвід вирішення цього питання у США. Законом про спадковість посади президента 1947 року передбачено варіант, яким створено стовідсоткові гарантії недопущення відсутності особи, яка буде тимчасово виконувати функції глави держави: зазвичай першим т.в.о. визнають віцепрезидента, якщо його немає чи неможливо покладення на нього таких завдань, обов'язки президента покладають на спікера палати представників Конгресу. Далі вибудована така ієрархія заміщення: тимчасовий спікер верхньої палати Конгресу, Сенату*, державний секретар, міністр фінансів, міністр оборони, керівники центральних органів виконавчої влади (почергово, залежно від часу створення відповідного органу). Тому, щоб уникнути кадрового вакууму, на крайній випадок, у разі вчинення теракту (чи настання іншої жахливої події) під час засідання президентської команди у форматі комітету міністрів, передбачено, що для залишення принаймі однієї особи, що буде спроможна замістити главу держави, один із міністрів повинен бути відсутній на такому засіданні**.

### 5.2.1.6. Конституція й виконавча влада

Особливе місце президента в механізмі державної влади безпосередньо пов'язане із тим, як формують керівні органи виконавчої влади та яке значення відводять йому (главі державі) у здійснення цього виду влади. Проте, на відміну від законодавчої влади й влади президента (монарха), у конституціях виконавчу владу регламентують лише в загальних рисах, що не применшує значущість органів виконавчої влади під час реалізації державних завдань. Це свідчить лише про те, що з погляду конституційного права й правової науки загалом, як зазначено

* Річ у тому, що спікером верхньої палати (сенату) за посадою є віцепрезидент.

** Правительство в зарубежных странах: учеб. пособие / под ред. А. Н. Козырина, Е. К. Глушко. М.: Ось-89, 2007. С. 55—56.

в першому розділі підручника, здійснення виконавчої влади є ключовим предметом адміністративного права. Конституційне право ж має справу із засадами функціювання вищих органів виконавчої влади та їхніми відносинами із парламентом та главою держави.

Проте, оскільки акти Уряду нарівні із актами законодавчого органу й президента досить часто зараховують до предметів конституційного контролю, це ставить перед конституційним правом додаткові завдання із визначення обсягу конституційної правосуб'єктності вищого органу виконавчої влади, передовсім у частині нормотворення.

Основну увагу в конституціях сконцентровано на вищих органах виконавчої влади, порядку їхнього формування та припинення діяльності, а також основних повноваженнях. Насамперед слід зауважити, що поряд із категорією «уряд» на конституційному рівні вживають також термін «рада (кабінет) міністрів»*. Як приклад одночасного використання обох конструкцій наводемо Конституцію Португалії. Згідно зі статтею 183 Основного закону цієї країни уряд складається із прем'єр-міністра (може мати одного чи більше заступників), міністрів, державних секретарів та їхніх заступників. Колегіальною формою функціювання уряду є Рада міністрів, у роботі якої беруть участь прем'єр із заступниками та міністри (стаття 184). Також передбачено створення спеціалізованих (для спеціальних питань) рад.

У Конституції України вищим органом у системі виконавчої влади визначено Кабінет Міністрів України (стаття 113). Ця інституція має колегіальний зміст, що виявляється як у способі ухвалення рішень, так і в конституційно-політичній відповідальності. Щодо останнього інституту, то він передбачає як індивідуальну відповідальність членів кабміну, так і припинення повноважень одночасно всього складу вищого органу виконавчої влади в разі відставки прем'єр-міністра й оголошення резолюції недовіри.

Категорію «уряд» уживають у тексті Конституції лише один раз і то щодо статусу місцевого органу виконавчої влади: «Урядом Автономної Республіки Крим є Рада міністрів Автономної Республіки Крим» (стаття 136 Конституції)**.

Як зрозуміло зі змісту відповідальності вітчизняного кабміну, особу «прем'єр-міністра» можна охарактеризувати, як «перший серед рів-

---

* Там само. С. 6.

** Законодавець на рівні профільного закону синонімізував ці два поняття щодо вищого органу виконавчої влади.

них». Його конституційними завданнями є керівництво роботою Кабінету Міністрів України, спрямування її на виконання Програми діяльності Кабінету Міністрів України, схваленої Верховною Радою України (стаття 114 Конституції).

Це суттєво відрізняється від конституційного режиму «канцеляризму» у ФРН. Вживання такого терміна пов'язано із назвою посади керівника німецького уряду — «федеральний канцлер» та його майже дискреційною владою всередині уряду. Концептуально його статус в Основоположному законі визначено в такий спосіб: «Федеральний канцлер визначає основні напрями політики й несе за це відповідальність» (стаття 65). У німецькій конституційно-правовій науці поняття «політика» трактують як «творче розв'язання питань, які зачіпають загальнодержавні цілі, досягнення і здійснення влади для реалізації таких цілей, а також як постановку й реалізацію певних цілей та ідей, що організують суспільство», до тогож право на визначення такої політики означене як монопольне*.

У країнах із президентською формою правління уряд є сукупністю виконавчих структур та їхніх керівників, яких призначає та звільняє президент. Одночасно можуть визначати певні елементи стримувань під час розв'язання таких кадрових питань. Наприклад, для отримання згоди Сенату США під час призначення президентом вищих посадових осіб. До того ж згода потрібна тільки під час призначення.

Уряд у парламентських демократіях формують зазвичай ініціюванням кандидатури прем'єра главою держави (досить рідко — спікером парламенту). Таким кандидатом є лідер партії, що на останніх парламентських виборах отримала в законодавчому органі більшість або висуванець від цієї партії, або ж представник сформованої в парламенті коаліції депутатських фракцій (як це передбачено Конституцією України).

Якщо такої політичної сили в парламенті немає, досить часто вдаються до так званої «процедури пробних мандатів» (наприклад, у Греції). Сутність такої процедури полягає в тому, що президент по черзі пропонує («дає мандат») сформувати уряд лідерам фракцій, залежно від їхніх результатів на виборах, тобто від найбільшою за чисельністю фракції до найменшої. Якщо після застосування цих процедур бажано-

* Государственное право Германии. М.: Институт государства и права РАН, 1994. Т. 1. С. 257—258.

го результату немає, тоді парламент можуть розпустити, а уряд сформує президент на «службовій» («технічній») підставі[*].

У країнах Північно-Західної Європи сформувалась доктрина «негативного парламентаризму», за якої для формування уряду згода парламенту не потрібна, законодавчий орган може вплинути на долю ради міністрів лише через оголошення вотуму недовіри, що матиме наслідком відставку всього уряду. Це дає змогу главі державі (королю) за наслідками парламентських виборів формувати «уряд меншості»[**].

Відставка уряду пов'язують із обранням нового складу парламенту. Окрім цього, досить часто передбачають інститут парламентської відповідальності уряду. Так, відповідно до статті 74 Конституції Австрії, якщо Національна рада ухвалить рішення про вотум недовіри Федеральному уряду, то таке рішення має наслідком відсторонення уряду від виконання своїх обов'язків.

У конституційній доктрині найефективнішою формою притягнення уряду до відповідальності є так званий «конструктивний форум недовіри». Наприклад, у конституційному праві ФРН: бундестаг може висловити недовіру Федеральному канцлеру лише тоді, якщо більшість членів Бундестагу обере його наступника й звернеться до Федерального президента з проханням про відсторонення від посади Федерального канцлера. Федеральний президент повинен задовольнити це прохання й призначити обрану особу (стаття 67 Основоположного закону ФРН). Цікавим одночасно залишається те, що наступник відстороненого канцлера може не отримати абсолютної більшості голосів. Так президент може довірити такому наступнику сформувати «уряд меншості»[***].

Індивідуальна відповідальність членів уряду не є такою поширеною в конституційній практиці зарубіжних країн, як колегіальна відповідальність уряду перед парламентом. Цікавим є досвід формування доктрини індивідуальної відповідальності в конституційному праві Італії. По суті, її сформував Конституційний суд цієї країни, який, попри формальну відсутність цього інституту в тексті Основного закону, визнав таке: діяльність уряду будується на засадах колегіальності, що забезпечує єдність його політичного руху. Однак це не унеможливлює ситуації, коли діяльність того чи іншого міністра загрожує такому колегіальному поступовому руху, і тоді резолюція недовіри, висловлена парламентом

---

[*] Пронкин С. В., Петрунина О. Е. Государственное управление зарубежных стран. М.: Аспект-пресс, 2001. С. 379.

[**] Исаев М. А. Основы конституционного строя Дании. М.: Муравей, 2002. С. 145—149.

[***] Государственное право Германии. Т. 1. С. 251.

такому міністру дасть змогу відновити таку єдність всередині уряду (Рішення Конституційного суду від 6 грудня 1995 року № 7/1996)*.

Одним із важливих об'єктів конституційного регулювання в урядовій діяльності є право нормотворчості органів виконавчої влади. Окрім реалізації визначених в конституції повноважень через видання відповідних нормативних актів, доволі поширеною в практиці зарубіжного парламентаризму є делегована законотворчість (частково про цей інститут йтиметься в наступному розділі). І не завжди делегування парламентами права нормативного регулювання певних сфер суспільного життя урядам (точніше намагання уряду надмірно розширити свої повноваження завдяки такому делегуванню) позитивно сприймає конституційна юстиція.

Так в одному зі своїх рішень (від 14 лютого 2001 року) Конституційний суд Чехії визнав неконституційними урядове рішення про встановлення квот на реалізацію цукру всередині країни й на його експорт. До того ж не спрацювали покликання представників уряду на делегування органам виконавчої влади повноважень із регулювання ринку сільськогосподарських продуктів відповідно до закону про сільське господарство. Суд укотре наголосив на раніше виробленій юридичній позиції, відповідно до якої «парламент немає вправа позбавити себе обов'язку законодавчого визначення змісту, обсягу та способу забезпечення фундаментальних прав через надання повноважень виконавчим органам із видання актів меншої юридичної сили, аніж закон, які (акти) визначатимуть межі таких основних прав та свобод».

Не можна не зауважити і зворотних тенденцій у відносинах між парламентом й урядом, коли орган законодавчої влади намагається перетягнути на себе повноваження вищого органу виконавчої влади. Яскравим прикладом може бути ухвалення Верховною Радою України 17 березня 1999 року Закону України «Про внесення змін до Закону України "Про ціни й ціноутворення"». Цим актом парламент самоуповноважив себе на розв'язання цілої низки урядових питань у сфері ціноутворення. Серед них обов'язкове погодження парламентом встановлених Кабінетом Міністрів України цін і тарифів на житлово-комунальні послуги (зокрема на електроенергію та природний газ для комунально-побутових потреб населення України), послуги громадського транспорту та зв'язку. Цей закон став предметом конституційного контролю. Конституційний Суд України визнав такий закон некон-

* Рішення Конституційного суду Італії від 6 грудня 1995 року № 7/1996. URL: http://www.codices.coe.int/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm (дата звернення: 24.04.2021).

ституційним, укотре вказавши на те, що Верховна Рада втрутилась у компетенцію іншої гілки влади й надмірно розтлумачила свої повноваження із контролю за діяльністю Кабміну й інших органів виконавчої влади (Рішення Конституційного Суду України від 10 лютого 2000 року № 2-рп/2000 (справа про ціни й тарифи на житлово-комунальні та інші послуги)).

Дещо схожа конфліктна ситуація трапилася в конституційній практиці Латвії, коли місцевий парламент за наслідками здійснення контрольних заходів ухвалив постанову, якою доручив уряду відсторонити від обійманих посад членів Ради з телекомунікаційних тарифів. Розглянувши цю постанову щодо відповідності Основному закону, Конституційний суд Литви визнав її неконституційною, вказавши одночасно, що парламент «має право давати Кабінету Міністрів зобов'язувальні завдання, однак вони не повинні суперечити закону», додавши, що парламент «без законної підстави не повинен обмежувати Кабінет Міністрів в його управлінській діяльності й постановами визначати регулювання відносин Уряду із підлеглими структурами» (Рішення № 03-05(99)[*].

Ще одним предметом конституційної регламентації в сфері виконавчої влади є визначення в загальних рисах системи органів цієї гілки влади. Серед складних питань, які доводиться розв'язувати конституційним судам з цього приводу, є питання створення й функціювання так званих «незалежних агенцій». Появу таких інституцій історично пов'язують із періодом Великої депресії в США, коли виникла потреба створити незалежні регулятори ринкових відносин. Одним із перших у формуванні доктрини «незалежних агенцій» стало рішення у справі ***Humphrey's Executor v. United States*** (1935).

Сутність спору полягала в тому, що президент Франклін Рузвельт звільнив члена Федеральної комісії з торгівлі[**] Вільяма Гамфрі, мотивуючи це тим, що глава держави очікував від Гамфрі більшої ефективності[***]. Натомість такої підстави для звільнення в законі про Федеральну комісію з торгівлі не було, і в такий спосіб, на думку заявників[****],

---

[*] Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. М.: КРАСАНД, 2015. С. 662—665.

[**] Головним завданням цього органу є запобігання несправедливим методам конкуренції в торгівлі. До складу комісії входить п'ять членів, яких призначає президент за порадою та згодою Сенату, причому одну політичну силу можуть представляти не більше як три члени комісії. URL: https://ballotpedia.org/-Humphrey%27s_Executor_v._United_States (дата звернення: 24.04.2021.).

[***] Fisher L. Constitutional conflicts between Congress and the President. Lawrence: University Press of Kansas, 1997. P. 64—65.

[****] На час подачі позову Гамфрі помер, і позов подавали його спадкоємці.

президент порушив закон. Важливим у рішенні Верховного суду в цій справі є декілька юридичних позицій: по-перше, суд наголосив на тому, що створені парламентом такі незалежні агенції* не є виконавчими структурами в чистому вигляді, а мають квазісудовий та квазізаконодавчий характер; по-друге, такі обставини не означають перебрання парламентом на себе повноважень виконавчої влади, оскільки за главою держави залишаються повноваження зі звільнення членів цього органу; по-третє, законом створені достатні умови справжньої незалежності таких агенцій через перерахування винятковихпідстав для звільнення, які не підлягають розширеному тлумаченню главою держави**.

Вітчизняний Конституційний Суд вирішив застосувати в такій ситуації інший підхід. Йдеться про рішення суду в справі Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг (13 червня 2019 року № 5-р/2019), предметом якого була конституційність Закону України, що регулює діяльність цієї комісії. Згідно із згаданим законом «Комісію виведено з підпорядкування Президента України та наділено статусом постійнодіючого незалежного державного колегіального органу, який здійснює державну владу у визначених законом сферах. Комісія має широке коло завдань, функцій та повноважень щодо державного регулювання, моніторингу та контролю за діяльністю суб'єктів господарювання у сферах енергетики й комунальнихпослуг». У законі чітко визначено гарантії самостійності й незалежності Комісії.

Суд визнав закон неконституційним. Використавши доктрину «жорсткого» поділу влади, покликавшись на норму статті 6 Конституції України, суд сформував юридичну позицію, відповідно до якої «утворення постійнодіючого незалежного державного колегіального органу, який за функційним призначенням, сферою діяльності, повноваженнями має ознаки центрального органу виконавчої влади, але не підпорядковується Кабінету Міністрів України й не належить до системи органів виконавчої влади, його не узгоджують із КонституцієюУкраїни».

Реакцією чинного глави держави на такий підхід суду стала ініціатива із внесенням змін до Конституції в частині його повноважень із

---

* До таких агенцій належать, зокрема: Комісія з цінних паперів та фондового ринку, Федеральна комісія із зв'язку (яка також займається ліцензуванням теле- й радіоефіру), Рада керуючих Федеральної резервної системи (аналог Центробанку), Комісія ядерного нагляду тощо (Бернам У. Правовая система США. М.: Новаяюстиция, 2006. С. 68—69).

** Humphrey's Executor v. United States (1935). URL: https://www.courtlistener.com/opinion/102475/humphreys-v-united-states/ (Last accessed: 20.04.2021).

призначення керівників антикорупційних органів, які були виведені із системи виконавчої влади в частині їхнього формування та підпорядкування. Однак цей законопроєкт стикнувся з іншим «догматичним» розуміння поділу влади з боку Конституційного Суду України. Останній визнав за неможливе ухвалення таких змін, покликавшись на те, що «що в разі ухвалення законопроєкту, його положення можуть порушити баланс конституційних повноважень між Президентом України та Кабінетом Міністрів України, насправді створивши паралельну виконавчу владу, підпорядковану Президенту України». Ба більше, на думку суду, «законопроєкт у частині наділення Президента України додатковими невластивими його статусу повноваженнями утворювати нові органи з функціями виконавчої влади й призначати їхніх керівників не відповідає сутнісному змісту частини першої статті 157 Конституції України стосовно обмеження конституційних прав і свобод людини й громадянина, з погляду їхнього належного гарантування органами виконавчої влади та Президентом України». До того ж суд у своєму рішенні згадав навіть формулу із французької декларації прав людини, про те, що суспільство, в якому не гарантовані права людини й немає поділу влади, не має конституції (висновок від 16 грудня 2019 року № 7-в/2019).

Наступним кроком у формуванні такої доктрини стало резонансне рішення про неконституційність положень Закону «Про Національне антикорупційне бюро» в частині призначення й звільнення керівництва бюро. Слід вказати, що оскаржуваний закон передбачав призначення директора бюро президентом за результатами конкурсу, що проводила незалежна комісія, а також особливі гарантії від свавільного звільнення, зокрема й обов'язковість проведення періодичного незалежного аудиту, результати якої могли бути покладені в основу для розв'язання про звільнення директора бюро.

Суд продовжив свою «доктринальну» лінію щодо поділу влади, визначивши, що «визначений у Конституції України перелік повноважень глави держави, зокрема й щодо повноважень призначення посадових осіб органів, визначених Конституцією України, є вичерпним». А також підкрипив свою аргументацію такою тезою: «Оспорюваний порядок призначення керівництва бюро порушує баланс у системі функціювання державної влади (системи стримувань і противаг) та, як наслідок, послаблює конституційні гарантії забезпечення прав і свобод людини та громадянина, а також негативно впливає на стабільність конституційного ладу» (Рішення від 16 вересня 2020 року № 11-р/2020).

Вочевидь, що згадана частина офіційної конституційної доктрини України потребує відповідного корегування, оскільки вона не повною мірою відповідає сучасній доктрині поділу влади.

### 5.2.2. Парламентаризм

#### 5.2.2.1. Загальна характеристика парламентаризму

Мабуть, багатьом відомий вислів «Парламент може зробити все: він не може перетворити жінку в чоловіка й чоловіка в жінку». Ці слова один із найвідоміших конституціоналістів А. Дайсі приписує іншому відомому вченому-правнику Жан-Луї Де Лольму, що стосувалися англійського парламенту*, який був першим передвісником зародження парламентаризму і поступово перетворювався із органу станового на орган народного представництва з ключовою метою — обмеження влади монарха.

Поступово такий «обмежувальний» поступ перетворив англійський парламент на справді верховний орган, владі якого ніхто не здатен протистояти (щоправда, не слід забувати, що за класичною конституційною схемою в складі англійського парламенту є дві палати парламенту й корона, акцентуючи на особливій ролі монарха: відповідно до статті 1 Конституції Австралії до складу парламенту входить Королева, Сенат та Палата представників). Що навіть викликалуо появу доктрини «парламентського суверенітету». До речі, саме ця доктрина була і залишається перепоною для ухвалення писаної кодифікованої конституції, оскільки жоден парламент не може ухвалити рішення, яке б обмежувало повноваження його наступників.

Наразі англійський парламентаризм зазнав суттєвих трансформацій, насамперед щодо обмеження його всевладдя. Серед таких «обмежувачів» називають: делегування повноважень Парламенту Шотландії та Уельській Асамблеї; членство в Європейському Союзі (яке після ***Brexit*** трансформувалося); ухвалення 1998 року Акта про права людини, який дозволив національним судам використовувати безпосередньо Конвенцію про захист прав людини й основоположних свобод та практику Європейського суду з прав людини; створення 2009 року Верховного суду Сполученого Королівства, який перебрав статус вищої апеляційної інстанції в палати лордів**.

---

* Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. С. 514

** UK Parliament. URL: https://www.parliament.uk/about/how/sovereignty/

На відміну від англійських традицій парламентаризму, по той бік Ла-Маншу ситуація із утвердженням парламенту як провідного органу владної системи демократичної держави складалась дещо по-іншому. Так, наприклад, після того як у XIX — на початку XX століття Франція пережила часи «режиму парламентської асамблеї», який характеризувався «абсолютною владою парламенту, який не може бути розпущений урядом, що за таких обставин стає майже недієздатним»*, опинився в умовах нових політико-правових реалій, які охарактеризували як раціоналізований парламентаризм — «модифікація конструкції поділу влад класичної парламентської системи, за якої парламент суттєво обмежують у повноваженнях і процедурах на користь виконавчої влади»**. Виникнення останнього концепту пов'язують із ухваленням «де голлівської» Конституції 1958 року.

Дещо схоже можна спостерігати й в іншому стовпі європейської демократії — Німеччині, коли після Веймарської республіки, часів повного руйнування авторитету парламенту як загальнонаціональної демократичної інституції, настав період канцеларизму, що характеризують саме режимом «раціоналізованого парламентаризму»***.

Щодо вітчизняного парламентаризму, то чинна конституційна конфігурація влади дає змогу говорити про провідне значення парламенту у владному трикутнику.

У чинній Конституції визначено статус Верховної Ради України як «єдиного органу законодавчої влади» (стаття 75 Конституції України). Як роз'яснив Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 17 жовтня 2002 року № 17-рп/2002 (у справі щодо повноважності Верховної Ради України), «визначення Верховної Ради України єдиним органом законодавчої влади означає, що жоден інший орган державної влади не уповноважений ухвалювати закони».

Слід звернути увагу, що в Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод також використовують категорію «орган законодавчої влади» в контексті право на вільні вибори до цих органів (стаття 3 Першого протоколу до Конвенції). В інтерпретації Європейського суду з прав людини «законодавча влада» не завжди означатиме «національний парламент». Цю категорію слід тлумачити в контексті конституційного устрою держави. Так, наприклад, після проведеної конституційної реформи в Бельгії компетенція надана Фламандській раді

---

* Медушевский А. Н. Теория конституционных циклов. М., 2005. С. 91.

** Там само. С. 108.

*** Жаке Ж.-П. Конституционное право и политические институты. М.: Юристъ, 2002. С. 190—191.

дозволяє зараховувати її також до законодавчого органу Бельгії (див. ***Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*** (1987) та ***Matthews v. the United Kingdom*** (1999)). Аналогійно у справі ***Vito Sante Santoro v. Italy*** (2004) суд так само прирівняв регіональні (обласні) ради в унітарній Італії до «органів законодавчої влади», покликавшись на те, що вони мають право згідно з Конституцією здійснювати законодавчу владу в таких важливих сферах, як адміністративне планування, охорона здоров'я, освіта, містобудування й сільське господарство тощо.

Винятковість «законодавчого» статусу парламенту в національній системі нормотворчості час від часу зазнає певних обмежень, коли з тих чи інших причин доводиться запроваджувати інститут делегованої законотворчості.

Так, відповідно до Закону України «Про тимчасове делегування Кабінету Міністрів України повноважень видавати декрети в сфері законодавчого регулювання» 18 листопада 1992 року № 2796-XII для оперативного розв'язання питань, пов'язаних із здійсненням ринкової реформи, Верховна Рада України делегувала Кабінету Міністрів України тимчасово, строком до 21 травня 1993 року, повноваження видавати декрети в сфері законодавчого регулювання з питань, що передбачені пунктом 13 статті 97 Конституції України 1978 року щодо відносин власності, підприємницької діяльності, соціального й культурного розвитку, державної митної, науково-технічної політики, кредитно-фінансової системи, оподаткування, державної політики оплати праці та ціноутворення. Нині чинними залишаються 24 декрети із 83, що були ухвалені Кабінетом Міністрів у період дії делегованих повноважень, зокрема: Декрет КМУ від 21 січня 1993 року «Про державне мито», від 19 лютого 1993 року «Про систему валютного регулювання та валютного контролю».

Доволі обмежені повноваження щодо «делегованої законотворчості» мав і глава держави після ухвалення Конституції України 1996 року: згідно з пунктом 4 «Перехідних положень» Конституції президент України протягом трьох років після набуття чинності Конституцією України мав право видавати схвалені Кабінетом Міністрів України й скріплені підписом Прем'єр-міністра України укази з економічних питань, не врегульованих законами, з одночасним поданням відповідного законопроєкту до Верховної Ради України в порядку, що визначено в статті 93 Конституції. Такий указ Президента України вступав у дію, якщо протягом тридцяти календарних днів з дня подання законопроєкту (окрім днів міжсесійного періоду) Верховна Рада України не ухвалюва-

ла закон або не відхиляла поданий законопроєкт більшістю від її конституційного складу, і діяв до набрання чинності законом, ухваленим Верховною Радою України з цих питань.

Нині Верховна Рада України наділена винятковим правом серед органів державної влади, влади АРК та місцевого самоврядування ухвалювати акти у формі законів. Місце Верховної Ради України в механізмі державної влади визначає парламентсько-президентська форма правління, запровадженої в ході конституційної реформи 2004 року.

Якщо президенталізм є виявом принципу поділу влади, то парламентаризм уособлює ще одну важливу рису сучасного конституціоналізму — народне представництво (чи конституційну демократію). Саме парламент є органом первинного народного представництва і має виняткове право виступати від імені суверена.

13 лютого 2008 року Прем'єр-міністр Австралії Кевін Радд від імені Уряду цієї країни приніс вибачення аборигенам Австралії за насильницьку асиміляцію, яку здійснювала місцева влада стосовно дітей аборигенів з кінця XIX — до середини XX століття. Зробив він це на спеціальному засіданні парламенту*. Цей факт наведено, щоб проілюструвати те, яким вагомим є значення цієї представницької інституції саме як форуму нації. Проте не слід забувати, що саме парламент є носієм так званої вторинної установчої влади, за допомогою якої він здатен за потреби змінювати Конституцію.

Щодо української держави, то лише Верховна Рада України може виступати від імені українського народу. Хоча в Конституції чітко не визначено статус Верховної Ради як представницького органу, однак таке її правове положення визнають беззаперечним у зв'язку із конституційним визначенням цього владного органу як парламенту (стаття 75 Конституції), та згадку в преамбулі Конституції (абзац 1) про те, що Верховна Рада ухвалила Конституцію 1996 року, виступаючи від імені Українського народу.

Утім, недоречним видається розгляд Верховної Ради України як вищого представницького органу. Така характеристика могла бути надана за часів перебування України в складі Радянського Союзу. Система владарювання тоді передбачала, що народ здійснює державну владу через Ради народних депутатів, яким підконтрольні й підзвітні всі органи державної влади (стаття 2 Конституції УРСР 1978 року (первинна

* Австралия звинилась перед аборигенами за ошибки пришлого. URL: https://www.segodnya.ua/world/avctralija-izvinilac-pered-aborihenami-za-oshibki-proshloho.html (дата звернення: 24.04.2021.).

редакція). До того ж Ради народних депутатів — Верховна Рада Української РСР, обласні, районні, міські, районні в містах, селищні та сільські Ради народних депутатів — утворювали єдину систему органів державної влади (стаття 78 Конституції). Тому цілком логічним за таких обставин було визнання вищості Верховної Ради серед інших рад як органів народного представництва. Конституційний лад незалежної України побудовано на засадах виокремлення муніципальної влади в системі публічної влади. Місцеві ради є органами представництва територіальних громад (стаття 140 Конституції України). А отже, Верховна Рада України є єдиним загальнонаціональним органом народного представництва.

### 5.2.2.2. Функції й повноваження парламенту

Традиційними напрямами діяльності органу законодавчої влади є:

**а) законодавча функція.** По суті, цей напрям діяльності парламенту є визначальним, що підтверджує і формулювання статті 75 Конституції України, згідно з якою парламент є єдиним органом законодавчої влади. Узагалі закон визнає Конституцію й чинне законодавство не тільки як елемент системи права, який в ієрархії нормативно-правових актів за юридичною силою займає наступне за Конституцією місце, але і як форма надання загальнонаціональним представницьким органом згоди на обов'язковість підписаних міжнародних договорів та форма затвердження важливих державних рішень.

У теорії конституційного права традиційно виокремлюють три типи парламентів відповідно до наявного в них обсягу законодавчої компетенції:

- парламенти з необмеженим колом питань, які парламент може вирішувати через ухвалення законів (Ірландія, Греція);
- парламенти країн із федеральним устроєм, де чітко розмежовують компетенцію законодавчих повноважень федерального парламенту й представницьких органів суб'єктів федерації. Найяскравішим прикладом щодо цього є США;
- парламенти у федеративних країнах із «рухомим» предметом виняткового законотворення (ФРН, Індія)*.

Повертаючись до питання про парламенти з обмеженою законодавчою компетенцією, варто, по-перше, зауважити, що такі випадки

* Конституционное право зарубежных стран: учебник / под общей ред. А. В. Малько. М.: Из-во НОРМА, 2001. С. 247.

характерні й для країн з унітарною формою устрою. По-друге, обмежене коло питань виняткової законодавчої регламентації не завжди означає неможливість парламенту самостійно розширити сферу своєї нормотворчої компетенції. Так, Конституційна рада Франції своїм Рішенням від 30 липня 1982 року визначила, що «закон, який містить положення, що належать до регламентарної сфери (***урядової компетенції — Ю. Б.)*** не можна вважати неконституційним на цій підставі». Отже, навіть у разі вторгнення парламенту в нормотворчу компетенцію уряду через ухвалення відповідного закону, такий акт залишиться конституційним*.

Щодо вітчизняного парламентаризму, то на рівні Конституції передбачено перелік питань, які повинні врегульовувати лише закони України. Так, відповідно до частини 1 статті 92 Конституції, лише закони України визначають: права й свободи людини та громадянина, гарантії цих прав і свобод; основні обов'язки громадянина; громадянство, правосуб'єктність громадян, статус іноземців та осіб без громадянства тощо.

До того ж в одних випадках (зокрема наведених) законом мають регулюватися відповідні відносини вичерпно, не залишаючи можливості для їх підзаконного регулювання, а в інших випадках (пункти 5, 6, 8—11 тощо статті 92 Конституції України) закон визначає лише засади (основи) регулювання. Останнє означає, що їхня конкретизація належить до повноважень уряду чи інших органів виконавчої влади.

Така доволі чітко окреслена предметна сфера законодавчого регулювання є гарантією того, що важливіші питання суспільного життя врегульовуватимуть лише за допомогою органу законодавчої влади. Органи ж виконавчої влади можуть лише конкретизувати визначені парламентом засади регулювання.

Верховна Рада України використовує таку форму нормотворчості як закон також і під час реалізації інших повноважень Саме через ухвалення закону парламент дає згоду на обов'язковість міжнародних договорів України, тобто саме в такий спосіб здійснюють його ратифікацію (пункт 32 частина 1 статті 85 Конституції).

Окрім цього, відповідно до пункту 4 частини 1 статті 85 Конституції, до повноважень Верховної Ради належить затвердження Державного бюджету. Згідно з приписами Бюджетного кодексу України Державний бюджет затверджує парламент ухваленням закону про Державний бюджет на відповідний рік.

---

* Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты. М.: Юристъ, 2002. С. 332.

Одним з найгостріших питань законодавчого процесу, що давно обговорюють в експертному середовищі, є проблема забезпечення особистого голосування депутатів.

Зарубіжний досвід свідчить про особливу нетерпимість до голосування одним депутатом замість іншого. Одним із найпоказовіших випадків є скандал, який трапився в травні 2010 року через не пов'язану із виконанням службових обов'язків закордонну подорож депутата Сейму Литви Лінаса Каралюса (який скористався під час подорожі дипломатичним паспортом) та відповідно його відсутності на засіданнях парламенту й парламентського комітету з охорони здоров'я. Ще більшого резонансу ця ситуація набула тоді, коли з'ясували, що замість нього на засіданнях Сейму вісім разів проголосував інший парламентар — Александр Сахарук. Справу було передано на розгляд до Конституційного суду, який визнав у діях обох парламентарів грубе порушення Конституції та присяги, що й стало підставою для імпічменту згаданих депутатів (Рішення від 27 жовтня 2010 року)*.

Проблема із «голосуванням замість іншого» також тривалий час була в центрі уваги вітчизняного конституційного судочинства. Суд неодноразово звертав увагу на важливість дотримання демократичного змісту процесу ухвалення рішень таким колегіальним органом як парламент. Ґрунтуючись на закріпленому в статті 5 Конституції України принципі народовладдя, виявом якого є делегування народом влади органам представницької демократії, суд неодноразово зауважував, що «народний депутат України не має права голосувати за інших народних депутатів України на засіданнях Верховної Ради України». До того ж порушення цієї вимоги під час ухвалення парламентом рішень є підставою для визнання їх неконституційними (Рішення від 7 липня 1998 року № 11-рп/98).

Після означення цієї юридичної позиції суд тривалий час відмовлявся визнавати акти Верховної Ради України неконституційними на цій підставі. До суду неодноразово надходили звернення з проханням визнати такими, що не відповідають Конституції закони, оскільки підчас голосування за такі акти частина парламентаріїв не могла здійснити власне волевиявлення, адже не перебувала на пленарному засіданні (в окремих випадках — навіть за межами держави). Щоразу відмова суду у відкритті провадження (чи ухвалення ним рішення про його припинення) аргументували тим, що «встановлення фактів правопорушень з

* On the actions of Linas Karalius and Alexsandr Sacharuk, Members of the Seimas. https://www.lrkt.lt/en/court-acts/search/170/ta1193/content (Last accessed: 20.04.2021).

боку народних депутатів України до компетенції Конституційного Суду України не належить» (Ухвала від 27 грудня 2001 року № 47-у/2001).

Доктринальний підхід суду змінився під час розгляду так званої «мовної справи», предметом розгляду якої був Закон України «Про засади державної мовної політики». Суд висловив важливу позицію, відповідно до якої «незалежно від способу ухвалення рішень парламентом, особисте голосування народного депутата України передбачає його особисту участь у процесі голосування й дотримання ним встановлених Конституцією України вимог щодо розпорядження народним депутатом України лише своїм правом голосу, заборони його делегувати, а також заборони примусу до передачі цього права». «Недотримання вказаних вимог суперечить природі представницького мандата народного депутата України, який є представником українського народу у Верховній Раді України, і принципу рівності статусу народних депутатів України».

Суд дослідив конкретні матеріали (стенограму пленарного засіданні, дані державної прикордонної служби, результати поіменного голосування тощо) і дійшов висновку, що «порушення конституційної процедури розгляду та ухвалення проєкту закону під час його ухвалення загалом на вечірньому пленарному засіданні Верховної Ради України були системні й суттєво вплинули на остаточний результат ухвалення закону» (Рішення від 28 лютого 2018 року № 2-р/2018).

В одній із наступних справ суд закцентував ще й на іншій важливій частині оцінки дотримання Конституції під час ухвалення закону: «неконституційним може бути визнаний лише той нормативний акт Верховної Ради України, під час ухваленя чи схвалення якого (або набрання ним чинності) було порушено процедурні вимоги, що визначає безпосередньо Конституція України, а не інші нормативні акти, зокрема Регламент Верховної Ради України» (Рішення КСУ від 16 липня 2019 року № 10-р/2019).

Повертаючись до питання «істотності» й «системності» таких порушень, можна припустити, що суд навмисно залишив собі поле для маневрів, розуміючи той факт, що викорінити ганебне явище голосування одного депутата за іншого найближчим часом буде майже неможливим. І якщо не залишити за собою право вибраковувати конституційні подання за цією ознакою, то суду доведеться визнавати неконституційними чи не всі акти, ухвалені парламентом.

Це рішення порушило знову й інше проблемне питання. Причина голосування присутніх депутатів картками відсутніх колег — важливість дотримання вимоги про абсолютну від конституційної більшості голосів для ухвалення закону. В експертному середовищі давно обговорюють питання про розмежування процедур ухвалення законів залежно від предметної сфери регулювання. Традиційним є поділ на звичайні й органічні (з найзначущіших питань, передбачених у самій Конституції) закони. І залежно від того, проєкт якого закону стоїть на порядку денному в парламенті, у Конституції визначають різні вимоги до мінімально потрібної для ухвалення закону кількості голосів парламентарів.

Так, відповідно до частини 2 статті 45 Конституції Грузії, закон вважають ухваленим, якщо його підтримала більшість присутніх членів парламенту, але не менше як третина загальної кількості депутатів, якщо в Конституції не визначено іншого порядку ухвалення законів. Органічний закон вважають ухваленим, якщо за нього проголосувала більшість від загальної кількості депутатів, якщо в Конституції не визначено інший порядок ухвалення органічних законів. До органічних зокрема належить закон про вибори президента, про статус генерального прокурора, про громадянство Грузії тощо.

Вважають, що в разі імплементації аналогійного підходу в Конституцію України багато питань із порушенням принципу особистого голосування буде знято[*].

Цікавою в цьому контексті є доктрина «хорошого законодавства» (***good legislation***), напрацьована Конституційним судом Латвії. Найчіткіше ця доктрина викристалізовалася в одному із його рішень у справі про публічний доступ до інформації про оплату праці державних службовців та працівників державних установ (Рішення від 6 березня 2019 року, справа № 2018-11-01).

Сам собою, принцип «хорошого законодавства» походить від такої вагомої засади конституційного ладу як верховенство права (хоча суд періодично апелює й до принципу правової держави). Суть цієї доктрини (а відповідно й зміст цього принципу) полягає в дотриманні парламентом під час розроблення й ухвалення законів набору певних вимог, які є важливими для отримання законодавством статусу «хорошого» за своєю якістю.

---

[*] Хоменко С. «Піаністи» у парламенті: були і є, але — чи будуть? URL: https://www.bbc.com/-ukrainian/politics/2012/11/121123_personal_vote_sx.shtml (дата звернення: 24.04.2021.).

До таких вимог суд зарахував:

- дотримання загальних принципів права, процесуальних вимог, передбачених Конституцією та Регламентом парламенту;
- урахування ієрархії нормативних актів, зокрема міжнародного права та права ЄС;
- взяття до уваги прецедентної практики Конституційного суду;
- виконання вимог відкритості законодавчого процесу із гарантування всіх прав депутатів як учасників цього процесу;
- врахування експертних думок та оцінювання ризиків для ухвалення найоптимальнішого рішення;
- під час ухвалення законів щодо основних прав людини, слід дотримуватися принципу пропорційності обмежень;
- спрямування ухвалених законів на досягнення мети сталого (*sustainable*) розвитку Латвії, як це визначено в преамбулі Конституції (зокрема й сталий правовий розвиток, тобто функціювання національної правової системи на відповідних засадах);
- прагнення збільшити довіру громадян до держави й закону як одна із засад законодавчої політики парламенту;
- взяття до уваги фінансових спроможностей держави під час вчинення певних законодавчих кроків*.

Насправді ми маємо справу з досить цікавою формою «судового активізму», в основу якої формально покладено конституційну місію захисту ідеалів верховенства права й правової, демократичної держави.

**б) установча функція.** Поряд із законодавчою владою парламент часто виконує також установчу владу. Це відбувається тоді, коли до повноважень парламенту належить ухвалення конституції чи внесення змін до неї, що в сучасному світі доволі поширено.

Конституційний Суд України, аналізуючи обставини ухвалення чинної Конституції України 28 червня 1996 року, сформулював відповідні юридичні позиції щодо цього питання, які вказують на наявність у парламенту повноважень із реалізації установчої влади. Так, у Рішенні від 11 липня 1997 року № 3-зп визначено, що «ухвалення Конституції України Верховною Радою України було безпосереднім актом реалізації суверенітету народу, який тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України на її ухвалення». Додатково зауважимо, що «ухвалення Конституції України Верховною Радою України означало, що в такому

* Speech by the President Ineta Ziemele in bilateral meeting with the Judges of Constitutional Court of Austria. URL: http://www.satv.tiesa.gov.lv/en/articles/speech-by-the-president-ineta-ziemele-in-bilateral-meeting-with-the-judges-of-constitutional-court-of-austria/#_ftnref7 (Last accessed: 20.04.2021).

разі установчу владу здійснив парламент» (Рішення КСУ від 3 жовтня 1997 року № 4-зп).

Однак реалізація установчої влади через ухвалення Конституції була одноразовим актом. Попри це, Верховна Рада України зберегла своє важливе місце в реалізації установчої влади. Про це, зокрема, свідчить наявність в неї повноважень із внесення змін до Конституції (пункт 1 частини 1 статті 85), які вона неодноразово застосовувала. Такі установчі повноваження законодавчого органу в теорії французького конституційного права прийнято іменувати «встановленою»* чи «інституційною»** установчою владою. Така вторинна влада відрізняється від первинної установчої влади народу, яка, «перебуваючи на межі політики й права, є вищою владою для будь-якої встановленої влади»***.

У державі, що сповідує ідеали конституціоналізму, недопустиме протиставлення первинної влади «встановленій» у механізмі ухвалення нової Конституції чи внесення змін до чинної. Йдеться про ухвалення змін до Основного закону в обхід парламенту, як це було в деяких країнах (зокрема у Франції) в минулому. Цей «досвід» намагалася запозичити також українська влада часів президентства Віктора Януковича через унормування такої можливості в законі про всеукраїнський референдум. Цей закон абсолютно аргументовано Конституційний Суд України визнав таким, що не відповідає Основному закону. Суд вказав на те, що «створення законодавчого механізму внесення змін до Конституції України, який не відповідає порядку, установленому нормами розділу XIII "Внесення змін до Конституції України" Конституції України, крім іншого, обмежує конституційні повноваження парламенту щодо внесення змін до Конституції України» (Рішення КСУ від 26 квітня 2018 року № 4-р/2018).

**в) номінаційна функція.** Одним із суттєвих важелів впливу на діяльність інших гілок влади з боку парламенту є його повноваження щодо призначення (обрання) посадових осіб, припинення їхніх повноважень, зокрема й дострокове. Такий напрям діяльності в науці конституційного права називають номінаційною функцією. Вона властива всім парламентам, відмінності можуть бути лише в її обсязі. У конституційному праві України ця функція зазнала суттєвих змін після проведення конституційної реформи 2004 року. Значно збільшили можливості Верховної Ради в частині формування й припинення діяльності Кабінету

---

* Гунель М. Введение в публичное право. Институты — Основы — Источники. *М.*, 1995. С. 211.

** Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты. М., 2002. С. 108.

*** Гунель М. Введение в публичное право. Институты — Основы — Источники. *М.*, 1995. С. 211.

Міністрів. Частина номінаційних повноважень парламент здійснює самостійно, інші можуть бути реалізовані лише за наявності подання відповідної вищої посадової особи, окремі ж повноваження становлять окрему стадію номінаційної процедури зазвичай завершальну.

Найяскравіше ця функція виявляється під час формування уряду й ухваленні рішення про припинення його діяльності.

Процедуру формування уряду зазвичай проводять через вотум довіри, яким називають голосування парламенту за кандидатуру прем'єр-міністра (в окремих випадках — усього складу уряду).

Парламентський спосіб формування уряду ускладнюється політично тоді, коли всередині парламенту не вдається сформувати стійку коаліцію після виборів.

Для таких ситуацій було розроблено описаний раніше механізм «пробних мандатів», що, по суті, є шляхом до створення уряду меншості.

Щодо припинення діяльності уряду, то тут ми маємо ситуацію, коли сам уряд може бути ініціатором розгляду питання про свою відставку. Така ситуація може бути у двох випадках: по-перше, коли це треба для ухвалення парламентом непопулярного рішення, а консолідованої згоди більшості немає, а по-друге, коли більшість в особі уряду має бажання достроково припинити повноваження парламенту. Тому оголошення недовіри уряду насправді змушує главу держави розпустити парламент й оголосити дострокові вибори через те, що чинний склад парламенту не здатен виконати одне із своїх головних функційних завдань — сформувати уряд.

Якщо ж аналізувати ухвалення рішення про припинення повноважень уряду за ініціативи самих парламентарів (резолюція недовіри), то тут слід мати на увазі, що в абсолютній більшості випадків конституції допускають тільки відставку всього складу уряду (чи його автоматичну відставку внаслідок звільнення прем'єр-міністра). Це чітко випливає із змісту діяльності уряду як колегіального органу: «Уряд несе солідарну відповідальність перед Конгресом депутатів за свою політичну відповідальність» (стаття 108 Конституції Іспанії); «Члени Ради Міністрів несуть перед Сеймом солідарну відповідальність за діяльність Ради Міністрів» (частина 1 статті 157 Конституції Польщі). Щодо конституційної системи України, то відповідно до частини 2 статті 113 Конституції передбачено також колективну відповідальність Уряду, бо саме Кабінет Міністрів, а не окремі урядовці, відповідальний перед главою держави та Верховною Радою.

Попри це, допустимим виявляється і варіант звільнення окремих урядовців. Конституційний Суд України у своєму Рішенні від 11 грудня 2007 року № 12-рп/2007 надав офіційну інтерпретацію окремим конституційним положенням, вказавши на те, що парламент навіть за відсутності подання Прем'єр-міністра України здатен за власної ініціативи застосовувати інститут індивідуальної відповідальності члена Уряду.

**г) функція парламентського контролю.** Цей напрям діяльності в сучасних умовах стає вагомішим, що зумовлено, зокрема, «раціоналізацією» парламентських процедур, унаслідок чого виникає потреба в розширенні можливостей парламенту із контролю за використанням органами виконавчої влади закріплених за ними повноважень.

Особливістю функції парламентського контролю є те, що, на відміну від інших напрямів діяльності законодавчого органу, контроль за діяльністю органів і посадових осіб виконавчої влади здійснює парламент як безпосередньо, так і його органи, депутати й спеціалізовані допоміжні інституції — омбудсмен, про якого вже йшлося в розділі третьому, та ревізійні (контрольні) палати. Останні два різновиди інституцій — це окрема ланка механізму парламентського контролю, що отримали назву «спеціалізовані органи парламентського контролю». Їхній український варіант — Уповноважений Верховної Ради України з прав людини та Рахункова палата є самостійними органами державної влади щодо реалізації завдань, визначених Конституцією. На незалежності таких органів влади як омбудсман наполегливо акцентують і в Резолюції Генеральної Асамблеї ООН від 20 грудня 1993 року № 48/134 «Національні інститути для просування та захисту прав людини».

До того ж, на відміну від інших функцій Верховної Ради, функцію парламентського контролю безпосередньо згадано в тексті Конституції. Так, відповідно до пункту 33 частини 1 статті 85 Основного закону України, до повноважень Верховної Ради належить здійснення парламентського контролю в межах, визначених Конституцією та законом. Аналогійний термін використовують у статті 101 Конституції. Натомість у статті 98 Конституції, що присвячена Рахунковій палаті, йдеться про «контроль від імені Верховної Ради України». До того ж ця відмінність не впливає на загальний зміст функції парламентського контролю, а її неодноразова згадка в тексті Основного закону свідчить про важливість цього напряму діяльності загальнонаціонального представницького органу.

Інститут омбудсмана є одним з провідних у системі органів парламентського контролю. Його завданням було і залишається здійснення контролю за органами виконавчої влади, до того ж предметом контролю є стан дотримання прав і свобод людини. Традиційно омбудсман не має підміняти собою систему органів державного контролю в тому сенсі, що він не має реагувати на кожен факт порушення прав людини, удаючись до заходів, іманентних державним інспекціям. Головною місією омбудсмана є виявлення системних порушень у сфері гарантування прав і свобод, вжиття заходів до суб'єктів права, які порушили закон, ураховуючи арсенал заходів реагування з боку самого парламенту*. Для цього омбудсман постійно взаємодіє із парламентом та його відповідним комітетом, інформуючи їх про виявленні порушення та недоліки в сфері державного управління, виступаючи, зокрема й зі щорічними доповідями.

Варто звернути увагу також на те, що Уповноважений Верховної Ради України з прав людини поряд з іншими завданнями виконує відповідно до закону два важливих завдання: парламентський контроль за дотриманням права на доступ до публічної інформації та права на захисту персональних даних, а також виступає національним превентивним механізмом відповідно до Факультативного протоколу до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання.

Серед інших інструментів парламентського контролю варто виокремити найпоширеніші, як-от: депутатський запит та інтерпеляція. Остання форма контролю відрізняється від запиту тим, що внаслідок розгляду інтерпеляції може бути порушено питання про довіру члену уряду чи кабінету загалом**.

