

В.М. Шаповал

ОСНОВИ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

**НАРИСИ З ІСТОРІЇ,
ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ**

До 25-річчя Конституції України



В.М.Шаповал

До 25-річчя
Конституції України

ОСНОВИ
КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ
(НАРИСИ З ІСТОРІЇ, ТЕОРІЇ І ПРАКТИКИ)

Київ — 2021

*Рекомендовано до друку
правлінням Центру політико-правових реформ*

Основи конституціоналізму (нарис з історії, теорії і практики) /
В.М. Шаповал – К.: Мишалов Д.В., 2021. – 116 с.

ISBN 978-966-2214-03-1

© В. М. Шаповал, 2021
© Центр політико-правових реформ, 2021

ЗМІСТ

Передмова	4
-----------------	---

Глава перша. ХАРАКТЕРИСТИКИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА	8
--	----------

§1. Конституційне право як галузь права і юримична наука	8
---	---

§2. Суб'єкти конституційного права. Відпо- відальність у конституційному праві.	20
---	----

§3. Джерела конституційного права	36
---	----

Глава друга. КОНСТИТУЦІЯ	52
---------------------------------------	-----------

§1. Феномен конституції	53
-------------------------------	----

§2. Класифікації конституцій	72
------------------------------------	----

§3. Конституційний контроль у формі конституційної юрисдикції.	88
--	----



ПЕРЕДМОВА

У НАУЦІ ПРОПОНУЮТЬСЯ різні трактування конституціоналізму. Так, на думку одного з сучасних американських авторів, «слово конституціоналізм винайшли в кінці XVIII ст. — на початку XIX ст. для позначення, головне, американської доктрини верховенства писаної конституції відносно законів»¹.

Однак чи не одночасно про конституціоналізм почали писати у Великобританії, де немає конституції з властивостями основного закону. Конституціоналізм тут асоціювали і асоціюють з публічним (державним) владарюванням, обмеженим шляхом юридичного закріплення індивідуальної свободи.

Сформульований практично в той самий період у Франції концепт конституціоналізму сприймається як симбіоз політико-правових ідей, що склали зміст відповідних американської і британської доктрин.

Ідеологія конституціоналізму, яка сформувалася у Великобританії, США і Франції, згодом набула ознак універсальної за поширенням у світі. Але вона коригувалася в ході суспільної еволюції

і у зв'язку з особливостями цієї еволюції за умов різних країн.

Конституціоналізм — це своєрідна смислова триєдність, яку становлять політико-правова ідеологія, сформована в період виникнення передумов революцій і самих революцій XVII — XVIII ст. в Європі та Америці, і правове регулювання та правозастосування, що ґрунтуються на цій ідеології.

Конституціоналізм має за підґрунття ідеї природного права, визнання людини суб'єктом у взаємовідносинах з державою, обґрунтування на цій основі принципів народного суверенітету і розподілу влад. Конституціоналізм означав і означає обмежене владарювання, а в ролі обмежень виступають права людини, зокрема в їх юридичному закріпленні і забезпеченні (гарантуванні).

Разом з тим, попри існування загальних тенденцій розвитку конституціоналізму, за умов окремих країн або їх груп цей розвиток набував особливостей, іноді значних. Наприклад, для пострадянських країн, включаючи сьогодишню Україну, звичайним є запозичення ідей, конституційних інститутів і демократичних процедур з досвіду усталених, або так званих старих, демократій.

Проте такі запозичення можуть не відповідати соціальному і політичному стану конкретних країн і з різних причин не завжди втілюються належним чином у законодавстві і правозастосуванні. Більше

того, відповідно запозичені ідеї, інститути і процедури нерідко сприймаються в політикумі лише як атрибутка, як формальне свідчення вибору прогресивного розвитку.

Як наслідок, ухвалені в пострадянських країнах конституції визначають як «змішані» і такі, що мають еклектичний характер. Коментуючи ці визначення, один з авторів образно пише про «конституційне садівництво» і стверджує, що сенс відповідних запозичень «у використанні саджанців з різних садів»². Продовжуючи цей образ, можна стверджувати, що в таких випадках виростають дерева, відмінні від тих, які ростуть у природному для саджанців середовищі.

«Змішаною» видається і теорія конституціоналізму, яка формується в пострадянських країнах і виглядає сумішшю запозичень з досвіду так званих старих демократій і багажу радянського державознавства.

Важливим є і те, що в пострадянських країнах конституція нерідко використовується як інструмент «вирішення питань», які можуть не відповідати суспільному інтересу.

З цього приводу одні автори вказують на «політизацію» конституцій, яка виявляється в «підміненні стратегії конституційного регулювання суто політичними міркуваннями»³. Інший стверджує, що «очевидним недоліком конституційної культури (в

пострадянських країнах — В.Ш.)...є численні маніпуляції з конституційним механізмом влади для досягнення кон'юнктурних політичних цілей»⁴. Такі оцінки відповідають нашим реаліям.

Зазначене треба враховувати, екстраполюючи світовий досвід конституціоналізму на державно-правовий розвиток України. Автор цієї книги намагався посприяти формуванню уявлень про стан і перспективи цього розвитку в ракурсі світових історії, теорії і практики конституціоналізму.



Глава перша.

ХАРАКТЕРИСТИКИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

§1. Конституційне право як галузь права і юридична наука.

Вихідне значення для дослідника конституціоналізму мають характеристики конституційного права, які слугують за своєрідну матрицю відповідних досліджень.

Відомо, що конституційне право — це галузь національного (внутрішньодержавного) права. Назву конституційне право має і відповідна юридична наука. Однак у частині країн прийнято іншу назву — державне право.

Відмінність між цими назвами історично зумовлена різними підходами в політико-правовій ідеології, що були сформульовані в XVII — XIX ст. і відображали ступінь та особливості поступу різних соціумів.

В одних випадках практичного значення набули концепції представницького правління, обме-

женого визнанням і забезпеченням індивідуальних прав (Великобританія), організації і здійснення влади на ґрунті ідей народного суверенітету і розподілу влад, закріплених у конституції — основному законі (США, Франція). Ще на початку ХХ ст. було зазначено, що «поняття конституційного права становлять...засада розподілу влад, засада народоправства, система представництва»¹. Звідси назва конституційне право.

В інших випадках абсолютизувалася держава, що було зумовлено збереженням ознак, притаманних її попередньому історичному типу (Німеччина). Як писав німецький юрист Г.Еллінек, у держави наявна «особлива воля», і для реалізації своїх функцій вона «залучає індивідуальні волі». Участь індивідів у виборах вчений трактував як «діяльність для держави», а індивідуальні права — як «рефлексії держави», що мають за головну мету забезпечити інтереси суспільства². Звідси назва державне право.

У наші дні така відмінність у назві засвідчує передусім політико-правові традиції, що склалися в різних країнах, і, як правило, не має суттєвого значення. Разом з тим у більшості країн відповідні галузь і наука визначені саме як конституційне право.

Термін «державне право» використовували, зокрема, в Російській імперії, надалі — у СРСР. Таке

наступництво зумовлювалося впливом німецької правової доктрини XIX ст. на імперську російську, а згодом транзитом — на науку радянського періоду.

Із здобуттям Україною незалежності для позначення розглядуваних галузі і науки вживається термін «конституційне право». Але, якщо в радянський період йшлося про державне право виключно СРСР, чим по суті вказували на реальний суб'єкт державного суверенітету, то сьогодні визначають конституційне право саме України.

Зміна назви галузі відобразила намір змінити сенси правового регулювання у сфері організації і здійснення публічної влади, спрямувати на людину, на забезпечення і належну реалізацію її прав та інтересів.

Наука конституційного (державного) права має свою історію і навіть передісторію, адже аналіз владарювання пропонували ще давньогрецькі мислителі. Проте вони, як і автори за інших старих історичних часів, зосереджувалися на різних формах сучасної їм держави і не досліджували питання регулювання організації і здійснення влади.

Перші теоретичні розробки з відповідних питань з'явилися у XVIII ст., і майже одночасно почали вживати термін «загальне державне право». Згодом цим терміном різні автори позначили су-

купність правових знань про державу, її виникнення і розвиток, а також про різні державні форми.

Здобутком німецької правової доктрини XIX ст. було визначення власне державного права, яким звичайно поєднували те, що в наші дні трактують як науки конституційного і адміністративного права, або позначали окрему галузеву юридичну науку. Тоді ж у низці країн цю галузеву науку назвали конституційним правом.

У радянський період розвиток юридичної науки в аспекті сприйняття ідей, що становлять підґрунття конституціоналізму, був перерваний. Проблематика владарювання розглядалася за змістом «марксистсько-ленінського вчення», а дослідження з цієї проблематики обмежувалися питаннями радянського будівництва, якими фактично підмінялася наука державного права.

З іншого боку, деякі із запропонованих у відповідний період наукових конструкцій належно послужують і сучасним дослідникам. Адже реальні науковці, використовуючи тогочасну політичну ідеологію як антураж, займалися теоретичними пошуками, які давали об'єктивні наукові результати.

Особливістю сучасної науки конституційного (державного) права є те, що в ній широко використовуються здобутки наук, не віднесених до юридичних. Так, позитивістський і природно-пра-

вовий аналіз конституції та інших джерел галузі доповнюється коментарями, притаманними політичній (політологічній) і соціологічній наукам.

В Україні частина авторів включає до проблематики своїх досліджень питання про конституційну правосвідомість, конституційні конфлікти і деякі інші. Попри віддаленість таких питань від конкретних потреб розвитку конституційно-правового регулювання, відповідні дослідження треба оцінювати позитивно. Їх результати слугують розширенню уявлень про суспільно-політичне середовище, яке стимулює або гальмує цей розвиток, і в якому він має відбуватися.

Зміст науки конституційного (державного) права завжди зумовлювався сутнісним взаємозв'язком між відповідною галуззю і категорією політики, про який далі.

У пострадянських країнах такий взаємозв'язок нерідко супроводжується надмірною кон'юнктурністю в дослідженнях. У зв'язку з цим «наука конституційного права часом поступається політичним рішенням»³. Як наслідок, вона може бути невитребуваною у сфері так званої практичної політики, що нерідко спостерігається.

У науці радянського періоду предметом галузі державного права визначалися суспільні відносини, які виникають з приводу організації і здійснення державної влади.

У сучасній вітчизняній літературі до відповідних визначень звичайно додаються оцінки публічного владарювання як здійснюваного народом, іменем народу тощо. Проте такі визначення не відокремлюють конституційно-правові відносини від інших правовідносин публічно-владного характеру.

Як зазначалося, між конституційним правом та конституцією, з одного боку, і категорією політики — з іншого, існує сутнісний взаємозв'язок. Конституція позначає основні вектори політичної діяльності в суспільстві, зокрема діяльності держави. Належна реалізація норм конституції забезпечує цій діяльності найвищий рівень легітимності, правової визначеності і відповідності.

На думку вітчизняного дослідника В.Речицького, «політику і конституційне право можна вважати методологічно відмінними процесуальними формами, за допомогою яких суспільство та держава організовують свої справи»⁴. Звідси наша оцінка, за якою політика і конституційне право знаходяться в сенсуальному симбіозі.

Політика сполучена з функціонуванням таких вищих органів держави, як глава держави, парламент, уряд. Саме вони можуть і мають бути продуцентами державної політики. Статуси відповідних органів встановлено в конституції, і тому

правовідносини за їх участю набувають політичної якості.

Крім того, вищі органи держави здійснюють повноваження, більша частина яких так само сполучена з категорією політики. Ці органи можуть ухвалювати (видавати) акти, що діють у межах усієї території держави і мають пряме політичне призначення.

Як підсумок, усі публічно-правові галузі регулюють відносини публічного владарювання — суспільні відносини, які виникають у зв'язку з організацією і здійсненням влади в державі. Предметом галузі конституційного права є частина цих відносин, а саме ті, що реально мають політичний сенс і характер.