---

* Наприклад, один з авторитетних інститутів омбудсмана — Парламентський комісар (уповноважений) у справах адміністрації Сполученого Королівства. Він функціює з 1967 року й останнім часом зазнав суттєвих змін: 1993 року було ухвалено Закон «Про Комісарів з питань охорони здоров'я» і після цього відбулось об'єднання двох офісів: Парламентського омбудсмана та Омбудсмана з питань охорони здоров'я. Інституція під нової назвою Парламентський та з питань охорони здоров'я омбудсман щорічно (дані наведені відповідно до інформації, оприлюдненої в Щорічному звіті омбудсмана за 2017—2018 роки (https://www.ombudsman.org.uk/sites/default/files/PHSO_Annual_Report_and_Accounts_2017_2018.pdf) отримує орієнтовно 114 тисяч повідомлень і скарг про порушення прав людини, із них прийнятними визнають понад 32 тисячі скарг, до того ж у 24 тисячах випадків реагування офісу омбудсмана полягала в тому, як оформити скаргу до компетентного органу влади (передовсім до Національної служби охорони здоров'я) або залучити для розв'язання питання інші урядові ресурси. І лише у 8,3 тисячі (або 7,2%) випадків було повноцінне розслідування скарг і вжиття відповідних заходів.

** Конституционное право: словарь. М.: Юристъ, 2001. С. 191.

Слід зазначити, що в Конституції України термін «запит» використовують як до повноважень самого парламенту (пункт 34 частини 1 статті 85), так і до народного депутата України (стаття 86). Тому можемо говорити про наявність двох самостійних інструментів парламентського контролю — парламентського запиту й депутатського запиту. Як роз'яснив Конституційний Суд України, направлення запиту президентові України (парламентського запиту) є прерогативою Верховної Ради України, до того ж рішення про направлення запиту ухвалює парламент більшістю конституційного складу (Рішення від 14 жовтня 2003 р. № 16-рп/2003 (справа про направлення запиту до президента України). Заразом народний депутат України реалізує своє право на звернення із запитом до органів Верховної Ради України, до Кабінету Міністрів України, до керівників інших органів державної влади та органів місцевого самоврядування, а також до керівників підприємств, установ й організацій, розташованих на території України, незалежно від їхнього підпорядкування і форм власності, самостійно, без ухвалення парламентом будь-якого спеціального рішення.

Інша справа, коли депутати досить часто зловживали своїм правом на депутатське звернення, а тому Конституційному Суду України довелося декілька разів надавати офіційне тлумачення відповідним положенням Конституції. Звернімо увагу на таку важливу юридичну позицію суду, висловлену в Рішенні від 19 травня 1999 року № 4-рп/99: «Народний депутат України не має права звертатися з вимогами чи пропозиціями до судів, до голів судів та до суддів щодо конкретних судових справ; вимога чи пропозиція народного депутата України до керівників органів служби безпеки не може бути дорученням щодо перевірки будь-якої інформації про окремих громадян».

Отримав не так давно своє належне нормативне врегулювання й інститут парламентського розслідування. Згідно із Закону України «Про тимчасові слідчі комісії та тимчасові спеціальні комісії» від 19 грудня 2019 року № 400-IX ці робочі органи Верховної Ради України мають достатній інструментарій для з'ясування обставин «з питань, що становлять суспільний інтерес» (частина 3 статті 89 Конституції України). Зокрема йдеться про досить широкі можливості вимагати документи, зокрема й вилучати їх, залучати експертів та працівників органів правопорядку. Окремо слід наголосити на праві слідчої комісії допитувати осіб, які в такому разі можуть навіть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за відмову від дачі показань та за надання завідомо неправдивих показань. До того ж слідча комісія в разі відмови особи

з'явитись для дачі показів має право прийняти рішення про застосування до такої особи приводу, виконання якого забезпечується органами Національної поліції.

Не слід при цьому забувати, що ключовою метою парламентського розслідування має бути не стільки притягнення винних осіб до відповідальності*, скільки виявлення суттєвих вад у державному управлінні, отримання достовірної інформації про факти зловживань з боку вищих посадовців із відповідним інформуванням про це громадськості, припинення системного порушення законодавства. Зрозуміло, що отримана інформація може в подальшому бути підставою для притягнення винних, як до конституційної, так і до кримінальної відповідальності. Так само, зроблений під час розслідування аналіз справ у певній сфері може стати вагомими підґрунтям для системного реформування законодавства.

### 5.2.2.3. Організаційні засади діяльності парламенту

Однією із вихідних засад функціювання парламенту в демократичній державі є наявність ***парламентської автономії***, тобто наявності в представницького органу влади права самостійно врегульовувати внутрішньопарламентські процедури. Вона є засобом забезпечення самостійності й незалежності парламенту. Формою закріплення таких парламентських процедур є зазвичай регламент.

Конституційний суд Республіки Молдова коментує це так: «Тільки парламент вправі визначати порядок, процедури й умови, яких потрібно дотримуватися під час ухвалення рішень відповідно до принципу регламентарної автономії, згідно з яким він самостійно визначає порядок організації своєї діяльності, безумовно, у межах конституційних норм» (постанова суду від 21 травня 2013 року № 9)**.

Строк повноважень Верховної Ради України становить 5 років. У Конституції зазначено, що парламент є повноважним за умов обрання до його складу не менш як двох третин від його конституційного складу (частина друга статті 82). Як роз'яснив Конституційний Суд України, ця вимога є умовою повноважності Верховної Ради протягом усього періоду скликання, а не лише під час розв'язання питання відкриття першого засідання першої сесії парламенту нового скликання (Рішен-

* Важливо пам'ятати, що висновки й пропозиції тимчасових слідчих комісій не є вирішальними для слідства та суду (частина 4 статті 89 Конституції України).

** Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. М.: КРАСАНД, 2015. С. 558.

ня від 17 жовтня 2002 року № 17-рп/2002 (у справі щодо повноважності Верховної Ради України).

Також одним із вагомих елементів стримувань і противаг є змога глави держави застосовувати у визначених Конституцією випадках інституту розпуску парламенту. Слід наголосити, що на рівні конституцій поряд з інститутом розпуску парламенту (або як у випадку з польським парламентом, — «скорочення терміну повноважень»), передбачено використання ще й інституту дострокових виборів («нових виборів»). Зазвичай ці два інститути застосовують у системному зв'язку, тобто розпуск використовують не як самоціль, а як крок, що спричинює переформатування персонального складу представницького органу внаслідок проведення дострокових виборів.

Так, наприклад, відповідно до статті 26 Конституції Фінляндії, президент республіки може під час роботи сесії парламенту за обґрунтованої ініціативи прем'єр-міністра, заслухавши думки парламентських фракцій, призначити дострокові парламетські вибори. Після цього парламент ухвалює рішення щодо конкретної дати припинення своєї діяльності перед виборами. Утім, такий стан речей кардинально не впливає на правову природу інституту дострокового припинення повноважень.

Загалом можна умовно об'єднати всі підстави розпуску парламенту в такі групи.

- Перша група підстав пов'язана безпосередньо зі створенням уряду. Ідеться насамперед про нездатність парламенту протягом певного часу сформувати цей колегіальний орган виконавчої влади. До таких підстав ми зараховуємо необрання парламентом прем'єра (Албанія, Данія, Мальта, Сінгапур, ФРН).
- Друга група підстав стосується припинення діяльності уряду. Йдеться передусім про відмову в довірі чинному уряду й у висловленні йому недовіри. До того ж на рівні конституції в окремих випадках розпуск парламенту можливий лише тоді, коли останній відмовляє уряду в довірі чи висловлює йому недовіру декілька разів протягом певного часу (Данія).
- Третьою підставою є необрання представницьким органом президента (Албанія, Греція).
- Із функціюванням інституту президента пов'язана й наступна підстава. Ідеться про те, що в таких країнах, як Австрія й Словаччина, достроково повноваження глави держави можуть бути припинені за результатами всенародного голосування — референдуму. Водночас таке народне голосування призначає парла-

мент. Якщо ж народ під час референдуму висловить довіру чинному президенту, тоді останній розпускає парламент.

- Після відновлення в багатьох країнах Східної Європи демократичного ладу в результаті конституційної реформи, було започатковано нову підставу розпуску парламенту — неприйняття останнім бюджету в строк, визначений конституцією. Зокрема, така підстава є в Польщі, Естонії та Хорватії.
- Розпуск парламенту слід розглядати не тільки як засіб урегулювання державно-правових конфліктів, але і як форму (стадію) ухвалення важливих державно-правових рішень. Передусім слід зауважити, що в Ісландії та Нідерландах розпуск парламенту є обов'язковою стадією внесення змін до конституції. Зокрема, у Нідерландах це має такий вигляд: парламент ухвалює відповідний акт, в якому вказує про важливість внесення відповідних змін до конституції. Після цього обидві палати парламенту розпускають, а законопроєкт про внесення змін до конституції остаточно схвалює обраний на позачергових виборах парламент.

Щодо Конституції України, то повноваження парламенту може достроково припинити президент України за наявності підстав, що передбачено в частині 2 статті 90 Конституції: якщо протягом одного місяця у Верховній Раді України не сформовано коаліцію депутатських фракцій; якщо протягом шістдесяти днів після відставки Кабінету Міністрів України не сформовано персональний склад Кабінету Міністрів України; якщо протягом тридцяти днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися.

В історії українського парламентаризму глава держави тричі вдавався до такого кроку: 2 квітня 2007 року, 27 серпня 2014 року та 21 травня 2019 року. До того ж, якщо в другому випадку підстава для розпуску формально була (несформування протягом місяця парламентської коаліції), то в першому* й третьому випадках — указ президента про роз-

* Обставини справи були такі: президент України Віктор Ющенко, обґрунтовано побоюючись, що Партії регіонів на чолі із тодішнім прем'єр-міністром України Віктором Януковичем удасться сформувати за допомогою окремих депутатів із опозиційних фракцій більшість, достатню для внесення змін до Конституції України, покликаючись на свій статус гаранта додержання Конституції, прав і свобод людини для захисту принципу народовладдя розпустив парламент. Парламентська більшість спільно з урядом фактично заблокувала реалізацію указу президента про розпуск. Відтак були числені судові процеси, акції протесту, призначення парламентом виборів президента й народних депутатів України, спроба припинити повноваження членів Центральної виборчої комісії, звільнення президентом двох суддів Конституційного Суду України, тривалі перемовини між президентом, головою Верховною Ради України та прем'єром і багато чого іншого. Урешті-решт удалося врегулювати цей державно-правовий конфлікт. Парламентська більшість погодилася на дострокові вибори, президент скасував свій указ від 2 квітня 2007 року й переніс дату проведення дострокових виборів на 30 вересня 2007 року.

пуск парламенту сприйняли неоднозначно як у владному середовищі, так і в суспільстві та серед експертної громади, чимало представників якої висловлювали обґрунтований сумнів щодо наявності підстав дострокового припинення повноважень Верховної Ради України. Не завжди переконливою була й позиція Конституційного Суду України питань щодо цього.

Так, щодо рішення 21 травня 2019 року суд, оцінюючи конституційність указу президента про розпуск, покликався на наявність «конституційного конфлікту між президентом України та Верховною Радою України щодо підстав дострокового припинення повноважень Верховної Ради України, який не має правового вирішення» (Рішення КСУ від 20 червня 2019 року № 6-р/2019). Тобто насправді Конституційний Суд України ухилився від вирішення цього питання, претендуючи, очевидно, на використання в цьому разі доктрини «політичного питання», що, своєю чергою, викликає великий сумнів.

Основною організаційно-правовою формою діяльності Верховної Ради є сесія. На відміну від деяких європейських країн (Чехія, Словаччина), в яких парламентська сесія є безперервною і звершується припиненням діяльності парламенту відповідного скликання, сесії Верховної Ради проводять періодично і мають свої часові межі. Так, згідно з частиною 1 статті 83 Конституції чергові сесії парламенту починають першого вівторка лютого й першого вівторка вересня щороку. Верховна Рада України збирається на першу сесію не пізніше ніж на тридцятий день після офіційного оголошення результатів виборів. Перше засідання новообраної Верховної Ради України відкриває найстарший за віком народний депутат України.

У контексті аналізу сесійної форми роботи Верховної Ради України хотілося б звернути увагу на ганебний випадок в історії українського парламентаризму, який окремі аналітики встигли охрестити «оксамитовою революцією». На початку 2000 року сформована під переобраного президента України парламентська більшість вирішила змінити персональний склад Верховної Ради України. Однак, не маючи підтримки з боку спікера й меншості Верхвоної Ради України, депутати більшості вирішили перемістити місце проведення пленарних засідань в «Український дім» і там, ізолювавшись від інших парламентарів і проголосивши себе фактично чинним парламентом, ухвалили рішення про зміну регламенту, керівництва парламенту й з інших важливих питань.

Означена ситуація стала предметом розгляду Конституційного Суду України, однак останній також насправді самоусунувся від розв'язання цього питання, пославшись на те, що «питання створення більшості в парламенті на підставі об'єднання депутатських фракцій і груп перебуває поза сферою повноважень Конституційного Суду України», до цього додавши, що «проблему створення працюючої парламентської коаліції, здатної ефективно втілювати в життя сформовані політичні програми, має вирішувати Верховна Рада України політичними й регламентними заходами» (ухвала Суду від 27 червня 2000 року № 2-уп/2000).

Цікавим щодо цього є наявність в англійському парламентаризмі інституту пророгації, тобто відтермінування чергової сесії палати громад. Не можемо оминути конфлікт, який виник через намагання використати таку королівську прерогативу прем'єром Великобританії Борисом Джонсоном, щоб не дати парламенту часу заблокувати ратифікацію розробленим його урядом проєкту угоди про так званий ***Brexit***. Суть справи така: наприкінці серпня 2019 року прем'єр Джонсон зателефонував королеві Єлизаветі II з проханням відтермінувати чергову сесію парламенту на п'ять тижнів до 14 жовтня. Королева погодилась і розпорядилась перенести засідання парламенту.

Згадана ініціатива й королівський Наказ у раді (офіційна назва акта) стали предметом розгляду Верховного суду Сполученого Королівства. Суд визнав цей наказ неправомірним, недійсним та таким, що порушує конституційні принципи. Серед останніх суд особливо наголосив на принципах парламентського суверенітету (зокрема дотримання ухвалених парламентом законів усіма суб'єктами й неможливість уряду свавільно використовувати королівські прерогативи для перешкоджання здійснення парламентом своєї законодавчої діяльності) та підзвітності уряду парламенту (суд процитував слова лорда Бінгема про те, що колективна відповідальність уряду та його підзвітність перед парламентом «є осердям Вестмінстерської демократії» (Рішення Верховного суду від 24 вересня 2019 року)[*].

Традиційно в структурі парламенту важливе значення має спікер (голова) парламенту. Першу згадку про спікера палати громад англійського парламенту сера Томаса Гангерфорда датують 1377 роком[**]. Дослідники парламентського права Англії зауважують, що функції і повноваження спікера тоді «були обумовлені двома сферами його ді-

[*] R (on other application of Miller) v. The Prime Minister. URL: https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0192.html (Last accessed: 20.04.2021).

[**] The Speaker (Factsheets M2). URL: http://www.parliament.uk/factsheets (Last accessed: 20.04.2021).

яльності, що перетиналися: а) посередника між палатою та короною; б) голови палати»[*]. Однак, по суті, спікер був скоріш «слугою корони», ніж «слугою палати».

І нині спікер парламенту має важливе значення в державному механізмі як посадова особа, що своїм підписом засвідчує ідентичність ухваленого парламентом закону (чи другого акта), впливає на визначення порядку денного, керує засіданнями, здійснює загальне керівництво апаратом парламенту. У нашій конституційній системі голова Верховної Ради України до того ж здійснює інше нетипове для інших його аналогів повноваження: якщо президент України відмовляється підписати закон, щодо якого подолано його вето, він (закон) невідкладно офіційно оприлюднює Голова Верховної Ради України й публікує зі своїм підписом.

Іншим важливим структурним елементом парламенту є його комітети. Зважаючи на їхню важливість у законодавчому процесі, їх інколи називають «мініпарламентом». Свого часу Вудро Вільсон зауважив: «Конгрес у період сесії — це Конгрес напоказ, Конгрес у період засідань у комітетах — це Конгрес за роботою»[**]. Саме в комітетах докладно обговорюють законопроєкти й попередньо розглядають інші питання, що належать до компетенції парламенту. Показовою є значущість комітетів у парламентському житті, яку завважують дослідники діяльності законодавчого органу Данії, і те, що депутати в спілкуванні із засобами масової інформації вважають за ліпше представлятись насамперед як голова чи член відповідного комітету[***].

Нетиповим суб'єктом сучасного парламентаризму є інституціоналізована більшість (в українському варіанті — коаліція депутатських фракцій). Зазвичай функціювання більшості в структурі парламенту Конституції пов'язують із процесом формування уряду. Так, відповідно до частини 1 статті 90 Конституції Республіки Північна Македонія, президент республіки повинен протягом 10 днів після конституювання парламенту — Зборів Республіки вручити мандат на формування уряду Республіки кандидату партії або партій, які мають більшість у Зборах. В Україні Конституція пов'язує наявність коаліції із функціюванням самого парламенту, і тому, якщо формально коаліції немає протягом місяця,

---

[*] Левина М. Парламетское право Великобритании XVII — начала XIX века: монография. М.: Зерцало, 2000. С. 54.

[**] Трудным путем демократии: процесс государственного управления в США. М.: РОССПЭН, С. 336.

[***] Исаев М. А. Основы конституционного строя Дании. С. 171—172.

глава держави має право достроково припинити повноваження Верховної Ради України.

Суперечливим у теорії та практиці конституційного права України є питання про персональний склад коаліції, що загострилося після ухвалення Конституційним Судом України рішення від 6 квітня 2010 року № 11-рп/2010, яким, усупереч своїй попередній висловленій позиції, насправді легітимував входження до складу коаліції фракцій одноосібних депутатів: «Окремі народні депутати України, зокрема ті, які не перебувають у складі депутатських фракцій, що ініціювали створення коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України, мають право брати участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України». Ця позиція КСУ, на наш погляд, залишається доволі сумнівною.

### 5.2.2.4. Статус члена парламенту

Особливим предметом конституційної регламентації є статус парламентаря. Серед традиційних дискусійних питань у межах конституційного права варто звернути увагу на такі:

а) ***тип мандата*** — традиційний розгляд депутата як особи «обраної в окрузі», а не «обраної округом» (себто такої, що має вільний мандат), під впливом лівацької ідеології на європейському континенті зазнав своєї суттєвої трансформації у формі появи концепту «імперативного мандата». Уперше такий інститут з'явився на офіційному рівні 1871 року разом із виникненням Паризької комуни. Відпочатку передбачали, що делегатів до представницького органу, який управляв комуною, могли відкликати виборці в разі недотримання парламентарями первинних доручень виборців*. Згодом ідею про імперативний характер депутатського мандата підхопили ідеологи комуністичного руху: один із декретів ВЦВК «Про право відкликання делегатів» (1917) передбачав, що на вимогу більш ніж половини виборців відповідного виборчого округу Рада депутатів повинна призначити перевибори в цьому окрузі.

Ця ідея позначилася й на конституційному рівні. Відповідно до частини 2 статті 96 Конституції Української РСР 1978 року визначено, що «депутат, який не виправдав довіри виборців, може бути в будь-який час відкликаний за рішенням більшості виборців у визначеному законом порядку». Одночасно варто зауважити, що тогочасний дер-

* Європейський доробок у галузі виборчого права. К.: Логос, 2016. С. 94.

жавно-правовий порядок не передбачав «професійного» змісту депутатської діяльності, тобто здійснення депутатських повноважень на постійних засадах.

Зі здобуттям незалежності ситуація із статусом народних депутатів України залишалася незмінною аж до ухвалення чинної Конституції України. Після встановлення нового конституційного ладу одним із ключових принципів правового статусу народного депутата України стало те, що депутати можуть вільно визначатися зі своїм голосуванням. Правда, таку позицію оформлено в норму про те, що «народні депутати України не несуть юридичної відповідальності за результати голосування» (частина 2 статті 80 Конституції України). Ця норма більше тяжіє до інституту депутатської недоторканості, однак саме вона є ключовою ознакою «вільного» характеру мандата українського парламентаря (звичайно, з урахуванням обставин, зумовлених фракційною належністю депутатів, обраних за пропорційною системою).

Сучасна європейська демократія не сумісна з інститутом імперативного мандата. Шкідливість імперативного мандата для функціювання парламенту як демократичного інституту зумовлена тим, що депутат за умов імперативного мандата насправді є представником певної території, не здатен у ключових моментах віддавати перевагу загальнонаціональним інтересам та відповідно фактично позбавлений свободи голосування. Бажання не допустити запровадження такого типу мандата було навіть втілено у відповідні конституційні заборони: «Будь-який імперативний мандат недійсний» (стаття 27 Конституції Франції). Французькі конституціоналісти тлумачать цю норму так: «Відповідно до концепції національного суверенітету, мандат є представницьким, тобто обрані представники користуються абсолютною незалежністю стосовно свого електорату». «Так само як парламентарії не є представниками лише частини населення, аналогійно і їм заборонено захищати чиїсь особливі інтереси, депутати й сенатори реалізують свій мандат вільно і не зв'язані жодним зобов'язанням, зробленим до обрання, або інструкціями, отриманими від виборців під час їхнього мандата»*.

Важливим є теза, означена раніше, про «обрання депутатом в окрузі». Вона символізує таку рису мандата, як його загальність. З цього приводу в літературі є цікаві приклади з практики французького парламентаризму. 1871 року голова Національних зборів, зважаючи на за-

* Duhamcl, O. et Meny, Y., Dictionnaire constitutionnel, Paris, PUF, 1992, p. 619: Цит. за: Marc Van der Hulst. The Parliamentary Mandate. A Global comparative study. Geneva: Inter-parliamentary union, 2000. P. 10.

гальний мандат парламентарів, відмовився прийняти відставку депутатів від Ельзасу й Лотагингії, які вдалися до такого кроку через перехід цих територій під юрисдикцію Німеччини внаслідок Франкфурстської мирної угоди. Натомість 1962 року президент де Голль своїм ордонансом достроково припинив повноваження депутатів від Алжиру після проголошення незалежності цієї колишньої частини Франції. І цей акт негативно сприйняла правнича спільнота, як такий, що суперечить духу парламентаризму[*].

З часом з'явився певний гібрид у формі «партійно-імперативного мандата». Він передбачає позбавлення депутата мандата через припинення членства в партії, за виборчим списком якої його було обрано, або ж, як у випадку з Україною — у зв'язку з невходженням до складу фракції відповідної партії. Останнє, до речі, гостро розкритикувала Венеційська комісія на етапі внесення відповідних змін до Конституції України. Цей авторитетний орган Ради Європи аргументував свою позицію тим, що «вона матиме ефект послаблення самої Верховної Ради через втручання у вільний і незалежний мандат депутатів, які більше не будуть здатними дотримуватись власних переконань і водночас залишатися членами парламенту»[**].

Також слід зазначити, що прив'язка депутата до партії (фракції) не є власне українським явищем. Відповідно до 42-ої поправки до Конституції Індії, ухваленої 1985 року, депутат парламенту підлягає дискваліфікації на підставі дефекації (відступництва): депутата, обраного як члена партії (або він долучився до неї після вибрів), дискваліфікують, якщо той добровільно відмовився від членства в цій партії чи голосує або утримується від голосування в парламенті всупереч вказівкам партії і без її попереднього дозволу, і таку поведінку не було йому вибачено протягом 15 днів[***].

Недемократичність інституту партійно-імперативного мандата в українському варіанті підсилює той факт, що рішення про дострокове припинення повноважень народних депутатів України в разі їхнього невходження (чи виходу) зі складу партійної фракції ухвалює не суд (чи в крайньому разі — парламент), а під час з'їзду (конференції) відповідної політичної партії. Тобто суб'єктом, що жодним чином не уповноважений українським народом на реалізацію від його імені певних владних повноважень.

---

[*] Гунель М. Введение в публичное право. М., 1995. С. 94—95.

[**] Європейський доробок у галузі виборчого права. К.: Логос, 2016. С. 105.

[***] Конституционное (государственное) право зарубежныхстран. М.: Норма, 2001. С. 430. Т. 4.

Зауважимо і той факт, що брак нині відповідних процедур у профільному Законі України «Про статус народного депутата України» не стало перешкодою для позбавлення за рішенням конференції політичної партії двох народних депутатів парламентських мандатів в березні 2016 року*.

Також не можемо залишити поза увагою постійні спроби партійних керівників ще більше посилити партійну залежність як обраних народних депутатів України, так і осіб, які потенційно ними можуть стати. Йдеться, зокрема, про визнаний Конституційним Судом України неконституційним Закон № 1006-VIII, відповідно до якого керівні органи партії наділяли повноваженнями із виключення із виборчих списків партії кандидатів уже після проведення виборів. Суд у своєму рішенні (від 21 грудня 2017 року № 3-р/2017) чітко вказав на несумісність цієї законодавчої новели із принципами народовладдя, вільних виборів і демократичної держави, така новела суперечить сутності демократичних виборів та конституційному праву громадян України вільно обирати й бути обраними до органів державної влади та органів місцевого самоврядування.

б) ***несумісність статусу депутата парламенту із іншими видами діяльності***. Здійснення мандата на вільній основі можливе лише за умов професіоналізації діяльності парламентаря. У більшості демократичних держав депутати здійснюють свою діяльність на постійній основі. Це означає, що їхню діяльність оплачують. Конституційний Суд України прирівняв здійснення депутатських повноважень і таких засадах до професійної роботи (Рішення КСУ від 4 липня 2002 року № 14-рп/2002). Ба більше, роботу народного депутата України, відповідно до розпорядження Голови Верховної Ради України «Про порядок обліку робочого часу та нарахування заробітної плати народним депутатам України» від 07.09.2009 № 799 табелюють (обліковують).

Конституціедавці намагаються обмежити можливість депутата займатись іншими видами діяльності, що предбачає декілька цілей: не допустити конфлікт інтересів, особливо, коли це стосується перебування на посаді у виконавчій владі, яка має бути об'єктом парламентського контролю; зосередити діяльність парламентаря на законотворчій роботі, усунувши чинники, що відволікатимуть його від основного виду діяльності. Так, відповідно до Конституції України, народні депутати України не можуть мати іншого представницького мандата, бути на

* Додатково див. постанову ЦВК від 26 березня 2016 року № 91. URL: http://www.cvk.gov.ua/pls/acts/Show-Card?id=42085&what=0 (дата звернення: 24.04.2021).

державній службі, обіймати інші оплачувані посади, займатися іншою оплачуваною або підприємницькою діяльністю (крім викладацької, наукової та творчої діяльності), входити до складу керівного органу чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (частина 2 статті 78).

«Сенс поняття несумісності полягає в передбаченій законом забороні суміщення двох посад для забезпечення незалежності особи, яка обіймає державну посаду, запобіганні концентрації в одних руках непомірних прерогатив, а також захисту професійної і моральної непідкупності особи». Одночасно «чітке визначення несумісності депутатської посади обґрунтовано тим, що депутат повинен бути не тільки незалежним щодо будь-яких форм впливу, а й утримуватися від обіймання інших посад або іншого виду діяльності, які за своєю природою суперечать представницькому мандату чи можуть створювати складності під час його виконання» (постанова Конституційного суду Республіки Молдова № 21 від 24 червня 2015 року).

Професіоналізація діяльності депутата є неодмінною частиною принципу «вільного характеру» депутатського мандата. Порівнюючи чинні конституційні засади інституту представницького мандата із ситуацією до ухвалення Конституції 1996 року, варто зауважити, що однією із причин «професіоналізації» депутатської діяльності стало те, що серед народних депутатів України 1-го й 2-го скликання було чимало керівників промислових підприємств, місцевих органів влади тощо.

Ознакою професійного змісту діяльності депутата є отримання ним заробітної платні. Важливими з цього погляду є юридичні позиції Верховного Суду: умовою отримання заробітної плати народним депутатом є факт здійснення ним депутатських повноважень у виняткових формах, зміст і порядок здійснення яких визначено в Конституції України, Законі України «Про статус народного депутата» й інших законах України; повноваження народний депутат здійснює в межах форм роботи Верховної Ради України: під час сесій, утворених із засідань Верховної Ради України, засідань комітетів, тимчасових слідчих комісій і тимчасових спеціальних комісій, що проводять у період між пленарними засіданнями, роботи народних депутатів у депутатських фракціях (депутатських групах) та з виборцями; народний депутат не може отримувати заробітну плату поза межами форм роботи Верховної Ради України, визначених в Конституції України, Законі України «Про статус народного депутата» й інших законах України (постанова Каса-

ційного адміністративного суду в складі Верховного Суду від 20 червня 2018 року у справі № 826/12642/17).

Депутатові зазвичай дозволено мати свою патронатну службу. Так, відповідно до чинного законодавства народний депутат України може мати до 31 помічника-консультанта, окремі з яких можуть бути працевлаштовані до Апарату Верховної Ради України.

Дозволеними видами діяльності є викладацька, наукова й творча. Інколи в практиці виникають ситуації із паралельним здійсненням народними депутатами діяльності, яка не належать до вищеназваної тріади, але яку формально вони провадять на громадських (тобто неоплачуваних) засадах. Найпоказовішим в цьому разі є кейс із суміщенням своєї депутатської діяльності із роботою на посаді головного тренера національної збірної з футболу відомим спортивним фахівцем Олегом Блохіним. Суд як ключова інстанція в розгляді таких спорів, відмовив у задоволенні позову Голови Верховної Ради України в позбавленні О. Блохіна депутатського мандата, покликавшись на те, що останній виконує свої обов'язки головного тренера на громадських засадах, не отримуючи заробітної платні.

До того ж украй важливим для суб'єктів, що розглядають такі спори, є не тільки встановлення факту неотримання народним депутатом України заробітної платні, але й зміст такої діяльності, який не повинен бути пов'язаний з виконання організаційно-розпорядчих чи адміністравтино-господарських обов'язків (як-от прийняття (звільнення) на роботу, укладення від імені юридичної особи договорів, розпорядження фінансовими ресурсами тощо), що охоплює поняття «оплачувана посада». А також те, що сумісні види діяльності парламентар може здійснювати тільки у вільний від виконання депутатських обов'язків повноважень (отже, не може бути виправданим читання народним депутатом лекцій як професором університету, під час проведення пленарних засідань Верховної Ради України, участь у яких для нього є обов'язковою).

в) ***парламентські імунітети (привілеї), недоторканість парламентаря***. Парламент як форум нації повинен репрезентувати різні погляди, зокрема й опозиційні до здійснюваної політики. Практика державного управління в протодемократичних державах була такою, що опозиційних депутатів переслідували за їхні погляди органи правопорядку. Щоб недопустити таких ситуацій на конституційному рівні, було запроваджено інститут депутатської недоторканості.

Європейський суд з прав людини слушно зауважив, що «основою парламентських імунітетів була тривала практика, яка, з одного боку, забезпечувала народним представникам свободу висловлення поглядів, а з іншого — не допускала політичні переслідування, які б завадили виконанню парламентських повноважень» (рішення у справі «Кордова проти Італії» (***Cordova v. Italy*** (2003)).

Відповідно до класифікації експертів Венеційської комісії пропонують виокремлювати дві форми парламентських імунітетів. Першу категорію зазвичай називають «звільнення від відповідальності (невідповідальністю)» (***non-liability***), тобто імунітет проти будь-якого судового переслідування за висловлювання й зауваження, пов'язані із здійсненням парламентського мандата, або, інакше кажучи, ширша свобода слова, ніж у звичайних громадян». Другою категорією є правила «недоторканності» ***(inviolability),*** або імунітету у вузькому сенсі — спеціальний правовий захист для звинувачених у порушенні закону парламентарів і означає зазвичай неможливість їхнього арешту, затримання й переслідування без згоди палати, до якої вони належать»[*].

Найдискусійнішим з погляду правозастосування та сприйняття в суспільній свідомості є саме інститут депутатської недоторканості. Серед прикладів унормування цього інституту можемо назвати такі.

Так, відповідно до статті 57 Конституції Австрії, членів Національної ради можуть заарештувати за вчинення кримінального діяння тільки за згодою Національної ради, окрім випадку затримання «на гарячому» на місці скоєння злочину. Так само згода Національної ради потрібна й для обшуку житла членів Національної ради. Крім того, без згоди Національної ради її члени можуть бути піддані офіційному переслідуванню за кримінально каране діяння тільки в тому разі, якщо це діяння явно не пов'язане з політичною діяльністю цього депутата. Компетентні органи повинні, однак, запитувати рішення Національної ради про наявність такого зв'язку, якщо цього вимагає цей депутат або одна третина членів постійного комітету, якому доручено такі справи. За наявності такої вимоги всяке офіційне переслідування повинно бути негайно припинено або призупинено.

Схожим до австрійського став підхід і німецького конституціедавця: депутата Бундестагу можуть притягнути до відповідальності або заарештувати за кримінально каране діяння лише за згодою Бундестагу, ок-

[*] Report on the scope and lifting of parliamentary immunities. URL: https://www.venice.coe.int/-webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)011-e (Last accessed: 20.04.2021).

рім випадків затримання на місці злочину або протягом дня, наступного за його здійсненням (стаття 46 Основного закону ФРН). Слід зауважити, що випадків зняття недоторканості не так багато. Серед останніх — позбавлення такого імунітету в березні 2016 року депутата Фолькера Бека. Напередодні його затримала поліція, яка його зупинила на одній з площ німецької столиці, і в якого знайшла підозрілу речовину[*].

Конституційний Суд України чітко визначив мету інституту депутатської недоторканості — забезпечення безперешкодного й ефективного здійснення народним депутатом України своїх функцій. «Вона не є особистим привілеєм, а має публічно-правовий зміст» (Рішення від 27 жовтня 1999 року № 9-рп/99).

Однак з часом Конституційний Суд України визнав такою, що відповідає вимогам статей 157 і 158 Конституції України, конституційна ініціатива про скасування депутатської недоторканості в повному обсязі (висновок від 19 червня 2018 року № 2-в/2018). Це дало підстави Верховній Раді України 3 вересня 2019 року внести зміни до Конституції, відповідно до яких з 1 січня 2020 року в народних депутатів України залишиться лише один імунітет, відповідно до якого вони не несуть юридичної відповідальності за результати голосування або висловлювання в парламенті та його органах, окрім відповідальності за образу чи наклеп (стаття 80 Конституції України)[**]. Наскільки виправданий такий підхід, покаже час.

### 5.2.2.5. Питання бікамералізму

Питання про запровадження двопалатної структури парламенту, або ж так званого бікамералізму часто порушують у конституційному праві. Зокрема в проєкті Конституції, винесеному 1992 року на всенародне обговорення, пропонували одразу два варіанти парламентської структури, одним із яких був двопалатний парламент, до складу якого входять Рада депутатів та Рада послів.

Також під час всеукраїнського референдуму 16 квітня 2000 року, одним із питань якого було консультативного характеру такого змісту:

---

[*] Депутата Бундестагу від «Зелених» затримали з наркотиками: він подав у відставку з усіх посад. URL: https://-politeka.net/news/179258-deputata-bundestaga-ot-zelenyh-zaderzhali-s-narkotikami-on-podal-v-otstavku-so-vseh-dol-zhnostej/ (дата звернення: 24.04.2021).

[**] Прикрим лишається той факт, що попри суспільний запит на такі зміни, не було почуто голосу експертного середовища, зокрема й зауваження Венеційської комісії, яка вказувала на недоцільність в умовах браку реальних гарантій верховенства права в нашій державі повної ліквідації інституту депутатської недоторканості. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2015)013-e (дата звернення: 24.04.2021).

«Чи підтримуєте ви потрібність формування двопалатного парламенту в Україні, одна з палат якого представляла б інтереси регіонів України й сприяла б їхній реалізації, та внесення відповідних змін до Конституції України і виборчого законодавства?» Це питання підтримали 82,9% громадян, які взяли участь у голосуванні.

У теорії прийнято виокремлювати два типи двопалатних парламентів: зі «слабкою» верхньою палатою, яка лише може відтермінувати ухвалення рішення нижньою палатою (остання може подолати вето верхньої палати (приклад, Польща), та «сильною» верхньою палатою, без схвального рішення якої закон не можна остаточно ухвалити (яскравий приклад — США).

Останній варіант вартий особливої уваги, оскільки став результатом так званого «великого компромісу». Сам компроміс стосувався боротьби малих штатів за належне представництво на рівні федерального парламенту. У результаті було досягнуто рішення — нижня палата. Палату представників формували пропорційно від чисельності населення штатів, а до верхньої палати (Сенату) кожен штат, незалежно від розмірів, делегував по два сенатори*.

Хибною є поширена думка про те, що двопалатний парламент характерний тільки для країн із федеральним устроєм. Принаймі в 47 унітарних державах є система бікамералізму**. Ця система має як переваги, так і недоліки.

Головною перевагою такої системи є здатність «заспокоювати» політичні пристрасті, що почасти вирують у нижній палаті, завдяки врівноваженішому складу верхньої палати. Символічним є архітектурне рішення, що було використано під час зведення бразильського парламенту: спокійний купол, що перекриває залу засідань Сенату (верхньої палати) протиставлений динамічній «чаші», що вінчає залу палати депутатів (нижньої палати)***.

До недоліків бікамералізму в унітарних державах зазвичай належить: гальмування законодавчого процесу верхньою палатою, надмірна регіоналізація місцевих політичних еліт, що в складних умовах незавершеного становлення української держави може сприяти тенденціям і виявам сепаратизму тощо. Тому до пропозицій щодо якнайшвидшого запровадження двопалатної структури парламенту в Україні слід підходити надзвичайно обережно й зважено.

---

* Трудным путем демократии: процесс государственного управления. М.: РОССПЭН, 2006. С. 321.

** Двопалатний парламент: світовий досвід та українські реалії. Харків: Золоті сторінки, 2008. С. 46.

*** Конституционное (государственное) право зарубежныхстран: тома 1—2. Часть общая. М.: Из-во БЕК, 2000. С. 112.

# 5.3. Територіальна організація держави (форма державного устрою)

## 5.3.1. Територія держави й способи її організації

### 5.3.1.1. Сутність і правове значення території держави

Держава як форма організації суспільства не може існувати поза межами певного територіального простору. Відтак обов'язковим елементом (ознакою) держави поряд із такими, як народ і державний суверенітет, є територія держави*. Значною мірою саме наявністю власної території відрізняє державу від інших суспільних та політичних інститутів. Жодну спільноту, навіть за існування в ній публічної влади, не можна вважати державою, якщо вона не «прив'язана» до відповідної території (наприклад, племена-кочівники, спільнота ромів, католицька церква, влада якої поширюється далеко за межі Держави-Міста Ватикан, транснаціональні корпорації).

Формування сучасного конституційно-правового змісту поняття ***державна територія*** пов'язане із виникненням і розвитком доктрини суверенітету, що зумовило відмову від середньовічних уявлень про територію як приватну власність суверена. Спочатку середньовічна університетська наука запропонувала ідею зовнішнього суверенітету монарха, за якою його розглядали сувереном не тільки всередині держави, стосовно інших претендентів на престол, але й у відносинах з іншими монархами, що поширювало його владу на територію власних володінь (земель)**. Згодом ці ідеї були трансформовані в концепцію територіального суверенітету, що супроводжувалось розмежуванням публічного й приватного права. Відповідно до неї, територія держави є просторовою основою юрисдикції суверена, його політичної влади ***(imperium)***, що відрізняється від права власності на землі ***(dominium)***. Згадана ідея була відображена і в розробленій Жаном Боденом доктрині суверенітету держави, що, окрім його визначення як постійної, незалежної, вищої та абсолютної влади, вказувала на її зв'язок із певною територією***.

---

* Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. К.: ВАІТЕ, 2015. С. 107—109.

** Canning J. A History of Medieval Political Thought (300—1450). London; New York, 2003. P. 140—145.

*** Jean Bodin. Six Books of The Commonwealth. Oxford, 1995. P. 24—25.

Сучасні держави, засновані на концепції державного суверенітету, потребують відповідного простору для його поширення. Тому наявність території є необхідною передумовою реалізації природного права етносу на самовизначення. Наприклад, Державу Ізраїль було утворено лише 1948 року на підставі Резолюції Генеральної Асамблеї ООН ***(№ 181 від 29.11.1947 р.)***. Досі єврейський народ не міг реалізувати свого права на самовизначення у зв'язку із відсутністю території, на якій могла бути утворена держава. Поступова імміграція представників єврейського етносу на територію Палестини (частина якої стала територією сучасної Держави Ізраїль) тривала протягом кількох десятиліть. Лише розподіл Палестини й виокремлення частини території, що стала просторовою основою суверенітету, дали підстави для створення Держави Ізраїль.

**Територія держави** (державна територія) — це визначена державним кордоном частина земної кулі, що перебуває під суверенітетом держави й охоплює сушу, води, надра, повітряний простір. Тож поняття ***території держави*** пов'язане із категорією ***державний кордон***, який не тільки відмежовує простір, але й окреслює поширення юрисдикції держави. Юридичний режим державного кордону визначає адміністративне право, а для конституційного права значення має саме його існування як маркера меж території держави.

### 5.3.1.2. Територія держави в конституційному та міжнародному праві

Категорію ***територія держави*** застосовують як у конституційному, так і в міжнародному праві, причому змістове її наповнення збігається, а змінюється лише телеологічна спрямованість конституційного права (як фундаменту національної правової системи) та міжнародного, які акцентують на різних аспектах спільного для них інституту.

Конституційно-правове значення території держави полягає в тому, що вона визначає межі поширення суверенітету народу й держави, їхньої ідентичності, дії конституції та національного законодавства. Водночас міжнародне право акцентує на відносинах держав у територіальних питаннях, зокрема розв'язує питання розмежування територій між сусідніми державами (делімітація й демаркація державних кордонів тощо), переходу частини території від однієї держави до іншої, розв'язання проблем, пов'язаних із анексією, територіальними претензіями одних держав до інших тощо.

До того ж зв'язок конституційного й міжнародного права під час розв'язння питань, пов'язаних із державною територією, досить чітко простежується в конституційних нормах низки держав. Наприклад, у Конституції Латвії зазначено, що «територію Латвії в межах кордонів, *визначених міжнародними договорами*, становлять Відземе, Латгале, Курземе та Земгале» (пункт 3 розділу 1)[*]. Схожі норми містять й інші конституції.

Взаємний зв'язок конституційно-правових категорій ***державна територія*** та ***державний суверенітет*** виявляється в понятті **територіальне верховенство**, під яким розуміють поширення суверенітету держави на її територію (стаття 2 Конституції України: «Суверенітет України поширюється на всю її територію»).

Поряд із цим, існує також і постійний зв'язок між такими елементами держави, як ***державна територія*** та ***народ (нація в її політичному розумінні)***. В умовах демократичної держави народ вважають носієм суверенітету, первинної влади[**], від якої походить суверенітет держави. Крім того, територією держави зазвичай є частина земної кулі, яка повністю або частково історично належала державотворчому етносу (етносам), та яку називають «вітчизною»[***].

Виявом й водночас наслідком такого взаємозв'язку можна вважати обов'язкове залучення народу чи його частин (населення територіальних одиниць) до розв'язання питань, пов'язаних зі змінами державної території чи навіть меж територіальних одиниць. Наприклад, у статті 73 Конституції України зазначено, що питання про зміну території України вирішуються виключно всеукраїнським референдумом. У Конституції Республіки Франція встановлено обов'язок проводити консультації з виборцями при зміні кордонів територіальних спільнот (стаття 72-1); схоже положення містить і Європейська хартія місцевого самоврядування: «Зміни територіальних кордонів органів місцевого самоврядування не можуть здійснюватися без попереднього з'ясування думки відповідних місцевих громад, можливо шляхом проведення референдуму, якщо це дозволяється законом» (стаття 5).

---

[*] Constitution of the Republic of Latvia. URL: http://www.satv.tiesa.gov.lv/en/2016/02/04/the-constitution-of-the-republic-of-latvia/ (Last accessed: 20.04.2021).

[**] Детальніше див.: Руссо Жан-Жак. Об общественном договоре: трактаты / пер. с фр. М.: КАНОН-пресс: Кучково поле, 1998. 416 с.

[***] Жак Марітен. Нація, політичне суспільство, держава. *Консерватизм: антологія*. К.: Смолоскип, 2008. С. 298—308.

### 5.3.1.3. Принцип територіальної цілісності держави

Згадуючи про можливість змінювати територію держави, слід мати на увазі загальновизнаний у конституційному й міжнародному праві **принцип територіальної цілісності держав.** Такий принцип у конституціях більшості сучасних держав є прикладом конституціоналізації принципів міжнародного права. Встановлений у пункті 4 статті 2 Статуту ООН, він розвинений в інших міжнародно-правових актах, а згодом був поширений на тексти сучасних конституцій. В Конституції України згаданий принцип міститься серед засад конституційного ладу в статті 1 («Територія України в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканною»), засад територіального устрою у розділі IX, а його юридичному забезпеченню присвячено низку інших норм Основного Закону*.

Зміст принципу територіальної цілісності держави традиційно пов'язують із недоторканністю території держави й неприпустимістю посягань на неї з боку інших держав, передусім через застосування військової сили чи погрози її застосування. Водночас слушною видається думка професора Батанова О. В., який наголошує на тому, що в умовах сучасних інформаційних технологій та потенційних можливостей кібернетичних атак, державна безпека і недоторканність державної території може бути підірвана саме в електронному просторі, з подальшим переміщенням агресії вже в територіальний простір**.

Порушення цього принципу в сучасному світі не тільки впливає на суверенітет держав, їхню політичну самостійність, але й висуває низку важливих питань перед конституційним правом. Ідеться передусім про:

- забезпечення основоположних прав людини на території, що стала об'єктом посягання, унаслідок чого стала непідконтрольною державі, суверенітет якої формально на неї поширюється;
- порушення цілісності народу як єдиного суб'єкта установчої влади, що має право на ухвалення конституції (у разі виникнення такої потреби);
- забезпечення представництва на загальнонаціональному рівні громадян, що залишилися на окупованій території, їхньої участі у виборах тощо.

---

* Зокрема, захист територіальної цілісності як конституційний обов'язок громадян України закріплено статтею 65; заборона створення і діяльності політичних партій і громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на порушення територіальної цілісності України міститься в статті 37 тощо.

** Батанов О. В. Територія як інститут конституційного права. *Часопис Київського університету права*. 2015. № 2. С. 49—53.

Найважливішою проблемою, пов'язаною із втратою контролю держави за частиною власної території, є все-таки забезпечення прав та свобод осіб, які на цій території перебувають. Оскільки така ситуація зазвичай пов'язана із міждержавними конфліктами, розв'язати її лише за допомогою національного права важко. Відтак важливою є позиція Європейського суду з прав людини, за якою, у разі, коли частина території однієї держави перебуває під контролем іншої держави, відповідальність за забезпечення прав людини несе остання. Такий контроль у рішеннях ЄСПЛ називають ***«ефективним контролем за територією»***[*].

Із другою із окреслених вище проблем (порушення цілісності народу як єдиного суб'єкта установчої влади, що має право на ухвалення конституції) зіштовхнулася після Другої світової війни Німеччина, яка її розв'язала через ухвалення тимчасового Основоположного закону (***Grundgezetz***). Так, сформована в Західній Німеччині (після поділу Німеччини на дві частини), Парламентська рада виходила із того, що суб'єктом установчої влади, який має ухвалювати конституцію, є німецький народ (що територіально був розділений між двома державами). Водночас, в основі документа, що розробляла Рада, була воля лише частини німецького народу (населення Західної Німеччини), а тому було ухвалено два принципових рішення: не використовувати в назві акта слова «конституція» й надати Основоположному закону тимчасового змісту. Відповідно в преамбулі Основоположного закону вказувалося, що народ ***одинадцяти Німецьких земель***, «...натхненний рішучості зберегти свою національну та політичну єдність..., приймає Основоположний закон для встановлення нового устрою та політичного життя на перехідний період»[**]. Згодом, після об'єднання Німеччини, ці положення із преамбули було вилучено.

Проблема політичного представництва на загальнонаціональному рівні громадян, що перебувають на непідконтрольній державі території, пов'язана із забезпеченням реальних можливостей участі цих громадян у виборах загальнонаціональних представницьких органів влади й глави держави. Громадянам, які проживають на окупованій території, законодавчо забезпечено можливість реалізувати своє виборче право на підконтрольній Україні території, однак на практиці такі можливості безпосередньо пов'язані із проблемою гарантування цим громадянам безпеки.

---

[*] Справа «Ілашку й інші проти Молдови та Росії» (заява № 48787/99) та ін. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_344 (дата звернення: 24.04.2021).

[**] Basic Law for the Federal Republic of Germany, 23.05.1949. URL: https://www.bundestag.-de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic_law-data.pdf (Last accessed: 24.04.2021).

### 5.3.1.4. Способи організації території держави. Державно-територіальний устрій

Сучасні держави, окрім кількох мікродержав (Князівство Монако, Князівство Ліхтенштейн, Держава-Місто Ватикан), організовують власну територію через поділ на дрібніші частини — територіальні одиниці. Метою такого поділу є організація не лише території держави, але й системи публічної влади, розподіл компетенції між органами публічної влади різних рівнів та, водночас, її збалансування. Отож, організацію території держави із розподілом компетенції між нею та територіальними одиницями називають територіальним устроєм. Оскільки такий устрій охоплює дві складові — організація власне території, а також влади — його ще називають державно-територіальним.

Варто зауважити, що територіальні одиниці сучасних держав мають різний ступінь самостійності, що виявляється в наявності чи відсутності в них певних конституційно-правових інститутів (наприклад, громадянство, конституція тощо), а також функціюванні відповідної системи органів публічної влади. Так, деякі територіальні одиниці політично самостійні (окремі автономії, суб'єкти федерації).

Зміст ***політичної самостійності*** таких територіальних одиниць полягає в тому, що вони не тільки здійснюють управління (виконавчу владу), але й самостійно визначають і впроваджують власну внутрішню політику на підставі попереднього розмежування компетенції (зокрема законодавчої) із загальнонаціональним рівнем влади. Тому такі територіальні одиниці мають законодавчі органи, що ухвалюють локальні закони, спрямовані на реалізацію такої політики (на відміну від представницьких органів територіальних одиниць, що політичної самостійності не мають, та правомочні ухвалювати лише підзаконні нормативні акти). Відповідно устрій держав із територіальними політично самостійними одиницями називають **політико-територіальним устроєм**. Через брак політичної самостійності територіальних одиниць у державах, де в територіальних одиницях головно зосереджені адміністративні функції, устрій таких держав уважають **адміністративно-територіальним**.

Отже, залежно від ступеня й змістового наповнення самостійності (політична чи адміністративна) територіальних одиниць, державно-територіальний устрій набуває рис політико-територіального чи адміністративно-територіального. Категорія ***політико-територіальний устрій*** є ширшою й охоплює, окрім організації системи публічної влади та розподілу компетенції між загальнонаціональним рівнем влади й територіальними одиницями, також їхні політичні відносини.

Державно-територіальний устрій так чи інакше пов'язаний із розподілом компетенції між державою та її територіальними одиницями. Загальновідомим є принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу й судову, метою якого є недопущення узурпації влади, її надмірної концентрації одним із вищих органів державної влади. Проте варто наголосити, що для збалансованого функціювання системи публічної влади цього недосить. Тому, окрім такого традиційного поділу влади (горизонтального), у демократичних державах також реалізують принцип ***вертикального поділу влади*** — між центром і територіальними одиницями.

Об'єктом розподілу можуть бути:

1. лише виконавча влада — частину управлінських повноважень передають територіальним одиницям, де їх переважно здійснюють органи місцевого самоврядування (в унітарних державах без політичних автономій у їхньому складі, зокрема в Болгарії, Греції, Естонії, Ісландії, Нідерландах, Польщі, Україні);
2. виконавча й законодавча влада — окрім управлінських повноважень, територіальні одиниці також здійснюють законодавчу владу, реалізують власну політику (у державах з політичною автономією, зокрема Сполученому Королівстві Великої Британії та Північної Ірландії, а також у деяких федераціях, наприклад у Бельгії);
3. виконавча, законодавча й судова влада (суб'єкти федерацій у деяких державах мають також власні судові системи, поряд із органами законодавчої та виконавчої влади, зокрема в США).

Залежно від способів, які застосовують для організації території держави й розподілу компетенції між нею й територіальними одиницями, виокремлюють такі види сучасних держав: **унітарні держави**, **федерації**, **регіоналістичні держави**. Окрім цього, у низці сучасних держав функціює інститут **автономії**.

### 5.3.2. Унітарна держава

#### 5.3.2.1. Сутність і характерні риси унітарної держави

Більшість сучасних держав є унітарними, тобто цілісними з погляду організації державної влади й функціювання конституційно-правових інститутів (з латинської ***unitas — єдність***). На відміну від федерацій, найкрупніші територіальні одиниці яких — суб'єкти федерації — мають певний ступінь політичної самостійності, територіальним одиницям унітарних держав така не притаманна (окрім тих ***складних унітарних***

***держав***, у складі яких функціюють політичні автономії). Зазвичай деяка самостійність адміністративно-територіальних одиниць унітарних держав (організаційно-правова й матеріально-фінансова) стосується лише управлінської діяльності, а не формування державної політики.

В основі функціювання унітарних держав лежить ідея, що на всій території держави суверенітет здійснює єдина політична влада, яка, однак, може передавати окремі повноваження місцевим органам влади задля диференціації їхнього здійснення залежно від місцевих особливостей та умов. Цілісність такої політичної влади випливає з єдності державного суверенітету, в основі якого є влада народу як єдиної спільноти. У Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року ця ідея була розкрита в положенні про «неподільність влади Республіки в межах її території» як однієї з ознак державного суверенітету. Таке трактування згаданого положення підтверджує відсутність суперечності між ним і принципом поділу державної влади на законодавчу, виконавчу й судову (абзац 3 статті 3 Декларації)*. За федеративної форми державного устрою питання про неподільність чи подільність державного суверенітету залишається відкритим, у доктрині конституційного права воно досі однозначно не розв'язано (докладніше про це в підрозділі 5.3.3).

У науковій літературі досить часто зазначають, що для унітарної держави характерна єдина система вищих органів влади (парламент, глава держави, уряд), юрисдикція яких поширюється на всю територію країни, а останню поділяють на адміністративно-територіальні одиниці, що не мають політичної самостійності. У цих одиницях (департаменти, області, округи, райони, міста тощо) утворюють власні представницькі й виконавчі органи, які функціюють відповідно до загальнонаціонального законодавства й зобов'язані застосовувати законодавчі та інші нормативні акти, які ухвалюють центральні органи державної влади**. Водночас варто взяти до уваги декілька моментів.

По-перше, те, що й федерації мають єдину систему вищих органів влади; це органи державної влади федерації: федеральний парламент, федеральний уряд, федеральний президент. По-друге, те, що окремі адміністративно-територіальні одиниці унітарних держав усе-таки можуть мати певну політичну самостійність; ідеться про політичні автономії в складі унітарних держав. По-третє, те, що в суб'єктах федерації

---

* Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/-laws/show/55-12 (дата звернення: 24.04.2021).

**

також функціюють органи місцевого самоврядування (муніципальні органи), для яких загальнонаціональне (федеральне) законодавство є обов'язковим.

Для унітарних держав зазвичай властиві такі ознаки (окрім деяких складних унітарних держав із автономіями):

1. у державі діє єдина загальнонаціональна конституція;
2. немає громадянства територіальних одиниць;
3. функціює єдина правова система;
4. наявна єдина система територіального устрою;
5. функціює єдиний орган законодавчої влади, єдина система виконавчої та єдина система судової влади.

Унітарна держава може бути ***простою***, коли в її складі немає автономії, чи ***складною*** — із однією чи кількома територіальними автономіями у своєму складі. Наявність у складі унітарної держави автономії означає, що на території останньої є певні особливості організації публічної влади, функціювання окремих конституційно-правових інститутів. Наявність кількох автономій у складі унітарної держави ще більше ускладнює структуру публічної влади й розподіл компетенції між державою, автономіями та іншими територіальними одиницями.

Окрім органу законодавчої влади, єдиних систем виконавчої та судової влади, у сучасних демократичних унітарних державах функціює також муніципальна влада — органи місцевого самоврядування, що формує населення територіальних одиниць. Функції, що реалізує муніципальна влада, за природою є управлінськими. Унітарну державу, управління територіальними одиницями якої здійснюють органи місцевого самоврядування, вважають **децентралізованою.** Якщо ж таке управління здійснюють органи державної виконавчої влади (що належать до єдиної ієрархічної системи), держава є **централізованою**. У низці сучасних держав поєднують органи державної влади й органи місцевого самоврядування для управління територіальними одиницями на різних рівнях територіального устрою, що дає підстави вважати їх **відносно децентралізованими**.

### 5.3.2.2. Децентралізація як спосіб трансформації централізованих держав у децентралізовані

Сучасні унітарні держави конституційної демократії здебільшого є децентралізованими. Це означає, що в таких державах публічна влада розділена між кількома рівнями публічного управління: ***загальнона-***

***ціональним*** (уряд), ***регіональним*** (органи місцевого самоврядування найкрупніших територіальних одиниць, в Україні — областей), ***базовим*** (органи місцевого самоврядування територіальних спільнот найнижчого рівня територіального устрою, в Україні — це села, селища, міста, райони в містах, а також об'єднані територіальні громади). Можливі також проміжні ланки територіального устрою між базовим і регіональним рівнями (в Україні — це рівень району), управління якими, за умов децентралізованої держави, також зазвичай здійснюють органи місцевого самоврядування.

Перехід від централізованої моделі до децентралізованої здійснюють через **децентралізацію** публічної влади, що є процесом передання управлінських повноважень від органів державної влади (виконавчої) територіальним спільнотам та/або сформованим ними органам місцевого самоврядування. Такі децентралізаційні процеси, зокрема, тривають у Франції впродовж кількох десятиліть, а в Україні протягом останніх кількох років. Через процес децентралізації пройшли більшість постсоціалістичних держав Центральної та Східної Європи*.

Приклад Франції є досить цікавим і показовим, оскільки за кілька десятків років Французька Республіка із традиційно централізованої перетворилася у відносно децентралізовану державу. Після реформи, започаткованої 1982 року, усі рівні територіального устрою — регіон, округ, департамент, комуна — отримали статус територіальних колективів. У всіх цих територіальних одиницях функціюють виборні ради (органи місцевого самоврядування), а в департаменті й окрузі — також і префекти (представники держави). Префектів призначає президент республіки за попереднім погодженням із урядом. Префекти здійснюють контроль за діяльністю органів місцевого самоврядування й забезпечують реалізацію державної політики в департаменті чи окрузі. Таке поєднання призначуваних центральною владою представників держави й сформованих населенням територіальних одиниць органів місцевого самоврядування дає підстави вважати Французьку Республіку відносно децентралізованою державою.

Відносно децентралізованою державою є й Україна, якій довелося докорінно реформувати успадковану від Радянського Союзу єдину централізовану систему управління, засновану на принципі «єдиновладдя рад». Розвиток України як конституційної демократії потребував де-

* Бориславська О. М., Заверуха І. Б., Школик А. М. та ін. Децентралізація публічної влади: досвід європейських країн та перспективи України; Центр політико-правових реформ. К.: Москаленко О. М., 2012. С. 26—64.

централізації влади, передання управлінських повноважень і надання самостійності в їхньому здійсненні самоврядним органам, сформованим населенням територіальних одиниць.

### 5.3.2.3. Децентралізаційні процеси в Україні

Децентралізацію в Україні розпочали через кілька років після проголошення державного суверенітету, Початок цього процесу пов'язаний із ухваленням Закону «Про місцеві Ради народних депутатів та місцеве й регіональне самоврядування» (1992), відповідно до якого колишню систему місцевих рад народних депутатів, що становили з радянських часів єдину ієрархічну систему, було трансформовано в перший варіант системи місцевого самоврядування. Місцеві ради позбавили статусу органів державної влади, а їхні виконавчі органи вивели з ієрархії державної виконавчої влади й підпорядкували лише радам, що їх створювали.

Система територіальної організації публічної влади, що була сформована на підставі Конституції України 1996 року, передбачила відносно децентралізовану модель (чинну донині), яка охоплює функціювання:

1. органів місцевого самоврядування (рад та їхніх виконавчих органів) на базовому рівні територіального устрою (нині — село, селище, місто, район у місті);
2. органів місцевого самоврядування (рад) й органів державної виконавчої влади (місцевих державних адміністрацій) — на рівнях району й області.

На практиці ця модель передбачає, що управління в межах районів та областей здійснюють саме органи державної виконавчої влади, що становлять єдину ієрархічну систему, підпорядковану уряду, натомість значення органів місцевого самоврядування обмежене й зводиться насправді до затвердження програм соціально-економічного розвитку й місцевих бюджетів.

Отже, ***метою децентралізації*** на сучасному етапі розвитку України є створення збалансованої системи управління територіальними одиницями на підставі функціювання органів місцевого самоврядування на всіх трьох рівнях територіального устрою:

- ***базовому*** — рівень громади, який перебуває на етапі його формування, а нині представлено такими територіальними одиницями, як-от: село, селище, місто, район у місті;
- ***проміжному*** (другому) — рівень району;

- ***вищому*** (третьому) — рівень області.

Проте, окрім цього, важливим результатом успішного завершення реформи з децентралізації публічної влади має стати збалансування системи публічної влади загалом, зокрема й взаємовідносин у трикутнику «президент — парламент — уряд», адже відповідно до чинної Конституції Президент України зберігає повноваження з призначення голів місцевих державних адміністрацій (за поданням Кабінету Міністрів України), що невиправдано в умовах парламентсько-президентського правління.

Важливим завданням реформи з децентралізації є не тільки створення муніципальних органів на всіх рівнях територіального устрою України, передання їм значної частини управлінських повноважень, але й забезпечення їхньої реальної спроможності здійснювати такі повноваження. А це потребує не тільки організаційно-правових заходів, а й фінансової децентралізації, тобто такого перерозподілу державних фінансових ресурсів, за якого місцеві бюджети будуть здатні забезпечити виконання органами місцевого самоврядування більшої частини наданих їм повноважень.

Варто зауважити, що децентралізаційні процеси в Україні ввійшли в активну фазу з 2014 року, коли Уряд схвалив Концепцію реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади[*], згодом розробив й ухвалив низку законопроєктів, спрямованих на її реалізацію, а також проєкт закону «Про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади»[**], який, щоправда, ухвалено не було.

У результаті проміжними результатами реформи з децентралізації є таке:

1. запущено процес створення спроможних громад (які мають згодом отримати статус територіальних одиниць базового рівня), що відбувався у два етапи: І. Через процедуру добровільного об'єднання територіальних громад сіл, селищ, міст[***], який тривав з 2015 по 2019 рр. (упродовж цього часу було створено близько тисячі об'єднаних територіальних громад, до складу яких увійшли

---

[*] Про схвалення Концепції реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні. Розпорядження Кабінету Міністрів України від 1 квітня 2014 р. № 333-р. URL: https://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/333-2014-%D1%80 (дата звернення: 24.04.2021).

[**] Проєкт Закону «Про внесення змін до Конституції України» (щодо децентралізації влади). URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55812 (дата звернення: 24.04.2021).

[***] Про добровільне об'єднання територіальних громад. Закон України від 05.02.2015 № 157-VIII. URL: https://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/157-19 (дата звернення: 24.04.2021).

майже 4,5 тис. колишніх місцевих рад[*]); ІІ. Через ухвалення адміністративних актів Урядом[**] щодо визначення адміністративних центрів і затвердження територій громад областей (стосовно тих громад, що не об'єдналися впродовж першого етапу);

2. унесено зміни до податкового й бюджетного законодавства, що забезпечили фінансову децентралізацію[***]; додатково надано фінансову підтримку органам місцевого самоврядування для розвитку інфраструктури;
3. органам місцевого самоврядування делеговано низку повноважень з надання базових адміністративних послуг, зокрема з державної реєстрації юридичнихі фізичних осіб, місця проживання тощо;
4. створено механізми співпраці територіальних громад[****].

Проте реформа з децентралізації потребує розв'язання значно ширшого комплексу питань на кількох нормативних й інституційних рівнях, зокрема внесення змін до Конституції України. Нині процес розроблення конституційних змін, спрямованих на децентралізацію влади триває. Ключовими напрямами конституційного рівня реформування є такі:

- створення уніфікованої територіальної одиниці базового рівня — громади — на зміну наявним відповідно до чинної Конституції (село, селище, місто, район у місті);
- утворення виконавчих органів районних й обласних рад;
- одночасна ліквідація місцевих державних адміністрацій, управлінські функції яких перейдуть новоствореним виконавчим органам;
- запровадження інституту префектів, які мають здійснювати контроль за законністю діяльності органів місцевого самоврядування.

---

[*] Інформація з Урядового порталу. URL: https://www.kmu.gov.ua/diyalnist/reformi/efektivne-vryaduvannya/reforma-decentralizaciyi (дата звернення: 24.04.2021).

[**] Ідеться про 24 розпорядження Кабінету Міністрів України від 12 червня 2020 року про визначення адміністративних центрів та затвердження територій громад областей. URL: https://www.kmu.gov.ua/npasearch?&key=визначення%20адміністративних%20центрів&from=12.06.2020&to=12.06.2020 (дата звернення: 24.04.2021).

[***] Про внесення змін до Бюджетного кодексу України щодо реформи міжбюджетних відносин. Закон України від 28.12.2014 № 79-VIII. URL: https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/79-19; Про внесення змін до Податкового кодексу України та деяких законодавчих актів України щодо податкової реформи. Закон України від 28.12.2014 № 71-VIII. URL: https://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/71-19 (дата звернення: 24.04.2021).

[****] Про співробітництво територіальних громад. Закон України від 17.06.2014 №1508-VII. URL: https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1508-18 (дата звернення: 24.04.2021).

Унесення змін до Конституції України дасть змогу запроваджувати наступний етап реформи децентралізації, що здійснюватимуть на законодавчому рівні. Зокрема уточнення потребуватиме компетенція органів місцевого самоврядування районів, оскільки значну частину їхніх повноважень передано громадам одночасно з їхнім укрупненням. Дискутують також і з приводу доцільності подальшого існування трирівневого територіального устрою.

### 5.3.3. Федерація та її види

#### 5.3.3.1. Сутність і характерні риси федерації

Унітарна форма державного устрою найпоширеніша серед сучасних держав, однак двадцять п'ять* з них (загальна кількість офіційно визнаних держав світу — 194) є федераціями, що передбачає особливі підходи в організації та функціюванні публічної влади.

**Федерація** — це форма державного устрою, за якої найбільші територіальні одиниці держави — суб'єкти федерації (штати, землі, провінції тощо), — мають політичну самостійність, власні правові системи й системи публічної влади. Окрім форми державного устрою, терміном ***федерація*** також позначають державу із такою формою устрою.

Зазвичай федераціям властиві такі ознаки:

по-перше, такі держави мають дворівневу правову систему, що охоплює загальну для всієї держави (федеральну) систему й правові системи суб'єктів федерації, притаманні кожному з них зокрема;

по-друге, у межах правових систем двох рівнів є окремі системи правових актів: федеральна (ухвалюють федеральні органи влади) та суб'єктів федерації (продукують органи влади суб'єктів федерації);

по-третє, у багатьох федеративних державах суб'єкти федерації мають також власні конституції, наприклад: США, ФРН, Швейцарія; натомість у Канаді таких конституцій немає (що певною мірою зумовлено відсутністю єдиної кодифікованої конституції федерації);

по-четверте, державна влада у федераціях функціює на двох рівнях — федеральному й рівні суб'єктів федерації, між якими розділена компетенція (законодавча, виконавча, інколи — судова). Тому дер-

* Австралія, Австрія, Аргентина, Бельгія, Боснія і Герцеговина, Бразилія, Венесуела, Ефіопія, Індія, Ірак, Канада, Коморські острови, Малайзія, Мексика, Мікронезія, Нігерія, Німеччина, ОАЕ, Пакистан, ПАР, Росія, Сент-Кіттс і Невіс, Судан, США, Швейцарія.

жавна влада федеративних держав охоплює федеральну систему (глава держави, федеральний парламент, федеральний уряд, федеральні суди й інші федеральні органи), а також системи державної влади суб'єктів федерації (законодавчі органи суб'єктів федерації, уряди, інколи — судові системи). Наприклад, федеральними органами влади ФРН є федеральний президент (глава держави), Бундестаг (законодавчий орган), Бундесрат (представницький орган земель, через який вони здійснюють законодавчу й виконавчу владу) та суди (Німеччина має єдину федеральну судову систему, судові системи земель відсутні). Водночас систему державної влади земель становлять земельні законодавчі органи (легіслатури) й земельні уряди*;

по-п'яте, окрім загальнонаціонального громадянства, у федераціях є громадянство суб'єктів федерації. Так, у XIV поправці до Конституції США зазначено: «Усі особи, народжені чи натуралізовані в Сполучених Штатах, і які підлягають їхній юрисдикції, є громадянами Сполучених Штатів і штату, де вони мешкають»**. У Конституції Швейцарської Конфедерації 1999 р. (частина 1 статті 37) застосовано зворотний підхід: швейцарське громадянство має будь-яка особа, яка володіє правом на громадянство комуни й правом на громадянство кантону (суб'єкта федерації)***.

Варто зазначити, що здійснюючи владу, суб'єкти федерації діють у межах федерального законодавства та визначеної ним компетенції; вони не можуть самостійно встановлювати власні предмети відання. З іншого боку, суб'єкти федерації не тільки здійснюють законодавчу, виконавчу, а в деяких державах ще й судову владу на своїй території, але й беруть участь у формуванні та здійсненні загальнодержавної — федеральної — політики. Так, у більшості сучасних федерацій**** функціюють двопалатні федеральні парламенти, верхні палати яких формують суб'єкти федерацій та представляють їх у законодавчій владі. Якщо врахувати, що серед конституційних держав Європи федерації мають парламентську форму правління, то це означає, що суб'єкти федерації через своїх представників у парламентах беруть участь у формуванні

---

* Basic Law for the Federal Republic of Germany, 23.05.1949. URL: https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic_law-data.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

** The Constitution of the USA. Amendment XIV. URL: https://www.archives.gov/founding-docs/amendments-11-27 (Last accessed: 20.04.2021).

*** Federal Constitution of the Swiss Confederation. URL: https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/201809230000/101.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

**** Виняток становлять Венесуела, Коморські острови, Мікронезія, ОАЕ, Сент-Кіттс і Невіс.

й контролі за діяльністю федеральних урядів (окрім країн, де це належить до прерогативи тільки нижніх палат).

### 5.3.3.2. Федерація й проблема подільності (неподільності) державного суверенітету

Існування федерацій пов'язане із важливою доктринальною конституційно-правовою проблемою, яка пов'язана із відповіддю на запитання: хто є суб'єктами (носіями) державного суверенітету за такої форми державного устрою — лише федерація чи також і суб'єкти федерації? З одного боку, суверенітет федерації є безспірним, з іншого, виникає питання, чи суб'єкти федерації також володіють частиною суверенітету, чи вони лише здійснюють окрему компетенцію, яка випливає із єдиного й неподільного суверенітету держави. Розв'язання цієї дилеми пов'язане із теоріями ***неподільності*** й ***подільності державного суверенітету***.

Відповідно до першої, державний суверенітет — єдиний і неподільний, оскільки у своїй основі має єдину владу народу як цілісного політичного організму. Такий підхід цілком уписується в параметри унітарної форми державного устрою, проте може викликати деякі труднощі з розумінням суверенітету та його джерела за умов федерації.

Натомість теорія подільності державного суверенітету передбачає, що федерації мають кілька видів суверенітету: загальнонаціональний суверенітет (притаманний федерації) та суверенітети суб'єктів федерації. Уперше такий підхід було описано у «Федералісті», в окремих статтях якого обґрунтовано важливість передання частини суверенітету американських штатів федерації. Проте вже у XIX—XX століттях американські (як і німецькі) автори заперечували існування суверенітету суб'єктів федерації та обстоювали ідею належності суверенітету в союзній державі лише самій цій державі[*].

Сучасні ж італійські вчені, наприклад, стверджують про наявність навіть «демократичного суверенітету регіональної спільноти», яка об'єднана спільною територією, історією, культурними особливостями, у деяких випадках — також етнічними або мовними ознаками, що дають підстави для її самоідентифікації як окремої спільноти. Ця спільнота як частина національного електорату бере участь у демократичному житті держави на загальнонаціональному рівні, але водночас

[*] Шаповал В. М. Феномен конституційного права: монографія. К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2017. С. 118.

є регіональною спільнотою громадян, які голосують за регіональне представництво й визначають регіональну політику[*].

Цікаво, що ідеї про подільність суверенітету свого часу було застосовано під час ухвалення Декларації про державний суверенітет Криму 1991 року[**], Акта проголошення незалежності Республіки Крим 1992 року, які скасувала Верховна Рада України 1994 року як такі, що суперечили Конституції України й законам України[***], а також скасованої Верховною Радою України[****] Конституції Республіки Крим[*****]. Офіційна доктрина, що сформував Конституційний Суд України, таку ідею справедливо заперечує.

Однак за умов федерації, а не унітарної держави, видається, що єдиного вирішення цієї доктринальної проблеми немає, оскільки вона безпосередньо пов'язана зі способом формування тієї чи іншої федеративної держави. У теорії конституційного права виокремлюють два головні способи формування федерацій, з яких випливають відповідні їхні види: ***асоціативна*** й ***дисоціативна федерації***.

### 5.3.3.3. Види федерацій та способи їхнього утворення

***Асоціативною*** є федерація, яка сформувалася шляхом об'єднання розрізнених територій, державних утворень чи держав в єдину федеративну державу. Наприклад, Сполучені Штати Америки утворилися в результаті об'єднання суверенних штатів, які передали частину свого суверенітету на рівень федерації. Асоціативним способом була утворена Федеративна Республіка Німеччина; Швейцарія пройшла шлях від конфедерації до федеративної форми державного устрою, що також є прикладом асоціації (об'єднання). Після розпаду Австро-Угорської імперії сім її історичних регіонів, а також два новостворених територіальних утворення, об'єднали у федеральну державу — Австрійську

---

[*] Thomas Benedikter. The World's Modern Autonomy Systems. Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy. Bozen/Bolzano, 2009. P. 26.

[**] Декларація про державний суверенітет Криму, 04.09.1991 (скасовано ВРУ). URL: http://zakon2.-rada.gov.ua/krym/show/rb001d002-91 (дата звернення: 24.04.2021).

[***] Постанова Верховної Ради України від 17.11.1994 № 250/94-ВР «Про виконання Постанови Верховної Ради України "Про політико-правову ситуацію в Автономній Республіці Крим"». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/rada/show/250/94-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 24.04.2021).

[****] Закон України від 17.03.1995 № 92/95-ВР «Про скасування Конституції і деяких законів Автономної Республіки Крим». URL: http://zakon0.rada.gov.ua/rada/show/92/95-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 24.04.2021).

[*****] Конституція Республіки Крим від 06.05.1992 (скасовано ВРУ). URL: http://zakon0.rada.-gov.ua/krym/show/rb076a002-92 (дата звернення: 24.04.2021).

Республіку. Канада й Австралія як федерації утворилися в результаті об'єднання колишніх колоній.

При формуванні асоціативних федерацій переважно простежуємо алгоритм передання частини суверенітету колишніх незалежних держав новостворених, об'єднаній, і як наслідок — передання ними частини компетенції на загальнонаціональний рівень — рівень федерації. Тому теорія подільності державного суверенітету за таких обставин має не такий алогічний вигляд, як у разі існування унітарної держави.

***Дисоціативною*** є федерація, утворена в результаті перетворення унітарної держави. Єдиним прикладом дисоціативної федерації стала Бельгія, де протягом 25-ти років відбувався перехід з унітарної спочатку до регіоналістичної, а згодом — до федеративної форми державного устрою. У такому разі єдиний суверенітет унітарної держави навряд чи розподілили між суб'єктами федерації, а об'єктом розподілу стала компетенція у сферах законодавчої та виконавчої влади.

Нині як федерація Бельгія охоплює три спільноти (Фламандську, Французьку й Німецькомовну), три регіони (Фламандський, Валлонський і Брюссельський) та чотири мовні регіони (Голландськомовний, Французькомовний, двомовний регіон столиці Брюсселю й Німецькомовний)[*].

Тоді як спосіб формування федерацій більшості сучасних держав є однаковим, способи розподілу компетенції між федерацією та її суб'єктами різняться.

Залежно від застосовуваного способу розподілу компетенції, федерації поділяють на ***симетричні*** (коли всі суб'єкти федерації мають однаковий обсяг компетенції та можливості участі у вирішенні питань федерального значення) та ***асиметричні*** (коли ці параметри різняться). Прикладами симетричних федерацій є США, ФРН, Австрія. Прикладом ***асиметричної*** є Російська Федерація, до складу якої входять різні види суб'єктів федерації з різним статусом і обсягом компетенції.

Деякі федерації є ***напівсиметричними***, оскільки передбачають однаковий обсяг компетенції суб'єктів федерації, проте різні можливості їхньої участі в ухваленні рішень на рівні федерації. Так, Швейцарія є цілком симетричною щодо розподілу компетенції між кантонами, проте шість півкантонів мають по одному представнику в Раді кантонів (верхній палаті парламенту), тоді як 20 повних кантонів мають по два представники

[*] The Belgian Constitution as updated following the constitutional revision of 24 October 2017. URL: https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

в цьому органі. Схожа ситуація є й у Німеччині та Австрії, де землі мають однакову компетенцію, проте різне представництво у верхніх палатах законодавчих органів.

### 5.3.4. Автономія

#### 5.3.4.1. Природа автономії та її сутність

Із виникненням сучасної конституційної держави, заснованої на ідеях пріоритету людини й поваги до людської гідності, верховенства права та демократії, одночасно з'явилася потреба гарантування прав меншин, передусім етнічних груп, відмінних від титульної нації. Варто зауважити, що більшість конституційних держав, що формувалися в Європі впродовж XIX століття, були національними державами, в основі яких була ідея національного суверенітету, що зазвичай прямо відображено в їхніх конституціях. Безумовно, основним способом забезпечення прав національних меншин на збереження власної національно-культурної ідентичності стало юридичне закріплення відповідних гарантій як у національному законодавстві, так і в міжнародно-правових актах. Водночас у низці держав етнічні спільноти, що компактно проживали на відповідній території, переважно — їхній історичній батьківщині, — вимагали також певної політичної самостійності.

***Територіальна автономія*** стала способом розв'язання цієї проблеми або ж, щонайменше, відтермінування її загострення. Наприклад, конфлікт між Швецією та Фінляндією через території Аландських островів, що тривав упродовж 1917—1921 рр., удалося розв'язати лише Раді Ліги Націй, на підставі резолюції якої Аландські острови залишилися в складі Фінляндії та отримали статус автономії.

Низка сучасних держав використовують автономію як інститут територіальної організації публічної влади. Проте територіальна автономія є не єдиним видом автономій.

У конституційному праві термін ***автономія*** застосовують у кількох значеннях:

1) для позначення стану незалежності від когось/чогось (наприклад автономність органів місцевого самоврядування, що не означає їхньої цілковитої незалежності від держави, проте передбачає свободу самостійно вирішувати певні питання в межах закону);

2) для позначення комплексу гарантій та заходів, спрямованих на збереження ***національної ідентичності***, що охоплює можливості збе-

рігати ті риси, які ідентифікують особу як члена певної етнічної спільноти (таке значення притаманне, зокрема, українському законодавству);

3) для позначення статусу певної територіальної одиниці, яка має ширший обсяг самостійності, якщо порівняти з іншими територіальними одиницями держави регіонального рівня; у цьому разі йдеться про ***територіальну автономію***.

Отже, територіальну автономію, що має «прив'язку» до певної частини території держави та передбачає існування окремої автономної територіальної одиниці, не слід плутати із ***національно-культурною автономією***, що має екстериторіальний зміст. Наприклад, законодавство України гарантує всім національним меншинам права на користування й навчання рідною мовою, вивчення рідної мови в державних навчальних закладах або через національні культурні товариства, розвиток національних культурних традицій, використання національної символіки, відзначення національних свят, сповідування своєї релігії, задоволення потреб у літературі, мистецтві, засобах масової інформації, створення національних культурних і навчальних закладів, що становить зміст національно-культурної автономії*.

### 5.3.4.2. Територіальна автономія

***Територіальна автономія*** — це територіальна одиниця держави, що володіє значним обсягом самостійності, порівняно з іншими територіальними одиницями, функціонує відповідно до загальнонаціонального законодавства в межах компетенції, визначеної таким законодавством та/чи загальнонаціональною конституцією.

Територіальну автономію вперше було запроваджено 1921 року у Фінляндії, коли Аландський острів отримав особливий автономний статус. Метою запровадження територіальної автономії було запобігання внутрішньодержавних конфліктів, що було неминуче через щораз більші прагнення меншин (етнічних груп) брати участь в ухваленні рішень. Територіальну автономію розглядали як форму трансформації таких потенційних конфліктів в інституційні форми розподілу влади й відповідні форми територіального самоврядування.

Розглядаючи історію виникнення сучасних територіальних автономій, виокремлюють чотири передумови їхнього формування.

---

* Про національні меншини в Україні: Закон України від 25 червня 1992 року № 2494-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2494-12 (дата звернення: 24.04.2021).

По-перше, коли сама держава зазнала загальної трансформації, як це відбулося в Іспанії після завершення режиму Франко 1975 року, у Молдові й Україні після розпаду Радянського Союзу 1991 року, в Італії та Португалії, коли диктаторські й автократичні режими в 1948 та 1974 роках було замінено демократичними.

По-друге, надання автономії в процесі деколонізації, коли з тих чи інших причин колишні колонії не формували суверенної держави (Гренландія, Нідерландські Антильські острови до 2010 р., Нова Каледонія і Французька Полінезія).

По-третє, автономію було надано в результаті порозуміння між державою й відповідним регіоном у поєднанні з тиском з боку іншої держави (Південний Тіроль, Аландські острови, Крим).

По-четверте, унаслідок жорстких суперечок і конфліктів, що іноді переростали в насильницькі: Країна Басків (900 жертв протягом 1969—2003 рр.), Північна Ірландія (близько 3 тис. жертв з 1972 по 2005 рр.), Корсика, де з 1970-х років триває насильство*.

Якщо представники певної етнічної спільноти (національної меншини) компактно проживають у територіальній автономії, така автономія набуває рис ***національно-територіальної***. У такому разі національно-культурна автономія накладається на територіальну, формуючи таким способом нову реальність, що відображається у відповідному статусі автономії. Зазвичай національно-територіальні автономії мають ширший обсяг повноважень і більше самостійності від центральної влади порівняно з іншими територіальними автономіями (наприклад, Корсика у Франції, Північна Ірландія, Уельс і Шотландія в Об'єднаному Королівстві Великобританії та Ірландії).

Залежно від ступеня самостійності від центральної влади й обсягу повноважень, що належать територіальній автономії, вона може набувати змісту політичної чи адміністративної. ***Політична автономія*** передбачає ширший обсяг здійснюваної влади, її зовнішніми атрибутами зазвичай є наявність власної конституції, законодавчого органу, а також механізмів упливу на загальнонаціональну політику. ***Адміністративна автономія*** за обсягом повноважень ближча до місцевого самоврядування, хоча й має більшу самостійність, якщо порівняти з іншими територіальними одиницями того ж рівня.

---

* Thomas Benedikter. The World's Modern Autonomy Systems. Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy. Bozen/Bolzano, 2009. P. 31.

Автономна Республіка Крим у складі України є прикладом адміністративної територіальної автономії. У Конституції України передбачено, що АРК є невіддільною частиною України, яка вирішує питання, що належать до її відання в межах повноважень, визначених Конституцією України. Варто зауважити, що процес становлення Кримської автономії в складі України був досить складним і суперечливим. Та Верховна Рада України, Конституційний Суд України, інші центральні органи державної влади зайняли чітку позицію щодо лише адміністративної (не політичної) територіальної (не національно-територіальної) автономії Криму. Нині у правильності такого підходу сумніваються, зокрема йдеться про створення в Криму національної автономії кримських татар. Наразі територія АРК має статус окупованої території.

Від територіальної автономії слід відрізняти модель ***місцевої автономії***, що передбачає широкий ступінь самостійності територіальних одиниць різного рівня й поділ законодавчої компетенції в державі між загальнонаціональним парламентом та законодавчими органами автономій. Держави із такою моделлю автономії за способом організації державної влади нагадують федерації, проте мають особливу форму державно-територіального устрою та є за змістом регіоналістичними державами.

### 5.3.5. Регіоналістична держава

#### 5.3.5.1. Природа регіоналістичної держави

Окрім традиційних форм державно-територіального устрою, якими є унітарна держава та федерація, є ще регіоналістичні держави (Іспанія, Італія). Деякі вчені вважають цю форму перехідною між унітарною державою й федерацією або своєрідною формою федерації (так званої «кооперативної федерації»)[*]. Проте навряд чи державно-територіальний устрій, який функціює протягом сорока років (в Іспанії його було запроваджено Конституцією 1978 року), можна вважати перехідним. Ба більше, положення Конституції Королівства Іспанії категорично забороняють утворення федерації (стаття 145)[**].

В основі територіальної організації публічної влади регіоналістичних держав лежить модель ***місцевої автономії***, за якою терито-

[*] Börzel Tanja A. From Competitive Regionalism to Cooperative Federalism: The Europeanization of the Spanish State of the Autonomies. *The Journal of Federalism*. Vol. 30. Issue 2, 1 January 2000. P. 17—42.

[**] Constitution of Spain, 1978. URL: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/-Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

ріальні одиниці держави мають значний ступінь самостійності, зокрема політичної.

***Регіоналістична держава*** заснована на моделі місцевої автономії держави, у якій законодавча компетенція й повноваження у сфері виконавчої влади розділені між загальнонаціональним рівнем публічної влади та найбільшими територіальними одиницями ***(регіонами)***.

Від ***унітарної держави*** регіоналістична відрізняється тим, що в останній регіони не просто мають самостійність у сфері управлінської діяльності (виконавчої влади), але й беруть участь у здійсненні законодавчої влади. До того ж така участь полягає не лише в їхньому представництві у верхній палаті загальнонаціонального парламенту, але й у самостійному законотворенні в межах своєї території.

На відміну від ***федерації,*** регіоналістична держава не має окремої ідентичності і, як наслідок, — конституцій та громадянства регіонів, власних судових органів (як це властиво деяким федераціям). Як й унітарні держави, регіоналістичні засновані на принципі неподільності державного суверенітету.

Цікавим прикладом розв'язання питання про ідентичність автономного утворення є рішення Конституційного суду Іспанії. 2006 року законодавчий орган Каталонії (регіон Іспанії) прийняв Статут автономії, який схвалений парламентом Іспанії, а згодом затверджений на референдумі каталонськими виборцями. Майже відразу Статут було оскаржено до Конституційного суду, який за результатом розгляду справи вказав, що покликання в преамбулі Статуту на Каталонію «як націю» й на «національну реальність» Каталонії не мають юридичної сили*. З огляду на це, Конституційний суд визнав неконституційними положення закону щодо пріоритетного становища каталонської мови над іспанською, надання повноважень каталонському парламенту у сфері судової влади й правосуддя тощо.

Варто зауважити, що притаманна регіоналістичній державі форма державно-територіального устрою не є поширеною, а в перелічених країнах вона склалася історично під впливом низки чинників. Відтак екстраполяція цієї ідеї на українську дійсність видається недоречною. Ба більше, слід наголосити на небезпечності такої ідеї, адже на етапі становлення незалежної держави, а також зовнішніх загроз територіальній цілісності України, процес її регіоналізації може спричинити втрату державності загалом.

---

* Statute of authonomy of Catalonia, 2006, Generalitat de Catalunya. URL: http://web.gencat.cat/en/generalitat/estatut/estatut2006/preambul/ (Last accessed: 20.04.2021).

### 5.3.5.2. Організація державної влади в регіоналістичних державах

Організація державної влади в регіоналістичних державах нагадує побудову влади у федераціях. Регіони, що мають статус місцевих автономій, ділять із загальнонаціональним рівнем влади законодавчу й управлінську компетенцію.

Так, відповідно до Конституції Іспанії, усі територіальні одиниці (муніципалітети, провінції та автономні спільноти) мають автономію*. Окрім цього, найбільшим територіальним одиницям — автономним спільнотам — передають також окремі законодавчі повноваження.

Конституція містить чіткий розподіл компетенції між державою й автономними спільнотами, у ній визначено питання: 1) щодо яких тільки держава може ухвалювати законодавчі й управлінські рішення; 2) щодо яких автономні території можуть ухвалювати як рішення локального рівня, так і законодавчі норми за умов дотримання принципів, основ і директив, визначених конституційним законом. Крім того, передбачено також передання й делегування повноважень держави автономним спільнотам через ухвалення відповідного органічного закону**.

В Італійській Республіці комуни (громади), провінції, столичні міста й області, які є територіальними одиницями, що утворюють державно-територіальний устрій Італії, є «автономними утвореннями з власним статусом, повноваженнями й функціями». У Конституції Італії визначено, що законодавча влада належить державі й областям, означуючи одночасно сфери їхньої виняткової, а також конкуруючої компетенції***.

Оскільки в регіоналістичних державах, подібно до федерацій, відбувається розподіл компетенції, зокрема законодавчої, виникає питання про їх симетричність. Щоправда, тут воно переважно стосується розподілу повноважень, адже участь регіонів в ухваленні рішень центральною владою досить обмежена. Представництво регіонів у верхніх палатах загальнонаціональних законодавчих органів є асиметричним, оскільки кількість сенаторів від регіонів різниться й залежить від кількості населення.

---

* Загалом в Іспанії є 17 автономних територій (5 областей та 12 регіонів), що охоплюють 50 провінцій і понад вісім тисяч муніципалітетів, а також два міста (Мелілья Сеута), що розташовані в Африці.

** Constitution of Spain, 1978. URL: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas-/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

*** Constitution of the Italian Republic, 1947. URL: https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_-inglese.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

## 5.4. Муніципальна влада (місцеве самоврядування)

### 5.4.1. Сутність місцевого самоврядування

#### 5.4.1.1. Концепції місцевого самоврядування

Для управління в межах усієї території держави потрібні відповідні органи публічної влади. У державах конституційної демократії для виконання цієї мети є муніципальна влада, яку становлять органи місцевого самоврядування, що формує населення територіальних одиниць, і які відповідальні за свою діяльність перед ним і державою. Органи місцевого самоврядування (органи муніципальної влади) здійснюють компетенцію з управління справами своєї територіальної одиниці, розпоряджаються окремою власністю (муніципальною) та фінансовими ресурсами, що акумульовані в місцевих бюджетах. У процесі такої, управлінської за змістом, діяльності муніципальні органи виконують низку функцій, зокрема: нормотворчу, яка виявляється в ухвалені правових актів локального значення. Проте її не слід плутати із законодавчою функцією, що полягає в ухваленні нормативно-правових актів вищої юридичної сили, і яку здійснює парламент. Окрім згаданих управлінської та нормотворчої, муніципальна влада виконує також фінансову функцію, змістом якої є розпоряджання місцевими фінансовими ресурсами.

У сучасній науці конституційного права сутність місцевого самоврядування розкривають з позицій кількох ***концепцій***, які по-різному пояснюють природу муніципальної влади. Ключова відмінність між ними полягає в ставленні до значення громади (територіальної спільноти) в системі публічної влади. Так, у деяких державах саме ***громаду*** вважають головним суб'єктом місцевого самоврядування, первинним носієм муніципальної влади. Водночас в інших таким суб'єктом є ***муніципальні органи*** (органи місцевого самоврядування) або ж ***муніципалітет*** як єдність території (територіальної одиниці), її спільноти (населення) та муніципальних органів.

Серед усіх наявних концепцій місцевого самоврядування найпоширенішими є: ***громадівська***, ***державницька*** й ***комбінована***.

***Громадівська*** концепція місцевого самоврядування первинним суб'єктом і головним носієм муніципальної влади вважає територіаль-

ну спільноту — громаду. Відповідно, за такого підходу муніципальну владу розглядають як самостійну форму публічної влади, відмінну від державної*.

Варто наголосити, що те чи інше ставлення до громад та їхнього значення в системі публічної влади формувалося історично під впливом ланцюга подій та національних особливостей. Так, спосіб формування системи публічної влади в США від часу їхнього створення полягав в організації влади спочатку в громадах, далі в штатах, а вже потім — на федеральному рівні. Тому саме громади ставали первинними осередками публічної влади, поширюючи її далі на рівень штату. Зрозуміло, що за таких обставин саме громадівська теорія поширена в США.

На відміну від Америки, у континентальній Європі сучасні конституційні держави формувалися не «з нуля», а переважно через перетворення централізованих держав (абсолютних монархій, імперій). Тобто історично вся влада, зокрема місцева, походила з центру, а муніципальна — стала результатом її децентралізації. Про відмінне ставлення до значення громад писав свого часу Алексіс де Токвіль: «У Європі часом трапляється так, що навіть ті, хто перебувають при владі, сумують за відсутністю громадівського руху, оскільки визнають той факт, що саме він є важливим засобом підтримання громадського порядку та спокою; проте вони не знають, у який спосіб можна цей рух створити. Вони остерігаються, що зробивши громаду сильною й незалежною та розділивши з нею владу, вони приведуть країну до анархії»**.

Це пояснює поширення в Європі ***державницької*** концепції місцевого самоврядування, за якою головним носієм муніципальної влади є органи місцевого самоврядування, а сама муніципальна влада є результатом децентралізації публічної влади — її передання з центру на місця. Водночас муніципальну владу не протиставляють державній, вона є її продовженням, хоча й має певну автономність (організаційно-правову та матеріально-фінансову самостійність).

***Комбінована*** концепція місцевого самоврядування передбачає, що громади мають природне право на самоврядування, проте одночасно муніципальна влада є продовженням державної влади в територіальних одиницях. Так, муніципальні органи мають як ***власні повноваження***, що випливають із належного їм права управляти справами місцевого значення, так і ***делеговані*** державою повноваження, які

---

* Батанов О. В. Територіальна громада — основа місцевого самоврядування в Україні: монографія. К.: Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2001. С. 16—20.

** Токвиль А. Демократия в Америке / пер. с фр. Гарольда Дж. Ласки. М.: Прогресс, 1994. С. 70.

за природою є саме державними, стосуються загальнодержавних завдань і функцій, проте передаються в територіальні одиниці, зважаючи на міркування ефективності їхнього здійснення та розвантаження державного апарату.

### 5.4.1.2. Територіальні спільноти (громади)

Місцеве самоврядування так чи інакше пов'язане з існуванням територіальних спільнот (громад). Незалежно від того, чи за нею визнають статус джерела муніципальної влади й первинного суб'єкта місцевого самоврядування, чи ні, саме ***територіальна спільнота*** — сукупність мешканців, об'єднаних спільними інтересами у зв'язку із постійним проживанням в межах адміністративно-територіальної одиниці, формує представницькі органи місцевого самоврядування. Територіальна спільнота наділена правами з безпосереднього здійснення влади, розв'язання питань, що належать до компетенції місцевого самоврядування на рівні адміністративно-територіальної одиниці через низку форм прямого народовладдя (місцеві референдуми, ініціативи, громадські слухання, петиції тощо). Територіальна спільнота виконує важливу функцію контролю за діяльності муніципальної влади. Саме тому ефективність діяльності муніципальної влади значною мірою залежить від активності територіальної спільноти, рівня її самоорганізованості й залученості (включеності) до процесів управління.

Варто зауважити, що в континентальній Європі громади змогли реалізувати своє право на самоврядування лише після отримання ними публічно-правового статусу. Юрій Панейко писав, що відтоді, як конституційна правова держава силою своєї законодавчої влади зорганізувала для своїх цілей громадські об'єднання й долучила їх до власного організму, з'явилася інституція самоврядування в новітньому значенні*

У сучасних державах публічно-правовий статус може належати або територіальним спільнотам, або ж ***муніципалітетам.***

Прикладом територіальних спільнот як публічно-правових суб'єктів є територіальні колективи Франції. Так, територіальними колективами Французької Республіки є комуни, департаменти, регіони, колективи зі спеціальним статусом, а також заморські колективи. Територіальними колективами вільно управляють виборні ради (***conseil selus***), що наділені регламентарними повноваженнями, і які можуть ухвалювати

* Панейко Ю. Теоретичні основи самоврядування. Л.: Літопис, 2002. С. 13—15.

спільні рішення в межах своїх повноважень для ефективнішої їхньої реалізації на місцевому рівні[*].

Інший приклад: визнання публічно-правового статусу не за територіальною спільнотою, а за ***муніципалітетом***, що є єдністю території, її спільноти й сформованих нею муніципальних органів (Бельгія, Данія, Латвія, Нідерланди, Португалія). Наприклад, у Конституції Португальської Республіки зазначено: «До демократичної організаційної структури держави належить місцева влада. Місцева влада має статус юридичних осіб, власні представницькі органи й спрямована на захист інтересів місцевого населення»[**].

В Україні реалізовано перший зі згаданих підходів. Так, у Конституції України (стаття 140) вказано, що місцеве самоврядування є правом ***територіальної громади*** самостійно вирішувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України; місцеве самоврядування здійснюється територіальною громадою в порядку, встановленому законом, як безпосередньо, так і через органи місцевого самоврядування. А закон про місцеве самоврядування пішов ще далі, визнавши територіальну громаду села, селища, міста «первинним суб'єктом місцевого самоврядування, носієм його функцій та повноважень» (стаття 6)[***].