За умов громадянського суспільства організація і здійснення влади в державі не можуть сприйматися як самоціль або як засіб реалізації абстрактного державного інтересу, і метою галузевого конституційно-правового регулювання визнаються гарантування і захист прав людини. Така мета відображена в новітніх основних законах, прикладом чого є зміст ст.3 Конституції України.

Конституційне право як галузь — це сукупність юридичних норм, які регулюють державно-політичні відносини владарювання в контексті визнання людини найвищою особистісною та соціальною цінністю і забезпечення та захисту її прав.

Державно-політичними відносинами владарювання за загальним смислом є також ті відносини, що засвідчують вплив держави на функціонування інших, ніж держава, елементів політичної системи суспільства та на економічну організацію суспільства і відповідний зворотний вплив на державу.

Характер і значення суспільних відносин, які становлять предмет галузі конституційного права, зумовлюють її провідне місце в системі національного права.

Таке місце забезпечують насамперед природа конституції як основного закону, значущість її норм відносно інших галузей. У конституції закріплюють фундаментальні права і свободи, фіксують відповідні гарантії прав. За змістом норм конституції легалізуються державний механізм і його ключові ланки, визначаються засади законотворення.

Місце галузі конституційного права зумовлене також її взаємозв'язками з міжнародним правом. Як зазначав один з фундаторів науки сучасного міжнародного права Л.Оппенгейм, розвиток міжнародного права як універсального явища «розпочався перемогою конституційного уряду над урядом необмеженим»⁵. Тим самим генезу конституційного і сучасного міжнародного права пов'язано з новими історичними часами.

У конституційному праві сформульовані по-

ложення про права і свободи, громадянство, суверенітет держави, державну територію тощо, зміст яких має міжнародно-правовий аспект. У конституціях зафіксовано принципи зовнішньополітичної діяльності держави, вказується на їх узгодженість із загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права, позначено співвідношення національного і міжнародного права.

Предмет галузі конституційного права відображається в її системі. Базовим елементом цієї системи, її своєрідними цеглинками є відповідні норми права. З позицій юридичної теорії саме норми права, а не статті, глави, розділи чи положення нормативних актів, реалізуються в той або інший спосіб, зокрема застосовуються.

У науці сформульовано різні визначення норми права. Існує, зокрема, широке трактування норми права, згідно з яким нормативність визнають практично за будь-яким юридичним приписом, а не тільки за так званими правилами поведінки. Таке трактування є найбільш прийнятним для галузі конституційного права, значна частина норм якої не виглядає правилами поведінки.

Норма конституційного права — це адресований всім або визначеному колу учасників державно-політичних відносин владарювання будь-який юридичний припис (а не тільки правила поведін-

ки), що стосується таких учасників і міститься в конституції чи іншому джерелі галузі.

Звідси нормативний характер, зокрема, такої структурної частини конституції, як її преамбула. Остання виконує роль своєрідного камертону у тлумаченні інших положень конституції і фактично моделює поведінку різних суб'єктів конституційного права.

Норми конституційного права утворюються шляхом безпосереднього волевиявлення народу (конституційний і законодавчий референдуми) або, в більшості випадків, уповноваженим на нормотворення органом влади, передусім парламентом.

Серед норм конституційного права вирізняються норми конституції — основного закону, що має найвищу юридичну силу. Водночас некоректним є судження, за яким норми однієї конституції за силою можуть різнитися між собою. Категорія найвищої сили співвіднесена з конституцією як основним законом у цілому, а не з її різними розділами, статтями, нормами чи положеннями.

Важливим є і те, що юридична сила, яка у різних актів може бути різною, не тотожна обов'язковому характеру будь-якого акта права. Усі такі акти, що відповідають визначеним вимогам, є однаково юридично обов'язковими для тих, кому адресовані.

Положенням основного закону звичайно притаманний порівняно вищий ступінь нормативної узагальненості. Відповідно відрізняються їх регулятивна роль і механізми реалізації норм, до них включених.

Найбільш загальний характер мають принципи (норми-принципи) конституції щодо народного суверенітету і розподілу влад. Вони встановлюють засади режиму владарювання, деталізації якого присвячені інші норми конституції і норми законів.

Реалізація різних норм конституційного права здійснюється у способи дотримання, виконання, використання, застосування. Якщо в інші способи норми реалізуються всіма відповідними суб'єктами права, то застосування здійснюють виключно органи влади і посадові особи. Враховуючи суспільні призначення і роль цих органів і посадових осіб, застосування норм конституційного права має особливе значення.

За регулятивними властивостями норми конституційного права можна класифікувати на установчі, власне регулюючі і заборонні. Переважна більшість відповідних норм належить до установчих і власне регулюючих, що відображає особливості методу галузевого конституційно-правового регулювання.

Установчі норми не є правилами поведінки,

вони номінують (тобто називають) суб'єкти конституційного права і нерідко узагальнено позначають їх статус. Прикладом є положення ст.75 Конституції України: «Єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент — Верховна Рада України».

Відповідно до власне регулюючих норм, що виглядають правилами поведінки, учасники державно-політичних відносин владарювання набувають або суб'єктивні права і обов'язки, або повноваження. За змістом власне регулюючих норм визначаються конституційно-правові статуси різних органів влади і посадових осіб, вони слугують закріпленню прав, свобод і обов'язків індивіда.

Заборонні норми встановлюють відповідні юридичні заборони. «Одна й та сама особа не може бути Президентом України більше ніж два строки підряд» — передбачено у ст.103 Конституції України. Але заборонні норми загалом не є характерними для галузі конституційного права.

За характером здійснюваного регулювання норми конституційного права можна поділяти на матеріальні і процесуальні.

Відповідна галузь права загалом є «матеріальною», але процесуальні норми включено до конституції, законів та інших її джерел. Процесуальними нормами основного закону регламентуються

питання внесення змін до конституції, формування уряду, законодавчої процедури та низка інших.

Норми конституційного права регулюють державно-політичні відносини владарювання у прямий і непрямий способи.

У прямий спосіб у конституції визначаються порядок формування і функціонування ключових ланок державного механізму, територіальна організація держави тощо.

Унаслідок конституційного закріплення прав і свобод фактично визначаються межі діяльності держави, і таке визначення означає регулювання в непрямий спосіб.

§2. Суб'єкти конституційного права.

Відповідальність у конституційному праві.

Будучи врегульованими нормами конституційного права, державно-політичні відносини владарювання набувають якості конституційно-правових відносин. Відносини, що регулюються нормами конституції (основного закону) можна характеризувати окремо як конституційні відносини. Учасники всіх таких правовідносин визначаються як суб'єкти конституційного права.

У науці розрізняються конкретні і загальні

правовідносини. Конкретні правовідносини виникають виключно у зв'язку з різними юридичними фактами і застосуванням норм права, призначених урегульовувати суспільні відносини, що впливають з таких фактів. Наприклад, за фактом закінчення строку, на який було обрано парламент, проводяться вибори із застосуванням відповідних норм права і виникненням відповідних конкретних правовідносин.

Загальні правовідносини, які визначають і як правові стани, виникають безпосередньо на підставі наявності, тобто за самим фактом існування, норм права і незалежно від того, чи були ці норми реалізовані в конкретних випадках. Виразним прикладом загальних правовідносин є ті, що виникають (існують) безпосередньо на підставі фіксації в конституції принципу народного суверенітету.

З визнанням загальних правовідносин пов'язане визначення народу суб'єктом конституційного права. При цьому народ є суб'єктом виключно конституційного права і учасником виключно загальних конституційно-правових відносин. На відміну від інших суб'єктів, народ може бути тільки уповноваженою стороною у правовідносинах.

Разом з тим народ не є учасником конкретних конституційно-правових відносин. На загальних виборах і всенародному референдумі учасниками відповідних правовідносин виступають не народ,

а громадяни, які реалізують належне їм право голосу.

Держава як суб'єкт конституційного права є учасником загальних правовідносин, зумовлених станом громадянства. Тому громадянство визначається як правовий взаємозв'язок між індивідом і державою.

Участь держави в конкретних конституційно-правових відносинах має опосередкований характер, адже її функції реалізуються відповідними органами і посадовими особами, які в таких випадках виступають суб'єктами конституційного права.

Серед органів влади виділяються вищі органи держави, діяльність яких, як зазначалося, асоціюють з політикою. Такі органи можуть бути як колегіальними, так і одноособовими (президент держави). Суб'єктами конституційного права можуть виступати і посадові особи окремих вищих органів держави (наприклад, міністри як члени уряду).

Конституційну правосуб'єктність мають структурні елементи деяких з вищих органів держави — органи органів. У відповідних законах органами Верховної Ради України визначено її комітети, а органами Конституційного Суду України — його колегії, сенати і велика палата.

Г.Еллінек характеризував такі елементи як «вторинні» органи. Вони діють у межах компетен-

ції відповідних «первинних» органів, але їх повноваження є юридично виокремленими. Так само характеризуються повноваження посадових осіб органів влади.

Проте посадові особи можуть мати статус, який безпосередньо не впливає із статусу конкретного органу влади. На відміну від адміністративного права, в якому посадова особа розглядається у структурі органу влади і як елемент такої структури, в конституційному праві поняття посадової особи має порівняно ширше значення.

Прикладом є Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, який згідно із ст.101 Конституції України здійснює парламентський контроль за дотриманням конституційних прав і свобод людини і громадянина. Такі назва і визначення цієї посадової особи можуть сприйматися як свідчення її поєднання з парламентом.

Однак відповідно до закону Уповноважений Верховної Ради України з прав людини є посадовою особою, що структурно і організаційно не віднесена до якого-небудь органу влади і здійснює діяльність «незалежно» від інших органів і посадових осіб. З іншого боку, в багатьох країнах парламентського омбудсмана визначено як посадову особу парламенту або його нижньої палати.

Посадовими особами визначаються судді судів загальної юрисдикції, але посадовими особами

держави (за вітчизняним законодавством — посадовими особами судової влади), а не відповідних судів.

Одним з вищих органів держави і одночасно найвищою посадовою особою держави визнають, а в деяких конституціях прямо визначають, президента держави.

Значними особливостями вирізняється конституційна правосуб'єктність депутатів — членів парламенту. Член парламенту не є посадовою особою парламенту, і юридичні зв'язки між ним та парламентом відмінні від відповідних зв'язків між будь-яким органом влади і його посадовими особами.

Посадові особи парламенту — це ті, хто обіймає посади в його апараті. Посадовими особами парламенту виступають і голова парламенту та його заступники, залишаючись при цьому членами парламенту.

На відміну від посадових осіб органів влади, член парламенту може мати власні повноваження поза компетенцією безпосередньо парламенту. Важливо, що повноваження парламенту здійснюються тільки за наявності кворуму і шляхом колективної (колегіальної) діяльності його членів.

У багатьох країнах конституційну правосуб'єктність мають визначені числом групи членів парламенту. Такі групи можуть утворювати парла-

ментські фракції (за етимологічно некоректною термінологією Конституції України — депутатські фракції) і звертатися з інтерпеляціями, або запитами, до уряду. У частині країн передбачається групова законодавча ініціатива депутатів.

Відповідно до Закону України «Про внесення змін до Конституції України» від 8 грудня 2004р. конституційною правосуб'єктністю наділено «коаліцію депутатських фракцій у Верховній Раді України». Більше того, цій коаліції надано статус державного інституту з конституційно визначеними засадами його формування, організації і діяльності. Така інституціоналізація парламентської коаліції є унікальним явищем.

Суб'єктами конституційного права у країнах з федеративною формою державного устрою є суб'єкти федерації та їх органи.

Конституційну правосуб'єктність мають також органи територіальної автономії. Наприклад, згідно із ст.150 Конституції України Верховна Рада Автономної Республіки Крим може звертатися до Конституційного Суду України з поданнями з питань про конституційність визначених актів і про офіційне тлумачення Конституції України. Але конституційна правосуб'єктність органів територіальної автономії завжди є обмеженою.

Ще більш обмеженою є конституційна право-

суб'єктність органів влади, визначених у Конституції України органами місцевого самоврядування.

Термін «місцеве самоврядування» вказує на теорію природного права громади. Згідно з цією теорією так звана місцева (муніципальна, комунальна) влада, що формується шляхом виборів в адміністративно-територіальних одиницях, є різновидом публічної влади, відмінним від влади державної.

У конституціях звичайно знаходить відображення інша теорія організації і здійснення так званої місцевої влади, відома як державна. За змістом цієї теорії йдеться про особливе за порядком формування децентралізоване державне управління. Базовою ознакою такого управління вважається виборність частини місцевих органів влади і посадових осіб, чим має забезпечуватися самостійність в їх діяльності.

Конституційна правосуб'єктність органів влади, визначених в Україні органами місцевого самоврядування, зумовлена тим, що в деяких країнах їх уповноважено здійснювати законодавчу ініціативу в парламенті і подавати до конституційного суду.

Особливістю правосуб'єктності різних органів влади і посадових осіб є наявність у них повноважень, здійснення яких означає здійснення влади. Індивіди (громадяни) беруть безпосередню участь у здійсненні влади шляхом голосування на вибо-

рах і референдумах, а також шляхом народної ініціативи. Вони можуть і опосередковно впливати на владарювання, реалізуючи інші, ніж право голосу, політичні права і свободи.

Конституційна правосуб'єктність індивідів може мати загальний або спеціальний характер. Загальною є конституційна правосуб'єктність індивідів, які виступають виключно в якості людини, громадянина або іноземця, хоча між цими категоріями індивідів об'єктивно існують відмінності щодо їх конституційно-правового статусу.

Спеціальною є конституційна правосуб'єктність виборців, унаслідок реалізації права голосу яких формуються ключові ланки державного механізму. Спеціальний характер має також правосуб'єктність кандидатів на виборні державні посади політичного значення у зв'язку з їх правом балотуватися на відповідних виборах.

За змістом інституту народної ініціативи конституційна правосуб'єктність характеризує визначене число громадян, які мають право голосу. Народна ініціатива передбачає офіційно зареєстровану колективну вимогу (петицію), яку підпишуть засвідчило відповідне число таких громадян.

Формулювання і підтримка відповідної вимоги звичайно мають за мету або проведення всенародного референдуму, або ухвалення парламентом нового закону чи внесення змін до чинного, або

здійснення парламентом ревізії конституції. Тому основними різновидами народної ініціативи є референдна, законодавча і конституційна.

У ст.72 Конституції України йдеться про референдну народну ініціативу. Проте число громадян (три мільйони), які підписами мають засвідчити відповідну вимогу, з огляду на практику конституціоналізму виглядає як надмірне.

Суб'єктами конституційного права виступають також політичні партії, призначення яких пов'язане з організацією і здійсненням влади в державі. Як визначено у ст.36 Конституції України, партії «сприяють формуванню і вираженню політичної волі громадян, беруть участь у виборах».

Проблематика конституційної правосуб'єктності взаємопов'язана з питаннями відповідальності в конституційному праві.

У науці розрізняються позитивна і негативна, або ретроспективна, юридична відповідальність. Проте частина дослідників не відрізняє позитивну відповідальність від належного виконання вимог права, відповідальної поведінки суб'єктів щодо виконання цих вимог тощо. У будь-якому разі, позитивна відповідальність не має прямого зв'язку з вчиненням правопорушень.

Негативна відповідальність визначається саме у зв'язку з вчиненням правопорушень. Вона передбачає оцінку діянь відповідального суб'єкта

уповноваженими органом влади чи посадовою особою або виборцями за умов відкликання ними обраного представника. Ця оцінка може тягнути настання для відповідального суб'єкта негативних наслідків, пов'язаних із застосуванням санкцій.

Конституційному праву притаманне особливе співвідношення позитивної і негативної відповідальності. Частина його норм передбачає виключно позитивну відповідальність, інші — позитивну і негативну.

Масштаб позитивної відповідальності в конституційному праві зумовлений регулятивними властивостями його норм, колом відповідальних суб'єктів, а також політичним сенсами конституційно-правового регулювання. Позитивна відповідальність відіграє ключову роль щодо реалізації багатьох норм конституції — основного закону.

Важливо, що частина відповідальних суб'єктів (члени парламенту і в багатьох країнах президент держави) несуть також загальнополітичну відповідальність на виборах, яка виявляється за їх результатами.

У радянський період фактичним замінником юридичної відповідальності у сфері владарювання виступала так звана партійна відповідальність, наслідками якої могло бути по суті позаправове відсторонення від влади тих, хто виступав її суб'єктами.

Виключно позитивною є відповідальність у конституційному праві народу і держави. Негативна відповідальність держави, що передбачається у ст.56 Конституції України, має цивільно-правовий характер.

Інші суб'єкти конституційного права є суб'єктами не тільки позитивної, а і негативної відповідальності. Найчастіше суб'єктами негативної відповідальності в конституційному праві виступають посадові особи, що є учасниками державно-політичних відносин владарювання.

Конституційному праву притаманна наявність двох явищ, позначуваних терміном «відповідальність», — конституційно-правової відповідальності і відповідальності, що передбачається в конституції.

Конституційно-правова відповідальність — це окремий вид негативної юридичної відповідальності, підставою настання якої є передусім вчинення конституційно-правового делікту, тобто правопорушення, визначеного в конституційному праві.

Конституційно-правові делікти — це, насамперед, дії державних посадових осіб, що є суб'єктами конституційного права, поза межами повноважень, а також інші їх діяння, які є невиконанням або неналежним виконанням різних вимог конституції і галузевих конституційно-правових законів.

Як виняток, конституційно-правові делікти

можуть бути вчинені індивідами. Одним з таких деліктів є подання неправдивих відомостей або фальшивих документів з метою набуття громадянства в порядку натуралізації. Це визнається підставою втрати відповідно набутого громадянства, що є конституційно-правовою санкцією.

З іншого боку, індивіди не можуть бути позбавлені конституційних прав і свобод або незаконно обмежені в їх реалізації. За зловживання такими правами і свободами та за невиконання конституційних обов'язків індивіди можуть бути притягнені до юридичної відповідальності, але звичайно до кримінальної чи адміністративної.

Особливістю конституційно-правової відповідальності є те, що її настання може бути зумовлене вчиненням правопорушення, кореспондованого іншому виду негативної юридичної відповідальності, насамперед кримінальній відповідальності. Наприклад, підставою усунення президента держави в порядку імпічменту є вчинення злочину, про що йдеться і в Конституції України.

До особливостей конституційно-правової відповідальності належить відсутність уніфікованих процесуальних форм її реалізації. Тому чи не кожна конституційно-правова санкція передбачає відмінний від інших санкцій порядок застосування.

Конституційно-правовій відповідальності притаманні санкції, які тягнуть обмеження в конкрет-

ному статусі суб'єкта конституційного права або навіть його втрату.

Конституційно-правовою санкцією, застосовуваною до державних посадових осіб, є їх вимушена відставка. У Конституції України і законах замість слова відставка вживається словосполучення звільнення з посади, що з огляду на усталену теорію конституціоналізму є проблемним.

Вимушена відставка відмінна від звільнення з посади в адміністративному порядку. Її характер зумовлений тим, що конституційно-правову відповідальність несуть ті державні посадові особи, які є суб'єктами конституційного права і обіймають посаду відповідно до конституції або галузевих конституційно-правових законів.

Крім того, притягнення зазначених посадових осіб до конституційно-правової відповідальності ініціюється чи сама така відповідальність реалізується визначеними органами влади або посадовими особами, які також є суб'єктами конституційного права.

Конституційно-правовою санкцією, передбаченою в частині країн, є позбавлення депутата мандата за рішенням парламенту або суду. У деяких країнах визначено таку конституційно-правову санкцію, як відкликання члена парламенту виборцями.

До членів парламенту застосовуються також

різні конституційно-правові санкції, встановлені парламентським регламентом.

На думку Конституційного Суду України до відповідних санкцій належать також дострокове припинення повноважень Верховної Ради України і дострокове припинення повноважень народних депутатів України⁶.

Однак дострокове припинення повноважень Верховної Ради України (в інших конституціях для відповідних цілей вживається термін «розпуск парламенту») слугує засобом забезпечення її дієздатності, а не покаранням за якесь правопорушення, не відповідною санкцією.

Це впливає і з Конституції України, в якій визначено підстави дострокового припинення повноважень Верховної Ради України. Ці підстави вказують на неспроможність парламенту вчиняти конституційно передбачені дії, які б забезпечили функціонування парламенту і уряду.

Дострокове припинення повноважень народного депутата України є конституційно-правовою санкцією, якщо його підставою є вчинення конституційно-правового делікту. До таких підстав належать невиконання народним депутатом вимоги щодо несумісності депутатського мандата з іншими видами діяльності (санкцію застосовує суд) і припинення громадянства України, якщо воно відбулося внаслідок втрати громадянства, зумовленої

визначеними діями відповідної особи (санкцію застосовує парламент).

Конституційно-правовим деліктом виступає також невходження народного депутата України, обраного від політичної партії чи виборчого блоку партій, до «депутатської фракції» цієї партії (виборчого блоку партій) або його виходу із складу такої фракції.

Рішення про застосування конституційно-правової санкції — дострокового припинення повноважень народного депутата України — має ухвалювати вищий керівний орган партії (виборчого блоку партій). Відповідні положення не мають прямих аналогів у світовій практиці конституціоналізму.

В усіх наведених випадках дострокове припинення повноважень народного депутата України є за характером позбавленням депутатського мандата. Інші підстави дострокового припинення повноважень народного депутата до конституційно-правової відповідальності не віднесені, а припинення повноважень у відповідних випадках має характер втрати депутатського мандата.

Конституційно-правовими санкціями, застосовуваними до політичних партій, визначаються, як правило, попередження про недопущення незаконної діяльності партії та її організацій, а також заборона партії.

Конституційно-правова відповідальність частково збігається з відповідальністю, що передбачається в конституції. Остання може бути як юридичною (конституційно-правова відповідальність за порушення вимог основного закону), так і політичною.

Політична відповідальність, що передбачається в конституції, може наставати якщо діяння, вчинення якого її спричинило, не визначене правопорушенням. Як писав французький автор XIX ст. А.Есмен, така відповідальність «має за єдину санкцію втрату влади»⁷. У конституції або законах критерії відповідної оцінки діянь суб'єктів такої політичної відповідальності не визначаються.

Класичними різновидами політичної відповідальності, що передбачається в конституції, можна вважати політичну відповідальність уряду перед парламентом, яку нерідко характеризують як парламентську відповідальність уряду, і політичну відповідальність міністрів перед президентом. Запровадження першого або другого різновиду такої політичної відповідальності по суті вказує на прийняту форму державного правління.

Згідно Конституцією України Кабінет Міністрів України відповідальний перед Президентом України і Верховною Радою України. Однак механізм такої відповідальності уряду перед главою держави не визначено. Лише умовно її можна спів-

віднести з тим, що Президент України уповноважений пропонувати Верховній Раді України розглянути питання про відповідальність Кабінету Міністрів України.

Розглядувана політична відповідальність уряду має ознаки негативної відповідальності. По-перше, вона настає у зв'язку з діями уряду або його окремих членів, вчиненими попередньо, тобто є ретроспективною. По-друге, ці дії оцінюються уповноваженим органом (парламентом або президентом), і наслідком такої оцінки може бути вимушена відставка уряду або його окремого члена, але не у зв'язку з порушенням закону, а з мотивів політичної доцільності.

Крім того, за наслідками розглядувана політична відповідальність уряду практично не відрізняється від конституційно-правової відповідальності. Цим підтверджуються політичні сенси конституційного права.

§3. Джерела конституційного права.

Важливі характеристики галузі конституційного права засвідчуються її джерелами.

За традицією, прийнятою в країнах, право яких відносять до європейського континентального

типу правових систем (зокрема, на вітчизняному терені), джерелами національного права є передусім різні нормативні акти, ухвалені або видані уповноваженими органами влади або посадовими особами.

За іншою традицією, прийнятою в країнах, право яких відносять до англо-американського типу правових систем, юридично обов'язковими вважаються лише ті акти та звичаї, що визнаються і застосовуються судами. До таких актів належать і судові рішення нормативного характеру, тобто ті, що містять судові прецеденти.