Слід зауважити, що в ході реформи з децентралізації влади в Україні відбувся процес укрупнення територіальних громад шляхом їхнього «добровільного об'єднання»[****]. Створені в результаті цього ***об'єднані територіальні громади*** є особливим суб'єктом місцевого самоврядування й інститутом муніципальної влади. На відміну від звичайних територіальних громад, які функціювали в межах території села, селища чи міста, територіальною основою існування об'єднаної громади є кілька адміністративно-територіальних одиниць, громади яких об'єдналися. Логічним продовженням започаткованої реформи стане утворення нової, уніфікованої базової ланки територіального устрою — ***громади***. Відтак за зразком більшості західних демократій, цей термін

---

[*] Constitution of France, October 4, 1958. URL: http://www2.assemblee-nationale.fr/langues/welcome-to-the-english-website-of-the-french-national-assembly (Last accessed: 20.04.2021).

[**] Constitution of The Portuguese Republic, April 25, 1976. URL: https://www.constituteproject.org/-constitution/Portugal_2005.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

[***] Про місцеве самоврядування в Україні. Закон України від 21 травня 1997 року № 280/97-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80 (дата звернення: 24.04.2021).

[****] Про добровільне об'єднання територіальних громад. Закон України від 5 лютого 2015 року № 157-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/157-19 (дата звернення: 24.04.2021).

позначатиме не тільки територіальну спільноту, але й територіальну одиницю, на яку поширюється її визначена законом юрисдикція.

### 5.4.1.3. Характерні риси (ознаки) муніципальної влади

Незалежно від концептуальних особливостей, ***місцевому самоврядуванню*** (муніципальній владі) в сучасних державах властиві такі ***ознаки***.

Передусім муніципальна влада перебуває в тісних зв'язках із населенням відповідних адміністративно-територіальних одиниць — відповідними територіальними спільнотами (громадами). Органи місцевого самоврядування є рівнем влади, найнаближенішим до громадянина, який відповідальний за надання базових адміністративних й інших послуг населенню адміністративно-територіальних одиниць. З іншого боку, територіальні спільноти формують представницькі органи місцевого самоврядування через місцеві вибори.

Окрім цього, населення адміністративно-територіальних одиниць бере безпосередню участь у розв'язанні питань місцевого значення за посередництва форм прямої та учасницької демократії (місцеві референдуми, збори, петиції, слухання, ініціативи, громадські ради, консультації тощо). З цього погляду, місцеве самоврядування є важливою формою залучення громадян до врядування, засобом розвитку громадянської активності й одночасно своєрідною школою демократичної грамотності.

Важливо наголосити на специфіці законодавчого регулювання форм прямої демократії, що застосовують в Україні в місцевому самоврядуванні. Річ у тім, що на законодавчому рівні в Україні врегульовано досить обмежене коло питань прямого народовладдя в місцевому самоврядуванні. Насправді об'єктом законодавчого регулювання є лише виборчі й референдні процедури, а також порядок подання петицій. Порядок реалізації інших форм участі в здійсненні місцевого самоврядування, за задумом законодавця, має бути врегульовано самими територіальними спільнотами та їхніми представницькими органами. При цьому повинні бути враховані особливості кожної громади. Найвдалішим способом такого врегулювання видається деталізація процедур проведення громадських слухань, зборів громадян, подання ініціатив, проведення консультацій із населенням тощо у Статутах територіальних громад, що є найважливішими підзаконними актами локального значення.

Наступною ознакою місцевого самоврядування є притаманна йому організаційно-правова самостійність. Вона полягає в тому, що муніципальні органи: по-перше, організаційно не належать до ієрархії виконавчої влади; по-друге, не підпорядковані органам державної влади, хоча підконтрольні державі з питань відповідності їхньої діяльності закону; по-третє, самостійно ухвалюють рішення у межах їхньої компетенції відповідно до закону.

Окрім цього, для муніципальної влади властива матеріально-фінансова самостійність, яка полягає в тому, що муніципальні органи, по-перше, розпоряджаються муніципальною власністю, що належить, залежно від концептуальних особливостей, територіальній спільноті, самим муніципальним органам чи муніципалітету; по-друге, розпоряджаються фінансовими ресурсами, що акумульовані в місцевих бюджетах.

### 5.4.2. Європейські стандарти місцевого самоврядування

#### 5.4.2.1. Природа європейських стандартів місцевого самоврядування

На відміну від США, місцеве самоврядування більшості європейських держав порівняно серйозного значення набуло лише після Другої світової війни. Це було пов'язано із потребою гарантувати демократичний напрям розвитку повоєнних держав. Тому створена в цей час міжнародна організація — Рада Європи — одним із напрямів своєї діяльності вибрала розвиток місцевого самоврядування. Діяльність Ради Європи щодо підтримки розвитку місцевого самоврядування відбилася в ухваленій 1985 року Європейській хартії місцевого самоврядування, в якій визначили базові стандарти місцевої демократії (далі — Хартія).

Більшість адміністративних систем європейських держав зазнали змін у 80-х роках XX століття, що супроводжувалося відповідними адміністративно-територіальними та децентралізаційними реформами. Загалом реалізація принципів Хартії передбачала суттєве посилення значення місцевих самоврядних органів, адже гарантувала вирішення органами місцевого самоврядування, які формує місцеве населення, значної частини публічних справ.

Передусім варто зауважити, що Хартія не демонструє прихильності до тієї чи іншої концепції місцевого самоврядування, не акцентує на значущості тих чи інших суб'єктів місцевого самоврядування (чи то територіальна спільнота, чи органи місцевого самоврядування, чи му-

ніципалітети), концентруючись на гарантіях його функціювання. Так, у документі місцеве самоврядування розглядають як «право й спроможність ***місцевої влади (local authorities)***[*] у межах закону здійснювати регулювання й управління значною частиною публічних справ під власну відповідальність й в інтересах місцевого населення» (стаття 3). І хоча в українському офіційному перекладі це положення подано як «право й спроможність органів місцевого самоврядування», проте видається, що поняття «місцева влада» ***(local authorities)*** може охоплювати всі перелічені вище суб'єкти, залежно від сприйнятої в державі концепції місцевого самоврядування та статусу територіальних спільнот та/або муніципалітетів.

Слід зауважити, що Європейська хартія місцевого самоврядування хоча і є найважливішим, проте не єдиним документом, що визначає європейські стандарти місцевого самоврядування. До таких міжнародно-правових актів зокрема належать:

- Європейська рамкова конвенція про транскордонне співробітництво між територіальними громадами або органами влади (1980) (визнає за місцевими й регіональними органами влади право на співпрацю поза національними кордонами та створення органів транскордонного співробітництва);
- Європейська конвенція про участь іноземців у громадському житті на місцевому рівні (1992) (визначає принцип, згідно з яким держави за потреби повинні гарантувати іноземним громадянам громадянські й політичні права, зокрема й право брати участь у виборах до муніципальних органів);
- Європейська хартія міст (1992) (визначає права громадян в європейських містах і ключові параметри функціювання міст), а також Європейська хартія міст II (2009), що модернізувала стандарти управління містами відповідно до нових вимог глобалізації тощо;
- Європейська хартія участі молоді в муніципальному та регіональному житті (1992), покликана активізувати таку участь.

### 5.4.2.2. Сутність європейських стандартів місцевого самоврядування

Стандарти Європейської хартії місцевого самоврядування (далі — Хартія) мали важливе значення під час формування сучасної муніци-

[*] Варто звернути увагу на те, що в офіційному перекладі Європейської хартії місцевого самоврядування українською мовою словосполуку *local authorities* перекладено як «органи місцевого самоврядування».

пальної влади у багатьох європейських державах. Ідеться як про країни, які проводили реформи місцевої публічної влади після повалення тоталітарних чи авторитарних режимів (зокрема постсоціалістичні держави), так і ті, які проводили реформи з децентралізації для створення сучасних й ефективних систем управління адміністративно-територіальними одиницями.

Наведемо ті стандарти, що мали ключове значення для згаданих перетворень.

Однією із перших і принципових вимог Хартії є потреба у визнанні місцевого самоврядування в національному законодавстві та по змозі в конституції держави. Такий підхід свідчить про важливість, з позиції Хартії, гарантувати право на самостійне вирішення місцевих публічних справ на найвищому законодавчому рівні в державі. А якщо взяти до уваги, що конституція виконує функцію обмеження держави, то це можна вважати й гарантією обмеження державної влади на користь місцевого самоврядування.

Місцеве самоврядування за Хартією повинно бути не номінальним, а реальним. Це випливає із положень Хартії про те, що місцеве самоврядування — це «право і ***спроможність***» здійснювати регулювання й управління «***суттєвою частиною***» публічних справ. Тому самого факту визнання місцевого самоврядування в законодавстві недостатньо, а ***«спроможність»*** муніципальних органів, вочевидь, має бути забезпечена належними матеріально-фінансовими ресурсами.

Однією з вимог Хартії є створення на підставі вільних виборів представницьких органів місцевого самоврядування (рад або зборів), функціювання яких є гарантією того, що публічні повноваження на місцях здійснюватиме саме місцеве самоврядування, а не призначені з центру чиновники.

Компетенція органів місцевого самоврядування має визначатися на основі «негативного» принципу: органи місцевого самоврядування повинні мати право вирішувати будь-яке питання, яке не вилучене зі сфери їхньої компетенції і вирішення якого не доручене жодному іншому органу. Протилежним за змістом є принцип «позитивного» визначення компетенції, за якого орган має право вирішувати тільки ті питання, які прямо закріплені за ним законом. До речі, положення частини 2 статті 19 Конституції України, за яким органи місцевого самоврядування та їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі й у межах повноважень та в спосіб, що передбачено Конституцією та за-

конами України, є прикладом «позитивного» визначення компетенції місцевого самоврядування. У цій частині положення Хартії та Конституції України є суперечливими.

Важливим положенням Хартії є вимога щодо повноти й винятковості повноважень органів місцевого самоврядування. Це означає, що вони не повинні одночасно належати іншим органам публічної влади. На жаль, згаданий стандарт місцевого самоврядування протягом багатьох років в Україні не реалізовували, є труднощі в його імплементації й нині. Це пов'язано із закріпленням низки однакових повноважень одночасно й за органами місцевого самоврядування, і за органами державної виконавчої влади.

У разі делегування державних повноважень органам місцевого самоврядування, вони повинні мати змогу пристосовувати їх здійснення до місцевих умов, а в разі ухвалення рішень, які безпосередньо стосуються муніципальної влади, з останніми слід проводити консультації.

Важливими стандартами місцевого самоврядування є положення щодо організаційної самостійності органів місцевого самоврядування (вони повинні мати змогу самостійно визначати власні внутрішні адміністративні структури з урахуванням місцевих потреб із забезпечення ефективного управління), а також матеріально-фінансової автономії (органи місцевого самоврядування повинні мати право на власні «адекватні» фінансові ресурси, які відповідають обсягу їхніх повноважень).

Адміністративний нагляд за органами місцевого самоврядування, як зазначено в Хартії, можуть здійснювати тільки у випадках і згідно з процедурами, передбаченими конституцією або законом; до того ж предметом такого нагляду є законність і дотримання конституційних принципів у процесі діяльності органів місцевого самоврядування, а наглядові заходи мають бути пропорційними важливості інтересів, які вони охороняють.

Крім того, розподіл компетенції між різними рівнями публічної влади слід здійснювати на підставі принципу субсидіарності.

#### 5.4.2.3. Принцип субсидіарності

Ідея субсидіарності є частиною європейської політико-правової традиції та походить із відповідного філософського принципу, згідно з яким політична влада повинна втручатися лише тоді й у тих межах, за яких суспільство й групи, що його утворюють — від індивідів до сім'ї,

місцевих громад й інших, більших груп — не в змозі забезпечити різноманітні потреби.

Вважають, що вперше цю ідею було сформульовано в папській енцикліці Пія XI, яку видано 1931 року до сорокової річниці ***Rerum Novarum***[*], і де сказано: «Цей найсерйозніший принцип соціальної філософії повинен бути незмінним: оскільки влада вирішує за своєю власною ініціативою та своїми власними засобами певні справи, які вона спроможна вирішити, не може бути вилучена від людей і передана спільноті, так само було б несправедливим і серйозно порушило б соціальний порядок вилучення від спільнот нижчого рівня тих функцій, які вони спроможні виконувати самостійно, і передання їх спільнотам вищого рівня. Природною метою будь-якого соціального втручання є допомога членам суспільства, а не знищення їх чи поглинання»[**].

Як правовий принцип, що закріплено у Європейській хартії місцевого самоврядування, субсидіарність містить певні обов'язки держав, що підписали Хартію та ввели її у свої національні правопорядки. Йдеться про такий розподіл компетенції між різними рівнями територіального устрою держави, за якого максимальна кількість повноважень залишається в адміністративно-територіальних одиницях нижчого рівня, натомість на кожен наступний рівень влади передають ті повноваження, які не можуть бути ефективно реалізовані на попередньому.

Варто зауважити, що низка європейських країн закріпили принцип субсидіарності у своїх конституціях, зокрема: Італія (стаття 118), Польща (преамбула), Франція (стаття 72), більшість реалізували його на практиці (Австрія, Бельгія, Німеччина та інші), проте з урахуванням національної традиції поділу влади, що склалася історично. У Конституції України принцип субсидіарності не відображено, проте він є обов'язковим до імплементації, зважаючи на обов'язковість Європейської хартії місцевого самоврядування, що після її ратифікації 1997 року стала частиною нашого національного законодавства.

За останні роки серед нових стандартів муніципальної влади вирізняють принципи сталого розвитку ***(sustainable development)*** і доброго врядування ***(good governance).*** Принцип ***сталого розвитку*** територій передбачає низку стандартів управління для гарантування екологіч-

---

[*] Одна із 86-ти енциклік Папи Римського Лева XIII (1891 р.), яку вважають епохальною; насправді є відкритим листом до єпископів Римо-католицької церкви, що присвячений відносинам між робітниками, владою й представниками великого капіталу та бізнесу.

[**] Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity. Report prepared for the Steering Committee on Local and Regional Authorities (CDLR). *Local and regional authorities in Europe*. № 55. URL: https://rm.coe.int/1680747fda (Last accessed: 20.04.2021).

ної безпеки й охорони довкілля в сучасних умовах, коли економічний розвиток спричинив екологічні загрози. Водночас ідея ***доброго врядування*** передбачає низку вимог до організації й діяльності органів місцевого самоврядування на засадах відкритості та транспарентності, підконтрольності місцевим громадам, залучення територіальних спільнот до процесів планування й ухвалення рішень, застосування різноманітних новітніх методів комунікації для широких консультацій із населенням адміністративно-територіальних одиниць щодо ключових питань, які належать до компетенції муніципальної влади.

### 5.4.3. Органи місцевого самоврядування

#### 5.4.3.1. Загальна характеристика муніципальних органів

Діяльність муніципальної влади пов'язана, по-перше, із регулюванням певної частини питань, що належать до компетенції муніципальної влади (тобто із ухваленням підзаконних правових актів), по-друге, із управлінням місцевими справами, зокрема комунальною власністю й розпоряджанням фінансовими ресурсами. Такі ключові функції місцевого самоврядування виконують органи місцевого самоврядування двох видів: ***представницькі*** (ради, збори, асамблеї) та ***виконавчі*** (адміністрації, виконавчі комітети).

***Представницькі органи місцевого самоврядування*** формуються шляхом виборів територіальними спільнотами. Такі органи є гарантією децентралізованості публічної влади, адже поряд із різноманітними формами участі населення в розв'язанні питань місцевого значення, у конституційних державах основний тягар ухвалення рішень на місцевому рівні лежить саме на цих органах.

Представницький характер місцевих рад (зборів чи асамблей), що забезпечується виборним способом їхнього формування, полягає в тому, що виборні представники (депутати, радники), які входять до їхнього складу, у процесі своєї діяльності репрезентують місцеве населення.

Важливе значення має нормотворча діяльність місцевих представницьких органів. Зважаючи на те, що муніципальній владі зазвичай властива організаційна самостійність, саме представницькі органи здебільшого визначають адміністративні (управлінські) структури, що функціюють у територіальній одиниці, регламенти їхньої діяльності, способи й процедури участі населення в обговоренні та ухваленні рішень (окрім визначених загальнонаціональним законодавством). Крім

того, представницькі органи визначають стратегії розвитку їхніх територій, формують виконавчі (управлінські) органи, а також контролюють їхню діяльність.

***Виконавчі органи місцевого самоврядування*** переважно формуються представницькими органами та мають своїм функціональним призначенням здійснення управління місцевими справами. До ключових сфер, в яких зазвичай управляють ці органи, належать: дошкільна й шкільна освіта, охорона здоров'я, благоустрій територій, будівництво, місцева інфраструктура, безпека навколишнього середовища тощо. У процесі здійснення управлінських повноважень виконавчі органи місцевого самоврядування підконтрольні передусім представницьким органам, а також відповідним територіальним спільнотам.

Поряд із виконанням самоврядних повноважень у низці конституційних держав муніципальні органи також реалізують так звані ***делеговані повноваження***. Ідеться про повноваження, що випливають із загальнодержавних функцій, проте держава передає їхнє виконання муніципальним органам. Підставою делегування повноважень може бути закон або адміністративний договір. Важливо зауважити, що відповідно до загальновизнаних стандартів місцевої демократії, разом із повноваженнями, у разі їхнього делегування, муніципальним органам також передаються державою фінансові (економічні) ресурси, необхідні для їхнього здійснення.

Якщо під час виконання самоврядних повноважень, які належать муніципальним органам чи територіальним спільнотам, органи місцевого самоврядування підконтрольні останнім, то реалізація делегованих повноважень допускає не тільки підконтрольність, а й певною мірою підпорядкованість муніципальних органів органам виконавчої влади.

Окрім представницьких і виконавчих органів місцевого самоврядування, у низці територіальних одиниць є посада ***голови громади*** (мера). Зазвичай ***мер*** — це найвища посадова особа муніципальної влади, хоча його місце в системі місцевого самоврядування є відмінним у різних державах. Так, мер може обиратися територіальною спільнотою шляхом прямих виборів і вважатися головою цієї спільноти; обиратися представницьким органом та очолювати його; призначатися на посаду як чиновник муніципальних органів та очолювати систему виконавчих органів місцевого самоврядування. Є й комбіновані форми, коли мер одночасно є і главою територіальної спільноти, і очо-

лює раду, а в деяких випадках — також і систему виконавчих органів (наприклад в Україні).

### 5.4.3.2. Представницькі органи місцевого самоврядування

Ключовими рисами представницьких органів місцевого самоврядування (місцевих рад, зборів, асамблей) є такі:

- їхній представницький характер, що забезпечується виборним способом формування;
- колегіальний характер з усіма наслідками, що з цього випливають, зокрема: ухвалення рішень через голосування після їхнього обговорення на засіданні представницького органу;
- періодична змінність таких органів; зазвичай у національному законодавстві визначено строк повноважень представницьких органів.

Місцеві представницькі органи обираються на підставі загального, рівного, прямого виборчого права таємним голосуванням. Варто зауважити, що в державах Європейського Союзу право голосу на місцевих виборах мають усі громадяни ЄС, які постійно проживають на території муніципалітету чи територіального колективу, представницький орган якої обирають; водночас національне громадянство виборців до уваги не беруть.

Для забезпечення представницького характеру місцевих рад (асамблей тощо) потрібне не тільки застосування адекватної виборчої системи (найчастіше це мажоритарна система, адже діяльність муніципальних органів — це більше питання адміністрування, а не політики), але й відповідних гарантій депутатам цих органів. Ідеться не про депутатський імунітет, як у випадку із парламентарями, а про вимогу Хартії забезпечити такі умови діяльності місцевих обраних представників, які гарантуватимуть вільне виконання ними своїх функцій, зокрема відповідне фінансове відшкодування витрат, що виникають під час відповідної діяльності. Це може бути забезпечено або депутатським індемнітетом (тією його частиною, яка передбачає, що депутат працює в представницькому органі на постійній основі), або через відшкодування витрат на відрядження й інші види активності депутата. Слід зазначити, що в Україні цю вимогу законодавство не забезпечує, а депутати місцевих рад не мають представницький орган основним місцем своєї роботи.

Щодо видів представницьких органів місцевого самоврядування, які функціюють в Україні, то їх можна об'єднати у дві групи:

1. представницькі органи громад, які функціюють в адміністративно-територіальних одиницях базового рівня територіального устрою та представляють кожна територіальну громаду (чи об'єднану громаду), яка їх сформувала.
2. представницькі органи районів й областей — районні й обласні ради, — що мають відмінну природу від рад базового рівня, оскільки представляють ***спільні інтереси територіальних громад*** відповідного району чи області. Така особлива природа районних й обласних рад отримала продовження і в специфічному їхньому статусі: на відміну від представницьких рад базового рівня, районні й обласні ради в Україні не мають власних виконавчих органів, а повноваження з управління нібито делегують обласним і районним державним адміністраціям, які не є муніципальними органами, що представляють громади, натомість є органами державної виконавчої влади, що становить єдину ієрархічну систему, підпорядковану Кабінету Міністрів України (головів цих адміністрацій призначає Президент України за поданням Уряду). Насправді факту делегування повноважень не відбулося, оскільки вони були просто відображені в законах про місцеве самоврядування й про місцеві державні адміністрації.

Описаний статус районних й обласних рад перетворив їх на органи, які мають лише обмежені нормотворчі повноваження, затверджують програми соціально-економічного та іншого розвитку адміністративно-територіальних одиниць, а реального управління не здійснюють. До того ж контроль рад за виконанням місцевими державними адміністраціями нібито делегованих повноважень є вкрай обмеженим (насправді, окрім заслуховування звітів, засобом такого контролю є висловлення недовіри голові державної адміністрації, що є рекомендаціями для глави держави).

### 5.4.3.3. Виконавчі органи місцевого самоврядування й голови громад

***Виконавчі органи місцевого самоврядування*** — органи публічної адміністрації, що сформовані представницькими органами місцевого самоврядування, і які здійснюють управління справами територіальної спільноти (муніципалітету) на підставі затверджених радами

(асамблеями) програм і керуючись ухваленими ними локальними правовими актами.

Важливою відмінністю виконавчих органів муніципальної влади від державних органів виконавчої влади є те, що їхня система зазвичай визначена в межах кожного муніципалітету (чи громади) окремо. Це має на меті реалізацію ідеї максимального пристосування адміністративної структури до виконання управлінських завдань у кожній окремо взятій адміністративно-територіальній одиниці з урахуванням її економічних, демографічних, географічних й інших особливостей. У результаті реалізація цієї ідеї повинна забезпечити ефективність управління, яке здійснюють виконавчі органи місцевого самоврядування.

Українське законодавство про місцеве самоврядування також не визначає єдиного варіанта системи виконавчих органів місцевого самоврядування, залишаючи це питання для розв'язання радам (сільським, селищним, міським, районним у містах), проте містить імператив щодо утворення ***виконавчого комітету*** як колегіального виконавчого органу відповідної ради (виняток становлять лише дрібні сільські ради, в яких виконком можуть не створювати).

Такий імператив, з одного боку, пояснюють гарантією створення в територіальних громадах управлінських органів, а з іншого — потребою держави в існуванні виконавчих органів муніципальної влади, яким можна буде доручити виконання окремих державних повноважень. Так, виконавчі комітети місцевих рад в Україні, окрім ***власних*** (самоврядних) повноважень, виконують також низку повноважень ***делегованих***, які за природою є повноваженнями не муніципальної влади, а держави. Виконання таких повноважень повинні фінансувати коштом державного, а не місцевого бюджету, а відповідальність за їхнє виконання виконавчі комітети несуть не перед громадами й радами, а перед державними органами виконавчої влади.

В Україні систему виконавчих органів місцевої ради очолює сільський (селищний, міський) голова чи голова об'єднаної територіальної громади відповідно (далі — голова громади). Оскільки населення районів та областей відповідно до чинної Конституції територіальних спільнот не становлять, громадами не є, таких посадових осіб у них немає (голови районних й обласних рад є лише керівниками представницьких органів, яких обирають з-поміж їхніх депутатів).

Голова громади в Україні має особливий статус:

по-перше, він є представником громади, найвищою посадовою особою місцевого самоврядування; цей аспект статусу голови підсилюється тим, що повноваження голова громади отримує безпосередньо від громади, через прямі вибори;

по-друге, він очолює представницький орган громади (відповідну раду) та має повноваження щодо організації і керівництва її роботою, формування порядку денного, скликання сесій, ведення засідань, підписання ухвалених радою рішень тощо;

по-третє, голова громади очолює систему виконавчих органів ради, зокрема виконавчий комітет, керує їхньою роботою, організовує, координує й контролює їхню діяльність.

Перелічене дає підстави стверджувати, що голова громади, з огляду на його статус і повноваження, є посадовою особою, відповідальною за ефективність управління в межах адміністративно-територіальної одиниці.

### 5.4.4. Безпосередня участь громадян у здійсненні місцевого самоврядування

Муніципальна влада, якщо порівняти з владою державною, органами влади автономії чи суб'єктом федерації (за їхньої наявності), є найнаближенішою до людини. Це створює передумови тісної комунікації муніципальних органів з населенням відповідних територіальних одиниць, що здійснюють у визначених формах. Найпоширенішими формами безпосередньої участі громадян у здійсненні місцевого самоврядування є місцеві референдуми, збори громадян, петиції, публічні (громадські) слухання, місцеві ініціативи, громадські консультації, членство в консультативно-дорадчих органах, що функціюють при муніципальних органах.

***Місцевий референдум*** вважають важливою формою здійснення місцевого самоврядування, оскільки є способом безпосереднього ухвалення територіальною спільнотою через голосування рішення з питань місцевого самоврядування. Значущість місцевого референдуму в тому, що це форма прямого народовладдя. За її застосування громадяни стають не тільки ініціаторами певного рішення, але й суб'єктом його ухвалення.

Проте, якщо раніше до референдуму ставилися як до найважливішої форми народовладдя, з часом його значення було переоцінено. Це пов'язано як із дискредитацією самої ідеї референдуму через часте його застосування авторитарними режимами й зростанням кількості випадків маніпулювання суспільною думкою, так і з появою новітніх методів комунікації, що дають змогу проводити суспільні обговорення рішень муніципальної влади досить оперативно та із залученням великої кількості громадян. Тому протягом останнього десятиліття в державах конституційної демократії форми прямої демократії доповнюють, а інколи й заміщують формами учасницької демократії.

До останніх належать ***петиції***, які є правом членів територіальних спільнот ініціювати перед представницьким органом розгляд того чи іншого питання, що належить до його компетенції. Електронні петиції, які набули поширення протягом останніх років, дають змогу досить оперативно вимірювати рівень зацікавленості територіальної спільноти у розгляді й розв'язанні того чи іншого питання через визначення кількості підписантів за визначений проміжок часу. Це дає змогу оперативно реагувати на інтереси й потреби місцевого населення, коригувати управлінську діяльність у тому чи іншому напрямі.

Близькою до петиції є форма ***місцевої ініціативи***, що передбачає подання членами територіальної спільноти на розгляд ради питання місцевого значення та обов'язок представницького органу таке питання розглянути на своєму засіданні.

Ще однією формою учасницької демократії, поширеною на місцевому рівні, є ***консультації*** із членами територіальних спільнот. У теорії управління доведено, що на практиці краще реалізують ті рішення, в ухваленні яких бере участь якомога більше громадян. Тому муніципальні органи дедалі частіше проводять консультації перед ухваленням тих чи інших рішень, особливо непопулярних. Такий підхід дає змогу уникнути несприйняття рішення територіальною спільнотою після його ухвалення, роз'яснити потребу в його ухваленні, підготувати громадян до його реалізації в майбутньому або ж відмовитися від його ухвалення й шукати інші способи розв'язання проблеми.

У деяких випадках при муніципальних органах створюють і функціюють ***консультативно-дорадчі органи***, які від попередньої форми відрізняються меншою масовістю й більшою професійністю консультацій (завдяки членству в таких органах фахівців у певних галузях).

У разі ухвалення важливих рішень, муніципальні органи можуть проводити ***дорадчі опитування*** (консультативні референдуми), щоб з'ясувати громадську думку.

Важливими формами участі громадян у здійсненні місцевого самоврядування є ***збори громадян***, ***публічні зустрічі***, ***публічні (громадські) слухання.*** Усі вони є майданчиками для обговорення питань, що належать до компетенції муніципальних органів; можуть передбачати обов'язкову участь представників муніципальних органів, їхнє звітування перед громадянами чи обов'язково інформувати про актуальні для громадян питання, розв'язання яких належить до компетенції цих органів.

### 5.4.5. Державний контроль за місцевим самоврядуванням

Діяльність муніципальних органів пов'язана із досить широким ступенем їхньої самостійності як у регулюванні питань, що належать до їхньої компетенції, так і в управлінні публічними справами. Проте таку діяльність слід провадити відповідно до закону, який визначає межі самостійності органів місцевого самоврядування. Тому поряд із дорученням певної частини публічних справ муніципальним органам держави одночасно створюють відповідні системи контролю за законністю їхньої діяльності.

***Метою*** державного контролю за місцевим самоврядуванням є забезпечення дотримання закону муніципальними органами під час здійснення ними діяльності. Державний контроль за місцевим самоврядуванням охоплює дві форми: 1) судовий контроль за законністю актів муніципальних органів, їхньою діяльністю чи бездіяльністю; 2) адміністративний нагляд за муніципальними органами, що здійснюють представники державної влади.

Зміст ***судового контролю*** за місцевим самоврядуванням полягає у можливості скасування в судовому порядку незаконних актів муніципальних органів, визнання незаконною їхньої діяльності чи бездіяльності за зверненням (позовом) уповноваженого представника держави. Така форма контролю має серйозні юридичні наслідки у формі припинення дії незаконних правових актів чи припинення незаконної діяльності/бездіяльності.

***Адміністративний нагляд*** за місцевим самоврядуванням здійснюють уповноважені представники держави (префекти у Франції, воєводи в Польщі).

Європейські стандарти місцевого самоврядування чітко визначають параметри адміністративного нагляду за місцевим самоврядуванням. По-перше, такий нагляд повинен ґрунтуватися тільки на законі.

Адміністративний нагляд за органами місцевого самоврядування можуть здійснювати тільки у випадках й згідно з процедурами, що передбачено конституцією або законом; до того ж предметом такого нагляду є законність і дотримання конституційних принципів у процесі діяльності органів місцевого самоврядування, а наглядові заходи повинні бути пропорційними важливості інтересів, які вони охороняють.

# Розділ 6.
# Реалізація й охорона конституції

## 6.1. Механізм дії та особливості реалізації конституції

### 6.1.1. Механізм дії конституції

#### 6.1.1.1. Поняття механізму дії конституції

Конституція — це складний комплексний регулятор суспільних відносин. Як уже зазначено в попередніх розділах, сприйняття конституції повинно відбуватися передусім крізь призму її правової природи. Відповідно, процес реалізації конституції — це живий перманентний процес утілення її цінностей, ідей, принципів та норм у реальне життя суспільства. Проте, очевидно, що такий процес не обмежується лише юридичними аспектами й формами.

Конституція є основою національної системи права, з неї «виростають» окремі галузі права, а це передбачає, що вона (конституція) як регулятор суспільних відносин не може бути обмежена вузьким колом спеціальних юридичних інструментів її реалізації. Механізм дії конституції набагато ширший і глибший, що зумовлено її місцем у системі соціальних регуляторів, рівнем і формою впливу на розвиток суспільних відносин, роллю в гарантуванні прав людини та функціюванні демократичних інститутів. За такого підходу юридичні аспекти є лише частиною механізму дії конституції загалом.

Попри це, у вітчизняній літературі прийнято говорити переважно про юридичні аспекти реалізації конституції. Водночас таку реалізацію основного закону зводять навіть не до сприйняття конституції як цілісного документа, а подають крізь призму реалізації конституційно-правових норм. Звісно, конституційні правовідносини передбачають утілення в життя норм конституції за допомогою класичних форм реалізації правових норм: дотримання, виконання та використання. Проте характеристика процесу реалізації конституції тільки на цьому, формально-юридичному рівні, збіднює її правову природу, сутність і значення в демократичному суспільстві. У більшості пострадянських підручників з конституційного права питання реалізації конституції на цьому й завершується. Такий підхід сумнівний з кількох міркувань.

По-перше, конституція — цілісний документ, який виконує низку тісно переплетених між собою спеціальних функцій. Тому механічно «накладати» форми реалізації конституційно-правових норм на процес реалізації всієї конституції як цілісного документа некоректно. За всієї важливості кожної норми конституції, її окреме застосування в реальних правовідносинах далеко не завжди сприятиме досягненню мети, що закріплено в основному законі. Усі конституційні приписи слід застосовувати тільки системно, у безумовному взаємозв'язку з іншими нормами конституції, змістом прав людини, принципами права й іншими конституційними цінностями.

По-друге, конституція має не тільки юридичне значення в суспільстві. Навіть у країнах з авторитарними чи напівдемократичними політичними режимами на конституції покладають чимало інших, додаткових, суспільних завдань, як-от: закріплення й розвиток історичних та ментальних особливостей нації чи народу; об'єднання різних соціальних груп і суспільних утворень в одній державі; визначення та/або закріплення економічної основи розвитку суспільства; визначення й розвиток політичних пріоритетів тощо. Ігнорувати ці завдання конституції, навіть коли йдеться про юридичну характеристику конституції, некоректно, оскільки це неминуче спричинить звуження сутності конституції, а отже, способів її практичного застосування і, як наслідок, може перетворити її у фасадний символ держави, а не дієвий інструмент правового регулювання.

По-третє, реалізують норми конституції в реальному житті далеко не тільки у сфері державно-владних відносин. Тим часом конституцію й конституційне право часто продовжують сприймати насамперед як інструмент забезпечення функціювання держави. За такого підходу основними, інколи навіть єдиними, правовідносинами в конституційному праві розглядають державно-владні та тісно пов'язані з ними відносини. Проте, як уже зазначалося в попередніх розділах, такий підхід надто спрощений. Конституція регулює набагато ширше коло відносин, вона є стрижнем національної правової системи, основою організації всього суспільного життя, механізмів ухвалення рішень і способів утілення цих рішень у реальній соціальній практиці. Важливим є визнання й легітимація (сприйняття та виконання) як конституції загалом, так й окремих її положень самим суспільством. Очевидно, з такого погляду дію конституції не можна зводити лише до юридичних форм, оскільки це спричинить властивий юридичному позитивізму надмірний формалізм — сприйняття конституції тільки як юридичного акта, який існує поза суспільством.

Тому до реалізації конституції слід підходити ширше, ураховуючи всі основні аспекти її дії як комплексного й системного інструменту регулювання суспільних відносин. Ігнорування таких аспектів дії конституції не сприяє поглибленому розумінню й розвитку власне юридичних аспектів її дії. Відповідно, ***механізм дії конституції — це комплекс (система) способів утілення приписів конституції в реальних суспільних відносинах, вираження її змісту, суспільного значення й цінностей, що забезпечують її верховенство й визначальне значення в життєдіяльності та розвитку суспільства***.

Таке комплексне розуміння механізму дії конституції передбачає наявність його внутрішньої структури — системи елементів, які зумовлюють дію конституції в усіх сферах і під впливом різних обставин. Тому доцільно виокремити такі аспекти (елементи) механізму дії конституцій, як-от: соціально-демографічні, політичні, економічні, адміністративно-управлінські та юридичні. Саме їхня взаємодія забезпечує реалізацію конституції.

#### 6.1.1.2. Соціально-демографічні аспекти механізму дії конституції

Дію конституції не слід зводити лише до її застосування суб'єктами державно-владних правовідносин (відносин владарювання). Її разом із суб'єктами публічної влади реалізують передусім окремі індивіди, їхні об'єднання, інститути громадянського суспільства. Тобто «зрізів» реалізації конституції набагато більше, і вони охоплюють різні соціальні сфери.

Для забезпечення дії конституції в такому широкому контексті критично важливим є її визнання й коректне сприйняття на кожному з цих «зрізів». З юридичного погляду йдеться насамперед про визнання конституції суспільством загалом, тобто її легітимність.

Процес легітимації будь-якого правового акта, а особливо конституції — це досить складне й комплексне явище. У теорії конституційного права зазвичай питання легітимності конституції прийнято досліджувати на етапі її ухваленя та/або внесення змін до неї. Саме за цим критерієм класифікують конституції (про це йшлося в підрозділі 1.4.1.2) й виокремлюють, зокрема, «народні» конституції, які ухвалено на референдумі або спеціально уповноваженим представницьким органом.

Проте, окрім етапу ухвалення конституції або зміни її окремих положень, не менш важливим є поточне визнання суспільством конституції загалом та її окремих частин як основоположного, ефективного й сучас-

ного регулятора. Це стан, коли люди сприймають положення конституції як інструмент гарантування їхніх прав, визначення меж втручання в їхнє приватне життя, захисту від такого втручання, спосіб ефективного обмеження влади держави тощо. Тобто конституція є дзеркалом потреб суспільства, насамперед правових, але не тільки. Вона стає виразником колективного «ми». З огляду на це слід підтримати окремі тези Ганса Ліндала (Hans Lindahl) щодо важливості «уповноважувальної колективної дії» конституції та реалізації спільного «ми»* під час ухвалення конституції та її визнання як акта колективної дії в процесі застосування. Якщо ж суспільство не визнає конституції, то виникає потреба або коригування (внесення змін), або до її делегітимації й оновлення (ухвалення нової конституції).

За таких обставин у конституції змістовно слід ураховувати низку соціальних і демографічних чинників, а що ще важливіше, механізми й інструменти її реалізації повинні ґрунтуватися на цих чинниках. Якщо щодо соціальних аспектів реалізації основного закону більшість авторів погоджується й досить докладно аналізує вплив, наприклад, ментальності народу, рівня його правової культури, розвинутості соціальної активності громадян, інститутів громадянського суспільства тощо, то демографічні чинники під час реалізації конституції майже не враховуються. Тим часом такі аспекти, як-от: «вік народу» й усталеність його традицій, етнічний склад й особливості міжнаціонального діалогу, культурна, мовна та релігійна різноманітність мають досить важливе значення. Адже, з одного боку, якщо їх проігнорувати в тексті конституції, це спричинить (спричинятиме) паралельне спонтанне (конкурентне конституційному) регулювання цих питань самим суспільством. З іншого — некоректне відображення в конституції зазначених чинників або неналежне застосування конституційних конструкцій може спричинити делегітимацію основного закону.

Наприклад, легітимна конституція повинна, зокрема, відповідати на запити суспільства в сфері духовно-релігійного життя. Важливо, щоб конституція відображала актуальне ставлення суспільства до релігії й релігійності загалом (зокрема й через можливу повну секуляризацію — відділення держави й релігійних інститутів). Звісно, це зауваження не стосується релігійних правових систем, де конституція не тільки відображає релігійні настрої народу, а й опирається на релігійні

* Hans Lindahl. Constituent Powerand the Constitution / edited by Dyzenhaus David and Malcolm Thorburn, eds. Philosophical Foundations of Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2016. P. 141—145.

норми (наприклад, у статті 2 Конституції Пакистану визначено, що іслам є державною релігією).

Ідеться про врахування й конституційне закріплення в сучасних демократичних конституціях балансу щодо такого делікатного питання як релігійність суспільства на основі історичних передумов. Наприклад, у Конституції Греції чітко й однозначно закріплено статус домінуючої релігії, що належить до Східної Православної Церкви Христової. Відповідні положення статей 3, 5, 59 й інших досить виразно окреслюють цей духовно-релігійний аспект. До того ж стаття 13 Основного закону Греції також гарантує свободу віросповідання. Схожа ситуація й у Польщі, де в статті 25 Конституції закріплено особливий статус Римської Католицької Церкви й відносини зі Святим Престолом. Конституція України не містить чітких релігійних векторів і намагається знайти делікатний баланс між сприянням розвитку «релігійної самобутності» (статті 11) й гарантуванням свободи віросповідання (стаття 35 Конституції України). Аналогійні приклади конституційного регулювання можна навести й щодо інших, означених вище, демографічних ознак суспільства.

З правого погляду, ці й інші приклади врахування соціальних і демографічних особливостей суспільства в конституції та в процесі її реалізації, можна звести до ціннісного аналізу конституцій. Тобто йдеться про закріплення в тексті конституції цінностей і способів їхнього гарантування (забезпечення) державою. Як зауважує М. Козюбра, цінності — це передусім сфера світогляду, тоді як світоглядні позиції суб'єкта охоплюють також і стиль правового мислення, а отже — впливають на правотворчу, нормозастосовчу й іншу юридичну практичну діяльність*.

У такий спосіб дія конституції передбачає одночасно й дію цінностей, які формують і розвивають конкретне суспільство, державу та індивідів. Відповідно, механізм дії конституції не тільки зумовлений соціальними чинниками, а й за певних умов впливає на їхній розвиток і навіть формування. Наприклад, рівень правової культури суспільства, від якого, з одного боку, залежить реалізація правових норм загалом та конституційних зокрема, а з іншого — сам є наслідком ефективності реалізації конституції та її легітимності. Це зайвий раз демонструє взаємопов'язаність різних елементів дії конституції між собою й комплексний зміст конституційного права загалом.

---

* Козюбра М. І. Принципи права: методологічні підходи до розуміння природи та класифікації в умовах сучасних глобалізаційних трансформацій. *Право України: юридичний журнал.* 2017. Вип. 11. С. 148.

### 6.1.1.3. Політичні аспекти механізму дії конституції

Практичне значення конституції для політичної сфери, очевидно, слід розглядати у двох порівняно відокремлених аспектах: її значення у формуванні державної політики (удало передається через англомовний термін ***policy***) й у політичній структуризації суспільства (***politics***).

Якщо ми говоримо про формування державної політики як ***policy***, то значення конституції полягає в закріпленні підтриманих суспільством основних принципів функціювання держави, пріоритетів її розвитку й притаманних цьому суспільству цінностей. Ідеться про закріплення політики держави щодо форми державного правління, форми державного устрою, політичного режиму, загальнодержавної системи стримувань і противаг (до того ж не тільки щодо системи органів публічної влади, а й у ширшому — суспільному контексті — забезпечення мультикультурності, захист історичних особливостей окремих спільнот чи територій тощо).

Так, закріплення принципу унітарності або федералізму зазвичай має не тільки формально юридичне значення для оптимізації державного управління, відносин «центр — регіони», способу ухвалення рішень тощо. Насправді ці принципи для більшості країн є продуктом складного суспільного компромісу, який базується на непростих історичних, культурних, економічних, етнічних, мовних й інших структурних особливостях суспільства. Наприклад, принцип федералізму у ФРН аж ніяк не можна вважати продуктом Основного закону ФРН, який прийнято 1949 року. Його витоки слід шукати починаючи з перших успішних спроб економічної та політичної консолідації Конфедерації (Німецький союз) 1815 року й наступних історичних подіях[*]. Основний закон ФРН питання федералізму червоною ниткою проводить крізь майже всі сфери суспільної діяльності[**]. А становлення й імплементація принципу федералізму викликали суттєві зміни в усіх інших сферах суспільного, зокрема й правового життя. Так, справа Федерального конституційного суду ФРН про Південно-Західні землі (BVerfGE 1, 14 — Südweststaat)[***] не тільки поклала початок розв'язанню складних питань у відносинах між федеральною владою та суб'єктами федерації, а й стала основою розвитку конституційного контролю в цій країні

---

[*] Kommers, Donald P. and Miller, Russell A. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3rd Edition. (2012). P. 79.

[**] Basic Law for the Federal Republic of Germany. URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/ (дата звернення: 03.04.2021 р.).

[***] Das Bundesverfassungsgericht BVerfGE 1, 14 — Südweststaat. URL: https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001014.html (дата звернення: 03.04.2021 р.).

та заклала фундамент розвитку кількох суміжних сфер конституційного регулювання. Зокрема в цій справі висловлено й обґрунтовано тезу про неконституційність і недемократичність продовження строків повноважень представницьких законодавчих органів*, що дало поштовх для докладнішого унормування цих питань.

Наведені приклади свідчать, що, з одного боку, суспільні потреби (у цьому разі — пов'язані з федералізацією Німеччини) впливають на зміст і структуру конституції, а з іншого — конституцію реалізують у певних політичних умовах, в унормуванні яких визначальне значення мають потреби суспільства, відповідно, механізм дії конституції залежить від ефективності тієї ж державної політики. Реалізація державної політики щодо, наприклад, федералізму зумовлює механізм дії конституції; насправді йдеться про складну взаємозалежність.

Щодо політичної структуризації суспільства (***politics***), то вплив цієї сфери на реалізацію конституції є безпосереднім і виражається в кількох напрямах: по-перше, це формування сприятливого демократичного середовища, в якому конституційні приписи набуватимуть справжньої ваги й стають реальними; по-друге, діяльність політичних державних органів (насамперед парламентів й урядів) зумовлює ухвалення та виконання актів і рішень для безпосередньої реалізації конституції через закони, підзаконні акти й адміністративні дії; по-третє, політична багатоманітність і демократична конкуренція є запорукою розвитку самого суспільства, а отже, і застосування конституції як його основного регулятора; по-четверте, діяльність політичних партій та інших демократичних інститутів є гарантією структурування суспільства й пропорційного представлення інтересів різних соціальних верств та груп населення.

Політичні аспекти механізму дії конституції виражають насамперед через усвідомлення її змісту й сутності, безпосереднє застосування у відповідних правовідносинах, а головне — у повазі політичного середовища до конституційного регулювання. Ці аспекти найяскравіше виявляються в діяльності парламенту, який, поважаючи конституцію, не повинен ухвалювати закони, що можуть брати під сумнів зміст прав людини, сутність конституційних інститутів чи процедур, а також не допускати (через ухвалення законів і парламентський контроль) викривленого застосування конституції іншими суб'єктами. І тут йдеться не тільки про особливості функціювання політичних партій, рухів,

* Там само, пункт D.3 Рішення Другого Сенату.

об'єднань громадян, про вибори, референдуми або інші демократичні інститути, але й про гарантування права на участь в управлінні публічними справами загалом і дотримання конституційних принципів і визначеної державної політики.

### 6.1.1.4. Економічні аспекти механізму дії конституції

У вітчизняній юриспруденції, зокрема конституціоналістиці, не прийнято говорити про економічні чинники як основу правового регулювання. Певною мірою це, очевидно, можна пояснити негативною реакцією на попередній світоглядний ідеологічний підхід до інтерпретації будь-яких суспільних явищ і процесів крізь призму визначального для них економічного базису. Перебільшення значення економічних відносин у становленні й розвитку права та інших правових явищ, притаманне матеріалістичній методології, зрештою спричинило зворотну ситуацію — повне ігнорування економічних чинників у праві загалом і конституційному праві зокрема або ж у ліпшому разі те, що економічні питання порушують у наукових дискурсах зазвичай тільки щодо захисту права власності й інших пов'язаних з ним прав людини. Такий класичний підхід, властивий лібералізму, зосереджує увагу на індивідуалістичних аспектах правового регулювання.

Механізм дії конституції за таких умов спрямовують насамперед на захист приватного права від втручання держави й інших суб'єктів, визначення допустимих меж такого втручання і заходів реагування на порушення. Як приклад такого підходу можна назвати рішення Федерального конституційного суду Німеччини у справі про протипаводковий контроль у Гамбурзі[*], де суд аналізує аспекти реалізації права власності крізь призму права на компенсацію за примусове відчуження землі (таке відчуження здійснювали в суспільних інтересах). Коментуючи це рішення, С. Шевчук зазначає, що «німецька конституційна юриспруденція не розглядає власність як ринкову категорію… в основі захисту права власності лежить особиста та моральна мета, а не економічна…»[**]. Водночас сукупність прав індивідів стає основою (орієнтиром) формування й реалізації державної політики в економічній сфері та засад регулювання відповідних правовідносин. Саме ширше

---

[*] BVerfGE 24, 367 — öffentliches Eigentuman Deichen. Legalenteignung. Hamburg. URL: https://www.jura.fu-berlin.de/fachbereich/einrichtungen/oeffentliches-recht/emeriti/pestalozzac/materialien/staatshaftung/BVerfGE_24__-367.pdf?1337609999 (Last accessed: 20.04.2021).

[**] Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції. 2-ге вид., випр. і доп. Київ: Реферат, 2007. С. 719.

сприйняття права власності й додавання до такого аналізу елементів добробуту порушує низку додаткових зобов'язань держави[*] як у ліберальній, так і в соціальній демократіях.

Так, наприклад, зміст права власності, права на підприємницьку діяльність, права на працю, інших прав працівників, очевидно, упливають на функціювання держави й виконання нею низки функцій. Конституційне регулювання цих процесів повинне враховувати цю мету й завдання. З огляду на це, у сучасних умовах дедалі поширенішими стають дослідження впливу не тільки права на економічні процеси, що є очевидним, а й зворотного впливу економіки на нормотворчість та нормозастосування.

Чимало авторів, особливо в США, пропонують аналізувати правові проблеми й шукати способи їхнього розв'язання за допомогою економічних інструментів: економічного аналізу права й нормозастосування та через економічну аргументацію. Чи не найвідомішими в цьому плані є праці Річарда Познера (Richard A. Posner). І якщо його «Економічний аналіз права»[**] все ж більше спрямований на аналіз приватноправових відносин, то в деяких інших його працях[***] ширше проаналізовано функціювання демократичних інститутів в умовах ліберальної економіки.