Судовий прецедент — це положення або кілька положень рішення в конкретній справі, ухваленого вищим судом або одним з вищих судів загальної юрисдикції, які слугують формальною і реальною нормативною основою для інших, передусім нижчих за інстанцією, судів при ухваленні рішень в аналогічних чи подібних справах.

Фрагменти рішення, що визнаються судовим прецедентом, визначаються як *ratio decidendi* (з латини — сенс рішення). Інше в судовому рішенні визначається як *obiter dictum* (мимохідь, або між іншим, сказане).

Практика судових прецедентів укорінена в традиції юридичного позитивізму, за якою об'єктивне право (тобто право як регулятор відносин) існує у

зв'язку з його визнанням і застосуванням судами загальної юрисдикції.

До конституційно-правових положень, встановлених судовими прецедентами, належать перелік ті, що позначають зміст суб'єктивних прав, а також механізми їх реалізації. Судові прецеденти можуть прямо обмежувати індивіда, і вважається, що поза такими обмеженнями існують його права. Це не виключає фіксації суб'єктивних прав у законах і підзаконних актах.

Судовий прецедент і закон доповнюють один одного, причому законами звичайно замінюють лише неналежні з огляду на суспільні потреби прецеденти. Прецедент і закон вважаються однаковими за силою, але практика засвідчує домінуючу роль закону.

В Україні та інших країнах, право яких віднесене до європейського континентального типу правових систем, рішення національних судів загальної юрисдикції є казуальними за значенням актами. Вони не можуть бути застосовані як нормативна основа для ухвалення рішень іншими судами, хоча неформально беруться ними до уваги (передусім рішення суду найвищої інстанції).

Виходячи з традиційного на нашому терені розуміння нормативності права, можна дійти висновку, що в Україні та інших відповідних країнах рішення судів загальної юрисдикції не є джерела-

ми права, включаючи галузь конституційного права.

Разом з тим у Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006р. застережено, що національні суди застосовують Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950р., включаючи протоколи до неї, а також практику цього суду, «як джерело права».

У низці країн важливу роль виконали акти, що мали особливе передконституційне значення. Наприклад, у більшості колишніх союзних республік у складі СРСР було ухвалено акти, призначені зафіксувати кардинальні зміни в державному житті, що сталися в кінці ХХ ст., і створити правове підґрунтя їх незворотності. Таким, зокрема, є Акт проголошення незалежності України 1991р.

Актами передконституційного значення є також декларації, які ухвалювалися у зв'язку з революційними подіями, утворенням нової держави, кардинальною зміною політичного режиму і в деяких інших випадках. Ці акти фактично орієнтували на ухвалення конституції. Класичними прикладами можна вважати Декларацію незалежності США 1776р. і Декларацію прав людини і громадянина 1789р. (Франція).

Набуттю незалежності колишніми союзними республіками у складі СРСР передувало ухвалення

декларацій про (державний) суверенітет. До таких належить Декларація про державний суверенітет України 1990р.

Декларація і Акт наповнювали букву чинної на той час Конституції (Основного Закону) 1978р. із змінами і доповненнями новим духом, перетворюючи певну частину її положень з юридичних фікцій на реалії.

Декларація і Акт фактично новелізували Конституцію (Основний Закон) 1978р., запровадивши положення, без яких її стрижневі приписи не мали б актуального на той час правового значення. До таких новел, наприклад, належать положення про те, що «Українська РСР забезпечує верховенство Конституції та законів Республіки на своїй території» (Декларація), і що «віднині на території України мають чинність виключно Конституція і закони України» (Акт).

Крім того, Декларація і Акт позначили вектори подальшого конституційного процесу. Так, за Декларацією, вона є «основою для нової Конституції». Актом констатувалися «незалежність України та створення самостійної Української держави», що зумовлювало потребу ухвалення її Конституції.

Декларація має виразний нормативний характер. На основі її положень здійснили актуальне на той час регулювання досить широкого кола суспільних відносин. Водночас на сьогодні певна

частина положень Декларації є так званою мертвою буквою, адже втратила реальне регулятивне значення.

Про нормативність Акта свідчить передусім його основна частина, де сформульовано принципи, що мають значення для системи національного права. Зокрема, в Акті констатовано чинність на території держави виключно Конституції і законів України.

Проте галузеве конституційно-правове регулювання в Україні, як і в переважній більшості інших країн, забезпечується насамперед та здебільшого актами, що мають загальну назву закон, але за юридичною природою і формою можуть бути різними. Тому галузь конституційного права іноді характеризують як «право законів».

Джерелом конституційного права в низці країн є конституційні закони. Термін «конституційний закон» використовується у відповідних країнах як офіційна назва певних нормативних актів. В інших, зокрема в Україні, цей термін є суто доктринальним.

У різних країнах конституційними законами офіційно визначаються різні акти. Але всі відповідні акти за предметом і призначенням здійснюваного регулювання так або інакше пов'язані з конституцією.

Нерідко конституційними законами офіційно

названо акти про внесення змін до конституції, що об'єктивно мають найвищу силу. У деяких країнах конституційні закони — це акти, ухвалення яких з визначених питань прямо передбачене в конституції. Такі акти слугують реалізації змістово сполучених з ними положень основного закону, але про їх найвищу силу звичайно не йдеться.

Існують й інші варіанти офіційного використання терміна «конституційний закон». Зокрема, таку назву іноді надавали самій конституції, звичайно тимчасовій.

Конституційні закони ухвалюються за правилом кваліфікованої більшості (найчастіше — у дві третини) від загального (за неоднозначним визначенням Конституції України — «конституційного») складу парламенту.

Проте в частині країн таке правило стосується і окремих інших актів, офіційно не названих конституційними законами, чим вказується на їх суспільну значущість.

Порядок ухвалення конституційних законів і набуття ними чинності характеризується й іншими особливостями. Наприклад, глава держави, як правило, не має права вето щодо актів про внесення змін до конституції, які мають назву конституційний закон.

В Україні, як зазначалося, термін «конституційний закон» має доктринальне значення, але ві-

домі спроби офіційно визначити окремі закони як конституційні.

До голосування у Верховній Раді України як конституційний закон визначався Закон України «Про назву, структуру і кількісний склад нового парламенту України» від 7 жовтня 1993р. Назву конституційний закон мав і проект Закону «Про державну владу та місцеве самоврядування в Україні», який склав основу Конституційного Договору.

Доктринальним за вітчизняних умов є також термін «органічний закон». При цьому органічними називають різні важливі закони, але без належних пояснень.

З іншого боку, в низці країн термін «органічний закон» позначає конкретну форму законів. Відповідні закони відмінні за порядком ухвалення від звичайних законів, але є звичайними за силою. Зазначена відмінність полягає передусім у тому, що органічні закони ухвалюються за правилом абсолютної більшості, тобто не менше як половиною від загального складу парламенту.

Разом з тим у деяких країнах правило абсолютної більшості застосовується щодо ухвалення окремих законів, не названих органічними, а в багатьох колишніх республіках у складі СРСР, включаючи Україну, — всіх звичайних законів.

У тих країнах, де запроваджено форму органічного закону, відповідні акти звичайно виступа-

ють джерелами виключно галузі конституційного права. Ними встановлюються статуси важливих ланок державного механізму, порядок організації та проведення виборів і референдуму, режими надзвичайного та інших спеціальних станів тощо.

Важливою ознакою органічних законів є те, що їх ухвалення і об'єкти регулювання застерігаються безпосередньо в конституції.

Характеристика конституційного права як «права законів» пов'язана насамперед з тим, що основний масив цієї галузі становлять звичайні закони. При цьому термін «звичайний закон» як офіційна назва відповідних актів у практиці конституціоналізму, як правило, не використовується.

Для ухвалення звичайних законів у багатьох країнах достатньо простої більшості, тобто, залежно від кількості депутатів-учасників відповідного голосування, більшості мінімально від кворуму і максимально від загального складу парламенту.

Звичайні закони виступають універсальними джерелами конституційного права, адже інші акти із загальною назвою закон характеризують відповідне галузеве регулювання лише в частині країн.

Від інших звичайних законів ті, що належать до джерел конституційного права, відрізняються за предметом, об'єктами регулювання і тому за змістом. Роль таких джерел виконують і так звані міжгалузеві закони, але лише в частині регулюван-

ня, здійснюваного у сфері державно-політичних відносин владарювання.

Іноді джерелами конституційного права виступають систематизовані, але звичайні за юридичною природою, закони — кодекси. Найчастіше здійснюється кодифікація норм, присвячених організації та проведенню виборів і референдумів. Прикладом є Виборчий кодекс України від 19 грудня 2019р.

У деяких країнах існують нормативні акти, які були ухвалені референдумом або, після схвалення парламентом, затверджені референдумом, — референдні (референдарні) закони. Такі акти можуть бути змінені новим референдумом, але звичайно припускається внесення до них змін за рішенням парламенту, ухваленим за правилом кваліфікованої більшості. За юридичною силою референдні закони, як правило, не відрізняють від звичайних законів, хоча їх суспільна вага вважається порівняно значнішою.

У переважній більшості країн практика ухвалення або затвердження референдних законів є обмеженою. До того ж такі закони звичайно не мають відношення до предмета конституційного права. Як відомо, в Україні відповідна правотворча практика відсутня.

До джерел конституційного права нерідко відносять міжнародні договори. Але останні лише

опосередковано слугують регулюванню внутрішньодержавних відносин.

Укладання міжнародного договору передбачає надання згоди держави на його обов'язковість шляхом, зокрема, ухвалення закону про ратифікацію договору. У такий спосіб норми міжнародного договору трансформуються в норми закону про його ратифікацію, і саме цей закон можна розглядати як джерело конституційного права. Відповідними прикладами є закони про ратифікацію договорів про права людини.

Джерелами конституційного права іноді виступають акти національного права, що мають певні договірні форми.

Договірні форми правового регулювання у сфері владарювання відігравали важливу роль за феодальних часів. У наші дні існування таких форм пов'язане передусім з федеративним державним устроєм: на договірних засадах іноді розмежовуються предмети відання федеративної держави і суб'єктів федерації або повноваження їх органів.

В Україні ключову роль у регулюванні організації і здійснення влади в державі певний час виконував акт, що скорочено визначається як Конституційний Договір 1995р.

З укладенням Конституційного Договору не втратила чинності Конституція (Основний Закон) 1978р. із змінами і доповненнями, але в юридич-

ному сенсі вона йому субординувалася. Як було відповідно встановлено, «положення чинної Конституції України діють лише в частині, що узгоджується з цим Конституційним Договором».

Тим самим за Конституційним Договором визнавалася якість по суті надконституційності. Таку якість пов'язували з тим, що його сторонами визнавалися Верховна Рада України і Президент України — «суб'єкти конституційного права, які одержали свої повноваження безпосередньо від народу».

Однак ні парламент, ні глава держави не були уповноважені укладати подібні акти. Крім того, одним з учасників Конституційного Договору фактично виступала не Верховна Рада України, а частина народних депутатів України, що його підписала.

З іншого боку, в Конституційному Договорі визнавалося за необхідне «створення належних умов для прискорення та успішного завершення конституційного процесу в Україні з тим, щоб прийняти нову Конституцію». Врешті-решт, на основі цього акта більше року функціонувала влада в Україні.

За будь-яких умов, конституційне регулювання має здійснюватися у виключно легальний спосіб. Інакше воно перетворюється з суспільно обґрунтованої правової діяльності в політичне дійство,

що ґрунтується на визначеній вузьким колом кон'юнктурі.

До джерел конституційного права в деяких країнах належать акти, які визначаються як статут-територіальних автономій. У частині країн такі акти мають офіційну назву статут. Сила статуту територіальної автономії зумовлена силою акта, засобом якого він був ухвалений або затверджений.

В одних країнах статут територіальної автономії ухвалюється або попередньо схвалюється представницьким органом автономії з наступним затвердженням місцевим референдумом, і тому має підзаконний характер.