Такий підхід передбачає досить прагматичне переосмислення багатьох усталених підходів, зокрема й щодо конституційно-правових відносин, коли той чи інший інститут, механізм, процедура чи норма аналізують з погляду раціональності й економічної доцільності (співвідношення затрат і очікуваного/отриманого результату). До того ж на пострадянському просторі навіть автори, які загалом позитивно ставляться до економічного аналізу приватноправових відносин, вважають, що в публічних сферах регулювання все ж переважають «етичні цінності й неекономічні утилітарні міркування»[****].

З цим частково можна погодитися, хоч і слід зауважити, що нестандартний для юриспруденції економічний інструментарій (збір й опрацювання великого обсягу даних, кореляційні інструменти, регресійний, факторний аналіз, прогнозування й моделювання тощо) ана-

---

[*] Economic Rights K. D. Ewing. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Eds. Rosenfeld, Michel, and András Sajó: Oxford University Press, November 21, 2012. P. 1052—1053.

[**] Economic Analysis of Law. Richard A. Posner: Aspen Publishers, Wolters Kluwer Law & Business; 9 edition, NY, 2014. 1056 p.

[***] Наприклад, Posner Richard A. Law, Pragmatism, and Democracy. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2005. та Richard A. The Economics of Justice. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

[****] Карапетов А. Г. Экономический анализ права. М.: Статут, 2016. С. 239.

лізу реалізації правових норм може бути вкрай корисним. Особливо це актуально тоді, коли йдеться про такий комплексний процес як дія конституції. Адже реалізація конституційних норм потребує зокрема публічних ресурсів (не тільки фінансових, а й організаційних, інституційних, часу тощо), а отже, й економічних передумов для цього. Інший важливий аспект — урахування умов й особливостей середовища, в якому конституцію застосовуватимуть. Ці два аспекти досить чітко характеризують економічний аспект механізму дії конституції.

Тим часом урахування балансу наявних і потрібних ресурсів для забезпечення конституції дуже часто зводиться до дискусії про забезпечення державою соціального захисту громадян. Проте такий підхід є надто вузьким і не може продемонструвати весь спектр проблематики в цій сфері. Тому має рацію М. Савчин, який дещо розширює цей спектр й окремо аналізує реалізацію конституції через «соціальну політику уряду та адміністрації»*.

Саме за допомогою такого аналізу можна розглядати функціювання будь-якого конституційного інституту, інституції, процедури чи норми. Адже утилітарний і прагматичний аналіз може стосуватися не тільки реалізації фундаментальних прав людини, а й бути вкрай корисним під час визначення ефективності структури парламенту, законодавчої процедури, системи судів, засад судочинства тощо. У конституційному процесі утилітарність, очевидно, також має значення та певний вплив. Наприклад, положення щодо питань оподаткування й бюджету, які за спостереженням Д. Коммерса й Р. Міллера (D. Kommers та R. Miller), були предметом частіших змін, якщо порівняти з іншими конституційними нормами у ФРН**. Украй корисним може бути, зокрема, аналіз «вартості» законодавчої процедури й порівняння витрат на прийняття законів у різних країнах з використанням різноманітних конституційних процедур***.

Щодо економічного аналізу середовища, в якому діє конституція — це також досить комплексна проблема, адже ефективність реалізації окремих норм основного закону залежить не тільки від якості самої норми, а й від ідеологічних засад, в яких її (норму) системно застосовуватимуть. Наприклад, право приватної власності, реалізація якого

---

* Савчин М. В. Конституційне право України: підручник / відп. ред. проф., д-р юрид. наук М. О. Баймуратов. К.: Правова єдність, 2009. С. 155.

** Kommers, Donald P. and Miller, Russell A. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3rd Edition. (2012). P. 96.

*** Parisi, Francesco, and Vincy Fon. The Economics of Lawmaking. Oxford: Oxford University Press, 2009.

значною мірою залежить від «економічної ідеології», що закладено в основу конституційного регулювання. Так, статті 13 та 41 Конституції України використовують одночасно такі різнорівневі категорії як «право приватної власності» й «право власності Українського народу», що породжує чималі дискусії серед правників, які сумніваються в дієвості останньої категорії. Тоді як інші науковці доводять протилежну позицію*.

Не вдаючись до дискусії щодо змісту цих категорій, слід зазначити, що така конституційна проблема загалом є відображенням середовища, в якому діє Основний закон України. Адже ані на етапі ухвалення Конституції України (коли відповідні суперечливі положення було додано до тексту), ані протягом двох з половиною десятків років дії цих норм однозначної позиції не вироблено (наприклад, серйозний крок до скасування мораторію на відчуження земель сільськогосподарського призначення зроблено тільки 2020 року). Неврахування цих й аналогійних обставин під час аналізу механізму дії конституції, очевидно, позбавить змоги зробити об'єктивні й значущі висновки.

Так, економічний аспект механізму дії конституції передбачає комплексний аналіз стану розвитку конкретного суспільства й рівня добробуту його членів, уплив такого стану на зміст конституційного регулювання правовідносин, а головне — ефективності такого регулювання. Запозичення з економіки наукового інструментарію оцінювання ефективності конституційного регулювання допоможе зробити такий аналіз практичнішим, наочнішим та кориснішим. Як приклад, можна навести методологію формування одного з найвідоміших рейтингів щодо верховенства права — світовий індекс верховенства права**.

### 6.1.1.5. Адміністративно-управлінські аспекти механізму дії конституції

Щоб забезпечити дію конституції, потрібні чіткі й злагоджені дії всього державного апарату (органів публічної влади та їхніх працівників), інститутів громадянського суспільства та кожного громадянина. Очевидно, такі дії не мають бути чимось екстраординарним чи одноразовим актом надзусилля. Реалізація конституції в державі — це, по суті, перманентний системний процес, що має у своїй основі систему стримувань і противаг діяльності публічної влади, прозорість, відкри-

* Носик В. В. Право власності на землю українського народу: монографія. К., 2006.

** World Justice Project Rule of Law Index® 2020. URL: https://worldjusticeproject.org/sites/default-/files/documents/WJP-ROLI-2020-Online_0.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

тість і демократичність ухвалення рішень, а також гарантії ефективної реалізації права на участь в управлінні публічними справами.

Більшість авторів зосереджує увагу лише на першому аспекті організації реалізації конституції — діяльності органів публічної влади, а інколи тільки на діяльності вищих органів державної влади (парламенту, глави держави, уряду чи вищих судів). Очевидно, публічна влада має тут ключове значення, проте конституційне право не можна й не слід концентрувати лише на відносинах владарювання. Конституція і конституціоналізм у сучасному їхньому розумінні зумовлені правами людини й орієнтуються на них. З цього погляду участь громадян у процесі формування органів публічної влади, їхньої діяльності й розвиток інститутів демократії є запорукою створення й ефективного розвитку адміністративно-управлінських передумов механізму дії конституції в сучасних умовах.

Адміністративно-управлінські аспекти дії конституції виявляються на двох рівнях: інституційних засадах організації публічної влади та їхній функційній ефективності.

Під час характеристики засад інституційної організації публічної влади в державі насправді йдеться про базову філософію побудови публічної влади й політичний режим. Нині оптимальним для життя й розвитку людини є демократичний розвиток суспільства та організація публічної влади через демократичні інститути. Докладніше про цей аспект ішлося в попередніх розділах, тут варто тільки зауважити, що на сучасному етапі розвитку людства тільки дія конституції в демократичному режимі може забезпечити її повноцінну реалізацію. У преамбулі Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод досить чітко та однозначно зазначено, що основоположні свободи якнайліпше забезпечують завдяки «дієвій політичній демократії»[*].

Функційна ефективність узалежнює механізм дії конституції від принципів організації та діяльності публічної влади. Майже кожна сучасна конституція визначає адміністративний порядок і систему органів публічної влади, закріплює основні принципи їхньої діяльності. Щодо принципів, то здебільшого їх слід шукати й «виводити» з конституції через її тлумачення. Проте, наприклад, у Конституції Іспанії визначено, що в цій країні «Державна адміністрація служить загальному інтересу в дусі об'єктивності та діє відповідно до принципів ефективності,

[*] Преамбула Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 23.04.2021).

ієрархії, децентралізації, деконцентрації та координації та повністю підпорядкована закону»[*]. Конституція Італійської Республіки вимагає ефективності й безсторонності публічної адміністрації[**].

Забезпечення функційної ефективності органів публічної влади є чи не найпрактичнішим, та водночас найскладнішим елементом дії конституції. Адже цей зріз дії конституційних положень вимагає дотримання не так принципів права, як загальніших принципів управління й адміністрування. Ідеться про усталені (класичні) концепції, зокрема належне врядування[***], принцип підзвітності, принцип прозорості тощо або ж про досить нові принципи, наприклад принцип державного нейтралітету[****]. Ці й інші принципи можна об'єднати за ознакою правової держави, яку використала К. Собота, — організація публічної влади відповідно до мети, яка означає вимогу до держави відповідально, контрольовано й ефективно досягати мети свого існування стосовно громадянина та суспільства[*****].

Щодо адміністративно-управлінських аспектів механізму дії конституції, очевидно, важливим є не так нормативне закріплення засад організації публічної влади й принципів її діяльності, як їхня практична реалізація. Саме практика імплементації конституційних положень в адміністративну практику є одним з визначальних критеріїв класифікації конституцій. У розділі першому вже йшлося про класифікацію конституцій (за критерієм зв'язків конституції з дійсністю) на гарантійні, номінальні та фіктивні.

У конституційному праві на підставі зазначеного критерію можна знайти чимало й інших видів конституцій, які об'єднують у дві групи: справжні (реальні, дійсні, гарантійні тощо) й несправжні (номінальні, семантичні, фасадні, фейкові, фіктивні тощо). В основі цього критерію класифікації лежить співвіднесення юридичної та фактичної конституції — формального «тексту» й фактичного втілення в реальне життя

---

[*] Стаття 103 Конституції Іспанії. URL: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/-Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf (дата звернення: 24.04.2021).

[**] Стаття 97 Конституції Італійської Республіки. URL: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/it/it037en.pdf (дата звернення: 24.04.2021).

[***] Möllers, Christoph. The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015. P. 229—231.

[****] Передбачає формування державної політики в певних сферах з урахуванням права людини на власну позицію, яка може не збігатися з думкою більшості, наприклад, у сфері свободи віросповідання — ненав'язування певного віровчення чи релігії на державному рівні. Докладніше див. János KisState Neutrality. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Eds. Rosenfeld, Michel, and AndrásSajó: Oxford University Press, November 21, 2012. P. 318—335.

[*****] Собота К. Принцип правної держави: конституційно-правні та адміністративно-правні аспекти / пер. з нім. Г. Рижков, О. Блащук, К. Татарчук; відп. ред. О. Сироїд. К.: ВАІТЕ, 2013. С. 171.

конституційних положень. Основна мета діяльності публічної влади в сучасній демократичній державі — створення сприятливого адміністративного середовища, де співвіднесення юридичної та фактичної конституцій буде оптимальним (повним й абсолютним воно навряд чи може бути в будь-якій країні). За такого підходу механізм дії конституції буде інституційно повноцінним й ефективним.

Зазначені аспекти механізму дії конституції є насправді самостійними сферами вияву конституційного регулювання, де рівень неюридичного впливу на реалізацію конституції, як основоположного в державі правового акта, є суттєвим, а в окремих ситуаціях і визначальним. Очевидно, ці аспекти зумовлюють і значною мірою спрямовують елементи (форми реалізації) правового аспекту механізму дії конституції, який попри надзвичайну важливість попередніх, усе ж є провідним.

### 6.1.2. Правовий аспект механізму дії конституції та реалізація її норм

Правова природа конституції як спеціального нормативно-правового акта передбачає низку додаткових вимог й особливостей реалізації її норм. З огляду на це, застосування поширеного у вітчизняному правознавстві підходу до реалізації правових норм потребує коригування з урахуванням специфіки конституційних правовідносин, мети й завдань конституційного регулювання, а також означеного в попередньому підрозділі комплексного розуміння механізму дії конституції. У зв'язку з цим правовий аспект механізму дії конституції також не слід зводити лише до аналізу з погляду традиційних підходів до форм реалізації норм права (навіть з урахуванням специфіки конституційних норм). Відповідно, тут ідеться про системніше явище — реалізацію конституції, що містить спеціальні юридичні інструменти реалізації її цінностей, принципів і норм на різних рівнях конституційно-правового регулювання.

Для визначення елементів правового механізму дії конституції — форм її реалізації, слід зважати на такі основні ознаки конституції:

- конституція є актом установчої влади, що в демократичному суспільстві означає вираження волі народу щодо регулювання суспільного життя та діяльності держави;
- права людини, що визнані й закріплені в конституції, спираються на її правовий інструментарій для їхнього належного вираження, закріплення та захисту;

- спеціальна мета й призначення конституції в демократичному суспільстві зумовлюють її дію як основного інструменту обмеження дій держави та активності публічної влади у відносинах з людиною;
- конституція має найвищу юридичну силу, є ядром національної правової системи, отже, безпосередньо впливає на її формування та розвиток;
- спеціальний механізм гарантій дієвості конституції та її стабільності.

Усі перелічені ознаки дають підстави виокремити такі основні форми правового аспекту механізму дії конституції, як-от: конституціоналізація, законодавча конкретизація, юридичне тлумачення й безпосередня реалізація норм.

### 6.1.2.1. Конституціоналізація

Конституціоналізація — це досить складний процес конституційного регулювання суспільних відносин. У теорії конституційного права поняття конституціоналізація використовують зазвичай тільки для характеристики початку регулювання конституцією тих чи інших правовідносин, тобто для етапу формулювання її тексту — норм, які визначатимуть статус, структуру, функції та значення певних конституційних інститутів. Проте процес конституціоналізації набагато ширший і глибший. Слід підтримати позицію Мартіна Лафліна (Martin Loughlin), який вважає, що це поняття слід застосовувати не тільки до процесу формування й ухвалення конституційного тексту, але й до процесу реалізації конституції та подальшого розвитку її норм. Науковець зазначає: «Конституціоналізація передбачає намір підпорядкувати всі дії влади у визначеному полі структурам, процесам, принципам та цінностям конституції»[*].

Так, конституціоналізація як одна з форм реалізації конституції передбачає специфічний правовий вплив на суспільні відносини, де важливим є сам факт додавання до тексту конституції певної норми (інституту, процедури, принципу чи механізму), що надалі розвивається в процесі динамічного застосування в системі конституційного регулювання загалом. Найвиразніше це виявляється в системі загального

[*] Martin Loughlin. What is Constitutionalisation? Dobner, Petra, and Martin Loughlin. The Twilight of Constitutionalism? Oxford: OUP Oxford, 2014. URL: https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/-acprof:oso/9780199585007.001.0001/acprof-9780199585007-chapter-3 (Last accessed: 20.04.2021).

права, проте й у системі континентального права процес конституціоналізації формуванням тексту конституції не завершується. Прикладом такого підходу до конституціоналізації є становлення принципу пропорційності, про що вже йшлося в розділі другому цього підручника.

Процес конституціоналізації також має свої особливості в різних сферах конституційного регулювання. Так, конституціоналізація прав людини передбачає не тільки, а часом і не стільки їхнє закріплення на рівні конституції (хоч це теж досить важливо), скільки комплексне визначення в конституції механізмів гарантування їхньої реалізації та захисту. До того ж цей процес є доволі складним й багатоаспектним як у країнах англосаксонської система права[*] (де питання конституціоналізації через судову практику розробляють досить давно), так і в країнах континентальної системи права[**]. Відповідно, закріплення на конституційному рівні, а також визначення конституційних механізмів реалізації та захисту певного права є не одномоментним, а динамічним процесом, що розвивається й після закріплення в тексті конституції.

Конституціоналізація публічної влади — це процес формування, структурування й розвитку держави та її органів, визначення їхньої системи, функцій, принципів діяльності та взаємодії. Ця правова форма реалізації конституції безпосередньо корелює з іншими, загальнішими аспектами механізму дії конституції, про які йшлося в попередньому підрозділі цього розділу підручника. Проте, на відміну, наприклад від соціально-демографічного й адміністративно-управлінського аспектів, тут ідеться тільки про конституційно-правові (юридичні) особливості закріплення в основному законі потреб конкретного суспільства щодо організації публічної влади.

Щодо функціювання держави й публічної влади, то конституціоналізація — це закріплення на конституційному рівні ознак й елементів теоретичного концепту суверенітету, форм народовладдя, елементів принципу поділу влади та інших аспектів системи стримувань і противаг, правового статусу особи (модель функціювання громадянства, статусу іноземців тощо), значення політичних партій, підстав і форм реалізації права народу на опір, наприклад у формі мирних зібрань тощо.

---

[*] Young, Alison L. The Human Rights Act 1998, Horizontality and the Constitutionalisation of Private Law. Current Problems in the Protection of Human Rights: Perspectives from Germany and the UK. Ed. Katja S. Ziegler and Peter M. Huber. London: Hart Publishing, 2013. P. 71—73.

[**] Gert Brüggemeier Constitutionalisation of private law — the German perspective. Barkhuysen, T, and Siewert Lindenbergh. Constitutionalisation of Private Law. Leiden: Nijhoff, 2006. P. 62.

### 6.1.2.2. Законодавча конкретизація

Законодавча конкретизація конституційних правовідносин є окремою правовою формою реалізації конституції та вкрай важливою з огляду на її (конституції) значення та функції.

Текст конституції зазвичай доволі лаконічний і в якому визначено лише засади регулювання відповідних суспільних відносин. Він не передбачає і не може передбачати всеохопного регулювання всіх аспектів конституційних правовідносин. Так чи інакше значну частину питань конституція сама передає на рівень регулювання спеціальним законом. Закони за своєю природою конкретизують, деталізують, навіть, ґрунтуючись на відповідних конституційних приписах, доповнюють конституційне регулювання*. У теорії конституційного права такі доповнювальні закони прийнято називати органічними.

Наявність, порядок ухвалення і застосування інституту органічних законів зазвичай передбачено в самому тексті конституції. Так, Конституція Французької Республіки в статті 46 наділяє органічні закони (lois organiques) спеціальним правовим статусом. Такі закони, наприклад, можуть бути оприлюднені лише після того, як Конституційна Рада перегляне їх щодо відповідності Конституції. Інститут органічних законів є в Іспанії, Естонії й низці інших країн. Органічні закони регулюють найважливіші інституційні питання функціювання держави й суспільства. Перелік таких питань визначає сама конституція.

Не менш важливим є й делегування конституцією регулювання певних питань на рівень звичайних законів. Такий підхід застосовано майже в усіх кодифікованих конституціях. Так, наприклад, Конституція Республіки Польща гарантує право на мирне зібрання, визначивши конституційні засади його реалізації, та передбачає, що порядок обмеження такого права може регулювати окремий закон.

Можливість ухвалення парламентом окремих законів для виконання положень конституції (як через ухвалення органічних, так і звичайних законів) передбачає певну його свободу розсуду. Адже законодавчий орган, ухвалюючи той чи інший закон, має на власний розсуд, урахувавши сутність, мету й завдання конституційної норми (принципу, інституту, процедури чи механізму) передбачити найоптимальніший механізм її реалізації в тексті законів та майбутньому нормозастосуванні. Це досить делікатний процес, адже помилка під час формулю-

* Bell, John. French Constitutional Law. Oxford: University Press, 2001. P. 113.

вання положень закону може безпосередньо вплинути на якість реалізації конституційних норм.

М. Савчин щодо цього аспекту реалізації конституції зазначає, що «…конституція доручає законодавцю визначати модель правового регулювання процедур реалізації основних прав, тому закон повинен забезпечити необхідну гнучкість регулювання…»*. З такою позицією слід погодитися, особливо, якщо йдеться про реалізацію фундаментальних прав людини. До того ж слід ураховувати, що парламент також має певні межі імплементації конституційних норм. «Законодавча дискреція» парламенту повинна бути обмежена. Про критерії такого обмеження вже йшлося в підрозділі 1.4 цього підручника. Такі межі повинні застосовувати як до змісту парламентських актів (законів), так і до рішень парламенту щодо делегування нормативного підзаконного регулювання іншим суб'єктам, наприклад уряду.

Реалізація конституції через ухвалення законів, очевидно, є найзмістовнішою формою правового аспекту механізму дії основного закону. Водночас, досліджень цієї форми, на жаль, не так багато, особливо в Україні.

Це зумовлено тим, що функціювання парламенту в українських політико-правових реаліях сприймають більше як самостійну, незалежну діяльність, яка лише формально (зазвичай процедурно) узалежнена від Конституції України. Такий підхід видається хибним, оскільки Основний закон України не тільки уповноважує Верховну Раду України ухвалювати закони щодо певних сфер правового регулювання (стаття 92 Конституції України), але й встановлює низку вимог до такого регулювання. Так, у статті 22 Конституції України чітко визначено, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод. Зазначене положення передбачає обов'язкову вимогу до законодавця враховувати не тільки зміст конституційного регулювання певного права людини, але і його правову природу.

Окремо слід звернути увагу на важливість урахування парламентом принципів права, як тих, що текстуально закріплені в Основному законі України, так і тих, що «виводяться» з його (конституційного) тексту через тлумачення й розроблені в теорії конституційного права. Наприклад, Конституція України не містить безпосередньо принципу

* Савчин М. В. Конституційне право України: підручник / відп. ред. проф., д-р юрид. наук М. О. Баймуратов. К.: Правова єдність, 2009. С. 156.

періодичності виборів, хоч досить чітко визначає строки повноважень глави держави, парламенту й органів місцевого самоврядування. Юрій Ключковський доречно зауважує, що порушення зазначеного принципу може бути через «несвоєчасне призначення виборів, яке продовжує строк повноважень чинного органу чи посадової особи...»[*]. Зазначену позицію можна продовжити й поширити на неможливість парламенту через ухвалення спеціальних законів продовжувати повноваження представницьких органів і в інший неконституційний спосіб. Таку позицію обстоює й Федеральний конституційний суд Німеччини в уже згаданій вище справі про Південно-Західні землі (BVerfGE 1, 14 — Südweststaat)[**].

Інший важливий аспект — законодавче регулювання як форму реалізації конституції не слід зводити лише до вимог якості ухваленого закону. Важливо наголосити на обов'язку парламенту в окремих випадках ухвалювати закон для виконання конституційних положень. Такий обов'язок випливає з тексту самої конституції. Адже, наприклад, якщо в Конституції України передбачено, що право приватної власності набувають у порядку, визначеному законом (частина 2 статті 41), то неухвалення парламентом закону, що регулював би ці питання, спричинить нівелювання гарантованого конституційного змісту та обсягу права власності. На жаль, чимало питань, щодо яких у Конституції України передбачено спеціальне регулювання, законом досі не врегульовано.

Складнішою є ситуація, коли в законодавстві є прогалина в регулюванні тих чи інших питань або колізія, що унеможливлює (або суттєво ускладнює) реалізацію конституційних положень. Так, у разі визнання неконституційним (таким, що суперечить Конституції України) цілого закону чи окремих положень певного закону, відповідну прогалину повинен негайно заповнити парламент через належне законодавче регулювання. Бездіяльність парламенту в такому разі може спричинити неповне чи некоретне застосування положень Основного закону або й взагалі нівелювання змісту й сутності цілих конституційних інститутів, як це відбулося з регулюванням проведення референдумів в Україні після визнання Конституційним Судом України неконституційним Закону України «Про всеукраїнський та місцевий референдуми»[***].

---

[*] Ключковський Ю. Б. Принципи виборчого права: доктринальне розуміння, стан та перспективи законодавчої реалізації в Україні: монографія. Київ: BAITE, 2018. С. 513.

[**] Das Bundesverfassungsgericht BVerfGE 1, 14 — Südweststaat. URL: https://www.servat.unibe.ch/dfr-/bv001014.html (дата звернення: 23.04.2021).

[***] Рішення Конституційного Суду України № 4-р/2018 від 26 квітня 2018 року в справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності)

Отже, законодавча конкретизація як правова форма реалізації конституції є однією з інституційних гарантій дії конституції. Вимоги до якості законодавчого регулювання слід чітко визначити в самій конституції та відповідно до принципів права.

### 6.1.2.3. Юридичне тлумачення

Юридичне тлумачення як форма реалізації конституції має на меті з'ясування змісту конституційної норми й механізму її застосування в конкретних правовідносинах. Докладніше про особливості юридичного тлумачення конституції йтиметься в наступних підрозділах цього підручника.

Тут варто наголосити на значенні юридичного тлумачення в системі механізмів дії конституції. Саме тлумачення дає змогу реалізувати конституцію сповна, адже буквальне сприйняття тексту основного закону дуже часто може викривити сутність того чи іншого права, процедури, механізму чи статусу інституції. Значення тлумачення, незалежно від його виду й суб'єкта здійснення, полягає в сприянні системному застосуванню норм конституції в їхньому нерозривному зв'язку із конституційними принципами та цінностями.

Це суттєва особливість тлумачення саме конституційного матеріалу. Адже означені вище «неюридичні» аспекти механізму дії та правові форми реалізації конституції потребують такого комплексного інструменту, який дав би змогу з'ясувати не тільки зміст конкретної норми, мети її в основному законі, але й ціннісне наповнення в конкретних обставинах застосування. З огляду на це, юридичне тлумачення конституції має низку додаткових завдань і функцій, про які докладніше йтиметься далі.

### 6.1.2.4. Безпосередня реалізація норм конституції

Безпосередня реалізація норм — це найширша за обсягом і найміcткіша правова форма реалізації конституції, що передбачає застосування конституційних норм до конкретних відносин. Ця форма є класичною, вона ґрунтовно піддана аналізу в наукових дослідженнях, що цілком об'єктивно й обґрунтовано, оскільки йдеться про механізм безпосереднього впливу конституції та її окремих положень на правовідносини.

---

Закону України «Про всеукраїнський референдум».

Водночас досить поширеним є підхід, відповідно до якого реалізацію норм конституції зводять до нормозастосування й визначають її як процес державно-владної діяльності[*] уповноважених суб'єктів, що виражається в ухваленні індивідуального правового акта[**]. Також ознаки нормозастосування, його етапи й результати зводяться до реалізації публічної (насамперед державної) влади в суспільстві, наприклад через нормозастосування у формі притягнення до юридичної відповідальності.

Такий підхід видається надто вузьким, що зумовлено формально позитивістським сприйняттям права. Адже застосування правових норм, наприклад, у приватноправових відносинах (цивільних, господарських тощо), далеко не завжди відбувається через суб'єкта державно-владних повноважень.

Особливо важливо це для конституційно-правових відносин, де державно-владна концепція застосування норм не може бути застосована до процесу реалізації прав людини, засад народовладдя, форм діяльності політичних партій, інших громадських об'єднань тощо. Саме зведення процесу нормозастосування лише до державно-владної діяльності суттєво звужує сферу регулювання конституційного права й насправді перетворює його на державне право. Тоді як нині коректним буде сприйняття ширшого розуміння конституційного права, про що вже йшлося в попередніх підрозділах цього підручника.

З огляду на це, процес безпосередньої реалізації норм в конституційному праві слід сприймати як комплексний процес реалізації конституції та правову форму її регулятивного впливу на конкретні правовідносини. Звісно, що значення держави й органів публічної влади всеодно буде суттєвою. За такого підходу правовий аспект механізму дії конституції не зводиться тільки до державного впливу, а передбачає ширший спектр регулювання суспільного життя конституційними нормами.

Щодо реалізацій власне конституційних норм, то відповідно до усталених у загальній теорії права підходів основними способами їхньої реалізації є дотримання, виконання та використання[***]. Перелі-

---

[*] Донченко О. І. Особливості правозастосування як форми реалізації норм права. Науковий вісник *Міжнародного гуманітарного університету: Сер. Юриспруденція*. 2014. № 11. Т. 1. С. 40.

[**] Уварова О. О. Принципи права у правозастосуванні: загальнотеоретична характеристика: монографія. Харків: «Друкарня "МАДРИД"», 2012. С. 86, 92, 97.

[***] Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. К.: ВАІТЕ, 2015. С. 235—236.

чені способи реалізації норм права виокремлюють залежно від змісту дій, необхідних для їхньої реалізації.

Дотримання — це спосіб реалізації, який передбачає здійснення суб'єктом правовідносин дій у межах, визначених конституційною нормою. Тобто йдеться про забезпечення виконання зобов'язувальних норм, насамперед у формі утримання від учинення певних дій, дотримання процедур і врахування певних процесів.

Виконання як спосіб реалізації конституційної норми передбачає вимогу до суб'єкта щодо вчинення активних дій для досягнення певної регулятивної мети.

Використання конституційної норми — це реалізація закріпленого чи наданого конституцією уповноваження щодо здійснення певних дій або утримання від їхнього вчинення.

Зазначені способи реалізації правових норм у конституційному праві мають ті ж властивості, що й норм права загалом. До того ж тут варто акцентувати увагу тільки на особливостях, притаманних конституційному праву.

По-перше, у конституційному праві чіткіше виражені різні види правових норм, реалізуючи які, слід ураховувати їхні особливості й спеціальні процедури. Так, окрім звичайних норм права, які регулюють права й свободи людини (їхній зміст, спосіб реалізації, межі й процедури захисту) та правовий статус органів публічної влади (порядок формування, повноваження і процедури діяльності) в конституціях досить часто використовують норми-принципи.

Мета таких норм полягає у визначенні вектора правового регулювання певних відносин, а також орієнтира майбутнього нормозастосування. Реалізація норм-принципів, хоч і наближена за своєю природою до такого способу реалізації норм як дотримання, проте, очевидно, вони мають значно ширший контекст і в окремих випадках їх можна реалізовувати й через виконання та використання. Саме норми-принципи діють насамперед під час реалізації конституції через юридичне тлумачення, допомагаючи з'ясувати дух певної норми та його співвідношення з текстом (буквою). Проте вони повинні безпосередньо впливати й на суб'єкта реалізації норм, стимулюючи його правомірну та легітимну поведінку в межах, визначених конституцією як цілісним документом (з урахуванням принципів і цінностей).

По-друге, оскільки конституція займає найвище місце в системі джерел права, реалізація її норм передбачає багатоступеневий (бага-

торівневий) механізм. Сама реалізація конституційної норми зазвичай процедурно обумовлена й досить часто потребує додаткових юридичних інструментів, які можуть деталізувати як у тексті самої конституції, так і на рівні спеціальних законів.

Норми конституції деталізують у різних спеціальних законах (інколи таких законів для реалізації норми конституції може бути доволі багато, одночасно вони можуть належати до різних галузей законодавства). Попри це, вичерпного регулювання конституційних відносин навіть у законах досягнути вкрай важко, та й не завжди потрібно. Винятком тут повинні бути, як доречно зауважує М. Козюбра, норми, що визначають повноваження органів державної влади й спосіб їхньої реалізації[*], які повинні бути якомога чіткіше й докладніше визначені. Окремі автори щодо цього аспекту розділяють особливості реалізації конституційних норм матеріального й процесуального права[**]. Проте тут слід закцентувати на процедурній зумовленості реалізації всіх конституційних норм, щоправда, для деяких з них такі процедури можуть бути простішими.

По-третє, під час застосування конституційних норм, що регулюють реалізацію прав людини, слід ураховувати особливу правову природу й межі такого регулювання. Нині вже усталеною в конституційному праві є позиція щодо невичерпності прав людини, визначених у конституції. Природно-правовий підхід до розуміння прав людини та його відображення в конституції, очевидно, обмежує регулятивний вплив держави на зміст прав людини.

Відповідно, процедури реалізації конституційних норм, що регулюють зміст й обсяг прав людини, а також порядок їхнього застосування повинні враховувати цю особливість. Так, реалізація положень, що стосуються першого покоління прав людини, очевидно, передбачатиме низку негативних зобов'язань для суб'єктів владних повноважень щодо невтручання в реалізацію таких прав, а також неприпустимість надмірного їхнього (прав) обмеження. З такого погляду, механізми реалізації щодо негативних прав матимуть певні особливості, якщо порівняти, наприклад, із реалізацією позитивних прав, які передбачають позитивні зобов'язання держави (наприклад, право на соціальний захист).

---

[*] Конституційне право України / за ред. В. Я. Тація, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодики. К.: Український центр правничих студії, 1999. С. 56.

[**] Афанасьєва М. В., Бальцій Ю. Ю., Батан Ю. Д. та ін. Конституційне право України: прагматичний курс: навч. посіб. / за заг. ред. М. В. Афанасьєвої, А. А. Єзерова; тех. ред. Ю. Д. Батан. Одеса: Юридична література, 2017. С. 59.

Перелічені особливості безпосередньої реалізації конституційних норм визначають не тільки специфіку їхнього застосування в конкретних правовідносинах, а й місце цієї правової форми реалізації конституції серед інших елементів механізму її дії.

**Пряма дія конституційних норм**

Однією з основних ознак сучасної конституції є пряма дія її норм і змога безпосередньо впливати на конкретні правовідносини. Йдеться насамперед про реалізацію конституції як цілісного документа й незумовленість її дії іншими актами чи діями публічної (насамперед державної) влади. Пряма дія конституції — це суттєвий елемент забезпечення її найвищої юридичної сили в національній правовій системі. Саме позиціювання конституції як найвищого основоположного закону є однією з її функційних характеристик*, і відповідно потребує не тільки формальної вищості, а й фактичної, реально-практичної — тобто застосування норм конституції безпосередньо без урахування положень законів й інших нормативних актів, які повинні їй підпорядковуватися.

Безпосереднє застосування конституційних положень вищими органами державної влади зазвичай не піддають сумніву. Так, дії глави держави, парламенту чи уряду справді можуть і повинні керуватися положеннями основного закону, щонайменше в частині визначення їхніх повноважень і процедури їхньої реалізації. Проте пряма дія інших положень конституції досить часто зумовлена потребою в ухваленні додаткового законодавства для імплементації конституційних положень. Найчастіше таку позицію автори висловлюють щодо реалізації прав людини, що закріплено в основному законі. Мотивують це тим, що начебто реалізація майже будь-якого права людини потребує активних дій держави, відповідно, покликання безпосередньо на конституцію може не забезпечити ефективності відповідного регулювання. Очевидно, що такий підхід не відображає сучасних тенденцій розвитку конституційного права й підходів до розуміння механізмів дії конституції.

Щоб уникнути відповідних дискусій, в окремих країнах принцип прямої дії норм закріплено безпосередньо в тексті конституції. Так, Конституція Республіки Болгарія передбачає, що її положення мають пряме застосування (частина 2 статті 5). У статті 1 Основного закону ФРН визначено, що закріплені ним основні права є безпосередньо діючим

* Dieter Grimm Types of Constitutions. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Eds. Rosenfeld, Michel, and András Sajó: Oxford University Press. November 21. 2012. P. 104.

правом. Це положення стосується як законодавчої, так і виконавчої та судової гілок влади. Конституція Республіки Польща передбачає, що її положення повинні застосовувати безпосередньо, крім випадків, що визначено в самій Конституції (частина 2 статті 8). До того ж потреба в такому конституційному регулюванні випливає з проблемної практики прямого застосування конституційних норм у XIX та XX століттях*. У відносно молодій Конституції України цю тенденцію відображено також, і пряму дію норм конституції передбачено в статті 8 Основного закону.

З теоретичного погляду під поняттям «пряма дія» норм конституції слід розуміти не так вимогу відсутності додаткового регулювання законом, як вимогу до якості та змісту такого регулювання. Тобто деталізування положень конституції на рівні закону через створення механізмів і процедур імплементації конституційної норми не може заперечувати безпосередню дію такої норми. Наприклад, Рішення Конституційного суду Литви, який у справі щодо повноважень органів місцевого самоврядування зазначив, що «...дискреція законодавця ухвалювати закони обмежена самою Конституцією... законодавчий орган повинен прислухатися до норм та принципів Конституції... законодавчий орган не має права встановлювати таке правове регулювання, що обмежить або скасує можливість застосування Конституції безпосередньо»**.

Це досить важливий аспект, оскільки пряма дія є важливим інструментом забезпечення конституційності правовідносин. Тобто у разі наявності неякісного законодавчого регулювання правовідносин (неконституційного закону чи його окремих положень) або в ситуації колізії законодавства конституційні норми, застосовані безпосередньо, покликані забезпечити правопорядок і правомірну поведінку суб'єктів. Отже, пряма дія також означає неможливість застосування положення закону, яке суперечить положенням конституції.

Такого підходу дотримується й Конституційний Суд України: «Пряма дія норм Конституції України означає, що ці норми застосовуються безпосередньо. Законами України та іншими нормативно-правовими актами можна лише розвивати конституційні норми, а не змінювати їх зміст. Закони України та інші нормативно-правові акти застосовуються лише у частині, що не суперечить Конституції України»***. Таку позицію

---

* Там само. P. 110.

** The Constitutional Court of The Republic of Lithuania Rulingin Case No. 49/2000 of 24 December. 2002.

*** Рішення Конституційного Суду України № 6-рп/2016 від 8 вересня 2016 року в справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини п'ятої статті 21 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних

суд висловив у справі про реалізацію права на мирні зібрання (у частині мирних релігійних зібрань).

Це показовий приклад демонстрування особливостей прямої дії конституційних норм. Адже Конституція України, гарантувавши громадянам право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи й демонстрації, визначила одну основну вимогу реалізації цього права — про проведення таких мирних зібрань слід завчасно повідомляти органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування. До того ж спеціального закону, який би додатково регулював порядок реалізації цього права й відповідну процедуру сповіщення органів влади досі в Україні парламент не ухвалив, що досить критично оцінила Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія)*. Є небезпідставні думки, що такий закон узагалі непотрібен, що підтверджує практика окремих держав. За таких умов реалізацію права на мирні зібрання не слід унеможливлювати через відсутність спеціального законодавчого регулювання. Відповідно, громадяни повинні мати змогу реалізувати своє право безпосередньо на підставі положень Конституції України.

Дещо складніша ситуація з безпосередньою дією конституційних норм у процесі їхнього застосування органами публічної влади в Україні. Адже практика державного управління радянських часів «виховувала» прихильніше ставлення до інструкцій та положень, аніж до норм законів чи навіть конституції. З іншого боку, надмірна зарегульованість адміністративних процедур досить часто «відводить у тінь» положення Конституції України, якщо порівнювати з підзаконними актами, а в особливо складних випадках — і з так званими інформаційними листами чи неофіційними роз'ясненнями.

Однак ці й інші адміністративні обставини не повинні перешкоджати належній реалізації Конституції України як цілісного документа, так і її окремих положень. Це особливо актуально для діяльності суддів та судів, рівень свободи розсуду яких є досить високим. Власне функційна спрямованість правосуддя потребує безпосереднього застосування положень Конституції України й гарантування прав людини.

---

богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій).

* Joint Opinion of the Venice Commission, the Directorate of Human Rights (DHR) of the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe and the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE/ODIHR), on two Draft Lawson Guarantees for Freedom of Peaceful Assembly, adopted by the Venice Commissionatits 108th Plenary Session (14—15 October 2016) CDL-AD(2016)030-e.

## 6.2. Тлумачення конституції та його особливості. Дух і буква конституції

### 6.2.1. Особливості юридичного тлумачення конституції

Тлумачення (інтерпретація) правових норм є доволі складним компонентом процесу їхньої реалізації. Потреба в тлумаченні норм права зумовлена низкою чинників, основними з яких є: уточнення змісту досить загально сформульованої норми права (наприклад, певної юридичної конструкції, оцінного поняття тощо); з'ясування співвіднесення норми права, що тлумачать, з іншими нормами в системі правового регулювання; подолання недоліків законодавчої техніки (нечіткості тексту, суперечностей між правовими нормами тощо); заповнення прогалин у правовому регулюванні тощо.

Ці й інші обставини, що зумовлюють потребу інтерпретації зазвичай спрямовані на практичну реалізацію норм права в правовідносинах. Як зауважує Аарон Барак (Aharon Barak), тлумачення — це раціональна діяльність, яка надає значення юридичному тексту*. Рональд Дворкін (Ronald Dworkin) зазначає, що закони треба читати в контексті законодавчого процесу загалом, що також може позначитися на практиці**. З огляду на це, у загальній теорії права виокремлюють такі функції юридичного тлумачення, як-от: з'ясувально-пояснювальна (з'ясування змісту самим суб'єктом тлумачення), інформаційно-роз'яснювальна (донесення змісту норми суб'єктом тлумачення до інших осіб), трансформувальна (адаптування норми для застосування в конкретній ситуації), компенсаційна (виправлення недоліків правового регулювання) та гуманізаційна (людино орієнтоване сприйняття норми крізь призму пріоритету прав людини)***. Такі функції загалом притаманні й процесу тлумачення конституції, хоч окремі з них мають суттєві особливості. Якщо узагальнити ці теоретичні положення, можна погодитися з думкою І. Сліденка, що тлумачення конституції — це насправді визначення справжнього змісту норми конституції, усвідомлення її сенсу****.

Юридичне тлумачення конституції є однією з форм її реалізації, частиною правового механізму її дії. З огляду на це, хибною видається

---

* Barak, Aharon. The Judge in a Democracy. Princeton, NJ [u.a.]: Princeton Univ. Press, 2008. P. 122.

** Ronald Dworkin, Law's Empire. Harvard University Press, 1986. P. 337.

*** Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. К.: ВАІТЕ, 2015. С. 252.

**** Сліденко І. Д. Тлумачення конституції: питання теорії і практики в контексті світового досвіду. Одеса: Фенікс, 2003. С. 99.

поширена думка про те, що тлумачення є лише одним з інструментів нормозастосування, спрямованим на додаткове з'ясування (роз'яснення) змісту самої конституційної норми перед її безпосереднім застосуванням до конкретних правовідносин.

Такий підхід властивий переважно цивільним правовідносинам, де сторони завжди діють у конкретних обставинах і керуються конкретною ситуацією, що потребує правового вирішення. У конституційному ж праві тлумачення досить часто спрямоване не на розв'язання конкретної ситуації та, відповідно, з'ясування змісту норми у прив'язці до цієї ситуації, а на роз'яснення конституційної норми загалом, у зв'язку з чим тут часто переважає абстрактне тлумачення, особливо властиве країнам континентальної системи права. Інтерпретація змісту конституційної норми в такому разі зазвичай передує її застосуванню до конкретної ситуації, а в окремих випадках навіть абстрактно витлумачений (інтерпретований) текст норми згодом може потребувати додаткової конкретизації, прив'язаної до ситуації, що розглядає суд чи інший нормозастосовчий орган. Тому зведення тлумачення лише до конкретизації тексту конституційної норми у зв'язку з розглядом такої ситуації є некоректним. Отже, слід погодитися з думкою щодо можливості тлумачення норм права загалом й сумнівності урівнювання (ототожнення) тлумачення та конкретизації[*]. Це особливо важливо коли йдеться про конституцію: конкретизацію змісту норми конституції можуть здійснювати в спосіб ухвалення деталізувального закону чи навіть підзаконного акта[**].

Відповідно тлумачення конституції має низку ознак, які вирізняють його від «класичного» нормозастосування, отже, дають підстави говорити про самостійний характер конституційного тлумачення та особливий його інструментарій, дещо відмінний від звичайного нормозастосування.

Тлумачення конституції має чимало особливостей, які випливають з її правової природи, сутності та значення в системі суспільних (соціальних) регуляторів. Видається доцільним виокремити такі особливості тлумачення конституції:

1. Конституція є актом установчої влади — відповідно ураховувати слід не тільки зміст конкретної норми, але й її значення як акта

---

[*] Гончаров В. В. Динамічне тлумачення юридичних норм. *Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України* / редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. Серія І. Дослідження та реферати. Вип. 27. Львів: СПОЛОМ, 2013. С. 56.

[**] Тодика Ю. М. Тлумачення Конституції і законів України: теорія та практика: монографія. Х.: Факт, 2003. С. 67.

установчої влади (у демократичних країнах — народу). З огляду на це, важливою є цільова спрямованість юридичного тлумачення конституції — що не може мати на меті тільки з'ясування волі історичного конституціедавця чи буквального сформульованого ним[***] тексту статті, її частини чи навіть розділу. Звісно, історичні, культурні, політичні, економічні й інші мотиви викладу конституційної норми мають значення, але їхнє буквальне сприйняття в парадигмі тогочасної мотивації може тільки зашкодити розумінню суті основного закону. Наприклад, філософ Жак Дерріда порушив питання — що підпис Томаса Джефферсона під Декларацією незалежності США не означає написання ним цього документа (виключне авторське волевиявлення), а передбачає тільки його складення і підписання. Такий підпис скеровує до волі народу, виявленої в цьому документі[***]. Аналогійно й у конституції немає класичного «законодавця» як це відбувається, коли парламент ухвалює закон — її ухвалюють у спеціальний спосіб, і легітимує суспільство. Тут варто зауважити, що природа конституції якраз полягає в тому, щоб не представляти інтереси правлячої еліти, а бути інструментом їхнього обмеження[****]. Рівень і зміст цієї легітимації важливий не тільки на етапі ухвалення конституції, він є перманентно важливим протягом усього часу її дії. Юридичне тлумачення є одним з інструментів забезпечення такої легітимації конституції без внесення змін до її тексту (таке тлумачення має певні межі, про що йтиметься далі).

2. Тлумачення конституції передбачає чітке й змістовне розуміння сутності не тільки тексту конституції, а й тих теоретичних концептів (понять, правових конструкцій, концепцій тощо), що стоять «за її плечима». Так, наприклад, концепції представницького мандата, парламентаризму, промульгації чи парламентського імунітету та індемнітету не можуть сповна відображатися в основному законі кожної конкретної країни. Так чи інакше суб'єкту тлумачення для коректного розуміння суті цих концептів доводиться звертатися до доктринального розуміння цих понять в теорії конституційного права. З огляду на це, тлумачення конституції є, як зазначає М. Ко-

---

* Кутафин О. Е. Избранные труды: монография: в 7-ми т. Москва: Проспект, 2011. Т. 1. Предмет конституционного права. С. 144.

** Селіванов А. О. Верховенство права в Конституційному правосудді: аналіз конституційної юрисдикції. К., Х.: Акад. прав. наук України, 2006. С. 122.

*** Див. Гончаров В. В. Динамічне тлумачення юридичних норм. Львів: СПОЛОМ, 2013. С. 77.

**** Там само. С. 89.

зюбра[*] дослідницьким процесом і потребує пошуку, зокрема й наукових теоретичних аргументів. Відповідно, застосування доктрини під час тлумачення конституції суттєво переважає її вплив на інші види юридичного тлумачення.

3. Конституцію через її підвищену стабільність (складнощі процедури внесення змін до неї) не можна змінювати постійно, підлаштовуючись під кожні суспільні вимоги. Попри це, вона також не повинна бути надто статичною, оскільки може відстати від назрілих потреб суспільства й насправді припинити бути фактичною (реальним регулятором суспільних відносин). Значення тлумачення основного закону полягає у створенні інструментарію для «живого» еволюційного сприйняття його тексту. Позитивістське статичне тлумачення основного закону не дасть потрібного результату. Інакше суб'єкт офіційного тлумачення виконуватиме роль «агента-законодавця»[**]. Водночас слід урахувати, що сучасне розуміння суті й природи конституції зумовлює потребу в прогностичному сприйнятті нею дійсності та місця в ній конституційної норми, що тлумачать.
4. Конституція має найвищу юридичну силу, тому пріоритет її норм слід ураховувати під час аналізу й співвіднесення з положеннями інших актів чи правових прецедентів. Ця особливість тлумачення досить важлива з огляду на форму й зміст правового регулювання в кожній національній правовій системі. Тлумачення конституції не може з одного боку прирівнювати до тлумачення законів, з іншого боку — ухвалені закони є нормативним продовженням конституції. Ухвалення поточного деталізаційного законодавства є окремою правовою формою реалізації конституції. Відповідно юридичне тлумачення основного закону може орієнтуватися на норми законів чи інших актів, ухвалених на її виконання, проте, їхня природа та юридична сила мають підпорядковуватися змісту конституційних норм. Це впливає й на особливості аргументів під час тлумачення — суб'єкт тлумачення конституційної норми може використовувати покликання на звичайні закони, але не обґрунтовувати з їх допомогою логіку й механізм дії самої конституції. На жаль, у практиці українського конституційного контролю такі приклади аргументації траплялися.

---

[*] Козюбра М. Теорія юридичної аргументації та її особливості в конституційному судочинстві. *Вісник Конституційного Суду України: загальнодержавне періодичне видання*. 2016. № 6. С. 171.

[**] Гончаров В. В. Динамічне тлумачення юридичних норм. Львів: СПОЛАМ, 2013. С. 101.