В інших статут, попередньо схвалений представницьким органом територіальної автономії, затверджується законом. У різних країнах такий закон має форму конституційного, органічного або звичайного закону.

Аналогічний порядок прийняття і наступного затвердження Конституції Автономної Республіки Крим визначено в Конституції України. Попри назву, за юридичною природою цей акт є статутом автономії і має силу закону, яким його затверджено.

Використання в Україні, а також в Азербайджані, Грузії і Узбекистані, для відповідних цілей терміна «конституція» свідчить про певну інерцію

досвіду радянського будівництва, згідно з яким, зокрема, «соціалістичні автономії» офіційно називалися «республіками» і мали свої «конституції».

Важливим інструментом конституційно-правового регулювання є парламентські регламенти. У більшості країн регламент є «самодостатнім» нормативним актом, відмінним від закону. При цьому не передбачається підписання главою держави ухваленого парламентом або його палатою регламенту чи змін до нього, що виключає вето. Парламентський регламент звичайно характеризують як підзаконний акт, хоча неможливо виділити закони, яким він має відповідати.

Практика прийняття (затвердження) Регламенту Верховної Ради України і змін до нього постановою Верховної Ради України мала місце до кінця листопада 2009р.

У деяких країнах ухвалено закон про парламентський регламент, що забезпечує регламенту силу закону. Регламент фактично наповнює такий закон нормативним змістом. За приклад слугує Закон України від 10 лютого 2010р., яким затверджено чинний Регламент Верховної Ради України.

Незважаючи на те, що галузь конституційного права є «правом законів», до її джерел треба віднести одиничні підзаконні акти. Такими джерелами об'єктивно можуть бути лише підзаконні акти ви-

щих органів держави, що здійснюють політичне за сенсом і значенням публічне владарювання.

Тому джерелами конституційного права України виступають окремі нормативні акти Президента України і Верховної Ради України. Однак нормативні акти Кабінету Міністрів України з причини змісту урядової компетенції в Україні і практики її реалізації до відповідних джерел загалом не належать.

Не відповідають реаліям сформульовані частиною вітчизняних авторів оцінки, за якими джерелами конституційного права є нормативні акти, ухвалені або видані на так званому місцевому рівні. Суспільне призначення відповідної галузі права і характер державно-політичних відносин владарювання практично виключають існування якогось «місцевого виміру» таких відносин.

Джерелами конституційного права є частина рішень конституційного суду. До таких належать передусім рішення у справах щодо відповідності основному закону конституційно-правових за об'єктами регулювання законів та інших визначених нормативних актів або їх окремих положень.

У деяких країнах, включаючи Україну, конституційний суд встановлює конституційність не тільки нормативних, а й індивідуальних актів права. Але за аксіому можна вважати, що характеристика джерел права корелюється їх нормативності.

Тому рішення Конституційного Суду України у справах щодо конституційності індивідуальних актів права мають лише правозастосовне значення і не можуть розглядатися як джерела права.

В Україні і деяких інших країнах, де до повноважень органу конституційної юрисдикції належить офіційне тлумачення конституції (основного закону), джерелами конституційного права є також рішення цього органу у справах щодо такого тлумачення.

Відомо, що офіційне тлумачення норм права класифікують як нормативне або казуальне. Нормативне тлумачення поширюється на абстрактне коло суб'єктів і може неодноразово застосовуватися на практиці.

Спеціальною правовою формою офіційного нормативного тлумачення є інтерпретаційні акти. Але такі акти не мають самостійної значущості у правозастосуванні і створюють юридичні наслідки тільки у зв'язку з реалізацією (застосуванням) норм права, які відповідно тлумачилися.

Інтерпретаційні акти не можуть підміняти акти права, норми яких тлумачилися, і діють тільки на час дії останніх, будучи їх нормативною «тінню». Ця «тінь» втрачає правове значення в разі скасування або суттєвої зміни норм права, які тлумачилися.

Тому інтерпретаційні акти не є засобами без-

посереднього регулювання і виконують відносно актів, норми яких відповідно тлумачилися, роль своєрідних інструкцій з реалізації цих норм. Юридична сила інтерпретаційних актів лише відзеркалює силу тих актів, норми яких відповідно тлумачилися.

Титульним джерелом конституційного права, від назви якого фактично походить назва цієї галузі, є конституція. Про конституцію йдеться в наступній главі цієї книги.



Глава друга.

КОНСТИТУЦІЯ

§1. Феномен конституції.

Стрижень конституціоналізму становить конституція. Без розуміння феномену конституції неможливо охарактеризувати сучасну державу в аспекті права, визначити особливості її інститутів, встановити роль держави в закріпленні і забезпеченні прав людини, а також значущість таких прав.

Будучи однією із складових європейської за походженням політико-правової ідеології, поняття конституції набуло значення цінності загальноцивілізаційного характеру.

У науці пропонуються різні підходи у визначенні конституції. У вітчизняній літературі застосовуються у сполученні передусім нормативний і структурно-системний підходи, що виглядає продовженням традиції, започаткованої в XIX ст. німецькими вченими-юристами і відображеної, зокрема, в радянському державознавстві.

Класикою такого сполучення можна вважати визначення, запропоноване Г.Еллінеком: «Консти-

туція держави охоплює сукупність правових положень, якими визначаються вищі органи держави, порядок здійснення ними своїх функцій, їх взаємостосунки і компетенція, а також принциповий стан індивіда відносно держави»¹.

Украплення соціологічного підходу знаходять прояв у тому, що запропоновані в монографіях і підручниках з конституційного права України визначення конституції вказують на її природу як акта установчої влади, що належить народу, або як суспільного договору, на волевиявлення народу з приводу ухвалення конституції тощо.

Природно-правовий підхід у визначенні конституції засвідчується передусім тим, що конституцію (основний закон) трактують як засіб обмеження влади в державі шляхом відповідного закріплення прав і свобод.

Різні підходи у визначенні конституції застосовуються і в тих країнах, де історично виникло явище конституціоналізму. Однак співвідношення в їх застосуванні може виглядати по-іншому, що пояснюється різними причинами. Більшість з таких причин знаходиться у площинах політичних і правових традицій та суспільної правосвідомості.

У Великобританії у визначенні конституції вченими-юристами переважає політичний (політологічний) підхід. Це пояснюється тим, що «конституційна теорія завжди була і є важливою части-

ною політичної науки, ...а термін «конституційна теорія» є рідковживаним і невизначеним»². Звідси конституційне регулювання розглядається передусім у контексті функціонування держави як складової політичної системи суспільства.

Важливим у визначенні британськими авторами конституції є те, що згідно з традицією юридичного позитивізму, як зазначалося, правовими вважаються писані приписи і звичаї, визнані такими і застосовувані судом. Як наслідок, частину правил (норм) звичаєвого характеру, які не застосовуються судом, трактують як «мораль конституції»³.

До таких правил належать насамперед конституційні угоди (англ. constitutional conventions), роль яких у регулюванні державно-політичних відносин владарювання треба визнати винятково важливою.

Деякі з конституційних угод сформульовано так: король (королева) повинен призначати на посаду прем'єр-міністра особу, яку підтримує більшість членів палати громад парламенту. Прем'єр-міністр визначає склад кабінету. Міністри мають бути членами парламенту, звичайно членами палати громад. У більшості інших країн з парламентськими формами державного правління положення відповідного змісту включено безпосередньо до тексту основного закону.

Визнаний у Великобританії науковий автори-

тет А.Дженнінгс характеризував конституцію як таку, «огляд якої має починатися і закінчуватися політичними партіями з обговоренням їх ролі»⁴. Одночасно цей автор вказував на «два різних, але тісно взаємопов'язаних, сенси» поняття конституції, і охоплював ним також прийняті в інших, ніж Великобританія, країнах «особливі за силою» нормативні акти⁵. Такі підходи відображено і в більшості британських підручників з конституційного права.

Американські науковці звичайно трактують конституцію, виходячи із здійснюваного верховним судом тлумачення положень основного закону. Відомою формула, за якою «конституція є такою, якою її бачить верховний суд». Створюваний шляхом тлумачення нормативний контент характеризують як «живу конституцію». Проте іноді вказують і на проблемність визначення конституції у спосіб її судового тлумачення⁶.

З іншого боку, наприклад, у словнику англо-американської юридичної термінології, вперше виданому ще в кінці XIX ст., конституцію визначено як «фундаментальний акт держави, який встановлює характер і сутність урядування за принципами, прийнятими в її внутрішньому житті; регламентує і обмежує здійснення функцій різних державних органів»⁷. Це і подібні визначення

засвідчують застосування нормативного і структурно-системного підходів.

Такі підходи використовуються і у французьких джерелах з конституційного права, хоча їх не можна вважати основними. Зокрема, конституцію визначають як «основний закон держави, відповідно до якого здійснено організацію публічних влад, визначено їх взаємозв'язки, встановлено публічні свободи і територіальну організацію держави»⁸.

У французькій науці застосовано і політичний (політологічний) підхід у визначенні конституції. Як писав французький юрист і політолог М.Дюверже, «за загальним уявленням слово «конституція» позначає сукупність політичних інститутів»⁹. Примітно, що назвою відповідних підручників нерідко є конституційне право і політичні інститути.

Загальною рисою відповідних французьких джерел є те, що їх виклад ґрунтується на широкому використанні історичного методу в дослідженні конституціоналізму.

Продовжуючи певну традицію, конституцію — основний закон — можна визначити як єдиний нормативний акт найвищої сили чи кілька таких актів, що фіксують основи правового статусу індивіда, його юридично виражених взаємовідносин із суспільством та державою; регламентують окремі сторони суспільного буття, в першу чергу у зв'язку з організацією і здійсненням влади в державі; вста-

новлюють засади державного ладу, порядок формування і функціонування ключових та важливих ланок державного механізму; визначають основи територіальної організації держави і відповідно влади.

Таке визначення конституції ґрунтується на поглядах, сформованих у XVIII — XIX ст., і враховує розширення сфери конституційного регулювання, яке відбулося протягом минулого століття. Воно позначає «юридичну» конституцію, або конституцію у формально-юридичному сенсі.

Одночасно визначили «матеріальну» конституцію, або конституцію в матеріальному сенсі, за яку вважається порядок організації і здійснення влади в державі, адекватний змісту правового регулювання державно-політичних відносин владарювання, а також взаємовідносини між державою та індивідом, що виникають за цим порядком.

Однак відповідне поєднання конституції у формально-юридичному сенсі, вираженої в історично зумовленій формі основного закону, і конституції в матеріальному сенсі нерідко ігнорується. Частина авторів трактує «матеріальну» конституцію як виражений в будь-якій правовій формі, а не лише в формі конституції як основного закону, порядок публічного владарювання.

Таке трактування конституції має позаісторичний характер, адже припускає визнання консти-

туціями актів, виданих в античний період, хартії феодальних часів тощо. Воно нівелює значення конституції як основного закону, що має найвищу юридичну силу. Принципово важливим є те, що поняття «юридичної» конституції співвіднесене з новими історичними часами, а також з державою, яка сформувалася за цих часів.

Унікальною за природою і за формою є Конституція Великобританії — сукупність звичайних законів та інших нормативних актів, а також різних джерел звичаєвого характеру. Цю конституцію визначають як неписану, але британські автори акцентують на її несистематизованому стані. При цьому жодний з відповідних актів, жодне інше джерело не мають найвищої юридичної сили.

У першій половині XIX ст. британська модель конституції розглядалася як одна з двох, що існували. Іншою вважалася модель конституції-основного закону. Тоді ж американський автор Дж.Брайс запропонував класифікацію, за якою розрізнили гнучкі конституції, змінювані за звичайною, законодавчою процедурою виключно в парламенті, і жорсткі конституції, зміни до яких вносяться в по суті спеціальний порядок.

У літературі давно використовується термін «фактична конституція», яким звичайно позначають наявну в конкретній країні організацію влади в державі. Тим самим цей термін уможливорює

визначення конституції поза змістом відповідного правового (конституційного) регулювання.

У радянський період поняття фактичної конституції набуло «канонічного» значення завдяки його вживанню В.Леніним. Останній запозичив відповідний термін і його трактування у одного з ідеологів тодішньої соціал-демократії Ф.Лассалю, котрий визначав фактичну конституцію як таку, що «мала кожна країна в усі часи», і протиставляв її «писаній конституції», яку характеризував як «просто аркуш паперу»¹⁰. Дух такої характеристики відчутний і сьогодні.

Разом з тим організація влади в державі нерідко не повністю відображає зміст ухваленної тут «юридичної» конституції. Від того, наскільки така організація відповідає «юридичній» конституції, залежить оцінка останньої як реальної або як фіктивної.

Сам термін «конституція» походить з державної практики Стародавнього Риму. На певному етапі її розвитку конституціями називали акти імператорів, присвячені різним питанням, включаючи організацію владарювання. З II ст. відповідний термін у множинній формі нерідко вживали для позначення зібрань актів правителів імперії.

У середньовічній Європі термін «конституція» використовували інтерпретатори і систематизатори римського права — глоссатори — як синонім

слів *lex* та *edictum*, тобто, по суті, закон¹¹. Його по-різному застосовували і в тогочасному кано-нічному праві християнської церкви. Конститу-ціями визначали також систематизації (кодифіка-ції) права, передусім кримінального. Прикладом є Кароліна (XVI ст.), яка латиною має назву *Constitutio Criminalis Carolina*.

Проте за усіх відповідних часів і періодів термін «конституція» не мав відношення до фе-номену конституції як основного закону — акта найвищої сили. Згадуваний А.Есмен писав: «Роз-межування між конституційними і звичайними законами є творінням юристів XVII–XVIII ст., належних до школи природного і народного права»¹².

Як назву нормативного акта з юридичними властивостями основного закону термін «консти-туція» вперше було використано в 70–80-і роки XVIII ст. у частині тоді незалежних північноаме-риканських штатів.

Багато вітчизняних авторів за першу у світовій історії конституцію вважають документ, відомий назагал як Конституція Пилипа Орлика 1710р. Справжня назва цього документа з латини — Пак-ти і конституції прав і свобод Війська Запорізь-кого.

Як зазначає вітчизняний історик Н.Яковенко, ті, хто «з наївним інтузіазмом» трактує Консти-

туцію Пилипа Орлика як «першу конституцію Української держави», невірно сприймають слова з її назви — *pacta et constitutiones*. Дослідниця зауважує, що «укладачі акта 1710р. мислили його як традиційні для Речі Посполитої *pacta conventa* (договірні пункти), на дотримання яких обраний володар (там — король, тут — гетман) присягав перед «вільним народом» (там — шляхтою, тут — козацтвом)»¹³.

Конституція Пилипа Орлика не мала відношення до реальної практики конституціоналізму, яка тоді ще не розпочалася. Але цей документ є унікальним за деякими характеристиками, адже чи не вперше в такій формі йшлося про економічні інтереси «нещасного простолюду». До того ж у ньому позначено географічні параметри тогочасної української державності, а також демократичні засади організації і здійснення влади.

Що ж до перших проектів конституцій або конституційних актів, то на вітчизняному терені вони були оприлюднені або ухвалені (видані) напередодні і в ході національно-визвольних змагань 1917–1920р.

Властивості конституції як нормативного акта найвищої юридичної сили засвідчуються терміном «основний закон».

У наші дні терміни «основний закон» і «конституція» звичайно виступають синонімами, а за-

стосування одного чи другого зумовлене насамперед політико-правовими традиціями, що склалися в різних країнах.

Як назву акта найвищої юридичної сили термін «основний закон» уперше було вжито у Швеції на початку XIX ст. У наші дні цей термін для відповідних цілей використовується порівняно рідше. Однак у багатьох країнах, зокрема в Україні, він вживається безпосередньо в конституційному тексті.

Використання терміна «основний закон» характеризувало і радянську практику. Так, Верховна Рада УРСР визначалася «найвищим органом державної влади» і «законодавчим органом», правоможним вирішувати всі питання, віднесені до відання союзної республіки, зокрема приймати конституцію і вносити до неї зміни. Конституцію вважали за акт цього органу, що є різновидом законів, і цитували К.Маркса, за яким конституція — це «закон законів».

І в наші дні конституція назагал сприймається як хоча основний, але закон. Відповідні уявлення підживлюються тим, що в більшості країн зміни до конституції вносяться актами, які мають загальну назву закон. Крім того, в низці країн акти про внесення змін до конституції ухвалює парламент — орган законодавчої влади — або схвалює їх з наступним затвердженням референдумом. Від-

повідний (конституційний) референдум відрізняють від законодавчого референдуму.

Уявлення про конституцію як про закон історично зумовлені тим, що поняття закону спочатку означало будь-які визначені або визнані правителем-сувереном («верховною владою») писані приписи або звичаєві правила найвищого правового авторитету чи навіть будь-які дії такого правителя.

З формулюванням поняття конституції як основного закону найвищий правовий авторитет (юридичне верховенство) в порядку своєрідного наступництва був визнаний саме за такою конституцією. Тому конституцію по суті за інерцією нерідко вважають законом або одним з різновидів закону.

Однак, як буде показано, термін «основний закон» вживався задовго до того, як 1789р. у Франції офіційно запровадили поняття закону як акта, ухваленного представницьким органом і санкціонованого (підписаного) королем¹⁴. У літературі такі акти характеризуються як формальні закони.

Як відомо, розмежовуються поняття формального закону як відповідного за формою акта права і закону в широкому сенсі як права — регулятора суспільних відносин. Примітно, що терміни «закон» (у широкому сенсі) і «право» як регулятор є синонімами.

Як підсумок: визначення конституції основним

законом позначає її найвищу юридичну силу. Воно вказує на верховенство конституції в системі національного права, на те, що вона є її нормативною основою, але не формальним законом, не різновидом законів. На відміну від законів, продуктованих законодавчою владою, конституція як основний закон є актом установчої влади.

Самі терміни «основний закон» і «основні закони» (*lex fundamentalis, leges fundamentales*) походять із середньовічної латини. Їх почали широко вживати в XVI ст. і поняття основних законів «уперше з'являється...у монархомахів (або тираноборців — В.Ш.), котрі захищали права станів проти абсолютизму»¹⁵. При цьому відповідні автори стверджували, що на основні закони воля монарха-суверена не поширюється.

У тому самому XVI ст. французький філософ і юрист Ж.Боден писав, що «закони країни», як і «божественне та природне право», обмежують владу монарха. Він вважав, що такі закони мають «людське походження», але є обов'язковими для «суверена», адже виступають джерелом його влади¹⁶.

У XVII ст. основні закони почали ототожнювати з договором про заснування держави. У контексті такого ототожнення один з основоположників сучасної політичної філософії Т.Гоббс зазначав, що «основним законом у кожній державі є такий, в

разі скасування якого держава, подібно до будівлі, підвалини якої зруйновано, має впасти і остаточно розвалитися»¹⁷. Водночас він звертав увагу на відсутність визначення основного закону у сучасних йому авторів.

І хоча в XVII–XVIII ст. в Англії і Франції терміни «основний закон» та «основні закони» іноді використовувалися в різних офіційних актах, за цими актами не визнавали відносно вищої юридичної сили.

Ідею про особливу юридичну природу основного закону (конституції) першими сформулювали представники школи природного права Х.Вольф і Е.деВаттель, яких треба вважати творцями основ теорії установчої влади. Але сам термін «установча влада» ними не використовувався.

У середині XVIII ст. німецький вчений Х.Вольф писав, що, «оскільки від волі народу залежить визначення того, як і для чого здійснюється влада, то не ця остання визначає форми її належності і здійснення». Він наголошував, що основні закони, які має виконувати також «правитель держави», не є «підлеглими законодавчій владі». За словами Х.Вольфа, наявність основних законів свідчить, що «народ на свій розсуд користується владою як власною справою»¹⁸.

Майже одночасно швейцарський юрист Е.деВаттель сформулював близьке до сучасних визна-

чення конституції: «основні положення, що визначають спосіб, в який має здійснюватися публічна влада». Він писав, що в конституції «вказана та форма, в якій нація діє в якості політичного цілого, яким чином і ким управляється народ, якими є права і обов'язки тих, хто управляє». І далі: «Конституція держави і закони є основою суспільного спокою, опорою політичної влади і запорукою свободи для громадян»¹⁹.

Е.деВаттель дійшов висновку, «що повноваження законодавців не йдуть так далеко (не поширюються на ухвалення конституції і внесення до неї змін — В.Ш.), і що основні закони мають бути для них священні, якщо тільки нація прямо не надала їм права змінювати такі закони». Констатуючи, що «законодавці» повинні діяти на основі конституції, він поставив риторичне питання: «Як вони можуть змінювати її, не руйнуючи джерела своїх повноважень?»²⁰.

Видатну роль у формуванні ідеології конституціоналізму відіграв Е.Сієс — учасник політичних процесів у Франції кінця XVIII – початку XIX ст. Він зазначив: «Закони названо основними не тому, що вони нібито незалежні від волі нації, а тому, що установи, які існують і діють завдяки їм, є творінням не влади уповноваженої, а влади, що уповноважує»²¹. Владу, що уповноважує, Е.Сієс характеризував як установчу владу.

За змістом теорії установчої влади конституція (основний закон) визначається актом установчої влади, що безпосередньо належить народу і є первинною владою, джерелом установлених нею і тому вторинних, похідних влад. Звідси визнання різної юридичної природи конституції і законів: якщо конституція є актом установчої влади, з чого виводиться її найвища сила, то закони — актами установленної законодавчої влади, чим пояснюється їх відносно нижча сила.

Засади теорії установчої влади, що були сформульовані у XVIII ст., залишаються в головному незмінними сьогодні. Ця теорія, сенсуальну основу якої становить ідеологія народного суверенітету, знаходить відображення в сучасних конституціях. Наприклад, у преамбулі Конституції України установлено, що її прийняла Верховна Рада України, «виражаючи суверенну волю народу».

Сприйняття теорії установчої влади засвідчене і єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні. В його Рішенні у справі про набуття чинності Конституцією України від 3 жовтня 1997р. констатовано, що Конституція України «за своєю юридичною природою є актом установчої влади, що належить народу». І далі: «Установча влада по відношенню до так званих встановлених влад є первинною: саме в Конституції України...визначе-

но засади організації встановлених влад, включно законодавчої»²².

У Рішенні Конституційного Суду України у справі щодо конституційності тлумачення Верховною Радою України ст.98 Конституції України від 11 липня 1997р. зазначено, що «прийняття Конституції України...було безпосереднім актом реалізації суверенітету народу, який тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України на її прийняття»²³. При цьому розрізняються конституція як основний закон і закони.

Частина дослідників вважає дискусійним питання юридичної природи актів про внесення змін до конституції. Однак відмінності за природою між конституцією і відповідними актами об'єктивно не можуть існувати. Інакше довелося б сприймати будь-який змінений основний закон як «клаптикову ковдру», де різні положення мають різну природу. Така еkleктика є неможливою.

Теорію установчої влади ще в XIX ст. було узгоджено з федеративною формою державного устрою. Стверджували, що за умов тих федеративних держав, де ухвалено конституцію держави і конституції суб'єктів федерації, належна народу установча влада реалізується на двох відповідних рівнях.

Хибними є твердження про те, що в Україні існує два «види конституцій», і що Конституція Ав-

тономної Республіки Крим є «основним законом адміністративно-територіальної одиниці»²⁴. Визначення конституції як основного закону *держави* становить одну із засад конституціоналізму.

За юридичною природою Конституція Автономної Республіки Крим є статутом територіальної автономії і має силу того акта, яким її затверджено. Конституційний Суду України наголосив, що «в системі нормативно-правових актів Закон України «Про затвердження Конституції Автономної Республіки Крим» за юридичною силою займає таке саме місце, як й інші закони»²⁵.