5. Тлумачення конституції в процесі нормозастосування передбачає не тільки застосування конкретної норми, але й глибший системний аналіз всієї конституції. Насамперед слід ураховувати її цінності й принципи, способи їхнього викладу та закріплення, механізми функціювання системи стримувань і противаг, дієвості засад гарантування прав людини тощо. Ця риса відрізняє тлумачення конституції від, наприклад, звичного тлумачення кримінального закону, де зазвичай суттєво переважає точне (буквальне) розуміння змісту норм та їхнє відповідне тлумачення. Значення конституційних цінностей в юридичному тлумаченні конституції є визначальною. Адже текст конституції та інших конституційних актів не слід сприймати буквально в усіх ситуаціях, конституційні норми часто потребують філософсько-правового осмислення. Значення інструментів такого осмислення виконують саме принципи й інші цінності, закріплені в самій конституції. Вони спрямовують тлумачення конституційних норм.
6. Конституція за своєю природою є наслідком політичного (від слова policy) компромісу — тому процес її тлумачення не може не враховувати політичних чинників. Звісно, таке тлумачення не може бути лише політичним й орієнтуватися на політичну чи політологічну аргументацію. Суб'єкт тлумачення конституційної норми не може проігнорувати вплив запропонованого ним розуміння норми на подальше нормозастосування чи майбутнє законодавче регулювання щодо, наприклад, питань розуміння змісту й сутності прав людини, інституціоналізації публічної влади чи функціювання держави загалом. Некоректне (без урахування політичних передумов) тлумачення може спричинити викривлене застосування конституції або й навіть обмежити її дію в певних правовідносинах (перетворити тлумачення в окремій частині на формальність). Насправді йдеться про врахування суб'єктом тлумачення політичних передумов, обставин і можливих політичних наслідків тлумачення. Очевидно, таке врахування не може бути основною аргументацією розуміння змісту норми — це інша, протилежна крайність тлумачення, яка також є шкідливою. Відповідно, коректним буде пошук розумного балансу в кожній конкретній ситуації.
7. Наявність спеціального уповноваженого суб'єкта офіційного тлумачення — органу конституційного контролю. Такий спеціальний суб'єкт має не тільки особливу процедуру формування й принципи діяльності, але й займає спеціальне становище в системі

стримувань і противаг, поєднуючи з повноваженням тлумачення конституції інші повноваження щодо її охорони (докладніше про це йтиметься в наступних підрозділах цього розділу). Наявність спеціального суб'єкта, звісно ж, не неунеможливлює, а в окремих випадках і передбачає тлумачення конституції органами нормозастосування. Так, наприклад, глава держави, який застосовує положення конституції щодо конституційно-правової відповідальності парламенту через дострокове припинення його повноважень, також має тлумачити конституцію під час ухвалення конкретного нормозастосовного акта. Адже підстави для «розпуску» парламенту чітко визначено в конституції, відповідно, президент може їх застосовувати в межах наданого розсуду.

Перелічені особливості юридичного тлумачення конституції дають підстави говорити про його окрему правову природу й спеціальний інструментарій, особливо, якщо йдеться про офіційне тлумачення органом конституційного контролю.

Системний аналіз цих особливостей досить яскраво демонструє співвідношення духу й букви конституції в системі механізмів її дії. Загалом, таке співвідношення — це досить складне теоретичне питання, яке є надзвичайно актуальним для правознавства.

Для конституційного права ця проблема особливо гостра, бо більшість з наведених особливостей її тлумачення дають змогу чітко побачити потребу виходу за формальні текстуальні межі писаної норми. Юридичне тлумачення конституції є оптимальним інструментом для цього. Адже, як зазначив Конституційний суд Литви, «не може існувати *(розбіжностей — В.В.)* не тільки між конституційними принципами й конституційними нормами, але й між духом Конституції та буквою конституції: буква конституції не може бути розтлумачена чи застосована в спосіб, який заперечує дух Конституції...»*. Так, конституція має сприйматися й діяти як змістовно та сутнісно єдиний інструмент регулювання суспільних відносин. Пошук духу конституції дає змогу предметніше й чіткіше зрозуміти (а отже, і застосувати) букву — писані норми конституції.

Для прочитання духу конституції використовують низку методів і прийомів, про які йтиметься в наступному підрозділі цього розділу підручника. З огляду на означені особливості юридичного тлумачення конституції та практику його здійснення (як українську, так і зарубіжну),

* The Constitutional Court of The Republic of Lithuania Rulingin Case No. 24/04 of 25 May 2004.

можна говорити про те, що юридичне тлумачення слід розглядати не стільки як науку, скільки як мистецтво*.

### 6.2.2. Критерії класифікації тлумачення конституції

#### 6.2.2.1. Види юридичного тлумачення конституції

Класифікація юридичного тлумачення на види в теорії права має досить велику кількість критеріїв. Зазвичай її проводять залежно від мети, суб'єкта, способу, змісту, обсягу тлумачення й інших критеріїв. Більшість положень загальнотеоретичного правознавства щодо цих критеріїв тлумачення та його наслідків (результатів) будуть релевантними й для тлумачення конституції. Водночас на окремі особливості в конституційному праві слід звернути додаткову увагу, адже природа конституції та її механізм дії створюють для інтерпретатора її положень специфічне середовище, в якому звичні для тлумачення законів інструменти можуть діяти суттєво інакше.

Тут докладніше розглянемо декілька базових класифікації, властивих вітчизняному правознавству, що, загалом, сповна характеризують як процес тлумачення, його методологічні основи, так й отримані результати. За суб'єктом тлумачення та його юридичними наслідками тлумачення поділяють на: офіційне (нормативне й казуальне; легальне, автентичне, делеговане, судове, адміністративне) та неофіційне (доктринальне, професійно-практичне й буденне). За способом тлумачення виокремлюють лінгвістичне (філологічне, граматичне, текстуальне, мовне); історичне (історико-політичне); системне (систематичне); телеологічне (цільове); спеціально-юридичне; логічне та деякі інші види тлумачення. Залежно від співвідношення між текстуальним вираженням правової норми та її дійсним змістом виокремлюють: буквальне (адекватне), розширювальне й обмежувальне тлумачення.** Ці й інші види тлумачення варто розглянути саме з погляду особливостей тлумачення конституційних норм і конституції загалом.

---

* Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. К.: ВАІТЕ, 2015. С. 256.

** Перелічені тут критерії класифікації та види тлумачення представляють позиції різних авторів, відповідно можуть змістовно неповністю кореспондувати між собою, а в окремих випадках навіть бути взаємовиключними. Одночасно тут представлено досить широкий перелік видів, аби показати різноманіття підходів й особливостей юридичного тлумачення та, відповідно, на основі такого різноманіття виокремити особливості тлумачення саме конституційних норм. Класифікації подано на основі праць: Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. К.: ВАІТЕ, 2015. С. 253—255; Тодыка Ю. Н. Толкование Конституции и законов. Харьков: Факт, 2003. С. 57—76, 122—174; Гончаров В. В. Динамічне тлумачення юридичних норм. Львів, 2013. С. 9—16, 47—64 та ін.

Насамперед для конституційного права важливим є суб'єкт здійснення юридичного тлумачення, адже саме поділ на офіційне й неофіційне тлумачення для конституції має суттєве значення. ***Офіційне тлумачення*** конституції зазвичай виконує спеціально уповноважений суб'єкт, який у відповідній правовій системі уповноважений здійснювати конституційний контроль (докладніше про такі органи, їхню природу й функції йтиметься в наступному підрозділі цього розділу підручника). Власне модель функціювання органу конституційного контролю й зумовлює види тлумачення, які він може застосовувати. Так, ***нормативне тлумачення*** конституції передбачає здійснення загальнообов'язкової інтерпретації, тобто її результати будуть загальними та не стосуватимуться лише конкретної ситуації та конкретних осіб (сторін, учасників тощо). Така модель тлумачення властива насамперед континентальній системі права. Тоді як в англосаксонській системі права переважає ***казуальне тлумачення***, що ґрунтується на обставинах і фактах конкретної справи, де результат інтерпретації буде юридично значущим насамперед для учасників відповідної ситуації (справи). Такий розподіл, очевидно, не є винятковим і вичерпним, адже, наприклад, і в континентальній системі права інститут конституційної скарги (індивідуального звернення за конституційним захистом) передбачає застосування конкретної (казуальної) інтерпретації.

Складнішою і важливішою для українських політико-правових реалій є проблема співвідношення різних видів тлумачення в межах офіційного нормативного тлумачення. Проблема полягає у винятковості повноважень щодо офіційного тлумачення Конституції України спеціально уповноваженим органом — Конституційним Судом України. Так, перелічені вище класифікації виокремлюють також у межах офіційного нормативного тлумачення ***аутентичне*** (легальне) тлумачення, яке здійснює суб'єкт ухвалення акта. Щодо Конституції України — таким суб'єктом є парламент — Верховна Рада України. Теоретично коректним є підхід, що конституцію не може тлумачити орган, який її ухвалив, такий орган у разі відсутності адекватного сприйняття норми, повинен ініціювати зміну такої норми[*] за визначеною процедурою, а не змінювати через тлумачення.

Дискусія про можливість тлумачення Конституції парламентом чи його органами мала б бути вичерпана положеннями самої Конституції України, статті 147 та 150 якої передбачають виняткове повноваження

[*] Кутафин О. Е. Избранные труды: монография: в 7-ми т. Москва: Проспект, 2011. Т. 1. Предмет конституционного права. С. 146.

Конституційного Суду України здійснювати офіційне тлумачення Основного закону. Проте слід звернути увагу на тлумачення Конституції, яке здійснює парламент у процесі законодавчої діяльності. З одного боку, законодавець може і повинен ураховувати зміст конституційних норм, деталізацію регулювання яких він здійснює через ухвалення законів. З іншого боку — правила законодавчої процедури прямо передбачають здійснення експертизи положень законопроєктів щодо їхньої відповідності Конституції України*. Очевидно, такі повноваження органів парламенту не є офіційним тлумаченням Конституції України, проте вони є основою для здійснення інтерпретації законодавцем положень Основного закону в процесі його реалізації та відповідного законодавчого регулювання.

Щодо ***неофіційного тлумачення***, то його поділ на доктринальне, професійно-практичне та буденне насправді демонструє рівні його здійснення. Кожен з цих рівнів є досить важливим для реалізації конституції та ефективності правового регулювання. ***Доктринальне тлумачення*** передбачає розвиток теорії конституційного права, наукових досліджень та розробок, які не тільки спрямовані на задоволення потреб правознавства, але й мають суттєве практичне значення. Доктрина, особливо в континентальній системі права, є вагомим інструментом офіційного тлумачення. Праці науковців-конституціоналістів часто стають основою правових позицій органів конституційного контролю. ***Професійно-практичне тлумачення*** конституції — це зазвичай самостійне з'ясування суб'єктом нормозастосування змісту й сутності конституційного положення перед його застосуванням у конкретних правовідносинах. Прикладом такого тлумачення є практика судів загальної юрисдикції в континентальній системі права, де суд, з одного боку, не може самостійно здійснювати офіційне тлумачення конституції, а з іншого — зобов'язаний застосувати конституційну норму в конкретній ситуації, що зазвичай неможливо без з'ясування суті та значення такої норми безпосередньо суддею (докладніше про це йтиметься в останньому підрозділі цього підручника). ***Буденне тлумачення*** — це з'ясування змісту положень конституції безпосередньо учасниками правовідносин, суб'єктами масового застосування основного закону. Ідеться про кожну людину, перед якою постає питання ре-

* Положеннями статей 94 та 118 Регламенту Верховної Ради України, що затверджено Законом України № 1861-VI від 10 лютого 2010 року, передбачено проведення перевірки щодо відповідності законопроєкту чи його окремих положень (під час підготовки до другого читання) Конституції України. Таку перевірку здійснює парламентський комітет, до предмета відання якого належать питання конституційного права.

алізації конституційних положень, та народ загалом, який, з огляду на установчу природу конституції, одночасно є і конституцієдавцем. Це важливий аспект, адже належне з'ясування змісту конституції кожним членом суспільства й народом загалом формує таку фундаментальну рису конституції як легітимність. Інакше кажучи — відсутність належного розуміння конституційних норм, тобто індивідуального тлумачення-з'ясування, може спричинити її (конституції) недієвість.

Буквальне (адекватне, літеральне) тлумачення конституційної норми означає передачу інтерпретатором змісту (значення) такої норми адекватно її текстуальному вираженню. Основним недоліком такого тлумачення є те, що закладені в текстуальному вираженні норми вади, зокрема пов'язані з невдалим використанням правил законодавчої техніки, інтерпретатору зазвичай не вдається подолати. Розширювальне тлумачення — це таке тлумачення, за яким зміст конституційної норми та її регулятивний вплив ширші від їхнього буквального текстуального вираження. Таке «розширення» здійснюють з урахуванням системи норм, частиною якої є норма, яку тлумачать, конституційних цінностей та принципів, фактичних обставин конкретної справи тощо. Розширювальне тлумачення дає змогу повніше й універсальніше реалізовувати регулювання суспільних відносин нормами конституції. Обмежувальне тлумачення передбачає звуження дійсного змісту конституційної норми, що тлумачать, порівняно з її текстуальним вираженням. До того ж таке звуження здійснюють зазвичай з урахуванням обставин справи (ситуації) щодо якої відбувається тлумачення. У конституційному праві обмежувальне тлумачення дуже часто спрямоване на обмеження повноважень публічної влади та держави загалом, щоб надати пріоритет захисту прав людини.

Серед видів тлумачення, класифікованих за його способами, виокремимо насамперед ті, які мають особливості під час тлумачення конституційного тексту та потребують відповідного інструментарію. ***Лінгвістичне*** (інші назви — філологічне, граматичне, текстуальне, мовне) ***тлумачення*** передбачає з'ясування змісту конституційної норми на основі докладного текстуального аналізу положень основного закону, що підлягають тлумаченню. Тобто інтерпретатор бере до уваги зміст і значення слів, букв, символів, порядок їхнього розташування, логіку побудови словосполучень, виразів і речень тощо. Під час тлумачення конституції використання цього виду потребує особливої виваженості й делікатності. Адже за своєю семантичною природою й конструкцією конституційні норми формулюють доволі лаконічно та стисло (лапідар-

но). За таких умов навіть найменша граматична помилка, якої припуститься в тексті конституції, може спричинити неправильне розуміння норми, а часом некоректне застосування всього основного закону. Саме тому за всієї важливості цього виду (способу) тлумачення конституції для з'ясування змісту її положень обмежуватися ним не слід. Як свідчить практика, зокрема судова, він здебільшого не може бути вирішальним. Лінгвістичне тлумачення слід використовувати в поєднанні з іншими його видами, завдяки чому тільки й можливе коригування помилок, яких припустилися в тексті конституції.

***Спеціально-юридичне тлумачення*** полягає у використанні термінів, понять та юридичних конструкцій, що є надбанням теоретичної і практичної юриспруденції, і які можуть додатково передати зміст певного поняття зрозумілою для правника мовою. Для конституційного права такий вид тлумачення вкрай важливий, оскільки доктрина є важливою основою тлумачення конституції. Доктринальні напрацювання діють субсидіарно, доповнюючи зміст правового регулювання наявними здобутками правознавства.

***Історичне тлумачення*** полягає у з'ясуванні передумов, обставин, чинників, які не тільки вплинули на ухвалення тієї чи іншої норми в певній редакції, але й зумовили спрямованість її регулятивного впливу. Під час ухвалення конституційних текстів важливими є насамперед політико-правові передумови ухвалення конституції, які зумовили створення «конституційного моменту», тобто своєчасності «запуску» конституційного процесу. Ці аспекти є важливими не тільки для тлумачення конституції, вони значною мірою визначають межу її тлумачення в конкретних умовах конкретної країни. Настання «конституційного моменту» може означати, що лише самим тлумаченням домогтися ефективного результату неможливо й конституцію слід змінити.

***Логічне тлумачення*** передбачає застосування методів формальної логіки для побудови висновків й аргументації. Особливістю логічного тлумачення правової норми є інтерпретація змісту норми з допомогою різних прийомів: логічне перетворення; виведення (формулювання, розшифрування) норми з норми; інструментальне (висновок від умови до наслідку й навпаки; висновки *a fortiori* (умовивідні ступені) (*argumentum a majoriadminus ma argumentum a minori ad majus*); висновки з понять; висновки за аналогією; висновки від протилежного (*argumentum a contrario*); доведення до абсурду (*reductio*

***ad absurdum***)[*]. У ситуації обмеженого змісту й лаконічного викладу конституційної норми, інколи логічне тлумачення є вкрай корисним. З іншого боку, сказати, що логічні конструкції та прийоми формулювання висновків не застосовують під час використання інших видів (способів) тлумачення конституції, також буде некоректно. Логічне тлумачення додатково доводить, що тлумачення правових норм є процесом творчим, який потребує зазвичай комплексного використання різних способів та прийомів.

Перелічені застереження стосуються також ***телеологічного (цільового) тлумачення***, яке передбачає визначення інтерпретатором однієї чи кількох цілей правового регулювання, відповідно до яких й з'ясовують зміст норми та її сутнісне наповнення. Очевидно, що в умовах помітної тенденції до людиноцентризму в праві загалом і в конституційному праві зокрема, цільове тлумачення можна й повинні застосовувати разом з іншими видами (за способом) тлумачення, що підтверджує практика нормозастосування[**]. Телеологічне тлумачення конституції та конституційних норм яскраво демонструє системність основного закону.

Тлумачення конституційних норм, що спрямоване на з'ясування мети регулювання ними суспільних відносин, є основним компонентом цілеспрямованого тлумачення (***purposive interpretation***), яке запропонував Аарон Барак (Aharon Barak). Цей підхід до тлумачення правових норм загалом і конституційних зокрема, хоч формально й опирається на деякі телеологічні засади (про що зазначає й сам автор)[***], але сутнісно більше тяжіє до функційного (динамічного) тлумачення. Адже його основна мета не так у тлумаченні змісту норми через мету її прийняття, як через пошук балансу між минулим, теперішнім та майбутнім[****], ураховуючи обставини застосування конституційної норми.

***Системне тлумачення*** передбачає з'ясування змісту конституційної норми як елементу системи правового регулювання, тобто в її нерозривному зв'язку з іншими нормами, принципами, інститутами тощо. Очевидно, для конституції системний вид тлумачення є критич-

---

[*] Черданцев А. Ф. Толкование права и договора: учебное пособие. М.: Юнити-Дана, 2003. С. 143—162.

[**] Ігор Сліденко звернув увагу на некоректність самостійного застосування тільки телеологічного виду (способу) тлумачення в конкретному Рішення Конституційного Суду України (Окрема думка судді Конституційного Суду України Сліденка І. Д. стосовно Рішення Конституційного Суду України № 1-рп/2016 від 15 березня 2016 року у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо офіційного тлумачення положення «на наступній черговій сесії Верховної Ради України», яке міститься в статті 155 Конституції України).

[***] Barak Aharon. The Judgein a Democracy. Princeton, NJ [u.a.]: Princeton Univ. Press, 2008. P. 125.

[****] Там само. P. 130.

но важливим, оскільки передбачає можливість забезпечення повного врахування всього конституційного контексту, а не тільки мети певної норми чи частини конституції. Щоправда, суттєвою особливістю системного тлумачення конституційних норм є потреба врахування природи й юридичної сили самих норм. Так, дуже важливо враховувати, що норми конституції є зазвичай доволі загальними, а тому їх треба конкретизувати й деталізувати на рівні закону, який інколи може коригувати їхню функційну спрямованість або навіть впливати на порядок застосування. Такий взаємозв'язок між положеннями закону й конституційної норми інколи називають конституційно-конформним*. Тут слід мати на увазі, що законодавче регулювання не може й не повинно визначати зміст самої конституційної норми — конституцію не повинні тлумачити через закон. Саме зміст конституційного положення, конкретизований через його фактичне тлумачення законом не може бути підставою визнання неконституційним іншого закону. Як доречно зауважує В. Гончаров, у такій ситуації вкрай важливо не переплутати зв'язків координації та зв'язків субординації** правових норм, де, очевидно, норми конституції, можуть тільки координуватися з нормами законів, але аж ніяк не підпорядковуватися їхньому змісту чи наповненню.

За способом зв'язку з реальністю виокремлюють ***функційне тлумачення***. Цей вид тлумачення визначає порядок з'ясування змісту норми через фактичні (актуальні) життєві обставини, в яких вона діє. Ідеться про реалізацію (застосування) норми як живого інструмента, пристосованого до конкретних обставин, які можуть безпосередньо впливати не тільки на форму її реалізації, а й в окремих випадках коригувати зміст самої норми без зміни її текстуального вираження. Під фактичними обставинами, які беруть у цьому разі до уваги слід розуміти не тільки винятково юридичні факти чи інші елементи правовідносин, а й соціальне середовище в усій його багатоманітності, яке може постійно й досить динамічно змінюватися, набувати нових (навіть неочікуваних і непередбачуваних) рис і характеристик. За такого тлумачення інтерпретатор звертається до соціальних чинників, політичних обставин, суспільних настроїв, правової культури й правосвідомості, моралі тощо. Урахування цих обставини має «олюднити» й актуалізувати норму права, тобто її фактично оновлюють під впливом умов, що змінили-

* Савчин М. В. Конституційне право України: підручник / відп. ред. проф., д-р юрид. наук М. О. Баймуратов. К.: Правова єдність, 2009. С. 165.

** Гончаров В. В. Динамічне тлумачення юридичних норм. Львів: СПОЛОМ, 2013. С. 109.

ся. Відповідно до сутнісного значення цього виду тлумачення до нього застосовують також й інші назви (динамічне, еволюційне, соціологічне, раціональне, пристосувальне, модернізаційно-корекційне) залежно від того, який з елементів функційності ставлять на перше місце.

Так, еволюційне тлумачення передбачає тлумачення норми в умовах, коли вони змінилися проти тих, які існували в період формулювання тексту, що застарів так, що не повністю відображає сучасні реалії (наприклад, якщо норму сформульовано надто давно). Для тлумачення конституційних норм це особливо актуально. Тут можна провести паралелі з тлумаченням Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод*, положення якої сформульовано також досить загально та лаконічно, як і конституційні норми більшості кодифікованих конституцій. Одним з перших рішень Європейського суду з прав людини на користь еволюційного тлумачення було його рішення у справі *Tyrer v. The United Kingdom*, де суд зазначив, що «… Конвенція є живим інструментом, який … слід тлумачити у світлі сучасних умов»**. Чи не найяскравішим прикладом еволюційного тлумачення цим судом положень Конвенції є те, що суд почав визначати смертну кару такою, що суперечить змісту положень Конвенції*** ще до офіційного внесення змін до Конвенції.

Так, В. Гончаров, розглядаючи динамічне тлумачення, характеризує його як інтелектуальний процес пристосування норми до обставин, які змінилися, і можуть спричинити зміну попереднього тлумачення норми. Він досить ретельно обґрунтовує герменевтичні й логіко-семантичні закономірності динамічного тлумачення та практику його застосування органами конституційного контролю. Він означає динамічне тлумачення як результат еволюційного, який виражається в радикальному перегляді правотлумачної позиції****.

З огляду на це, теоретичною й практичною проблемою функційного (еволюційного, динамічного) тлумачення є те, що воно так чи інакше передбачає можливість зміни форми реалізації конституційної норми, а в окремих випадках (як в означеному вище щодо смертної кари) навіть нового розуміння її змісту.

---

* Більшість авторів еволюційне тлумачення пов'язує саме з тлумаченням цієї Конвенції та відповідною практикою Європейського суду з прав людини, яка досить чітко довела доцільність та практичну значущість тлумачення з урахуванням нових обставин та поточної ситуації.

** Case of Tyrer v. The United Kingdom (Applicationno. 5856/72). P. 31.

*** Case of Soering v. The United Kingdom (Applicationno. 14038/88).

**** Гончаров В. В. Динамічне тлумачення юридичних норм. Львів: СПОЛОМ, 2013. С. 119, 185.

Тому виникає питання природи тлумачення, його взаємозв'язків з правотворчістю та його сутнісної характеристики: воно передбачає тільки з'ясування змісту норми, закладеного конституцієдавцем (законодавцем) чи також може допустити змістовну зміну норми залежно від обставин її реалізації. Загалом більшість прихильників цього виду тлумачення схиляються до допустимості зміни суті тлумачення норми, а інколи вважають її не тільки допустимою, а й бажаною. Коли йдеться про тлумачення конституції, такий підхід доволі ризикований, але в певних випадках обґрунтований та потрібний. Інколи складнощі розуміння й реалізації конституційної норми потребують саме названого підходу, проте зловживати ним не слід. Такі ситуації не варто використовувати, щоб виправдати політичну доцільність чи політично-мотивоване тлумачення основного закону.

#### 6.2.2.2. Ціннісна спрямованість (філософія) тлумачення конституції

Під час вибору того чи іншого виду тлумачення слід передусім усвідомити, для досягнення якої мети тлумачення цей інструмент застосовуватимуть. Тобто виникає питання світоглядно-ціннісного спрямування тлумачення.

Так, серйозною проблемою для теорії конституційного права під час використання як лінгвістичного, так і спеціально-юридичного видів тлумачення є з'ясування джерел змісту слів, понять і термінів, що вживають у тексті конституції. Адже, очевидно, що еволюція суспільства зумовлює зміни не тільки в сутності права, а й у мовно-лігвістичних формах його вираження. У зв'язку з цим перед інтерпретатором виникає питання — в якому значенні він повинен вживати відповідні слова й терміни — у значенні станом на час підготовки й ухвалення тексту конституції (особливо це актуально для конституцій, ухвалених кілька десятків чи сотень років тому), на час виникнення та розвитку суспільних відносин, що вона регулює й щодо яких тлумачитимуть конституційну норму чи на час здійснення самого тлумачення. Зрозуміло, що зміна підходів до регулювання, яка відбувається з плином часу, етнічна, мовна, релігійна й соціальна неоднорідність будь-якого суспільства можуть надавати різних смислів і значення різним словам. Коли йдеться про конституції, які за своєю природою повинні бути сталими й довгодіючими, ці текстуальні особливості доволі суттєві для інтерпретатора.

У працях Рональда Дворкіна (Ronald Dworkin) бачимо ціннісно орієнтований підхід до тлумачення правових норм і конституційних пере-

дусім. Він формує концепт «морального прочитання» конституції, який передбачає одночасне з'ясування волі нормотворця, що закладено в текст норми, і системне сприйняття всього тексту конституції, що показуватиме розуміння конституційних принципів та формуватиме об'єднувальн конституційну моральність*. За такого підходу до інтерпретації конституційних норм слід ураховувати сучасний стан справ. Також він ґрунтується на практичному й усвідомленому застосуванні принципів права.

З огляду на це, вкрай важливим є визначення основної мети й ціннісної спрямованості тлумачення. У теорії права, насамперед американській, цей аспект тлумачення розвивався досить активно, у результаті чого виникло декілька «конкуруючих» між собою теорій і підходів до юридичного тлумачення. Саме це викликало в теорії конституційного права (особливо в США) дискусію щодо того, що має переважати під час тлумачення — суб'єктивний (суть норми слід визначати з огляду на зміст, закладений авторами під час її формулювання) чи об'єктивний (суть норми слід з'ясовувати на підставі її розуміння та сприйняття читачем, тобто будь-якою людиною) чинник**. Для Верховного суду США й американської юриспруденції загалом ця проблема набула філософсько-правового змісту; на неї додатково накладають ще й поділ підходів до тлумачення правових норм на оригіналістичний (***originalism***) (до уваги беруть зміст норми на час її прийняття) та неоригіналістичний (***non-originalism***) (зміст норми визначають на час її застосування та тлумачення) підхід***. Деякі автори в цих підходах також ще виокремлюють позитивізм (***positivism***) (зміст норми є визначальним з огляду на сам факт її прийняття та закріплення в конституції у відповідній редакції) та нормативізм (***normativism***) (зміст норми сприймають системно — як елемент загальнішої структури, що містить взаємопов'язані норми, принципи та цінності)****. За цією ж класифікацією крайньою формою позитивізму є літералізм (***literalism***) — коли значення слів визначають за їхнім буквальним смислом, незалежно від мети регулювання чи наміру конституціедавця. Є й інші теорії та підходи щодо спрямованості юридичного тлумачення.

---

* Dworkin Ronald W. Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005. P. 10.

** Barak Aharon. The Judgein a Democracy. Princeton, NJ [u.a.]: PrincetonUniv. Press, 2008. P. 133.

*** Dworkin Ronald W. Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2005. P. 13.

**** Constitutional Interpretation Jeffrey Goldsworthy. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Eds. Rosenfeld Michel, and András Sajó: Oxford University Press, November 21, 2012. P. 691, 691—693.

Таке різноманіття підходів до тлумачення та їхнє комбінування зумовлено низкою особливостей правової системи США, зокрема доволі давнім часом ухвалення Конституції США та відповідно еволюцією розуміння її тексту й значення слів, що в ньому вживаються; існуванням спеціальної моделі казуального конституційного контролю; перевагою правового прецеденту й судового нормозастосовного тлумачення конституції, «прив'язаного» до конкретної правової ситуації тощо.

Звісно, ці питання мають інші акценти й форми вираження в континентальній системі права, де, як доречно зауважують Д. Коммерс і Р. Міллер (D. Kommers та R. Miller) на підставі аналізу практики Федерального конституційного суду Німеччини, основу тлумачення становлять стандартні види (за способом) тлумачення, як-от: граматичний, системний, телеологічний та історичний*. Проте й тут важливо враховувати декілька чинників: «писане» право виражають також у конституціях, що містять досить докладне регулювання різних сфер відносин; конституції містять безпосередні покликання на інструменти їхньої конкретизації (наприклад через органічні закони) чи форми реалізації; попри жорсткість конституцій, вони доволі часто піддаються змінам і доповненням, пристосовуючи текст основного закону до сучасних реалій тощо.

Отже, звичні для американської правової системи світоглядні й філософські правотлумачні дискусії не можуть не мати опосередкованого впливу на розвиток конституційної інтерпретації в країнах континентальної системи права. Тут питання пошуку балансу між суб'єктивним й об'єктивним тлумаченням, ціннісно орієнтованого тлумачення, сприйняття інтерпретації конституції як живого та творчого процесу також розвиваються досить активно.

Щодо українських політико-правових реалій, то попри перелічену різноманітність видів тлумачення під час інтерпретації Конституції України досі залишаються поширеними (а в окремих сферах навіть домінантними) формально-догматичні підходи до тлумачення й розуміння конституційних норм. Часто під час тлумачення конституції як учасники процесу її офіційного тлумачення, а ще частіше — неофіційного (науковці, судді, адвокати й інші юристи-практики) вдаються насамперед до лінгвістичного (граматичного, текстуального) аналізу, який здебільшого лишається єдиним інструментом з'ясування змісту

* Kommers Donald P. and Miller Russell A. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3rd Edition, 2012. P. 63.

й суті конституційної норми. Такий підхід є не тільки некоректним, але й шкідливим.

### 6.2.3. Межі тлумачення конституції

Тлумачення конституції як творчий процес передбачає використання різних видів осягнення змісту й суті конституційних норм. До того ж вибір будь-якого із зазначених вище видів тлумачення конституції ставить питання про межі такого тлумачення. Адже навіть використання формально-позитивістського способу аналізу й аргументації може спричинити вихід тлумачення за межі закріпленого конституцією принципу поділу влади.

У діяльності органів конституційного контролю особливо високий ризик того, що інтерпретатор, виходячи за межі тлумачення, насправді створить нову норму й цим практично підмінить нормотворця — конституцієдавця. Проте можлива й інша крайність, коли надмірна абстрактність інтерпретатора спричинює ситуацію, коли запропоноване тлумачення буде таким загальним, що не тільки не роз'яснить зміст норми, а й ще більше ускладнить процес нормозастосування або ж коли через пересторогу вийти за межі принципу розподілу влади інтерпретатор (зокрема орган конституційної юрисдикції) ухиляється від захисту порушених прав людини. Наприклад, у разі наявності прогалин у законі, результатом яких є порушення прав людини. З огляду на це, питання меж тлумачення конституції є вкрай актуальним. Такі межі, на нашу думку, визначають права людини, принципи права, системність конституції та повноваження суб'єкта тлумачення.

#### 6.2.3.1. Права людини

Права людини в сучасних умовах є універсальним обмежувачем для суб'єкта владних повноважень і держави загалом. Тенденція людиноцентризму, що активно розвивається останнім часом, є не тільки теоретичним рухом у правознавстві, а й важливим прикладним інструментом спрямування публічної політики (від поняття ***policy***) та конкретних дій публічної влади. Права людини, їхній зміст і стан гарантування є як критерієм вимірювання юридичної ефективності законодавства в певній країні, так і ціннісним вектором розвитку суспільства й держави загалом.

Тлумачення питання природи, змісту й обсягу прав людини є особливо гострим, адже конституція як кодифікований нормативно-пра-

вовий акт не може й не повинна містити вичерпного переліку прав людини, їхніх ознак і форм реалізації. Для цього конституція дає змогу кожному інтерпретатору звертатися до інших універсальних джерел сучасного розуміння змісту прав людини. Окрім доктринальних (наукових) джерел, тут критично важливі міжнародні стандарти у сфері прав людини, про що йшлося в розділі третьому підручника.

Для Європи йдеться насамперед про Конвенцію про захист прав людини й основоположних свобод та її застосування Європейським судом з прав людини, а також інші документи Ради Європи щодо стандартів, механізмів та процедур реалізації прав людини: наприклад, її діяльність у сфері персональних даних та забезпечення приватності. Основні стандарти в цій сфері визначено в Конвенції про захист фізичних осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних, закріплено й реалізують через низку інституційних інструментів, зокрема запроваджених на підставі Конвенції в країнах-членах Ради Європи. Аналогійні інструменти в межах Ради Європи функціюють щодо освітніх прав, свободи вираження, принципу рівності й недискримінації, міграційної політики, публічного здоров'я, біоетики тощо.

Пошук змісту й сутнісного значення прав людини за таких обставин стає частиною процесу юридичного тлумачення конституції. До того ж результат тлумачення не може викривлювати чи в інший спосіб спотворювати зміст права, навіть якщо його текстуальне закріплення недосконале. Тлумачення конституційної норми має враховувати сучасне розуміння змісту конкретного права людини й специфіку його реалізації в умовах розвитку конкретної країни та міжнародної спільноти загалом. За допомогою такого процесу також забезпечують універсалізацію прав людини, долучення національної правової системи до міжнародних стандартів та здобутків інших держав.

#### 6.2.3.2. Принципи права

Принципи права, зокрема й принципи конституційного права, як зазначено в другому розділі цього підручника, є наслідком ціннісного ставлення їхніх творців до навколишнього соціального середовища. Визначальне місце у цьому ціннісному ставленню належить гідності людини та її невідчужуваним правам і свободам, які, своєю чергою, є першоджерелом права. Саме тому принципам права відводять одне з провідних місць у функційному спрямуванні тлумачення конституції та визначення його меж. Використання принципів права в процесі тлума-

чення конституційних норм передбачає насамперед засвоєння їхнього доктринального розуміння та специфіки їхньої реалізації.

В українських політико-правових реаліях застосування принципів права в конкретних правовідносинах тривалий час залишалося вкрай обмеженим, оскільки не сприймалося пострадянським позитивістським (формалізованим) стилем правового мислення. Та й нині цей його недолік до кінця не подолано. Для його подолання можна було, звісно, звертатися до практики зарубіжних судів (наприклад, практики авторитетного Федерального конституційного суду Німеччини), проте це відбувалося вкрай рідко. Після приєднання України до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод й, відповідно, визнання рішень Європейського суду з прав людини як джерела національного права* ситуація дещо поліпшилася. Практика цього суду дала змогу не тільки поглибити осмислення змістовних характеристик принципів права, але й озброїтися практичними прикладами їхнього застосування в конкретних ситуаціях. Зростання кількості випадків звернення як Конституційного Суду України, так і судів загальної юрисдикції до практики ЄСПЛ дають підстави вважати, що такі звернення стануть не механічно-ритуальними, як це нерідко буває нині, а й сприятимуть формуванню відповідного стилю мислення й поглибленому усвідомленню функційного призначення принципів права.

Окремо слід звернути увагу на формулювання змісту принципів права міжнародними експертними організаціями. Так, наприклад, Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія) провела кілька серйозних досліджень й узагальнень щодо змісту та елементів верховенства права** та практичних інструментів їхнього застосування***. Ці й інші приклади системного викладу змісту та способів застосування принципів права можуть і повинні бути орієнтирами (критеріями) тлумачення конституції. Певну допомогу в цьому плані може надати розроблений експертами Центру дослідження верховенства права Національного університету «Києво-Могилянська

---

* Див. статтю 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». *Голос України.* 5 квітня. 2006. № 62.

** Див. Report on the rule on law, adopted by the Venice Commission at its 86th Plenary Session (Venice, 25—26 March 2011) (CDL-AD(2011)003rev-e). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e (Last accessed: 20.04.2021).

*** Див. Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11—12 March 2016) (CDL-AD(2016)007-e). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e (Last accessed: 20.04.2021).

академія» посібник «Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України»*.

Показовим прикладом використання загальних принципів права як «обмежувачів» в процесі тлумачення конституції є застосування принципу пропорційності. Характеризуючи діяльність Федерельного конституційного суду Німеччини, Д. Коммерс та Р. Міллер (D. Kommers, R. Miller) зазначають, що пропорційність, хоч і не є самостійним підходом до тлумачення, проте є інструментом обґрунтування допустимого обмеження демократичних прав й основоположних свобод**. Пропорційність під час тлумачення конституційних норм полягає передусім у відшукуванні балансу між змістом конкретної норми, ціннісною спрямованістю конституції та обставинами конкретної справи.

Проте використання принципу пропорційності не зводиться тільки до тлумачення співвідношення публічного й приватного інтересу (прав і свобод людини). Він може стосуватися також питань, пов'язаних із функціюванням державного механізму, форм реалізації державного суверенітету, компетенції органів влади та місцевого самоврядування тощо. У континентальній системі права пропорційність також виявляється й у формах реалізації загальних і спеціальних конституційних норм у разі їхньої колізії чи іншого змістовного протиріччя. Відомий ще з часів римського права принцип ***generalia specialibus non derogant*** також передбачає врахування пропорційного впливу дії конституційної норми. Відповідно, під час тлумачення пріоритет загальної чи спеціальної норми визначають з урахуванням їхнього змісту й міри впливу на конкретну ситуацію. Так, пропорційність як інструмент оцінювання обставин справи (ситуації) потребує системного й збалансованого тлумачення конституційних положень.

#### 6.2.3.3. Системність конституції

Системність конституції як межа інтерпретації означає, що інтерпретатор під час тлумачення конституційної норми має розглядати її у взаємозв'язку з іншими нормами конституції, не порушуючи її системності. Інакше кажучи, це орієнтир, який, з одного боку, змушує розширити спектр аналізу, а з іншого — потребує від інтерпретатора чітко

---

* Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України (Rule of law Checklist at national level: case of Ukraine) / за заг. ред. М. Козюбри, упорядники та автори коментарів: В. Венгер, А. Заєць, Є. Звєрєв, М. Козюбра, Ю. Матвєєва, О. Цельєв; Центр дослідження проблем верховенства права та його втілення в національну практику України Національного університету «Києво-Могилянська академія». Київ, 2020. 144 с.

** Kommers Donald P. and Miller Russell A. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3rd Edition, 2012. P. 63.

обмежити свій аналіз змістом і суттю інших норм конституції, і що ще важливіше — не виходити за межі конституційних цінностей та принципів, які формують світоглядну спрямованість самої конституції.

У практичному вираженні це означає, що конституція обмежує сама себе, одні норми обмежують регулятивний вплив, а, отже, і зміст інтерпретації для інших. Так, демократична спрямованість держави й політична багатоманітність накладають низку вимог майже на всі аспекти конституційного регулювання — від реалізації індивідуальних прав, формування й діяльності органів публічної влади, до формування й реалізації грошово-кредитної та фіскальної політики, засад національної безпеки й оборони, принципів функціювання судів і здійснення судочинства загалом тощо. Відповідно, тлумачення цих норм без урахування демократичної основи конституційного регулювання буде доволі поверхневим.

У практиці Конституційного Суду України є чимало рішень, в яких суд не тільки змістовно орієнтується на інші положення Основного закону, але й безпосередньо вказує на потребу саме в системному їхньому аналізі й тлумаченні*. Щоправда, досить часто суд обмежується тільки формальним урахуванням змісту кількох конституційних статей, не вдаючись до глибокого аналізу конституційних принципів та цінностей, що в окремих випадках могло б вплинути й на результати тлумачення. Як досить удалий приклад дотримання Конституційним Судом України меж через системне тлумачення конституційних положень можна навести Рішення у справі про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій**, де суд системно розтлумачив свободу світогляду й віросповідання крізь призму права на мирні зібрання.

Практика системного сприйняття конституційної матерії в конституційному судочинстві нині доволі поширена. Щоправда, поки Конституційний Суд України переважно сприймає системність Конституції як інструмент аргументування власної позиції, а не як критерій визначення меж тлумачення.

---

* Див. наприклад, Рішення Конституційного Суду України № 7-р/2020 від 11 червня 2020 року; № 11-р/2019 від 2 грудня 2019 року; № 8-р/2018 від 11 жовтня 2018 року; № 3-рп/2016 від 8 червня 2016 року; № 15-рп/2002 від 9 липня 2002 року; № 7-рп/2002 від 27 березня 2002 року; № 15-рп/2000 від 14 грудня 2000 року тощо.

** Рішення Конституційного Суду України № 6-рп/2016 від 8 вересня 2016 року в справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини п'ятої статті 21 Закону України «Про свободу совісті та релігійні організації» (справа про завчасне сповіщення про проведення публічних богослужінь, релігійних обрядів, церемоній та процесій).

### 6.2.3.4. Повноваження суб'єкта тлумачення

Повноваження суб'єкта тлумачення — це, безумовно, важливий критерій обмеження тлумачення, який передбачає врахування не тільки формальних повноважень органу чи особи, яка здійснює інтерпретацію, але й правову природу такого тлумачення, його спрямованість та соціальне призначення. Офіційне тлумачення повинен здійснювати уповноважений на те суб'єкт і в межах його компетенції. В Україні таким суб'єктом є Конституційний Суд України. Основним теоретичним питанням, яке виникає під час тлумачення такого виду, є питання про те, чи може інтерпретатор перетворюватися на нормотворця.

У загальному формулюванні це питання зводиться до можливості здійснення органами конституційного контролю нормотворчих функцій. В англосаксонській системі права, як зазначалося в першому розділі підручника, відповідь на нього не викликає сумніву, з огляду на те, що конституційний контроль там здійснюють загальні суди (переважно Верховний суд) і особливе значення судового прецеденту. У державах цієї правової сім'ї тлумачення в процесі нормозастосування є зазвичай одночасно процесом правотворчості. У країнах континентальної системи права цю проблему розділяють на тлумачення конституції органами конституційної юрисдикції та її тлумачення звичайними судами в процесі нормозастосування.

Органи конституційної юстиції повинні мати більшу міру розсуду щодо тлумачення основного закону, за самою природою своїх повноважень вони часто стикаються з потребою в «добудові»* й розвитку права. Здійснюючи тлумачення у такий спосіб, інтерпретатор має спрямовувати конституційне регулювання відповідно до передбачених конституцією принципів й інших цінностей, не порушуючи її єдності (цілісності). Одним з критеріїв обмеження під час тлумачення є принцип ***interpretacio cessat in claris*** (тлумачення припиняють після досягнення розуміння), що передбачає припинення подальшої «добудови» конституційної норми одразу після того, як інтерпретатор здійснив основну мету — з'ясував потрібний ціннісний зміст норми без прив'язання його до конкретної ситуації. Для суддів судів загальної юрисдикції завдання є ситуативно-практичним — тлумачення конституції завжди здійснюють відповідно до обставин конкретної справи. Тобто межею тлумачення буде застосування конституційної норми безпосередньо в спірних правовідносинах, щоб забезпечити реалізацію як відповідної норми конституції, так і її принципів та цінностей, що стосуються ситуацій, в яких їх розглядають.

---

* Див.: Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Вісник Верховного Суду України.* 2017. № 3. С. 39.

Підтвердженням цих теоретичних міркувань може бути визначення Конституційним Судом України способу виконання його рішення у справах, коли визнання неконституційними окремих положень законів зумовить прогалину в правовому регулюванні й спричинить порушення прав людини*. Цей приклад, з одного боку, ілюструє вихід Конституційним Судом України за межі формального застосування Конституції України, з іншого — демонструє системне сприйняття ним Основного закону, можливих практичних ситуацій та правових наслідків ухваленого рішення й, відповідно, меж функційного застосування власних повноважень.

Повноваження суб'єкта тлумачення також визначають за допомогою низки процедурних аспектів й особливостей. Відповідно процедура як інструмент обмеження офіційного тлумачення має одразу декілька зрізів і проблемних аспектів. Поняття «процедура» використовують як спосіб визначення формальних вимог й обмежень процесуального змісту для органу конституційного контролю. Тут передусім ідеться про: особливості ініціювання тлумачення, процесуальні обмеження для суб'єкта тлумачення, зміст і форму правової позиції інтерпретатора, обов'язковість тлумачення тощо.

Звісно, що пошук універсальних відповідей на всі ці процедурні питання навряд чи можливий у підручнику, адже конституційне регулювання й правотлумачна практика в кожній країні визначають свій формат відповідей на них (з огляду на це, їхній аналіз може бути цінним з порівняльно-правового погляду). У кожній національній правовій системі формують межі офіційного тлумачення конституції органи конституційного контролю. Приблизний обсяг таких меж з практичного погляду можна визначити питаннями: чи обмежений інтерпретатор формальною ініціативою третьої сторони, чи може здійснювати тлумачення із власної ініціативи? Чи може інтерпретатор вийти за межі поставленого перед ним питання для тлумачення? Чи обмежений інтерпретатор жорсткою процедурою тлумачення (обов'язкове заслуховування учасників, вимога проведення усних засідань, потреба в залученні інших суб'єктів тощо)? Чи є часові обмеження для здійснення тлумачення? Чи є вимоги до виду, форми й змісту акта тлумачення? Які вимоги до форми й змісту сформульованої правової позиції? Чи

* Такий підхід, наприклад, застосовано в практиці Конституційного Суду України для уникнення блокування реалізації соціального захисту громадян через визнання неконституційними окремих положень законів. Див. рішення Конституційного Суду України № 6-р/2018 від 17 липня 2018 року, № 12-р/2018 від 18 грудня 2018 року й інші.

може інтерпретатор переглянути власну позицію? Цей перелік питань можна продовжити.

Для України ці питання також вкрай важливі. Наприклад, питання обмеження Конституційного Суду України предметом конституційного звернення в частині офіційного тлумачення Конституції України, з одного боку, визначає змістовні межі й спрямованість його рішення, а з іншого — не означає абсолютної обмеженості Конституційного Суду України під час тлумачення ним норм Конституції лише межами, що окреслює суб'єкт конституційного звернення. Адже в процесі обґрунтування власної позиції суд так чи інакше використовуватиме й інші положення Основного закону України (відповідно, з'ясовуючи й роз'яснюючи їхній зміст). Відповідно, правові позиції суду відбиваються не тільки в резолютивній, але й у мотивувальній частині рішення. Такий підхід неодноразово використовував Конституційний Суд України, покликаючись на власні попередні рішення, беручи до уваги не тільки їхню резолютивну частину*.

Складнішим є питання перегляду Конституційним Судом України власних позицій, висловлених у попередніх рішеннях. Хоч суд і вдається до їхнього перегляду досить часто, проте надто сумнівним є те, що інколи нові його позиції діаметрально протилежні за своїм змістом до попередніх за відсутності будь-якої аргументації щодо такої різкої зміни позиції. Наприклад, рішення Конституційного Суду України щодо формування коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України (№ 16-рп/2008 від 17 вересня 2008 року та № 11-рп/2010 від 6 квітня 2010 року), де Конституційний Суд України в другому рішенні менш ніж за два роки після ухвалення першого висловив змістовно протилежну позицію.

Усе ж проблема меж тлумачення конституційних норм залишається доволі актуальною для конституційного права взагалі, а вітчизняної конституціоналістики особливо. Це зумовлено не тільки все ще доволі поширеними в ній радянсько-позитивістськими поглядами на саме юридичне тлумачення, а й нагромадженням знань щодо нього сучасним зарубіжним правознавством, судовою практикою, зокрема й міжнародних судових органів.

* Див. Рішення Конституційного Суду України № 11-р/2019 від 2 грудня 2019 року; № 10-р/2019 від 16 липня 2019 року; № 4-р/2018 від 26 квітня 2018 року; № 2-р/2018 від 28 лютого 2018 року; № 8-рп/2008 від 22 квітня 2008 року й інші.

## 6.3. Охорона конституції

### 6.3.1. Поняття й форми охорони конституції

Конституція як основний закон держави й стрижень національної правової системи повинна мати не тільки інструменти її ефективної реалізації та захисту, а й бути досить убезпеченою від необґрунтованого впливу.

Цей вплив може виявлятися в різних формах, проте основним його напрямом зазвичай є зміна (коригування) регулятивного потенціалу конституції або й зовсім нівелювання дії її окремих норм чи всього тексту. Оскільки одне з основних завдань конституції — обмеження держави й публічних інституцій, тому її слід захистити насамперед від цих суб'єктів. Саме дії органів публічної влади — нормативно-правове регулювання на рівні законів чи підзаконних актів, які спотворюють зміст конституції, невідповідна їй адміністративна практика та політична діяльність — є основними загрозами дії конституції.

Деякі автори вважають, що конституцію треба захищати насамперед від політиків і політичного впливу, з чим загалом можна погодитися. Адже функціювання держави й публічних інституцій є політичним за своєю природою, особливо якщо йдеться про функціювання вищих органів влади та посадових осіб (глава держави, парламент, уряд). Законодавча діяльність парламенту й підзаконна нормотворчість уряду — найпоширеніші способи неконституційного втручання в процес реалізації конституції.

За таких умов конституцію як інструмент виявлення волі народу слід охороняти від дій політиків, які можуть мати дещо інші наміри й цілі, які не збігаються з інтересами народу. Водночас конституцію слід охороняти й від самого народу, адже ухвалення рішень більшістю не означає безумовне гарантування інтересів меншості. Відповідно в конституції, яка повинна забезпечити баланс між більшістю і меншістю, слід ураховувати цей аспект і мати захист й від самого суверена — народу (більшості), наприклад, від ухвалення на референдумі загрозливих для конституції рішень.

Так, у конституційно-правовому контексті *охорона конституції — це система юридичних інструментів, що забезпечують дієвість конституційних норм, їхнього поширення на всі сфери суспільної активності й реального регулятивного впливу на суспільні відно-*

***сини.*** Охорона конституції передусім повинна запобігати можливому обмеженню її дії, але одночасно й мати інструменти реагування в разі зменшення її регулятивного впливу — захист конституції.

Зменшення регулятивного впливу конституції може виявлятися через ігнорування (невиконання) її окремих положень, зміну (викривлення) їхнього змісту, урешті-решт, через намагання змінити саму конституцію. З огляду на це, доцільно виокремити такі основні форми правової охорони конституції: використання ефективних механізмів дії (реалізації) конституції, спеціальна процедура зміни (ухвалення) конституції, інституційний захист конституції через конституційний контроль.

### 6.3.2. Охорона через забезпечення дії конституції

Механізм дії конституції, про який уже йшлося раніше, забезпечує ефективне регулювання відносин через суспільне визнання, повагу й практичне втілення конституції та її положень — суспільну легітимацію.

Системний аналіз практики реалізації (дії) різних конституцій, насамперед у країнах з розвиненими демократичними традиціями, свідчить, що охорона конституції є виваженим балансом, який повинен орієнтуватися на суспільне визнання й легітимацію. Визнання конституції як основного регулятора суспільних відносин, покликання на неї, широке безпосереднє використання її норм, принципів і цінностей є запорукою її (конституції) належної охорони й безпеки. Відповідно такий елемент соціально-демографічного аспекту механізму дії конституції як правова культура суспільства є суттєвим інструментом гарантування дієвості конституційних норм, а отже, й охорони конституції загалом. До того ж інколи навіть незначні недоліки (текстуальні помилки, некоректності чи прогалини) самої конституції долають за допомогою належної практики втілення її цінностей у реальне життя. Цей підхід яскраво демонструє співвідношення між юридичною і фактичною конституціями, який у демократичному суспільстві повинен мати мінімальні відмінності.

З іншого боку, якщо немає легітимності конституції як нормативного акта або ж держава чи окремі органи публічної влади ігнорують таку легітимність, слід додати інші інструменти охорони фактичної конституції та конституційного порядку. Легітимне сприйняття народом конституції та гарантованих нею прав, що підривають нелегітимні дії державної влади, зумовлюють реалізацію народом права на протест, опір, повстання. Утім, окремі автори зараховують право народу на опір

до неправових засобів охорони конституції. Такий підхід видається не зовсім коректним, оскільки в основі права народу на опір усе ж лежить фундаментальне право людини на участь в управлінні публічними справами й реалізація цього права також має правові форми та передумови. Право народу на опір закріплено навіть у конституціях окремих країн: ФРН, Словаччини й інших (докладніше про це йшлося в підрозділі цього підручника щодо демократії). З огляду на це, як право на мирні зібрання, так й інші, жорсткіші його форми також слід розглядати як інструмент охорони конституції.

Саме з такого розуміння інституційної охорони конституції суспільством (народом) випливає інший важливий інструмент — демократичний розвиток самого суспільства, що передбачає політичну багатоманітність, вільну діяльність політичних партій, належне функціювання громадських організацій та інших інститутів громадянського суспільства.

Інший важливий аспект охорони конституції через її реалізацію — належне функціювання адміністративно-управлінського механізму дії конституції. Тут ідеться про забезпечення дії принципу поділу державної влади, координації дій різних суб'єктів у системі стримувань і противаг, безумовне використання спеціально-дозвільного методу правового регулювання для публічної влади (дозволено те, що прямо передбачено законом), «сервісна» спрямованість діяльності держави, гарантування прозорості й відкритості діяльності владних інституції тощо. Ці й низка інших вимог до функціювання публічної влади в сучасному демократичному суспільстві, безсумнівно, є основою гарантування дієвості та охорони конституції.

Інструменти охорони конституції в демократичному суспільстві не повинні бути екстраординарними повноваженнями глави держави (президента), уряду, омбудсмена (в Україні — Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини) чи іншого суб'єкта. Ця функція повинна бути перманентною й основою реалізації своїх повноважень будь-яким суб'єктом владних повноважень. Тобто орган влади не повинен вживати якихось спеціальних дій для охорони конституції, він (такий орган) має своєю щоденною реальною роботою демонструвати повагу до основного закону, прав людини, конституційних принципів та цінностей. За таких умов потреба додаткового реагування на дотримання/недотримання конституційних положень не виникатиме.

Очевидно, такий рівень дії конституції не досягається само собою, та не може бути іманентною властивістю держави. Для реалізації цієї форми охорони конституції вкрай важливою є наявність розгалуженої системи законів і підзаконних актів, які не тільки визначатимуть межі повноважень й адміністративні процедури, а й гарантуватимуть взаємний контроль щодо реалізації конституційних норм, принципів та цінностей. Саме на практиці йдеться про систему повноважень усіх органів влади щодо взаємної перевірки діяльності на предмет відповідності конституції. Кінцевим суб'єктом ухвалення рішення в разі спору щодо відповідності акта (рішень, дій чи бездіяльності) конституційному регулюванню повинен бути суд. Саме суди повинні забезпечувати баланс конституційного регулювання й адміністративної практики. Відповідно повноваження на звернення до суду є практичним інструментом охорони конституції в адміністративно-управлінських процедурах.

У радянському позитивістському сприйнятті механізму дії конституції повноваження суб'єктів публічної влади щодо реагування на порушення конституції вважали окремою формою діяльності — конституційним наглядом. Такий підхід штучно відділяв конституцію від інших форм правового регулювання діяльності влади, тоді як конституція мала б бути основою й невіддільним елементом усіх інших таких форм. Наприклад, парламент, реалізуючи функцію парламентського контролю за діяльністю виконавчої влади, не повинен окремо контролювати дотримання конституції та окремо дотримання положень ухвалених законів. Так само як і глава держави чи інший суб'єкт не може й не повинен виокремлювати дотримання конституції від інших інструментів правового регулювання. Слід наголосити, що реалізація цими ж суб'єктами повноваження щодо ініціювання офіційного перегляду акта щодо його конституційності (в Україні — звернення до Конституційного Суду України щодо конституційності певного акта чи процедури) це елемент іншої форми охорони конституції — конституційного контролю.

Окремої уваги варте значення судів загальної юрисдикції, яких зазвичай у континентальній системі права виключають з переліку суб'єктів безпосереднього захисту (охорони) конституції. Вітчизняні підходи до охорони конституції взагалі більше зосереджені на значенні Президента України, Парламенту, Уряду й інших органів державної влади в процесі гарантування Конституції України. До того ж значення судів зводиться до практичного нормозастосування, яке орієнтоване на національне законодавство в його формальному вираженні.

Ба більше, діяльність судів загальної юрисдикції в українських підручниках з конституційного права прийнято описувати як самостійний інститут з деталізуванням не так конституційних засад регулювання діяльності судової влади, як з досить глибоким висвітленням питань судоустрою, статусу суддів й основ процесуального законодавства. Такий підхід насправді передбачає зміщення акцентів з конституційної природи судочинства й суду на адміністративні особливості організації судової влади. Тоді організаційний аспект судочинства обмежує конституційне право, залишаючи поза увагою його функційне призначення — належну реалізацію та захист прав людини, що лежить в основі всього конституційного права. Такі питання слід розглядати в межах судово-адміністративного права, яке, очевидно, орієнтуватиметься на конституційні засади функціювання судової влади загалом.

З погляду конституційного права, важливо враховувати значення судів загальної юрисдикції як одного з інструментів охорони конституції та конституційного регулятивного впливу. Адже саме суди загальної юрисдикції через безпосереднє нормозастосування забезпечують не тільки реалізацію конституційних гарантій, а й непорушність конституції загалом.

Тут важливо наголосити на основних конституційних засадах організації судової влади, які виявляють додаткові інструменти захисту й самої конституції. Окрім забезпечення інституційної незалежності конституційного контролю, важливо також забезпечити незалежність судів загальної юрисдикції. Така незалежність має декілька рівнів і змістових компонентів: належні принципи інституційної самостійності в управлінні (створення спеціальних судових органів адміністрування, наприклад ради правосуддя; гарантування ефективності суддівського самоврядування тощо); структурованість системи судів (створення простої та зрозумілої системи судів, яка унеможливить юрисдикційну конкуренцію між суддями та судами); справедливі й доброчесні механізми добору суддів (відбір кандидатів, проведення незалежних перевірок професійної придатності, призначення без політичного впливу чи упередженості тощо); гарантії індивідуальної незалежності суддів (зокрема функційний імунітет, визначена відповідальність за незаконний вплив на суддю, належні фінансові гарантії діяльності, неможливість свавільного звільнення з посади тощо); визначення й безумовне дотримання принципів та засад здійснення судочинства (що гарантуватиме реалізацію права на справедливий суд, реалізацію презумпції невинуватості, процесуальної рівності сторін в судовому провадженні)

тощо. Забезпечення цих гарантій є однією з важливих умов ефективної діяльності судів загальної юрисдикції щодо реалізації та охорони конституції.

Отже, охорона конституції через забезпечення її ефективної реалізації є наймасштабнішою та найкомплекснішою формою захисту від порушення її (конституції) регулятивного впливу на суспільні відносини.

### 6.3.1.2. Спеціальна процедура зміни/ухвалення конституції

Спеціальна процедура зміни (ухвалення) конституції — це практичний правовий інструмент забезпечення її верховенства, стабільності та найвищої юридичної сили. За ознакою складності прийняття конституцій, їх прийнято класифікувати на жорсткі, гнучкі й змішані, що дає підстави диференціювати рівень «захищеності» конституції від коригування її тексту.

Зміна положень нормативних актів це зазвичай очікуваний процес, адже еволюція суспільних відносин, зміни в соціальній, економічній, політичній та інших сферах потребують додаткового (оновленого) регулювання. До того ж критично важливим є врахування природи конституційних норм і конституції загалом. Ганс Кельзен зазначав, що тільки з використанням ускладненої процедури зміни конституції, можна досягнути певних юридичних наслідків для неконституційних законів[*]. Стабільність конституції як її ключова ознака є запорукою зваженого й обґрунтованого коригування тексту основного закону. Відповідно надто часті зміни до конституції, чи ухвалення її в новій редакції (ухвалення нових конституцій) є не тільки небажаним, а й вкрай шкідливим, оскільки порушуватиме один з ключових елементів верховенства права — визначеність правового регулювання.

В основі процедури ухвалення й зміни конституцій лежить концепція установчої влади — уповноваженого суб'єкта на визначення засад конституційного регулювання, а отже, й ухвалення й зміни конституції. Установча влада в демократичних державах належить народові. У більшості конституцій про це прямо або опосередковано зазначено в самому тексті. В історичній ретроспективі установча влада належала монархам (суверенам) чи їхнім представникам. Це важливий аспект розуміння процесу охорони конституції від її зміни чи «переухвалення».

З погляду аналізу інструментів охорони конституції важливим є аспект зміни конституційного регулювання й огляд інструментів запобі-

[*] Kelsen Hans. General Theory of Lawand State, Etc. (third Printing.). Cambridge, Mass, 1949. P. 262.

гання свавільного та неправового способу таких змін. Тому важливим також є питання ухвалення конституції загалом. У теорії конституційного права, а також у політології досить часто розглядають питання коригування конституційного порядку крізь призму концепції (поняття) «конституційний момент», що передбачає ретельний аналіз передумов, обставин і ключових соціальних чинників, які зумовлюють настання моменту, коли ухвалення конституції є вчасним, коректним і природним*. Проте цей «практичний» аспект зазначену концепцію не обмежує й розглядає питання конституційної ідентичності, правотворення і, залежно від цих чинників, — особливості тлумачення конституційних норм**. Тут слід зауважити, що ухвалення нової конституції чи суттєве коригування чинної є практичним виявом реалізації конституційного моменту, коли установчу владу об'єктивізують і легітимно реалізують. Щодо ухвалення конституцій загалом, то залежно від способу інституціоналізації установчої влади прийнято виокремлювати декілька способів ухвалення конституцій: сам народ, наприклад, на референдумі (Італія, Іспанія, Португалія, Болгарія); від імені народу спеціальний установчий орган (Франція), парламент спільно з главою держави (Литва) й через дарування (октроювання) конституції (Малайзія, конституційні закони в Канаді). Кожен із цих способів так чи інакше передбачає механізм реалізації установчої влади та її виявлення в ухваленій конституції. Конституцію України ухвалив парламент (Верховна Рада України), який діяв від імені українського народу й реалізував установчу владу. Оскільки в сучасному глобалізованому суспільстві більшість держав мають і використовують конституції, не вдаючись до історичного аналізу, докладніше розглянемо коригування конституцій як через внесення змін, так і через ухвалення їхніх нових редакцій.

Особливість внесення змін до конституції полягає в тому, що конституція зазвичай сама містить процедуру внесення змін до неї. Насправді це дуже важлива ознака конституції. Ба більше, відповідні частини основних законів (що передбачають зміну конституції) досить часто можуть бути зміненими тільки за умови проходження жорсткішої (склад-

---

* Див. Albert, Richard, Menaka Guruswamy, and Nishchal Basnyat. Founding Momentsin Constitutionalism. 2019; Murkens, Jo E. From Empire to Union: Conceptions of German Constitutional Law Since 1871. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 45—50; Ackerman, Bruce A. Wethe People. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1991. P. 60—72; Barber, Nick W. The Constitutional State. Oxford: Oxford University Press, 2012. P. 176—178; Tierney, Stephen. Constitutional Referendums: The Theory and Practice of Republican Deliberation. New York: Oxford University Press, 2014. P. 1—18 та ін.

** Ming-Sung Kuo Between Fact and Norm: Narrative and the Constitutionalisation of Founding Moments. Albert, Richard, Menaka Guruswamy, and Nishchal Basnyat. Founding Moments in Constitutionalism. 2019. P. 11—14.

нішої процедури). Так, Дж. Елстер (J. Elster) виокремлює такі основні обмеження: абсолютне закріплення (неможливість зміни); ухвалення змін кваліфікованою більшістю в парламенті («надбільшістю»); вимога більшого кворуму, ніж для звичайного законодавства; часові обмеження; ратифікація суб'єктами федерації (у федеративних країнах); ратифікація на всенародному референдумі (зокрема на референдумах суб'єктів федерації федеративних країн)[*].

Очевидно, рівень жорсткості визначають у кожній країні окремо на етапі ухвалення самої конституції, і який повинен відбивати історичні, культурні, політичні й інші особливості відповідного суспільства. Як наслідок — в окремих країнах процедура зміни конституції є жорсткішою, в інших — має гнучкіший механізм. Чи ненайжорсткішою є конституція Бельгії (навіть після внесених змін), в якій передбачено не тільки кваліфіковані процедурні вимоги, а й дострокове припинення повноважень парламенту після ініціювання конституційних змін[**]. Саме складність змін основного закону є елементом демократичності держави, яке й стало предметом окремої дискусії в органах Ради Європи, оскільки належний рівень складності зміни конституції може запобігти «зловживанню демократією»[***]. Тому питання зміни конституції є завжди пошуком балансу в кожній країні безпосередньо.

Тут також важливо акцентувати увагу на різниці між формальною зміною конституції та її «ненормативним» коригуванням через інструменти, які не передбачено в самій конституції, але так чи інакше впливають на зміну її тексту. Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія) за результатами проведеного дослідження додатково виокремлює такі можливі форми фактичної зміни конституції: судове тлумачення[****], нові конституційні конвенціональності ***(конституційні звичаї — В. В.),*** політична адаптація, втрата сили

---

[*] Цит. за Report on Constitutional Amendment, adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11—12 December 2009) CDL-AD(2010)001-e. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)001-e (дата звернення: 20.04.2021).

[**] Див. Opinion on the Revision of the Constitution of Belgium adopted by the Venice Commission at its 91st Plenary Session (Venice, 15—16 June 2012) CDL-AD(2012)010-e. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/-?pdf=CDL-AD(2012)010-e (дата звернення: 20.04.2021).

[***] Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Recommendation 1791 (2007) State of human right sand democracy in Europe. URL: http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17532&lang=en (дата звернення: 20.04.2021).

[****] Це застереження щодо судового тлумачення, очевидно, властиве для країн континентальної системи права, адже в країнах англосаксонської системи права судове тлумачення конституції розглядають на рівні з повноцінними змінами конституції. Наприклад, див. Dixon Rosalind. Amending Constitutional Identity. 2010; Constitutional amendment rules: a comparative perspective. Rosalind Dixon. Ginsburg, Tom, and Rosalind Dixon. Comparative Constitutional Law. Cheltenham: Elgar, 2011.

й нерегулярні (неправові та антиконституційні) засоби*. «Ненормативна» зміна конституції безпосередньо пов'язана з виокремленням юридичних і фактичних конституцій, про що йшлося в попередніх частинах цього підручника. Тут докладніше розглянемо офіційні процедури зміни конституції.

Щодо самого процесу змін, то тут важливі декілька моментів: суб'єкт ініціювання змін, форма й спосіб закріплення змін у конституції, процедура їхнього розгляду та ухвалення.

***Ініціювати зміни до конституції*** можуть або вищі органи державної влади, або ж безпосередньо народ. Суб'єктом ініціювання змін до конституції здебільшого є суб'єкт ухвалення законодавчих рішень у відповідній державі — ***парламент***. Водночас право ініціативи належить якійсь частині парламентарів, а не законодавчому органу загалом. Кількість може варіюватися від одного члена парламенту (Франція, Португалія), однієї третини членів парламенту (Молдова, Туреччина), а в окремих країнах потрібне ініціювання більшістю від складу парламенту (Грузія). У деяких країнах до цього можуть також долучатися ***глава держави*** (Франція, Бельгія) та/або ***уряд*** (Молдова, Хорватія), або ж інститут народної ініціативи щодо внесення змін до конституції (Грузія, Литва, Молдова, Італія).

Ініціювати зміни до Конституції України може не менше як третина від конституційного складу Верховної Ради України та Президент України. До того ж зміни до розділу першого «Загальні засади», розділу третього «Вибори. Референдум» і розділу тринадцятого «Внесення змін до Конституції України» ініціює Президент України або не менше як дві третини конституційного складу Верховної Ради України.

Для підготовки проєкту інколи парламент створює спеціальний окремий орган (Фінляндія, Швеція).

Щодо ***форми закріплення змін***, то найпоширенішим є варіант, коли нові зміни просто замінюють старими нормами (ФРН, Італія, Польща). Інший спосіб — це ухвалення додаткових норм завдяки додаванню в текст конституції нових поправок, які існують у виокремленій формі (США). Тут також слід зазначити, що низка конституцій містять вимогу незмінності (неможливості коригування) окремих конституційних положень (Франція, Італія, Молдова, Туреччина). Це не надто

* Reporton Constitutional Amendment, adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11—12 December 2009) CDL-AD(2010)001-e. P. 18. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)001-e (Last accessed: 20.04.2021).

поширена практика, проте є додатковим елементом забезпечення не тільки стабільності змісту конституції, а й її жорсткішого регулювання тих чи інших питань.

Щодо ***процедури внесення змін***, то в більшості країн з жорсткими конституціями така процедура орієнтується на законодавчу процедуру в парламенті (Франція, Греція) або спеціально утвореному представницькому органі (Болгарія). Парламентська процедура може передбачати певні часові обмеження щодо розгляду, проведення декількох читань, проведення додаткових внутрішньопарламентських процедур тощо. Наприклад, у Польщі перше читання проєкту змін до Конституції можливе тільки через 30 днів після подання такого проєкту до Сейму. У країнах з двопалатними парламентами відповідні часові й процедурні обмеження можуть застосовувати на рівні обох палат і до процедури їхньої взаємодії. Якщо порівняти з прийняттям звичайних законів, то ухвалення змін до конституції складніше й зазвичай потребує більшої кількості голосів (наприклад, 3/5 у Греції; 2/3 у Португалії; 3/4 у Болгарії). До того ж така вимога інколи може блокувати й зміни до конституції, наприклад, у Норвегії були складнощі із конституційним закріпленням підстав для дострокового припинення парламенту[*]. Для завершення процедури ухвалення застосовують механізм промульгації, що зазвичай передбачає залучення й глави держави. Очевидно, кожна країна має право визначати особливості процедури змін конституції. До того ж такі процедури не повинні бути фіктивними, ілюзорними чи зведеними до формальностей. Венеційська комісія, аналізуючи процедуру внесення змін до Конституції Туреччини, звернула увагу на те, що вкрай важливими є навіть такі деталі як спосіб голосування парламентарів, час проведення дискусії, забезпечення відкритості й прозорості, забезпечення публічного обговорення, гарантування прав опозиції тощо[**].

В окремих випадках для остаточного схвалення всього тексту пропонованих змін, його частини чи окремих конституційних положень можуть проводити референдум (Естонія, Литва, Франція). Щодо використання інституту референдуму в процесі внесення змін, то Венеційська комісія, роз-

---

[*] Див. Bjørn Erik Rasch Foundations of constitutional stability: Veto Points, Qualified Majorities, and Agenda-Setting Rules in Amendment Procedures. URL: https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/d634bfdc-6239-40a0-98b6-38b5fbba9f43.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

[**] Див. п. 19—42 Turkey —Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to be submitted to a National Referendum on 16 April 2017, adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10—11 March 2017) CDL-AD(2017)005-e. URL:https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e (Last accessed: 20.04.2021).

глядаючи нову версію Конституції Люксембургу, зазначила, що за системного реформування конституційного тексту проведення референдуму є дуже бажаним, навіть якщо цього формально не вимагають[*].

Внесення змін до Конституції України передбачає використання парламентського способу, окрім зміни до розділу першого «Загальні засади», розділу третього «Вибори. Референдум» і розділу тринадцятого «Внесення змін до Конституції України», які після їхнього схвалення наступної чергової сесії 2/3 конституційного складу Верховної Ради України повинні бути затверджені на всеукраїнському референдумі. Особливістю парламентської процедури змін Основного закону України є проведення на цьому етапі попереднього (проспективного) обов'язкового конституційного контролю — без схвального висновку Конституційного Суду України зміни до Конституції України не можуть бути внесеними. У зарубіжній практиці такі вимоги трапляються не так часто, винятком є, наприклад, Молдова, де функціює схожа процедура.

Окремої уваги варте питання повного оновлення конституції. Така практика не надто поширена в Європі, хоч її й використовують. Так, в Іспанії передбачено процедуру повного перегляду Конституції, яка дещо ускладнена, якщо порівняти зі звичайними змінами. Вона зумовлює також дострокове припинення повноважень парламенту. В Австрії до поняття «повний перегляд» конституції Конституційний суд зараховує не тільки повну нову редакцію, але й зміни, які суттєво коригують або нівелюють базові конституційні принципи[**]. Говорити про нову конституцію як у згаданих, так і в інших країнах буде некоректно, адже насправді йдеться просто про нову редакцію Основного закону, яку ухвалюють хоч і за ускладненою, та все ж за процедурою зміни конституції.

В Україні дискусія щодо можливого ухвалення нової Конституції України в політико-правовому дискурсі витає вже давно. В Основному законі України не передбачено ухвалення нової редакції Конституції ані через процедуру внесення змін, ані в інший спосіб. У положеннях Закону України «Про всеукраїнський референдум» передбачено можливість ухвалення нової редакції Конституції України на всеукраїнському референдумі, проте цей Закон 2018 року визнано неконституційним,

---

[*] Див. п. 10 Luxembourg — Opinion on the proposed revision of the Constitution, adopted by the Venice Commissionatits 118th Plenary Session (Venice, 15 and 16 March 2019) CDL-AD(2019)003-e. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2019)003-e (Last accessed: 20.04.2021).

[**] Справа Verfassungsgerichtshof (VfGH) № 2455/1952 of 16.12.1952. Див. Britta Adamovich-Wagner The theoretical and practical aspects of reviewing the constitutionality of the constitutional norms (CDL-JU(2013)004-e). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU(2013)004-e (Last accessed: 20.04.2021).

зокрема й з цих міркувань*. Саме таку «законодавчу» можливість досить жорстко розкритикувала й Венеційська комісія**. Системний аналіз положень Конституції України й рішень Конституційного Суду України*** дає підстави вважати, що можливість ухвалення нової редакції Конституції України (нової Конституції) можлива лише після внесення змін до чинної редакції Основного закону про визначення такої процедури та після з'ясування волі українського народу щодо доцільності таких конституційних дій. Такий підхід загалом відповідає теоретичним засадам конституційного права й вартий розгляду зарубіжного досвіду.

Урешті-решт, ключовим є питання поширення конституційного контролю як «запобіжника» конституційності під час унесення змін. Зарубіжні країни мають різні підходи до поширення компетенції судів (насамперед конституційної юстиції) на питання дотримання процедури чи змісту конституційних змін. Так, Конституційна рада Франції однозначно немає таких повноважень щодо конституційних змін, схвалених на референдумі. Відповідне рішення прийнято самою Радою у 1962 році щодо результатів референдуму та підтверджено у 1992 та 2003 роках****. Водночас компетенція органів конституційного контролю поширюється на ці питання в Австрії, ФРН та Болгарії*****.

Конституційний Суд України має повноваження здійснювати попередній (перспективний) контроль. Утім, попри це, своїм Рішенням Конституційний Суд України визнав наявність у нього повноважень й щодо наступного конституційного контролю закону про внесення змін до Конституції України після його ухвалення Верховною Радою України******. Така позиція суду видається щонайменше малоаргументованою. Саме ці «нові» повноваження й застосував суд в історичному Рішенні № 20-рп/2010 про відновлення редакції Конституції України й

---

* Див. Рішення Конституційного Суду України № 4-р/2018 від 26 квітня 2018 року у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про всеукраїнський референдум».

** Див. п. 25, 26, 50 Opinion on the law on national referendum of Ukraine, adopted by the Council for Democratic Elections at its 45th meeting (Venice, 13 June 2013) and by theVenice Commission at its 95th Plenary Session (Venice, 14—15 June 2013) CDL-AD(2013)017-e. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2013)017-e (Last accessed: 20.04.2021).

*** Ідеться щонайменше про два рішення Конституційного Суду України № 6-рп/2005 від 5 жовтня 2005 року (справа про здійснення влади народом) та № 6-рп/2008 від 16 квітня 2008 року (справа про ухвалення Конституції та законів України на референдумі).

**** Див. The Constitutional Council (Conseil Constitutionnel) Decisionno. 1962-20 DC of 06.11.1962; Decisionno. 1992-313 DC of 23.09.1992; Decisionno. 2003-469 DC of 26.03.2003.

***** Див. п. 225—234 Reporton Constitutional Amendment, adopted by the Venice Commission at its 81st Plenary Session (Venice, 11—12 December 2009) CDL-AD(2010)001-e. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2010)001-e (Last accessed: 20.04.2021).

****** Див. Рішення Конституційного Суду України № 13-рп/2008 від 26 червня 2008 року (справа про повноваження Конституційного Суду України).

перегляд конституційної реформи 2004 року*. Ця справа яскраво ілюструє небезпеку протиправного використання одного з елементів правового захисту конституції й складнощі відповідних процесів у країнах, що розвиваються, і до яких поки що належить й Україна.

Так, ефективність використання жорсткого (ускладненого) способу внесення змін до конституції як однієї з форм її захисту (охорони) потребує не тільки належних інституційних, процедурних чи контрольних інструментів, а й відповідного демократичного середовища застосування. Адже, окрім нормативного закріплення процедури зміни конституції, не менш важливим є її стабільність (незмінність) і дотримання**. З іншого боку, коректне використання належних механізмів забезпечення жорсткості основного закону має на меті додатково дисциплінувати саме суспільство й сприяти становленню та розвитку демократичних традицій.

### 6.3.1.3. Конституційний контроль

Конституційний контроль — це спеціальний інструмент охорони конституції, що передбачає перегляд актів та дій органів публічної влади на предмет їхньої відповідності конституції. Такий контроль здійснює спеціально уповноважений державний орган (або система органів), який наділений компетенцією, розтлумачивши положення конституції, визнати акт або дію органу публічної влади такими, що не відповідають основному закону й не можуть бути застосовані в конкретній справі або ж і загалом втрачають чинність. Саме на підставі врахування мети, часу й обсягу такого контролю, природи й статусу органу, що його здійснює, правових наслідків ухваленого рішення та особливостей його виконання в теорії конституційного права виокремлюють кілька видів здійснення конституційного контролю.

Об'єктом конституційного контролю можуть бути: сама конституція (в аспекті розгляду законів чи правок, що коригують її текст); закони (первинне законодавство), що ухвалює парламент (конституційні, органічні, звичайні закони); міжнародні договори (до їхньої ратифікації або й у процесі реалізації після ратифікації); підзаконні нормативно-правові акти (вторинне

---

* Див. Рішення Конституційного Суду України № 20-рп/2010 від 30 вересня 2010 року (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України).

** Див. п. 19 Turkey — Opinion on the amendments to the Constitution adopted by the Grand National Assembly on 21 January 2017 and to besubmitted to a National Referendumon 16 April 2017. Adopted by the Venice Commission at its 110th Plenary Session (Venice, 10—11 March 2017) CDL-AD(2017)005-e. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)005-e (Last accessed: 20.04.2021).

законодавство), які ухвалює парламент (регламенти, правила процедури й інші акти), глава держави, уряд, федеральні органи чи органи суб'єктів федерації, адміністративні акти; судові рішення; притягнення до відповідальності глави держави (імпічмент) та здійснення представницького мандата окремими парламентарями; контроль за проведенням виборів і встановленням їхніх результатів; мета, статутні цілі й форми діяльності політичних партій та деякі інші питання.

Таке широке коло сфер конституційного контролю дає змогу виокремити ***матеріальний*** (змістовний) та ***процедурний*** (формальний) конституційний контроль. Аналіз відповідності конституції змісту норм актів (як нормативно-правових, так і нормозастосовних) належить до матеріального контролю, оскільки передбачає докладний аналіз змісту норми та її співвідношення з конституційними положеннями. Процедурний конституційний контроль зосереджують насамперед на формальному дотриманні вимог конституції щодо вчинення певних дій органами влади.

За часом здійснення контролю виокремлюють ***ex-ante*** (превентивний, попередній, перспективний) та ***ex-post*** (послідовний, наступний, ретроспективний). Час здійснення контролю є важливим індикатором його ефективності та спрямованості. Адже конституційний контроль ex-ante спрямований не на конкретний акт чи дію органу влади, а на, відповідно, проєкт (до остаточного схвалення) акта чи намір (початок) учинення певної дії. Так, захист конституції здійснюють на випередження можливого «зазіхання» на її зміст і сутність. Такий вид контролю, очевидно, обмежує свободу розсуду державної влади. Так, ex-ante-контроль щодо ухвалення парламентом Франції органічних законів так чи інакше обмежує свободу парламентської законодавчої роботи, узалежнюючи її від рішення Конституційної ради*. Хоча є й думки, що ex-ante, навпаки, підтримує концепцію парламентського суверенітету, адже орган конституційного контролю насправді перетворюється на «консультанта» парламенту щодо конституційності акта**. Таке превентивне втручання в ухвалення закону чи іншого акта все ж створює додаткові організаційні та процедурні перешкоди роботі парламенту.

Ex-post передбачає здійснення контролю за дотриманням конституції в ухвалених актах, здійснених процедурах чи вчинених діях. Цей

---

* Відповідно до статті 61 Конституції Франції, органічні закони до їхньої промульгації, направлення на референдум чи набуттям чинності повинні бути направлені до Конституційної Ради для їхнього перевірки щодо відповідності Конституції.

** Juliane Kokott and Martin Kaspar Ensuring Constitutional Efficacy. The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Eds. Rosenfeld, Michel, and András Sajó: Oxford University Press, November 21, 2012. P. 806.

вид конституційного контролю найпоширеніший та наймасштабніший з огляду на його предмет, інструменти здійснення та можливі наслідки. Саме він утворює основу конституційного контролю як правового явища й інструмента забезпечення охорони конституції, адже має на меті припинити порушення конституції, які під час аналізу вже є або можуть бути очевидними. Відповідно, ex-post-контроль застосовують до актів та дій, які вже ухвалено (вчинено) та діють.

Порівнюючи ці два види контролю, слід зазначити, що ex-ante передбачає здійснення контролю за невеликий проміжок часу, оскільки його насправді включено в законодавчий (парламентський) процес й ухвалювати рішення треба досить швидко, бо це зумовлює початок дії закону чи іншого нормативного акта. Тоді як ex-post-контроль потребує реакції органу конституційного контролю в межах відповідного провадження, яке може тривати довше, щоправда, якщо контролюватимуть суди загальної юрисдикції, то строки реагування також будуть не набагато довшими. На практиці розмежування цих двох видів контролю інколи є досить проблематичним, особливо якщо йдеться про абстрактний контроль ухвалених законів, що ще не почали діяти (не вступили в дію). Ключовою проблемою тут є саме ухвалення, набрання чинності й початок дії закону й можливість конституційного контролю змісту такого закону. Наприклад, Конституційний суд Угорщини щодо ухвалених змін до Цивільного кодексу, які ще не почали діяти, обмежився розглядом тільки норми про початок введення в дію, не розглядаючи змісту змін новим законом*. Межею між попереднім і наступним контролем є час початку дії та практичне застосування акта, які можуть додатково деталізувати відповідно до національних стандартів у кожній країні.

З попередньою класифікацією безпосередньо пов'язана наступна — за характером ініціювання конституційний контроль поділяють на ***обов'язковий*** та ***факультативний***. Саме обов'язковий конституційний контроль властивий ex-ante, тобто для попереднього перегляду актів (Вірменія, Румунія, Мексика, Франція). Зазвичай ідеться про перевірку конституційності змін до конституції, ухвалення органічних (конституційних) законів або ратифікацію міжнародних договорів. Проте в більшості випадків домінує все ж факультативний (ініціативний) конституційний контроль, коли конституція тільки гарантує право й підстави для звернення, а питання звернення є виявленням волі самого суб'єкта.

* The Constitutional Court of Hungary Decision # 51/2010 of 28-04-2010.

За формою здійснення й деталізованістю конституційний контроль поділяють на ***абстрактний*** та ***конкретний***. Абстрактний конституційний контроль передбачає аналіз певного акта (чи його окремих положень) без його застосування до обставин конкретної ситуації, що відбулася. Йдеться про нормативний контроль за якістю закону, а не перегляд наслідків його застосування. Тоді як конкретний контроль передбачає аналіз щодо відповідності конституції певного акта (чи його окремих положень) за наслідками його застосування в конкретній ситуації. Саме зважаючи на застосування/незастосування казуальності (прив'язки до конкретної ситуації) абстрактний та конкретний контроль відрізняються суб'єктом ініціювання здійснення контролю; об'єктом контролю, рівнем дослідження обставин справи; формою й суттю ухваленого рішення, особливостями його виконання й використання в наступних справах щодо конституційного контролю. Ці й інші відмінності закладають якісно різні підходи до здійснення конституційного контрою, хоч і не заперечують їхнього одночасного використання в певній країні. Тому саме цей критерій є основним для розмежування різних моделей конституційного контролю, про що йтиметься далі.

Важливою ознакою розмежування абстрактного й конкретного контролю також є суб'єкт звернення. Для ініціювання абстрактного контролю, у конституціях зазвичай визначають вичерпний перелік суб'єктів з-поміж органів публічної влади: глава держави, парламент (частіше — парламентські органи, певна кількість парламентарів), омбудсмени (особи, уповноважені на здійснення контролю за дотриманням прав людини), уряд (зокрема окремі органи виконавчої влади), суди (зазвичай найвищі судові органи, але інколи й інші суди, наприклад вищі адміністративні в тих випадках, коли вони становлять окрему гілку судової влади), прокурори, територіальні органи й органи суб'єктів федерації, органи місцевого самоврядування. Інколи до зазначеного переліку можуть додавати й спеціальні суб'єкти, відповідно до особливостей національного регулювання. Так, у Польщі право на звернення до Конституційного трибуналу також мають національні органи профспілок, професійних об'єднань, церкви та релігійні організації*. Особливістю конкретного конституційного контролю є те, що ініціювати відповідну процедуру можуть лише суб'єкти, чиї права було порушено відповідним актом. Здебільшого йдеться про індивідів та суб'єктів приватної сфери (юридичні особи), чиї права обмежують. Очевидно, межа

* Відповідно до статті 191 Конституції Польщі право на звернення в таких суб'єктів виникає тільки щодо питань, які стосуються їхньої діяльності.

між чітким розподілом за суб'єктами визначають у кожній конкретній країні з огляду на специфіку об'єкта конституційного контролю.

Залежно від кількості й меж повноважень органів здійснення конституційного контролю виокремлюють ***централізований*** та ***децентралізований***. Цей розподіл демонструє кількість органів, що уповноважені здійснювати конституційний контроль. Очевидно, що централізований — передбачає функціювання одного органу, який наділено відповідними винятковими повноваженнями. Децентралізований (його ще називають дифузний, розосереджений) передбачає здійснення конституційного контролю одразу кількома суб'єктами: наприклад, уСША, де конституційний контроль здійснюють загальні суди в процесі здійснення правосуддя, тобто звичайного нормозастосування.

Зазначені тут види конституційного контролю характеризують його різні аспекти й форми реалізації. На підставі системного аналізу всіх цих видів виокремлюють такі дві основні моделі здійснення конституційного контролю: ***американську*** та ***європейську***. Саме ці дві основні моделі найяскравіше демонструють здобутки людства щодо оцінювання регулятивного впливу конституції на всі сфери суспільної активності. Є й інші моделі організації конституційного контролю, як-от: латиноамериканська, скандинавська, ісламська тощо. У межах європейської моделі деякі автори виокремлюють окремо германську та австрійську[*]. Також часто виокремлюють французьку модель, яка має так званий «несудовий характер»[**]. Досить часто інші моделі конституційного контролю, що відрізняються від двох основних, називають змішаними, або гібридними. Звісно, такий підхід видається дуже загальним і поверхневим. До того ж слід зауважити, що виокремлені риси американської та європейської моделей дають змогу охарактеризувати майже будь-яку іншу модель здійснення конституційного контролю в сучасних демократичних державах.

***Американська модель конституційного контролю*** стала основою розвитку цього інструмента захисту конституції. Її початок прийнято пов'язувати зі справою Верховного суду США ***Marbury v. Madison.*** У цій справі суд на підставі тлумачення положень статті 3 Конституції США заклав основи здійснення конституційного контролю (***judicial review***). Важливо, що зазначена стаття Конституції США буквально не

---

[*] Савчин М. В. Конституційне право України: підручник / відп. ред. проф., д-р юрид. наук М. О. Баймуратов. К.: Правова єдність, 2009. С. 188—189.

[**] Шаповал М. В. Конституційне право зарубіжних країн: академічний курс: підручник. 3-тє вид., стереотип. Київ: Юрінком Інтер, 2014. с. 309.

містить відповідних повноважень для судової влади. Ба більше, на етапі формулювання її тексту серйозно обговорювали ідею створення Ради перегляду (***Council of Revision***) для здійснення попереднього контролю за ухваленими парламентом актами. Основним аргументом проти утворення цього органу було небажання створення додаткової інституції для втручання в законодавчий процес[*]. Це, до речі, одна з суттєвих рис американської моделі загалом — невтручання суду (відповідно й — непоширення конституційного контролю) на політичні питання, яким, очевидно, у такій парадигмі є законодавча діяльність парламенту. Суддя Джон Маршалл обґрунтував безпосереднє застосування Конституції всупереч законів під час розгляду судами конкретних справ та поширив юрисдикцію судів на всі «підконституційні» справи: «Судова влада в США поширюється на всі справи, що виникають з Конституції»[**].

З огляду на контекст і ситуацію ухвалення цього рішення, воно було досить сміливим для тогочасної правової системи США. Саме аналогійні підходи й аргументи не застосовували до федеральних законів, тобто їх не визнавали неконституційними, аж до вирішення Верховним судом справи ***Dred Scott v. Stanford*** 1857 року[***]. Ці справи «поширили» поноваження Верховного суду щодо конституційного контролю тільки за діями федеральних органів виконавчої влади та федеральних законів. У справах ***Fletcher v. Peck (1810)*** та ***Martin v. Hunter's Lessee (1816)*** Верховний суд США поширив свою компетенцію на перегляд дій та законів на рівні штатів (суб'єктів федерації)[****].

Так, суди отримали досить широкий обсяг контрольних повноважень за діяльністю законодавчої та виконавчої влади. У теорії конституційного права в США цей аспект розглядають крізь призму принципу поділу державної влади. Відповідно, конституційний контроль є одним з ключових елементів системи стримувань і противаг в її американській інтерпретації. З огляду на це, питання обмеження самої судової влади є також украй важливим. У США розвивається теорія юрисдикційних доктрин (***justiciability doctrines***), що визначають межі повноважень судової влади загалом і у сфері конституційного контролю зокрема.

Це досить наочно демонструє функційну спрямованість, мету й інструментальне значення конституційного контролю в американській

---

[*] Chemerinsky Erwin. Constitutional Law-Principles and Policies. 2015. P. 35.

[**] Marbery v. Madison, 5 U.S. 137, 2 L.Ed. 60 (1803). P. 143.

[***] Chemerinsky Erwin. Constitutional Law-Principles and Policies. 2015. P. 45.

[****] Rotunda Ronald D, and John E. Nowak. Principles of Constitutional Law. 2016. P. 8—9.

моделі. Тому основними ознаками цієї моделі є: 1) здійснення конституційного контролю звичайними судами за принципом децентралізації; 2) контроль за часом його проведення є наступним (***ex-post***) і стосується акта, який ухвалено і вступив у дію, до того ж важливим є не тільки зміст акта, а й спосіб його застосування в конкретній справі; 3) конституційність перевірюють тільки в процесі нормозастосування судами під час розгляду справ, тому він є конкретним й розрахованим насамперед на нормозастосування; 4) ініціаторами конституційного контролю можуть бути тільки особи, уповноважені виступати в межах судового розгляду (ініціювати судовий процес), тобто тільки ті суб'єкти, які зазнали негативного регулятивного впливу, відповідно, такий контроль є факультативним (ініціативним); 5) персоніфікованість ухваленого рішення, яке стосуватиметься тільки сторін цієї справи, проте як прецедент його можуть застосовувати в контексті концепції ***stare decisis***; 6) метою такого конституційного контролю є не тільки вирішення справи відповідно до конституції, але й забезпечення юридичного контролю за діяльністю законодавчої та виконавчої влади; 7) юридична аргументація суду орієнтується не тільки на суть і значення текстуальних норм, а й на обставини справи, у якій здійснюють конституційний контроль.

Таку модель з певними варіаціями й національними особливостями використовують у країнах, де принципи організації правової системи розвивалися під впливом таких самих чинників, що й у США (Австралія, Канада, Ірландія, Індія, Ізраїль, Японія тощо). На підставі цієї моделі функціює конституційний контроль в окремих європейських країнах, насамперед скандинавських (Данія, Норвегія, Фінляндія, Швеція). Американська модель також є основою організації конституційного контролю в латиноамериканському регіоні (Аргентина, Мексика, Бразилія, Чилі). Щоправда, тут є певні особливості щодо індивідуального захисту порушеного конституційного права — поширеним є інститут ампаро (***amparo, recurso de amparo***). Цей інститут передбачає можливість звернення до органів конституційного контролю (зазвичай верховних судів) за захистом порушеного конституційного права в конкретній ситуації. Ампаро досить часто порівнюють з американською процедурою ***habeas corpus***, проте, наприклад у Мексиці* використовують ширше розуміння: окрім ***habeas corpus*** (захист особистої свободи) використовують ***habeas data*** (захист персональних даних), ***mandato de***

* Вважають, що саме мексиканська правова система започаткувала й розвинула інститут ампаро в його сучасному розумінні. Див. Mejorada, Carlos Sánchez. The Writ of Amparo. Mexican Procedure to Protect Human Rights. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science.* Vol. 243. 1946. P. 107—111.

***securanca*** (захист від порушень, не охоплених попередніми формами). У цих країнах також передбачено здійснення абстрактного конституційного контролю, зокрема й за бездіяльністю законодавчого органу щодо потрібного регулювання певних відносин. Інституційно конституційний контроль у цих країнах є децентралізованим й ініціативним, і який, відповідно, зазвичай здійснюють у конкретних ситуаціях. Саме ці ознаки й дають підстави означити використання в його основі американської моделі.

Окремої уваги варта ***французька модель***, що передбачає функціювання Конституційної ради (*Conseil constitutionnel*), яка поєднує здійснення судових функцій та консультативних повноважень. Щодо судових повноважень, то вони охоплюють здійснення конституційного контролю й наглядові повноваження за виборами президента Франції та референдумів. Консультативні повноваження передбачають участь Конституційної ради в процесі реалізації вищими органами держави (насамперед президентом Франції) надзвичайних заходів (повноважень) у разі загрози національній безпеці*. Повноваження щодо виборів і референдумів, а також консультативні повноваження є якраз тим аспектом, що відрізняє французьку модель від класичної європейської (австрійської).

Конституційну раду було створено з ухваленням Конституції П'ятої Республіки 1958 року. Це важливий аспект, оскільки на її формування значно вплинули тогочасні історичні обставини й процеси післявоєнної Європи, зокрема досвід Німеччини та Італії**. Завданням Конституційної ради на час створення було здійснення тільки попереднього (ex-ante) конституційного контролю за органічними законами (обов'язковий попередній абстрактний контроль). Ключова мета, з одного боку, обмеження свободи парламенту, а з іншого — запобігання надмірному впливу виконавчої влади на законодавчий процес***. Згодом компетенцію цього органу було поширено також на конституційний контроль за міжнародними договорами (за ініціативи президента, прем'єр-міністра або глави однієї з палатпарламенту) та за звичайними законами за ініціативою 60 членів Національної асамблеї (нижня

* Такі повноваження Конституційної ради передбачено безпосередньо статтею 16 Конституції Франції, відповідно до якої Конституційна рада в умовах реалізації надзвичайних повноважень повинна стежити за дотриманням конституційних гарантій.

** Louis Favoreu, Xavier Philippe. La place du Conseil constitutionnel dans la Constitution de 1958. URL: http://blog.ac-rouen.fr/lyc-bloch-notes/files/conseil-constitutionnel-17365.pdf (Last accessed: 20.04.2021).

*** Jean-Louis DEBRÉ. Le Conseil constitutionnel lors de sa mise en place. URL: https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-conseil-constitutionnel-lors-de-sa-mise-en-place (Last accessed: 20.04.2021).

палата парламенту) або 60 членів сенату (верхня палата парламенту). Зазначені зміни 1974 року додали до повноважень Конституційної ради ініціативний конституційний контроль, який все ще залишався попереднім. За таких самих міркувань конституційний контроль щодо змін до Конституції Франції Конституційна рада не здійснює*, що, загалом, оцінюють досить критично з огляду на природу й інші повноваження Ради**. Після конституційної реформи 2008 року (почала діяти з березня 2010 року) Конституційна рада отримала повноваження для здійснення наступного (***ex-post***) конституційного контролю за ухваленими парламентом законами за зверненням Державної Ради (***Conseil d'État*** — фактично адміністративний суд) і Касаційного суду (La Cour de cassation) та деякі інші повноваження. Такі зміни наближують Конституційну раду за обсягом повноважень у сфері конституційного контролю до класичної європейської (австрійської) моделі.