Як зазначалося, на певному етапі уявлення про конституцію поєднали з ідеєю про договір. Спочатку йшлося про договір між феодалним монархом і панівною верствою, за яким, як вважалося, утворювалася держава. Згодом учасниками відповідного (по суті — суспільного) договору почали визнавати всіх, кому належали права щодо влади.

Поняття конституції і суспільного договору поєднали в період англійської революції XVII ст., коли запропонували укласти «народний договір», що мав би визначати, зокрема, організацію влади. Обґрунтуванню цієї пропозиції послугувала теза церковної реформації, за якою світська і церковна влада мали бути зосереджені у громади («народу»), утворюваної за договором її членів.

Напередодні французької революції XVIII ст.

ідея конституції як договору була адаптована в запропонованій Ж.-Ж.Руссо концепції суспільного договору. Основу такого договору, як писав мислитель, становить «загальна воля» — воля народу.

Визнання тотожності конституції і суспільного договору дістало вияв у тому, що конституцію розглядали як акт, ухвалення якого вимагало безпосереднього волевиявлення народу. Уперше таке волевиявлення відбулося в частині тоді незалежних північноамериканських штатів, де основні закони ухвалили шляхом відкритого голосування громадян, зібраних за місцями проживання.

У XIX ст., коли поступово склався інститут реального референдуму, останній набув значення інструменту втілення концепції конституції як суспільного договору.

В історії конституціоналізму договірна концепція конституції іноді знаходила трактування, що не були пов'язані з ідеями суспільного договору і засвідчували спроби модернізувати феодальну монархію. Наприклад, договором між представницькими національними зборами («народом») і королем вважали першу Конституцію Франції 1791р.

Існують сучасні трактування конституції як суспільного договору. Але покладене в основу цих трактувань розуміння суспільного договору може виглядати абстракцією, а характеру договору як

суспільного, як правило, не надають дохідливих пояснень.

Сама конституція нерідко виступає результатом непублічних домовленостей політиків, які репрезентують інтереси, що не обов'язково є адекватними суспільному інтересу. Підтвердженням є політичний контекст практично всіх ревізій Конституції України, яку до того ж ухвалювали в режимі взаємопоступок і навіть ситуативних «обмінів» з боку різних політичних сил і груп.

У демократичному суспільстві процес розробки і ухвалення конституції, а також її ревізії, має бути транспарентним і супроводжуватися залученням різних політичних сил і професійно здатних осіб, а також інформуванням широких верств населення.

§2. Класифікації конституцій.

Теорія установчої влади знайшла прояв у визначенні більшості конституцій як народних. Такими є конституції, ухвалені сформованим шляхом загальних (тобто всенародних) виборів представницьким органом влади — установчими зборами або парламентом, і конституції, ухвалені або, після

їх схвалення установчими зборами чи парламентом, затверджені всенародним референдумом.

Установчі збори — це орган, сформований шляхом загальних виборів з метою ухвалення або схвалення конституції (основного закону), а іноді — внесення до неї змін. У різних країнах цей орган може мати різні назви — конституційна асамблея, установчі збори, конституанта, конвент тощо.

Автором концепції виборних установчих зборів був згадуваний Е.Сієс, який наголошував, що члени установчих зборів — це «спеціальні представники, що замінюють собою націю, незалежні у своїх рішеннях, які вони ухвалюють згідно з наданим дорученням, а їх воля стає законом подібно до волі нації»²⁶. У цьому Е.Сієс вбачав відмінність установчих зборів від «законодавчої інституції, яка діє на основі конституції».

У наші дні виборні установчі збори іноді формуються при утворенні нової держави або при поновленні демократичного режиму. У деяких країнах установчі збори виступають по суті традиційним способом конституційного нормотворення (наприклад, частина країн Латинської Америки).

Вітчизняній політичній історії відомі наміри і навіть спроби ухвалити конституцію установчими зборами. Зокрема, в 1917р. Українська Центральна Рада ухвалила закон про вибори до установчих зборів. Проте через суспільно-політичну ситуацію

в країні і зовні відповідні вибори не були завершені.

Роль установчих зборів нерідко відіграє парламент, але відповідна діяльність останнього виступає реалізацією не законодавчої, а саме установчої влади. З іншого боку, в частині країн установчі збори, ухваливши або затвердивши конституцію, здійснювали законотворення до сформування парламенту відповідно до нового основного закону.

В Європі парламентом ухвалено чинні основні закони Австрії, Грузії, Данії, Ісландії, Північної Македонії, Молдови, Словаччини, Словенії, Угорщини, України, Фінляндії, Хорватії, Чехії, Чорногорії і Швеції.

Ухвалення нової Конституції України у відповідний спосіб передбачалося Конституцією (Основним Законом) 1978р. Коментуючи факт ухвалення Конституції України 1996р., Конституційний Суд України зазначив, що Верховна Рада України здійснила «установчу владу Українського народу»²⁷.

До народних конституцій належать також увалені або затверджені референдумом. Відповідні референдуми в ХІХ ст. були винятками, що зумовлювалося новизною такої форми безпосередньої демократії. Надалі референдум набув значення звичайного способу конституційного нормотворення.

Референдумом ухвалено чинний основний закон у таких країнах Європи, як Албанія, Андорра, Ірландія, Туреччина, Франція і Швейцарія. В Іспанії, Польщі і Сербії референдумом затверджено конституцію, схвалену парламентом, а в Румунії — схвалену установчими зборами.

Референдумом ухвалено (іноді і переглянуто) або затверджено чинну конституцію також у таких колишніх союзних республіках у складі СРСР, як Азербайджан, Білорусь, Вірменія, Естонія, Казахстан, Киргизстан, Литва, Росія, Таджикистан, Узбекистан.

У Конституційному Договорі передбачалося ухвалення всеукраїнським референдумом «нової Конституції України, текст якої буде узгоджений Сторонами», тобто Президентом України і Верховною Радою України. Тим самим виникала колізія з положеннями Конституції (Основного Закону) 1978р., які визначали порядок ухвалення нової Конституції і залишалися чинними.

З часом Конституційний Суд України застеріг, що положення частини третьої статті 5 Конституції України «треба розуміти так, що народ як носій суверенітету і єдине джерело влади може реалізувати своє право визначати конституційний лад в Україні шляхом прийняття Конституції України на всеукраїнському референдумі»²⁸.

Від народних відрізняються октройовані (даро-

вані) конституції. Вважається, що, видаючи таку конституцію, монарх самообмежується щодо влади. У XIX ст. октройовані конституції діяли в низці країн Європи, але у процесі суспільно-політичного розвитку від відповідної практики тут відмовилися.

Октройований характер мав виданий гетьманом П.Скоропадським акт конституційного значення — Закони про тимчасовий державний устрій України 1918р. Згодом гетьман сам розробив проект Основних Законів Української Держави, зміст якого вказував на намір октроювати відповідний акт.

Спосіб ухвалення або затвердження конституції (основного закону) засвідчує її жорсткість. Як зазначалося, класифікацію конституцій як жорстких або як гнучких було запропоновано в XIX ст. У наші дні ця класифікація має значення передусім у зв'язку з такою якістю конституції — основного закону, як найвища юридична сила.

Жорсткість конституції як основного закону засвідчується і способом її ревізії — внесення до неї часткових змін або повного перегляду. Цей спосіб у багатьох країнах відрізняється від способу ухвалення або затвердження відповідної конституції. Наприклад, вносити зміни до основного закону, ухваленого чи затвердженого референдумом або

ухваленого установчими зборами, нерідко уповноважено парламент.

Спосіб і порядок ревізії різних основних законів можуть значно різнитися, від чого залежить ступінь їх жорсткості.

Однак жорсткість конституції як основного закону не є перепорою для її скасування: у Франції від кінця XVIII ст., за різними оцінками, було введено до шістнадцяти актів, що відігравали роль основного закону.

Високий ступінь жорсткості Конституції України зумовлений насамперед тим, що законопроект про внесення до неї змін розглядається Верховною Радою України за наявності висновку Конституційного Суду України щодо його відповідності вимогам, визначеним у самій Конституції. Як засвідчила практика, ключовою є вимога, визначена в частині першій ст.157, за якою «Конституція України не може бути змінена, якщо зміни передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина».

У висновку Венеціанської комісії щодо Конституції України констатовано, що зміст розділу XIII «засвідчив бажання...мати жорстку Конституцію, яку важко змінити», і що сформульовані у частині першій ст.157 положення «залишають Конституційному Суду широкий простір для тлумачення»²⁹.

Дійсно, Конституційний Суд України широко

тлумачить вжите в частині першій ст.157 Конституції України слово обмеження щодо прав і свобод і при наданні відповідних висновків нерідко замість констатації і конкретизації обмежень формулює припущення про можливість обмеження пропонованими змінами прав і свобод. Так само широко Конституційний Суд України трактує поняття прав і свобод людини і громадянина, охоплюючи ним усі суб'єктивні права.

Важливим є і те, що єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні сам визначив відповідні висновки такими, що юридично зобов'язують парламент, а в Конституції України про таку обов'язковість не йдеться.

Усе це може ускладнювати внесення до Конституції України суспільно витребуваних і фактично легальних змін.

Жорсткість основного закону відображено і у встановлених ним обмеженнях ревізії. Нерідко в конституції застерігається неприпустимість її ревізії за умов воєнного або надзвичайного стану. У тих країнах, де основний закон не містить такого застереження, воно існує як політична традиція.

Перспективи ревізії основного закону можуть бути пов'язані з попередніми спробами відповідно вчинити. Так, у низці основних законів, включаючи Конституцію України, застережено неприпустимість повторної спроби внести до конституції змі-

ни до закінчення річного строку після здійснення парламентом невдалої спроби внести такі самі за змістом зміни.

У деяких країнах можливість внесення змін до конституції пов'язується із закінченням визначеного строку після її ухвалення або останнього внесення до неї змін.

Іноді застереження пов'язуються із строковістю функціонування парламенту. В окремих країнах ухвалення акта про внесення змін до конституції не припускається в останні шість місяців строку, на який обрано парламент або нижню палату парламенту.

У різних основних законах передбачено інші застереження щодо їх ревізії. Наприклад, Верховна Рада України протягом строку повноважень не може змінювати одні й ті самі положення Конституції України. Крім того, повторне подання законопроекту про внесення змін до розділів I, III і XIII з одного й того самого питання можливе до Верховної Ради України наступного скликання.

Жорсткість багатьох основних законів забезпечують їх положення, визначені незмінними. У Франції в кінці XIX ст. конституцію доповнили застереженням, за яким республіканська форма правління не може бути переглянута. Аналогічне застереження сформульоване в низці сучасних основних законів, включаючи чинну Конституцію

Франції. Незмінними визначаються також деякі інші положення різних конституцій.

Як зазначалося, зміни до основного закону здійснює, зокрема, парламент. При цьому зміни вносяться у спеціальний, ускладнений порівняно із законодавчим, порядок.

У більшості країн подавати до парламенту проект акта про ревізію основного закону уповноважено не окремого депутата, а групу депутатів числом від однієї шостої до половини від загального складу парламенту або нижньої палати парламенту. При цьому, за винятком окремих країн, у президента відсутнє право вето щодо відповідних актів.

Поширеною є практика внесення змін до основного закону за рішенням парламенту, ухваленим за правилом кваліфікованої більшості у дві третини від загальної кількості його членів або від такої їх кількості, що не менше спеціального кворуму. В окремих країнах відповідна більшість становить три п'ятих, три четвертих або чотири п'ятих.

У частині країн внесення змін до основного закону відбувається за рішенням парламенту, ухваленим за правилом простої або правилом абсолютної більшості. Таке рішення має бути затверджене, в одних країнах, референдумом, в інших, — парламентом наступного чергового скликання.

Більш жорсткими є основні закони, якими передбачено внесення змін за рішеннями парламенту двох поспіль скликань. Проте в деяких країнах зміни до конституції можуть бути внесені і за рішенням парламенту одного скликання, якщо таке рішення буде ухвалене не менше як чотирма п'ятими або п'ятью шостими від присутніх депутатів.