Класична ***європейська модель*** конституційного контролю є централізованою й передбачає функціювання одного органу здійснення такого контролю — спеціально уповноваженого суду, що зумовлює функціювання окремої концепції конституційної юстиції. З огляду на належність України до континентальної системи права й особливості національної правової системи, європейській моделі конституційного контролю буде присвячено окремий наступний підрозділ.

### 6.3.2. Конституційна юрисдикція: особливості

#### 6.3.2.1. Правова природа

Європейська модель конституційного контролю має іншу назву — австрійська, оскільки її створено й уперше застосовано саме в Австрії в міжвоєнний період. Автором цієї моделі є Ганс Кельзен (розробник проєкту Австрійської Конституції 1920 року), тому її часто ще називають кельзенівською, в основі якої особливе розуміння конституції, її норм і природи права загалом.

Одна з основоположних ідей, на якій ґрунтується європейська модель конституційного контролю — розмежування природи конституції та актів, що ухвалює законодавчий орган: «Законодавчий орган, упов-

---

* Див. The Constitutional Council (Conseil Constitutionnel) Decision № 1962-20 DC of 06.11.1962; Decision № 1992-313 DC of 23.09.1992; Decision № 2003-469 DC of 26.03.2003.

** Jacqueline de Guillenchmidt. No constitutional review for amendments to the Constitution, a French exception (CDL-JU(2013)005). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2013)005-e (Last accessed: 20.04.2021).

новажений конституцією визначати загальнообов'язкові норми, не має такого ж стосунку до конституції як народ, що зобов'язаний такі норми виконувати»[*]. Саме конституція виражає волю народу, навіть якщо її не ухвалив представницький орган, оскільки її вже легітимізувало суспільство в процесі нормозастосування. Відповідно конституція як інструмент народу повинна обмежувати волю законодавця, його діяльність з ухвалення законів на її виконання: «Неможливо розраховувати на сам парламент, коли йдеться про реалізацію його підпорядкування конституції»[**]. Відповідно до позиції Ганса Кельзена, ефективний контроль за законодавцем, що можуть здійснювати суди, обмежений конкретними обставинами справи й практичним нормозастосуванням. Ба більше, скасування закону — акт негативної законотворчості. Саме тому Кальзен і запропонував повноваження перевіряти закони щодо їхньої конституційності й визнавати недійсними неконституційні закони та передати як «ексклюзивну функцію спеціальному конституційному суду»[***].

Такий суд повинен забезпечувати централізований конституційний контроль, використовуючи судові (за природою) процедури й способи організації діяльності. Саме ця обставина дає підстави використовувати для характеристики такої моделі конституційного контролю поняття «конституційна юстиція», «конституційна юрисдикція», «конституційне судочинство» тощо. Використовувати ці терміни слід тільки з чітким розумінням їхнього контексту й змістового навантаження. Адже досить часто цей аспект конституційного права у вітчизняних підручниках подають у розрізі судової влади й конституційний контроль зараховують до системи органів здійснення судочинства. Це пояснюють зокрема й пострадянським ментальним досить «розмитим» сприйняттям функцій суду та суддів. Такий підхід доволі сумнівний, оскільки правова природа конституційного контролю в європейській моделі якраз і ґрунтується на його виокремленні із системи судів. Використання судового «інструментарію» для виконання своїх повноважень конституційними судами є лише частковим, що не дає підстав вважати їх частиною системи судочинства.

Природа й правовий статус конституційних судів передбачає їхню діяльність як спеціально уповноважених державних органів. Конституційний контроль — це насамперед контроль за якістю законів, що

---

[*] Kelsen, Hans. General Theory of Norms. Oxford [England]: Clarendon Press, 2011. P. 104.

[**] Кельзен Г. Судебная гарантия конституции (конституционное правосудие). *Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях: учебное пособие*. М.: КРАСАНД, 2015. С. 95.

[***] Kelsen, Hans. General Theory of Lawand State, Etc. (third Printing.). Cambridge, Mass, 1949. P. 268.

ухвалює парламент з погляду їхньої узгодженості з конституцією. Насправді конституційний суд в європейській моделі це спеціальний суд, що оцінює якість роботи законодавчого органу. Очевидно, що така постановка питання й природа правового статусу порушує проблему незалежності парламенту й допустимості втручання в його роботу. Саме на етапі формування австрійської моделі навіть її автор дискутував щодо цього аспекту, відповідаючи на такі ж «закиди» опонентів. Ключовим аргументом Ганса Кельзена було те, що конституція регулює діяльність парламенту так, як вона регулятивно впливає й на діяльність виконавчої та судової влади. Відповідно, сприйняття діяльності конституційного суду щодо контролю за конституційністю актів парламенту як втручання в його роботу означало б виведення за межі дії конституції самого парламенту*.

Ця дискусія насправді породжує іншу проблему: визнання законів неконституційними, що безпосередньо зумовлює втрату їхньої чинності, ставить питання про перетворення конституційного суду на фактичного законодавця. До того ж слід ураховувати, що дія актів конституційного суду має на меті не так визнати акт неконституційним, як не допустити його застосування в правовідносинах. Це один із суттєвих елементів абстрактного конституційного контролю, який переважає в європейській моделі. За такого підходу, на думку автора цієї моделі, конституційний суд стає «негативним законодавцем», що є цілком обґрунтованим з погляду теорії конституційного права.

Конституційні суди досить часто називають «судами права», а не «судами факту». Цей аспект їхньої правової природи випливає знову ж таки здебільшого із здійснюваного ними абстрактного конституційного контролю. Річ у тім, що аналіз відповідності конституції положенням нормативно-правового акта, який ще не застосовували, очевидно, передбачає використання загальніших і теоретичніших аргументів, зокрема й фактів (обставин) з конкретної справи. Водночас аналіз практики діяльності конституційних судів дає підстави сумніватися в зазначеному твердженні. По-перше, під час здійснення конституційного контролю за процедурою ухвалення законів, конституційний суд повинен встановлювати певні фактичні обставини справи. Це важливо в ситуаціях, коли йдеться про порушення конституційних вимог (конституційної процедури) ухвалення законів, встановити факти щодо якої

* Кельзен Г. Судебная гарантия конституции (конституционное правосудие). *Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях:* учебное пособие. М.: КРАСАНД, 2015. С. 95.

не має компетенції жоден інший орган*. По-друге, здійснення конституційного контролю за індивідуальним зверненням (конституційна скарга) змушує конституційні суди так чи інакше враховувати факти, якщо не безпосередньо, то щонайменше на підставі ухвалених судами загальної юрисдикції рішень.

Так, основними ознаками цієї моделі є: 1) централізований конституційний контроль здійснює спеціально уповноважений орган — конституційний суд; 2) контроль за часом його проведення є наступним (ex-post) і стосується акта, який ухвалено й набрав чинності; одночасно в окремих випадках застосовують і попередній контроль (ex-ante) до проєктів актів; 3) окремою формою діяльності конституційних судів часто є надання офіційного тлумачення конституції, яке має офіційне й зобов'язувальне для нормозастосовних органів значення; 4) конституційний контроль є абстрактним і стосується самого акта, що розглядають, а не безпосередньо прав ініціаторів його здійснення; 5) ініціаторами конституційного контролю можуть бути спеціально уповноважені суб'єкти з-поміж органів публічної влади, попри це, такий контроль зазвичай факультативний (ініціативний) (обов'язковим є тільки ex-ante — там, де це передбачено); 6) загальність, а в окремих випадках навіть нормативність ухваленого рішення — стосується положень закону, що розглядали, й охоплює своєю дією всіх суб'єктів, на кого поширюється/поширювалася дія відповідного закону; 7) такий конституційний контроль насамперед має на меті забезпечити юридичний контроль за діяльністю законодавчої влади; 8) юридична аргументація конституційних судів спирається на спеціальний некласичний судовий інструментарій, що передбачає досить глибоке осмислення й застосування теоретичних та доктринальних аргументів, відповідно, визначає процедури такого конституційного контролю більше як дослідницькі, аніж судові. Зазначені ознаки стають дещо модифікованими, коли йдеться про здійснення конституційними судами конституційного контролю за індивідуальним зверненням — конституційною скаргою. Такий конституційний контроль є наступним (ex-post) і конкретним щодо його ініціювання та здійснення за ініціативою особи (як фізичної, так і юридичної) відповідно до застосованого в їхній судовій справі закону.

Для практичної демонстрації особливостей конституційної юрисдикції, розгляньмо діяльність конституційних судів крізь призму кількох

* Наприклад, рішення Конституційного Суду України щодо визнання неконституційними положень законів України у зв'язку із порушенням визначеної Конституцією України процедури їхнього ухвалення. Див. рішення Конституційного Суду України № 2-р/2018 від 28 лютого 2018 року та № 4-р/2018 від 26 квітня 2018 року.

суттєвих аспектів їхнього функціювання: порядок формування, повноваження, правова природа актів й особливості юридичної аргументації.

### 6.3.2.2. Порядок формування й засади діяльності

Порядок формування конституційних судів передбачає здійснення спеціальної процедури, яку визначено в самій конституції. Процедура призначення охоплює відбір, подання кандидатур і призначення. Ключовими суб'єктами тут зазвичай є глава держави й парламент (загалом або одна з його палат у бікамеральному парламенті). Також можуть долучатися уряд, верховні суди загальної юрисдикції, органи судової влади й суддівського самоврядування.

Наприклад, у Португалії до складу Конституційного суду входять тринадцять суддів, з яких десять призначає Асамблея Республіки (парламент) ухваленням рішення 2/3 голосів, а троє інших суддів кооптують до складу суду десять суддів, яких призначив парламент. Щонайменше шість з тринадцяти суддів повинні бути суддями звичайних суддів — Верховного суду. У Польщі суддів Конституційного трибуналу призначає Сейм (нижня палата парламенту) за пропозицією Президії Сейму або групи з не менше як 50 парламентарів, деякі деталі подання та призначення визначаються регламентом (правилами процедури) Сейму. Такий спосіб формування Конституційного трибуналу в Польщі визначено реформою 2015 року, упровадження якої та застосування окремих норм стали предметом досить критичного аналізу Венеційської комісії*. В Австрії суддів Конституційного суду призначає федеральний президент — частину за поданням федерального уряду (призначає голову та заступника голови Конституційного куду, а також шість суддів та трьох суддів-заступників), інших, відповідно, за окремими поданнями верхньої та нижньої палат парламенту. У Болгарії по одній третині від складу Конституційного суду призначають президент, парламент і збори суддів Верховного суду та Верховного адміністративного суду. Аналогійну модель використовують і в Україні, відповідно до статті 148 Конституції України Президент України, Верховна Рада України та з'їзд суддів України призначають по шість суддів Конституційного Суду України.

Аналіз зарубіжного досвіду щодо формування конституційних судів показує одну суттєву властивість їхньої природи й правового статусу —

* Див. Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11—12 March 2016) (CDL-AD(2016)001-e). URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)001-e (Last accessed: 20.04.2021).

намагання, зокрема й через процедуру призначення суддів, забезпечити інституційну незалежність конституційного контролю. Участь парламенту в цій процедурі є додатковим аргументом щодо спрямованості контролю над законодавством та забезпечення балансу в системі стримувань і противаг.

Суддів зазвичай призначають на певний строк без права бути перепризначеними повторно (Португалія, Польща). Строк повноважень суддів досить тривалий: 9 років (Італія, Польща, Португалія), 10 років (Чехія, Грузія), 12 років (ФРН). До того ж в Австрії судді Конституційного суду виконують повноваження до досягнення 70-річного віку, у Бельгії суддів призначають пожиттєво. Строк повноважень Судді Конституційного Суду України становить 9 років, але не довше ніж до досягнення 70-річного віку.

Досить тривалий строк повноважень суддів є додатковим інструментом забезпечення їхньої політичної неупередженості. Короткий строк повноважень міг би збігатися зі строками повноважень президента, уряду чи парламенту й, відповідно, підпадати під «політичні цикли» й за певних обставин залежати від них, що було б неприпустимим.

Щодо вимог до претендентів на посаду судді конституційного суду, то звичними є насамперед професійні критерії, як-от: наявність правничої освіти, досвіду роботи за спеціальністю в правничій сфері (зазвичай визначають мінімально-необхідний строк). Інколи за основу беруть вимоги до суддів верховного чи вищого суддів та додають додаткові вимоги щодо кваліфікації. Так, у Польщі претендент на посаду судді Конституційного трибуналу повинен відповідати вимогам, що ставлять до суддів Верховного суду, а також «вирізнятися своїми знаннями». До всього складу конституційного суду або ж як вимога до частини суддів у його складі в окремих країнах є такі додаткові вимоги: проживання за межами столиці (Австрія), належність до певних мовних груп (Бельгія). Додаткові вимоги, які дійсні на час призначення, і яких повинні дотримуватися протягом усього часу перебування на посаді —неможливість обіймати посади в органах державної влади (як федерального, так і місцевого рівня), заборона членства в політичних партіях, професійних спілках, зайняття іншими видами оплачуваної діяльності. Саме вимога політичної нейтральності є ключовою та основою для забезпечення позапартійності конституційної юстиції.

Також слід звернути увагу на одну з неформальних вимог до суддів конституційного суду — здатність до аналітичного мислення й науко-

во-дослідної діяльності. Насправді таку вимогу безпосередньо не закріплено в законодавстві, проте є практично зумовленою. Діяльність конституційної юрисдикції потребує не так нормозастосувального досвіду й відповідних навичок, як здатності до дослідницької та науково-пошукової роботи. Саме тому в багатьох європейських країнах, якщо й не закріплено безпосередньо норму про призначення університетських професорів права (наприклад, Австрія, Хорватія), то є звичною практикою (традицією) (Литва, Польща) їхнього залучення до роботи в конституційних судах.

Щодо статусу судді й умов роботи, то на конституційному рівні (або щонайменше в спеціальному законі) також передбачають додаткові гарантії діяльності, спеціальну процедуру дисциплінарної відповідальності та звільнення. Так, в окремих країнах (Болгарія, Італія) на суддів конституційного суду поширюють такі ж гарантії, як і на парламентарів або ж в інший спосіб забезпечують неможливість неправомірного впливу. Так, у Польщі парламент, ані будь-який інший державний орган не має повноважень достроково звільнити суддю Конституційного трибуналу, це належить до повноважень Генеральної Асамблеї суддів самого Конституційного трибуналу. Аналогійний підхід використовують в Австрії, де повноваження судді Конституційного суду може припинити тільки сам суд, проголосувавши за таке рішення 2/3 голосів.

Внутрішня організація роботи конституційних судів передбачає структурування на палати, комісії, колегії, групи чи інші структурні утворення, що є інституційними частинами суду для розгляду різних категорій справ. Тут важливо наголосити, що для розгляду найважливіших питань та виконання відповідних повноважень конституційні суди діють колегіально — усім складом суду. Так, Федеральний конституційний суд Німеччини діє в складі двох сенатів, які розглядають справи кожен самостійно, виступаючи від імені всього суду. До того ж загальні пленарні засідання проводять не так часто для розв'язання, наприклад, питань, пов'язаних із формуванням нової (зміною) правової позиції.

Важливий аспект, на якому слід додатково наголосити — спеціальні процедури роботи конституційних судів. Так, через зазначене внутрішнє структурування вони діють переважно за процесуальними алгоритмами звичайних (здебільшого адміністративних) судів. Також слід наголосити на кількох суттєвих особливостях: по-перше, процедури роботи конституційних судів зазвичай тільки дуже загально визначають на рівні конституції та спеціального закону. Усі процесуальні деталі окреслює на рівні спеціальних внутрішніх правил процедури (регламентів, по-

ложень, порядків тощо) сам конституційний суд. Це суттєво відрізняє конституційну юрисдикцію від загальних судів, які підпорядковуються процесуальним принципам та процедурам, визначеним процесуальним законом, що ухвалює парламент. Насправді йдеться про певну процедурну автономію конституційної юрисдикції. Тут можна провести паралель з ухваленням власних правил процедури парламентами, які за загальнотеоретичним підходом також повинен схвалювати парламент самостійно без втручання інших суб'єктів (це один з елементів інституційної спроможності та парламентського суверенітету). По-друге, на відміну від судів загальної юрисдикції, у конституційній юрисдикції майже не застосовують змагальний характер розгляду справ. Навпаки, конституційний суд діє більше в пошуковому форматі, самостійно вишукуючи аргументи й обставини, що слід урахувати для ухвалення рішення по суті. По-третє, з огляду на самостійність у вивченні питання, пошуку аргументів і спеціальному аналізі, у діяльності конституційних судів досить часто використовують закриті засідання, ухвалення рішення за зачиненими дверима, письмові провадження тощо. Ідеться про те, що характерні для судів загальної юрисдикції відкриті усні провадження в конституційних судах застосовують не так часто.

З огляду на зазначене, можна зробити висновок, що діяльність конституційної юрисдикції має властивості, які суттєво відрізняють її від судів загальної юрисдикції, перетворюючи конституційний суд в окремих аспектах більше на дослідну інституцію, аніж на класичний суд. Тому це впливає й на спосіб аргументації та вимоги до аргументованості рішень органів конституційної юрисдикції.

### 6.3.2.3. Повноваження та їх здійснення

Повноваження конституційних судів спрямовані насамперед на здійснення ефективного абстрактного, ретроспективного (ex-post) конституційного контролю за якістю законів, що ухвалює парламент. До того ж це, очевидно, не єдиний блок компетенції таких органів. Залежно від історичних, культурних, адміністративно-управлінських й інших чинників до компетенції конституційної юрисдикції в різних країнах додавали нові сфери повноважень. Тому пропонуємо досить узагальнений аналіз повноважень, що реалізовують конституційні суди в різних країнах у межах європейської моделі конституційного контролю.

***Офіційне тлумачення конституції*** — це повноваження конституційної юрисдикції, що найяскравіше відрізняє цю модель від американ-

ської. Якщо в американській моделі йдеться про поточне тлумачення, спрямоване на нормозастосування, то тут — про окрему самостійну форму діяльності.

Саме офіційне тлумачення конституції здійснюють як самостійну ініціативну дію у формі абстрактного тлумачення на запит уповноваженого суб'єкта. Водночас природа й зміст тлумачення є невіддільною частиною розуміння й реалізації конституційних норм, особливо для судів загальної юрисдикції під час розгляду відповідних справ. Наприклад, Конституційний суд Чехії чітко вказав Вищому адміністративному суду на неприпустимість ігнорувати здійснене ним офіційне тлумачення конституції під час розгляду конкретної справи, оскільки це може бути порушенням конституції та права на справедливий суд у конкретній справі*.

У деяких країнах також допускають офіційне тлумачення законів. Конституція України до внесення змін 2016 року передбачала надання Конституційним Судом України офіційного тлумачення як Конституції, так і законів України. Після зазначеної реформи офіційне тлумачення законів не належить до конституційної юрисдикції, що загалом відповідає зарубіжному досвіду й теоретичним засадам. За загальноприйнятим підходом, тлумачення законів повинні здійснювати суди загальної юрисдикції в процесі нормозастосування, де ключове значення має забезпечення єдності судової практики верховним судом. Саме такий підхід використовують в Україні.

*Перевірка конституційності актів* — це історично первинне класичне повноваження органів конституційного контролю в європейській моделі. Об'єктом перевірки є насамперед закони, які ухвалює парламент (у федеральних країнах — на федеральному рівні). Такий контроль у більшості країн є наступним (ex-post), тобто за вже ухваленими законами. Проте в окремих країнах здійснюють і попередній контроль за законами перед їхньою промульгацією, наприклад у Румунії.

Щодо відповідності конституції можуть перевіряти, крім законів, інші акти (підзаконні) парламенту, глави держави, уряду, інших центральних органів влади та місцевої публічної влади (у федераціях — акти органів суб'єктів федерації). Практика конституційних судів з цих питань є доволі різноманітною та передбачає врахування не тільки юридичних особливостей конституційного регулювання в певній країні, а й політичних обставин ухвалення того чи іншого рішення. В

* The Constitutional Court of the Czech Republic Decisions III. ÚS 304/05 of 15.09.2005.

Україні передбачено перевірку на конституційність законів й інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим.

Окремо слід наголосити на перевірці щодо відповідності конституції міжнародних договорів. Такі повноваження є не в усіх конституційних судів. На відміну від контролю звичайного законодавства, яке здійснюють ретроспективно (***ex-post***), до міжнародних договорів досить часто також застосовують попередній (***ex-ante***) контроль (обов'язковий або факультативний). У більшості країн таке повноваження безпосередньо закріплено в конституції.

Також окремим проблемним напрямом компетенції конституційних судів є питання конституційного контролю за законами, які вносять зміни до самої конституції. Такий контроль, наприклад, здійснюють у Вірменії, Молдові й деяких інших країнах (обов'язковий попередній контроль), Угорщині (факультативний контроль прийнятих змін перед їхнім підписанням президентом). Конституція України передбачає обов'язковий попередній конституційний контроль за законопроєктами про внесення змін до Основного закону.

***Компетенційні спори*** — це справи, у яких орган конституційного контролю на підставі тлумачення конституції розв'язує конкретний спір між суб'єктами владних повноважень — органами публічної влади різної функційної спрямованості або різного рівня. Загалом, змогу звертатися за конституційним контролем з таких питань у парламентських республіках досить часто використовують опозиційні політичні сили для збільшення контролю (впливу, тиску) на виконавчу владу[*].

Одне з найчіткіших формулювань такого повноваженя додано до Конституції Хорватії, де в статті 125 однозначно передбачено повноваження Конституційного суду розв'язувати юрисдикційні спори між законодавчою, виконавчою та судовою гілками влади. Цей приклад яскраво ілюструє природу конституційного контролю в європейській моделі, коли конституційну юрисдикцію насправді виводять за межі класичного «трикутника» влади.

Щодо «різнорівневих» компетенційних спорів, доречним прикладом можуть бути повноваження Федерального конституційного суду

[*] Juliane Kokott and Martin Kaspar. Ensuring Constitutional Efficacy. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.* Eds. Rosenfeld, Michel, and AndrásSajó: Oxford University Press. November 21. 2012. P. 809.

Німеччини щодо розв'язання таких спорів між федеральними органами або ж федеральними органами та суб'єктами федерації в частині застосування ними положень Основного закону ФРН. Наприклад, одна з останніх справ Федерального конституційного суду Німеччини — справу про відмову Федерального уряду в наданні на запит парламентської групи Bündnis 90/DIE Grünen інформації про Deutsche Bahn AG і нагляд за фінансовими ринками. У цій справі суд визнав таку відмову незаконною[*]. Інший цікавий приклад — справа Конституційного суду Італії щодо розподілу повноважень і, відповідно, відповідальності між центральною й місцевою владою щодо вакцинування населення[**].

***Спеціальні конституційні процедури***. Конституційні суди здійснюють низку додаткових повноважень щодо важливих суспільно-політичних питань. У таких справах конституційні суди повинні, з одного боку, забезпечити дотримання конституції у відповідних ситуаціях, а з іншого — забезпечити баланс у системі стримувань і противаг. Адже здебільшого йдеться про справи, передача яких до політичних органів може спричинити надмірну політизацію та/або упередженість.

Ідеться про контроль за конституційністю виборчих і референдумних процедур (Албанія, Словаччина, Болгарія, Румунія, Литва, Хорватія, Португалія, ФРН), реалізацію так званих обмежувальних процедур — дострокове припинення повноважень парламенту (Молдова), припинення повноважень вищих посадових осіб (Литва, Хорватія, Португалія), імпічмент (як глави держави, так і парламентарів) (Албанія, Литва, Хорватія, Молдова), контроль конституційності діяльності політичних партій та розв'язання питань про заборону їхньої діяльності (Албанія, ФРН, Хорватія, Молдова, Португалія). Конституція України в цьому аспекті передбачає здійснення конституційного контролю за додержанням конституційної процедури розслідування й розгляду справи про імпічмент Президенту України.

Такі повноваження є досить делікатними за своєю природою й потребують не тільки формально-юридичної аргументації, а й урахування загальнодержавного політичного контексту. Так, Федеральний конституційний суд Німеччини у своєму рішенні щодо визнання неконституційною діяльності Національно-демократичної партії зазначив, що «...заборона політичної партії за статтею 21 (2) Основного закону (***Grundgesetz*** — ***GG***) — це найгостріша зброя... її мета — протидіяти ризикам, що виникають унаслідок існування політичної партії з прин-

[*] BVerfG, Judgment of the Second Senate of 07 November 2017. 2 BvE 2/11, paras. 1-372.

[**] The Constitutional Court of Italy Judgment NO. 5 OF 2018.

ципово антиконституційною спрямованістю...»[*]. Такі процедури й значення конституційного суду для них може суттєво варіюватися в різних країнах

***Конституційна скарга*** — це інструмент індивідуального звернення до конституційного суду за захистом порушеного права. Йдеться насамперед про ***action popularis*** (народні скарги) — змога подавати скарги безпосередньо фізичними особами. Нині в більшості країн спостерігаємо не тільки тенденцію до поширення інституту конституційної скарги, але й розширення переліку суб'єктів, що можуть нею скористатися.

Так, Основний закон ФРН гарантує кожному право на звернення до Конституційного суду з конституційною скаргою щодо порушення органом публічної влади визначених конституційних прав (стаття 93.1.4a). Також у ФРН право на звернення з конституційною скаргою мають муніципалітети чи їхні об'єднання щодо порушення законом їхніх прав (стаття 93.1.4b). Конституційною скаргою також називають звернення об'єднання громадян щодо невизнання його політичною партією на виборах до Бундестагу (стаття 93.1.4c).

Проте основним здобутком інституту конституційної скарги є надання можливості індивіду звернутися за конституційним контролем. За своєю природою конституційна скарга близька до інституту ампаро в латиноамериканських країнах, про який йшлося раніше, проте має певні відмінності. Вона може бути спрямована лише проти неконституційності закону, який порушує право особи. За цією ознакою конституційні скарги прийнято поділяти на нормативні й повні.

Нормативна конституційна скарга передбачає ініціювання перевірки конституційності нормативно-правового акта (закону) чи його окремого положення; такий вид конституційної скарги досить часто поєднується з іншими її видами (Австрія, Вірменія, Польща, Латвія, Румунія). Повна конституційна скарга передбачає звернення за захистом порушеного конституційного права майже будь-яким рішенням чи дією органу публічної влади (Австрія, ФРН, Бельгія, Хорватія, Чехія, Латвія, Польща, Іспанія). Нині конституційна скарга є ефективним додатковим інструментом забезпечення реагування держави на порушення прав людини нормативними актами, адміністративними діями й рішеннями, що підтверджують тенденції поширення цього інструмента в країнах Європи[**].

---

[*] BVerfG, Judgment of the Second Senate of 17 January 2017. 2 BvB 1/13, paras. 1-1010.

[**] Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey adopted by the Venice Commission at its 59th Plenary Session (Venice, 18—19 June 2004) (CDL-AD(2004)024-e).

Змінами до Конституції України 2016 року також було запроваджено інститут конституційної скарги. В Україні використовують обмежену модель цього інструмента — нормативна конституційна скарга. Статті 55 та 151-1 Основного закону гарантують право на звернення до Конституційного Суду України з конституційною скаргою особі, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Такий обмежений формат, очевидно, не дасть змоги розкрити всі можливі позитивні риси й аспекти цього інституту. До того ж оцінювати стан застосування конституційної скарги, навіть у такій скороченій формі поки ще рано, адже Конституційний Суд України (спеціально створені для розгляду скарг Перший та Другий сенати) розглянув досить мало скарг.

Зазначені тут блоки повноважень загалом досить чітко характеризують природу конституційної юрисдикції — вона забезпечує не тільки формальний і нормативний контроль за діяльністю парламенту та якістю (конституційністю) ухвалених ним законів, але й виступає «арбітром» в багатьох інших конституційно визначених ситуаціях. Цей аспект надзвичайно яскраво демонструє не тільки правовий статус конституційних судів і різноманітність їхньої функційної активності, але й природу самої конституції. Адже спрямованість повноважень й організаційних заходів, що вживає конституційна юрисдикція ілюструє множинність, багатогранність та багаторівневість механізмів дії самої конституції.

### 6.3.2.4. Правова природа актів

Правова природа актів конституційної юрисдикції це окреме й доволі комплексне питання. Очевидно, залежно від сфери повноважень, рішення органів конституційного контролю можуть дещо варіюватися за своїм змістом, формою, часом початку дії, обов'язковістю виконання для певних суб'єктів тощо. Водночас спільною ознакою таких актів є вираження сутнісного значення конституційних положень і конституції загалом. Кожне рішення конституційного суду у той чи інший спосіб передбачає тлумачення конституції.

Навіть якщо в компетенції суду не передбачено окреме відповідне повноваження (офіційне тлумачення як окремий акт), його рішення щодо інших справ також містять тлумачення конституції. Насправді,

URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2004)024-e (Last accessed: 20.04.2021).

розглядаючи навіть справи щодо компетенційних спорів або ж спеціальних процедур, конституційний суд формулює власну правову позицію, яка є не тільки розв'язанням конфлікту (спору) чи визначенням конституційності процедури, але й офіційно вираженим способом інтерпретації конституційних норм. У будь-якій ситуацій орган конституційної юрисдикції повинен бути не так суб'єктом нормозастосування (цим займаються звичайні суди), як суб'єктом тлумачення — з'ясування, уточнення й роз'яснення змісту конституційних норм. Відповідно, рішення конституційних судів містять зобов'язальні правові позиції.

До того ж акти органів конституційної юрисдикції не є прецедентами в класичному розумінні цього поняття в англосаксонській системі права. Адже акт конституційної юрисдикції, хоч й обов'язковий для виконання, і який повинні враховувати всі суб'єкти (насамперед суди), проте його природа передбачає врахування правової позиції щодо розуміння й форми реалізації конституційної норми, а не способу застосування в конкретних обставинах конкретної аналогічної ситуації в майбутньому. Аналогійний підхід використовують у практиці Європейського суду з прав людини щодо застосування положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Так, свою практику цей суд застосовує насамперед як інструмент аргументації в кожній новій справі, використовуючи аргументи й правові позиції, але механічно рішення не переносить до аналогійного спору. Такий підхід властивий конституційній юрисдикції, коли важлива не так справа, у якій застосовано (розтлумачено) положення конституції, як сутнісно сама правова позиція конституційного суду.

Такий підхід до розуміння природи актів конституційної юрисдикції, очевидно, порушує низку практичних проблем щодо їхнього виконання органами державної влади, способу застосування правових позицій, обов'язковості рішень тощо. Крім того, чи не найгострішим є питання меж втручання конституційних судів у діяльність інших органів публічної влади, зокрема щодо реалізації принципу поділу влади й дії системи стримувань та противаг. Адже навіть визначені вище блоки повноважень дають розуміння тільки «горизонтального» виміру повноважень конституційних судів, тоді як «вертикальна» глибина інтерпретації (визнання неконституційними актів, скасування процедур тощо) може суттєво коригувати не тільки повноваження інших органів публічної влади, а й інколи радикально впливати на конституційні засади суверенітету й функціювання держави загалом. Не вдаючись до

докладного аналізу всіх можливих проблемних питань, розглянемо декілька з них.

Про політичність дій конституційної юрисдикції дискутують уже досить давно, і є чимало прикладів, що викликають сумніви щодо природи конституційного контролю й актів конституційної юрисдикції. У першому розділі цього підручника наведено приклади оцінювання Конституційним Судом України «політичності» того чи іншого питання, що на практиці зводиться до співвідношення політичної доцільності та юридичної аргументованості. Ця проблема гостріша для американської моделі конституційного контролю. Там досить глибоко розроблена доктринально та підтверджена судовою практикою доктрина політичного питання (political question doctrine).

Ця доктрина (концепція) — це збірний комплекс критеріїв (меж) юрисдикції судів у США щодо розгляду справ, які за своєю природою є більше політичними, аніж юридичними (правовими). Суть цієї концепції зводять до тези, що окремі питання за своєю природою є справді політичними й розв'язати їх ліпше можна за допомогою політичного органу, а не через судовий контроль*. Якщо узагальнити, то на підставі позиції Верховного суду США у справі ***Baker v. Carr*** до політичних питань належать ті, які визначають суть спору (проблеми, питання, що розглядають), зважаючи на принцип поділу влади**. Основні критерії оцінювання «політичності» спору, сформульовані в цій справі й низці інших, мають на меті не допустити втручання суду в повноваження політичних органів — законодавчої та виконавчої гілок влади***. До переліку питань, які можуть підпадати під цю доктрину, належать: зовнішня політика, змінюваність органів і посадових осіб в органах публічної влади, внутрішньопарламентські питання взаємодії, організації та проведення виборів тощо.

Застосування такого підходу в європейській моделі конституційного контролю викликає чимало сумнівів, адже природа діяльності конституційної юрисдикції інша. Ба більше, діяльність конституційних судів в Європі, окрім класичного контролю за конституційністю актів парламенту, охоплює також розв'язання низки компетенційних спорів і проведення спеціальних процедур. Це зумовлює політичність дій конституційної юрисдикції. Як зазначалося у другому розділі цього підруч-

---

* Rotunda, Ronald D, and John E. Nowak. Principles of Constitutional Law, 2016. P. 58.

** Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962)

*** Такі критерії докладніше розглянуто в монографії Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ: Реферат, 2007. С. 186—194.

ника з покликанням на думку ексголови Федерального конституційного суду Німеччини Ю. Лімбаха, для конституційних судів «неполітичних питань» майже немає. Поняття «політичність» у такій позиції слід сприймати аж ніяк не крізь призму партійності чи класичної партійної боротьби. Тут ідеться насамперед про політику в розумінні policy, тобто формування пріоритетів і напрямів розвитку суспільства й держави. Завдання конституційних судів, ураховуючи такий аспект політичності не тільки тлумачити конституцію, але й забезпечувати ефективність її політичного механізму дії. Це досить складне завдання і, як свідчить практика Конституційного Суду України*, інколи острах від такого розуміння завдань конституційної юрисдикції та природи її актів спричинює самоусунення від здійснення конституційного контролю.

Інший важливий аспект природи актів конституційної юрисдикції та меж їхньої дії — ретроактивність. За загальним правилом рішення конституційних судів починають діяти одразу після їхнього ухвалення, і які застосовують до правовідносин, що виникають після ухвалення відповідного акта. До того ж слід урахувати, що, наприклад, визнання неконституційним нормативно-правового акта чи його окремих положень, очевидно, передбачатиме вплив і на правовідносини, що існували до ухвалення рішення конституційним судом. З огляду на це, на практиці досить часто виникає проблема вибору способу застосування й виконання рішення конституційного суду, яка в окремих країнах стає предметом досить жорсткої правової дискусії, а інколи й внесення спеціальних змін до законодавства**. Досить часто конституційні суди виходять з таких ситуацій самостійно, визначаючи порядок і спосіб виконання рішення, зокрема й означаючи час та спосіб дії визнаного неконституційним акта***.

Такий підхід досить часто ставить питання до втручання конституційної юрисдикції в повноваження законодавчого органу й перетворення конституційного суду з «негативного» на «позитивного» законодавця. Очевидно, така дискусія важлива й доречна, адже конституційний кон-

---

* Див. Рішення Конституційного Суду України № 6-р/2019 від 20 червня 2019 року.

** Наприклад, в Іспанії питання виконання актів органу конституційного контролю викликало дискусію щодо досить радикального коригування відповідного законодавства. Див. Spain — Position of Spain regarding its new legislation (organic law 15/2015 of 16th October) aimedattheeffectiveenforcement of the Constitutional Court's judgements — Executive Summary and Report (CDL-REF(2016)034-e). URL: https://www.venice.coe.-int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF(2016)034-e (дата звернення: 20.04.2021 р.).

*** Такий підхід досить часто застосовують й у практиці Конституційного Суду України. Див. рішення Конституційного Суду України № 6-р/2018 від 17 липня 2018 року, № 12-р/2018 від 18 грудня 2018 року тощо.

троль не може перетворитися в законодавчий процес. Проте слід ураховувати й обставини таких дій конституційних судів, адже аналіз зарубіжного досвіду свідчить, що таких заходів конституційна юрисдикція вживає у виняткових ситуаціях, щоб забезпечити чіткість виконання самого рішення суду або ж як реагування на фактичну, або потенційну бездіяльність парламенту щодо оперативного законодавчого врегулювання ситуації через визнання неконституційним певного акта чи його окремого положення.

Тому конституційні суди мають також критично важливе значення щодо подолання прогалин законодавчого регулювання. Так, Конституційний трибунал у Польщі наділено повноваженнями звертати увагу компетентних суб'єктів, насамперед парламенту, на наявність прогалин у законодавчому регулюванні, які він (трибунал) виявляє в ході своєї діяльності. До того ж голова трибуналу має право попросити поінформувати про ситуацію з такими прогалинами*. Водночас слід ураховувати, що таких попереджувальних заходів зазвичай недосить, і це не тільки проблема країн, де демократичні традиції тільки розвиваються й утверджуються. На це звертав увагу й Ганс Кельзен на етапі формування європейської моделі конституційного контролю: «Якщо парламент не ухвалює потрібні закони, то вкрай важко застосувати певні наслідки до такого упущення»**. Відповідно в доктрині конституційного права допускають можливість активної діяльності конституційних судів щодо подолання прогалин у законодавчому регулюванні, особливо в разі виникнення таких прогалин у результаті визнання акта чи його певного положення неконституційним. Таких заходів слід уживати пропорційно та для найефективнішого захисту прав людини від їхнього порушення через брак законодавчого регулювання.

Окремою проблемою є розгляд конституційними судами нечинних актів, що скоріше виняток з правила. Проте в окремих країнах таке повноваження передбачено. Наприклад, у Хорватії стаття 125 Конституції чітко уповноважує Конституційний суд розглядати питання щодо конституційності нечинних законів й інших актів протягом року з дня втрати ними чинності. Відповідний інструмент ретроспективного конституційного контролю було додано й до повноважень Конституційного Суду України після конституційної реформи 2016 року. Так, суд для захисту й відновлення прав людини розглядає питання щодо відповід-

---

* Див. стаття 5 Constitutional Tribunal Act 1997. URL: https://trybunal.gov.pl/en/about-the-tribunal/legal-basis/the-constitutional-tribunal-act/archive (дата звернення: 20.04.2021 р.).

** Kelsen Hans. General Theory of Law and State, Etc. (third Printing.). Cambridge, Mass, 1949. P. 262.

ності Конституції України (конституційності) акта (його окремих положень), який втратив чинність, але його продовжують застосовувати до правовідносин, що виникли під час його чинності*.

### 6.3.2.5. Особливості конституційної аргументації

Названі тут і чимало інших проблемних аспектів практичного функціювання органів конституційного контролю досить яскраво демонструють не тільки їхню правову природу й правовий статус, а й порушують низку суперечливих питань дії самої конституції та її реального впливу на формування й розвиток правовідносин. З огляду на це, діяльність органів конституційної юрисдикції знаходиться на вістрі практичного застосування конституції в різних соціальних умовах. Тому конституційні суди й судді цих судів повинні мати спеціальну кваліфікацію й опанувати навички критичного науково-дослідницького аналізу. Саме це і є основою спеціального способу аргументації позицій та актів конституційних судів. Такі особливості, очевидно, є та суттєво відрізняють конституційну юрисдикцію від звичайної нормозастосовної практики судів загальної юрисдикції.

Така аргументація, як доречно зауважує М. Козюбра, повинна бути цілісною й показувати системну єдність права — для цього важливо розуміти право «як багатоаспектної цінності, що існує в різних проявах і формах, що не є і не може бути статичним, а постійно розвивається»**. У діяльності конституційних судів функція інтерпретації конституційних положень є основоположною й визначає зміст та спрямування всіх інших повноважень. Тому особливості тлумачення конституції органами конституційного контролю, що викладено в попередньому підрозділі цього підручника, будуть актуальні й тут. Також звернімо увагу на деякі особливості аргументації саме в рішеннях конституційної юрисдикції з огляду на риси європейської моделі конституційного контролю.

По-перше, конституційний контроль, що здійснюють за європейською моделлю зазвичай має абстрактний характер і потребує пошуку не так фактичних, як теоретичних аргументів. Такий підхід, з одного боку, створює конституційному суду більший простір для пошуку аргументів, з іншого — зобов'язує його до безумовного застосування конституції. Йдеться про неможливість (неприпустимість) ухилення від

---

* Частина друга статті 8 Закону України «Про Конституційний Суд України» в редакції після змін 2017 року.

** Козюбра М. Теорія юридичної аргументації та її особливості в конституційному судочинстві. *Вісник Конституційного Суду України: загальнодержавне періодичне видання.* 2016. № 6. С. 173.

конституційного тлумачення. Абстрактний конституційний контроль має досить широкі межі розсуду й не обмежує обставинами конкретного судового провадження, на відміну від діяльності судів загальної юрисдикції. Відповідно конституційний суд, не маючи таких обмежень, має більше можливостей (якщо порівняти із судом загальної юрисдикції) для захисту порушеного права, якщо немає конкретної правової норми. Його завданням — є застосування системного тлумачення конституції, її принципів і цінностей для забезпечення дієвості самої конституції. Характеризуючи діяльність Федерального конституційного суду Німеччини, Д. Коммерс та Р. Міллер (D. Kommers, R. Miller) визначають одним із джерел тлумачення Основного закону «неписані принципи»[*]. Очевидно, ідеться про принципи права, розуміння й здатність застосовувати які є невіддільною ознакою аргументації в діяльності конституційної юрисдикції.

По-друге, відповідно до попередньої ознаки, аргументація конституційних судів зорієнтована не на нормозастосування, а її основою є інтерпретація змісту конституційної норми. Таку інтерпретацію зазвичай роблять без прив'язки до фактичних обставин конкретної справи, як це відбувається в судах загальної юрисдикції. А для цього в умовах дефектності регулювання (наявності колізії чи прогалини) слід ужити заходів, щоб подолати ці недоліки. На практиці йдеться про так звану судову правотворчість і суддівський активізм[**]. Якщо це явище для судів загальної юрисдикції в континентальній системі права нині залишається доволі дискусійним, то для конституційної юрисдикції «добудова» права є явищем звичнішим і беззаперечним, що особливо помітно в західних публікаціях. Ба більше, позитивне сприйняття судової правотворчості й збільшення кількості прихильників цієї концепції спостерігаємо навіть в українських умовах переважно позитивістського правового світогляду[***]. Тут варто звернути увагу на те, що така «добудова» не може й не повинна відбуватися в ізольованих (обмежених, формальних) умовах. Відповідно аргументація в конституційній юрисдикції повинна бути спрямована не тільки на формальне розуміння букви, а й на пошук, розвиток і застосування духу конституції.

---

[*] Kommers, Donald P. and Miller, Russell A. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3rd Edition» (2012). P. 70.

[**] Див. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. Київ: Реферат, 2007. С. 153—160.

[***] Козюбра М. Судова правотворчість: аномалія чи іманентна властивість правосуддя. *Вісник Верховного Суду України.* 2017. № 3. С. 39.

По-третє, обставини, за яких здійснюють конституційний контроль, зумовлюють те, що конституційний суд зважає не тільки на передумови (підстави ініціювання), а й на наслідки ухваленого рішення. Очевидно, як для тлумачення конституції, так і для перевірки конституційності нормативно-правових актів потрібен докладний аналіз подальшого застосування відповідних конституційних норм, їхнього впливу на соціальну, економічну, політичну й інші сфери суспільної активності. М. Козюбра зауважує, що: «Конституційний суд не може не враховувати політичних наслідків своїх рішень, він має намагатися знайти розумний баланс поєднання права і політики заради досягнення загальної мети — поваги до прав людини та забезпечення нормального функціонування суспільства»[*]. Ігнорування політичного аспекту механізму дії конституції під час здійснення конституційного контролю може спричинити або неактуальність такого контролю (це зазвичай демонструє самоусунення конституційного суду від розв'язання певного питання), або ж і до втрати реального регулятивного впливу конституційною нормою. Адже, наприклад, тлумачення, яке не дає відповіді на питання вирішення конкретного конституційного спору (конфлікту) й розвитку суспільства загалом, може спричинити виникнення паралельного неофіційного регулювання.

По-четверте, процедурні особливості здійснення конституційного провадження зумовлюють спеціальні механізми пошуку аргументів. Для конституційної юрисдикції характерним є «письмовий» пошук аргументів, який і визначає природу віднайдених аргументів та спосіб мислення судді конституційного суду. Оуен Діксон зауважив, що інколи підготовка письмового рішення й пошук відповідних аргументів дає змогу «… дійти протилежного рішення, аніж те, на яке розраховували перед початком написання»[**]. «Письмове провадження», що часто використовують у конституційних судах визначає не тільки спосіб дискусії між суддями конституційного суду й форму подання рішення, але й спосіб підбору, аналізу й подання аргументів. Саме ця особливість конституційної аргументації яскраво показує її творчий і пошуково-дослідний зміст, а не змагальну природу вивчення судом доказів сторін-конкурентів провадження, як це відбувається в діяльності звичайних судів загальної юрисдикції.

---

[*] Козюбра М. Теорія юридичної аргументації та її особливості в конституційному судочинстві. *Вісник Конституційного Суду України: загальнодержавне періодичне видання*. 2016. № 6. С. 176.

[**] Цит. за Report of the nature and importance of judicial reasoning inthe jurisprudence of the Constitutional courts by Mr. Alexandru Tanase, International Conference *Individual constitutional complaint to the Constitutional Court of Ukraine*, Kiev, Ukraine, 10 September 2018. URL: https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-JU(2018)013-e (дата звернення: 20.04.2021 р.).

По-п'яте, докази й доказування в системі конституційної юрисдикції суттєво відрізняються від аналогічних інститутів цивільного, кримінального чи навіть адміністративного проваджень. Як доречно зауважує Александру Танасе (Alexandru Tănase), у конституційному провадженні положення законів, що розглядають, самі стають фактами для розгляду справи. Відповідно це додатково розкриває природу конституційної аргументації та пояснює, чому «...конституційним судам не потрібен конкретний правовий механізм для визначення актуальності фактів»[*]. Це важливий аспект, який потребує оперування не тільки нормативним матеріалом як об'єктом дослідження, а й використання його як інструменту доведення певної позиції, застосовуючи щонайменше правила логіки, системне розуміння норм та інші доречні види тлумачення правових норм.

По-шосте, аргументація конституційних судів не може бути ізольованою від універсальних (міжнародних) тенденцій розвитку конституційного права. Розуміння змісту й форми вираження права, очевидно, не може бути статичним і зосередженим лише в межах національної системи законодавства. Найліпшим прикладом тут є розуміння змісту, обсягу й сутності прав людини. Конституційний суд, здійснюючи еволюційне (динамічне) тлумачення, може й повинен ураховувати сучасні тенденції розвитку розуміння прав людини, які закріплено насамперед міжнародним правом, і які формують міжнародні експертні організації та суди, національні судові інституції інших країн. Слід зазначити, що до використання міжнародних стандартів у галузі захисту прав людини не тільки в Європі, а й в Україні зокрема досить активно формується позитивне ставлення і це відбивається в змісті рішень Конституційного Суду України та звичайних судів. Практика покликання на рішення Європейського суду з прав людини через концепцію «дружнього ставлення»[**] чи в інший спосіб розвивається досить плідно. Водночас покликання на практику національних судів інших держав не є поширеною, хоч такі приклади все ж є[***]. Саме свобода використання аргументів щодо сутності прав людини є також суттєвою особливістю конституційної аргументації.

---

[*] Там само.

[**] Наприклад, див. рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2016 від 1 червня 2016 року; № 6-рп/2016 від 8 вересня 2016 року.

[***] Федеральний Конституційний Суд Німеччини покликається на судову практику інших країн; Конституційний Суд Португалії також безпосередньо використовував практику конституційних судів Іспанії, ФРН та практику ЄСПЛ (наприклад, справа № 155/07 від 02.03.2007 р.).

Ці й інші особливості аргументації своєї позиції конституційними судами в європейській моделі конституційного контролю значною мірою зумовлюють використання джерел для пошуку таких аргументів. Д. Коммерс та Р. Міллер (D. Kommers та R. Miller), проаналізувавши практику Федерального конституційного суду Німеччини (яку, безсумнівно, можна назвати вдалим прикладом класичних рішень в європейській моделі конституційного контролю), виокремили такі основні джерела тлумачення й аргументації: неписані принципи (загальні принципи права); писаний текст (власне буквальне вираження норм); історичні матеріали (демонструють мету й обставини прийняття норми); попередні правові позиції Конституційного Суду; академічна література (доктрина, дослідницькі матеріали); міжнародні стандарти й порівняльні матеріали*.

Такий набір джерел й аналітичних інструментів яскраво демонструють не тільки особливості юридичної аргументації, властивої конституційній юрисдикції, а й її загальну спрямованість на цілісне сприйняття конституції як комплексного регулятора суспільних відносин.

* Kommers, Donald P. and Miller, Russell A. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 3rd Edition. 2012. P. 70—76.