Високий ступінь жорсткості характеризує основні закони, внесення змін до яких передбачає розпуск парламенту, що ухвалив по суті попереднє рішення про такі зміни. У цьому разі зміни формулюють і ухвалюють, звичайно за правилом кваліфікованої більшості, парламент нового скликання чи спеціально обрані установчі збори.

Поширеним є порядок, згідно з яким схвалений парламентом акт про внесення змін до основного закону або про його перегляд має бути затверджений референдумом, який проводиться у визначений строк після схвалення відповідного акта.

За таких обставин парламентське рішення про ревізію основного закону ухвалюється за правилом кваліфікованої більшості, а результати референдуму визначаються, в різних країнах, за правилом абсолютної або кваліфікованої більшості. Більшість на референдумі вираховується звичайно від числа тих, хто взяв участь у відповідному голосуванні, а кворум щодо його учасників становить

половину або дві третини від загальної кількості громадян, які мають право голосу.

Важливе значення мають класифікації конституцій, пов'язані з історією конституціоналізму. Перший період цієї історії охоплює час з кінця XVIII ст. до початку XX ст., а ухвалені тоді конституції визначають як старі, або як конституції першої «хвилі». Другий припадає на роки між світовими війнами, і відповідні основні закони трактують як нові, або конституції другої «хвилі».

Сучасний період історії конституціоналізму почався після Другої світової війни. Ухвалені в цей період основні закони характеризують як новітні, і серед них розрізняють конституції третьої і четвертої «хвилі».

З наведеною класифікацією не узгоджується існування так званих соціалістичних конституцій, зокрема радянських. Такий тип конституцій зберігся завдяки державам, офіційно визначеним саме як «соціалістичні».

Старі конституції мали за головний об'єкт організацію і функціонування ключових ланок державного механізму. Відповідно до нових конституцій було запроваджено важливі новації. Зокрема, вони позначали зростання ролі держави в соціальній та економічній сферах, закріплювали порівняно ширші індивідуальні права. До нових конституцій належала і Конституція Української Народної

Республіки (Статут про державний устрій, права і вільності УНР) 1918р.

У перші роки після Другої світової війни було ухвалено новітні конституції Франції, Італії і ФРН (останні дві є чинними). До новітніх відносять також чинні конституції Португалії та Іспанії, ухвалені в 70-і роки в ході становлення демократичних режимів після краху авторитаризму. Названі і деякі інші основні закони визначають як конституції третьої «хвилі». За їх змістом можна окреслити спільні характеристики.

По-перше, у відповідних конституціях визнається особистісна і соціальна цінність людини. Вони містять змістовні положення про особисті і політичні права та свободи, фіксують низку соціально-економічних прав, запроваджують такі нові для багатьох країн механізми захисту прав, як омбудсман і конституційна скарга.

По-друге, за змістом основних законів третьої «хвилі» відображено порівняно більшу роль держави в економічній та інших сферах суспільного буття. У відповідних конституціях йдеться про соціальну державу, вони містять положення, присвячені безпосередньо суспільству, хоча регулятивна роль цих положень є різною, про що далі.

По-третє, предметом відповідного регулювання постають відносини за участю політичних пар-

тій, насамперед стосовно зв'язків партій з парламентом і урядом.

По-четверте, основні закони третьої «хвилі» включають положення стосовно зовнішньополітичної діяльності або зовнішньої політики держави і співвідношення національного та міжнародного права.

Притаманні основним законам третьої «хвилі» характеристики можна віднести і до конституцій, ухвалених у постсоціалістичних і пострадянських країнах у 90-і роки ХХ ст. Саме останні визначають як основні закони четвертої «хвилі», адже вони були ухвалені за інших суспільно-політичних умов і обставин, ніж конституції третьої «хвилі».

Разом з тим у конституціях четвертої «хвилі» нерідко ще більшою мірою акцентовано на значущості прав людини. У них проголошено політичний, економічний та ідеологічний плюралізм, свободи підприємницької діяльності та інше. Але можуть поставати питання щодо адекватності цих положень суспільній практиці відповідних країн.

Суспільний розвиток і еволюція конституційного регулювання, що йому відповідала, зумовили зміни за змістом такого регулювання. На цій підставі у другій половині ХХ ст. була запропонована класифікація конституцій на інструментальні і соціальні.

Інструментальними визнають ті конституції,

якими встановлюються передусім статуси ключових ланок державного механізму. Положення стосовно індивіда та його прав відіграють за змістом цих конституцій по суті другорядну роль, а питання безпосередньо про суспільство залишаються поза межами відповідного регулювання. Інструментальними є практично всі старі конституції.

На відміну від інструментальних конституцій, частину положень більшості новітніх основних законів адресовано безпосередньо суспільству, хоча їх регулятивна роль і суспільно-політичне значення є різними.

В одних випадках обмежуються наданням окремим положенням конституції загалом абстрактного соціального «звучання». В інших в основному законі фіксують соціальні та економічні орієнтири державної діяльності і напрями проведення реформ у відповідних сферах, закріплюють порівняно ширші соціально-економічні права, визначають способи і засоби взаємодії інститутів держави з політичними партіями тощо. Саме такі конституції характеризуються як соціальні.

Прикладами соціальних основних законів є чинні конституції Італії, Португалії, Іспанії, а також більшість з ухвалених у постсоціалістичних і пострадянських країнах, зокрема Конституція України 1996р.

Однак характеристика конкретної конституції

як соціальної не означає, що вона є основним законом суспільства.

Відомо, що радянські конституції визнавали основним законом як держави, так і суспільства. Таке визнання цих конституцій було не випадковим, адже спостерігався потяг до міфологізації суспільного буття. Конституція розглядалася передусім як інструмент ідеологічного впливу, звідки, зокрема, недооцінка її регулятивної значущості.

Одним з проявом такої недооцінки було визначення конституції як програмного документа, яке за інерцією формулює і частина вітчизняних авторів. Як зазначається в літературі, «соціалістична концепція конституції як програмного документа породжувала думку про те, що конституція безпосередньо не застосовується, вона лише є програмою законодавства, вказує його напрям»³⁰.

Будь-яка конституція відіграє вагомий соціорегулятивний роль. Але навіть найбільш «соціалізовані» за змістом конституції є основними законами держави. Ті їх положення, які адресовані суспільству, є фрагментами конституційного тексту, що вказують на взаємодію суспільства саме з державою.

Визначення конституції основним законом держави не означає підміну соціуму державою. Воно засвідчує природу громадянського суспільства як такого, де суспільство і кожний індивід

убезпечені від надмірного втручання держави, а остання є складовою політичної системи суспільства. Важливим є і те, що таке визначення конституції вказує на державу як на один із загальних об'єктів конституційного регулювання. Іншим загальним об'єктом є індивід.

З іншого боку, визначення конституції основним законом суспільства теоретично може сприйматися за позначення всебічного унормування буття соціуму і відповідного контролю з боку держави, що не відповідає якостям громадянського суспільства.

Майже всі конституції — основні закони — є єдиним нормативним актом найвищої сили. Тому їх можна класифікувати як систематизовані основні закони. Поняття несистематизованої конституції має два значення, одне з яких пов'язують насамперед з Конституцією Великобританії, про яку йшлося. Інше значення цього поняття — несистематизована конституція як основний закон.

Несистематизована конституція, що має юридичну природу основного закону — це сукупність нормативних актів, за кожним з яких або за більшістю визнається найвища сила, але жодний офіційно не визначається як конституція відповідної держави. Така форма конституції як основного закону склалася в XIX ст. у деяких країнах і в більшості зберіглася (Австрія, Канада, Швеція).

У Литві і Чехії конституційне регулювання суспільних відносин здійснюється на основі не тільки єдиного акта найвищої сили, а й деяких інших актів, і конституцією офіційно визнають сукупність цих актів.

§3. Конституційний контроль у формах конституційної юрисдикції.

Одним з інструментів забезпечення юридичного верховенства конституції як основного закону є конституційний контроль у формах конституційної юрисдикції. Конституційна юрисдикція за своїми сенсом, змістом і формами відмінна від правосуддя.

Правосуддя традиційно визначається як діяльність судів загальної юрисдикції, здійснювана у процесуальній формі в судових засіданнях, сенс і зміст якої у встановленні фактичних обставин у конкретних справах і в застосуванні відповідних законів. У суспільній свідомості здійснення правосуддя асоціюється з ухваленням судових рішень передусім у цивільних і кримінальних справах.

Інше призначення має конституційна юрисдикція, головний сенс і зміст якої становить контроль стосовно відповідності конституції як ос-

новному закону визначених за колом актів права. У багатьох країнах такий контроль здійснює державний орган, що звичайно має назву конституційний суд. У частині країн його здійснюють суди або тільки найвищий суд загальної юрисдикції чи спеціальний орган несудового характеру.

Правозастосування, здійснюване у процесі контролю стосовно конституційності визначених за колом актів права, відмінне від правозастосування, здійснюваного при розгляді кримінальних і цивільних справ.

Правозастосування у процесі такого контролю є по суті правотворенням у спосіб фактичного скасування норм права, визнаних неконституційними. Ідеолог контролю стосовно конституційності законів Г.Кельзен писав про «негативне законодавство». Правотворенням виступає і офіційне тлумачення конституції, здійснювати яке іноді уповноважено конституційний суд.

Суд загальної юрисдикції оцінює виключно факти на основі закону, а, наприклад, конституційний суд відповідно оцінює закон, хоча у здійсненні частини своїх повноважень він оцінює діяння, тобто факти. Звідси формула «загальний суд — це суд факта, а конституційний суд є судом права».

Відмінності між загальною і конституційною юрисдикціями засвідчені і тим, що звичайно про конституційний суд і про суди загальної юрисдик-

ції йдеться в різних розділах чи главах однієї конституції.

Як підсумок, конституційна юрисдикція є однією з основних функціональних складових судової влади — судовим конституційним контролем. Іншою такою складовою виступає правосуддя, яке здійснюється виключно судами загальної юрисдикції. У тих країнах, де виділено, наприклад, адміністративну юрисдикцію, вона є ще однією функціональною складовою судової влади.

Як зазначалося, головний сенс і зміст конституційного контролю (за визначенням німецького юриста К.Шмітта — «юстиціабельну матерію») становить вирішення уповноваженим органом або органами питань про конституційність визначених актів, за наслідком чого ці акти можуть втратити чинність. У більшості країн конституційний контроль означає вирішення й інших питань.

Державний орган (органи), що здійснює відповідний контроль, можна характеризувати як орган конституційного контролю. В одному із своїх рішень таким самовизначився і Конституційний Суд України³¹.

Конкретні пропозиції щодо запровадження конституційного контролю були сформульовані в кінці XVIII ст. Е.Сієсом, який мав намір створити окрему від судової влади «спеціальну політичну

владу», яка могла б скасовувати законодавчі акти, що суперечили конституції як основному закону.

Тоді ж у Франції була започаткована традиція створення такого органу, що спочатку отримав назву *senat conservateur*, вільно перекладену російською як охранительный сенат. Звідси словосполучення охрана конституции, яким частина російських авторів позначає конституційний контроль. Таке словосполучення використовує і частина вітчизняних дослідників, хоча воно відсутнє в Конституції України і законах.

Функціонування конституційної ради, утвореної відповідно до чинної Конституції Франції, та її історичних попередників створило підстави класифікації французької (несудової) моделі конституційного контролю.

Судовий конституційний контроль було започатковано в тоді незалежних північноамериканських штатах у другій половині XVIII ст. Тому модель конституційного контролю, за якою його здійснюють суди загальної юрисдикції, має назву американської. У зв'язку з тим, що конституційний контроль здійснюється всіма такими судами, цю модель визначають і як децентралізовану.

За різновид американської моделі конституційного контролю вважають відповідну діяльність виключно найвищого суду загальної юрисдикції. У цих випадках, як правило, конституційний кон-

троль здійснює спеціальна колегія або палата такого суду.

На відміну від власне американської (децентралізованої) моделі, конституційний контроль, здійснюваний найвищим судом загальної юрисдикції, звичайно передбачає спеціальний порядок судового провадження.

Ще однією моделлю конституційного контролю є австрійська, або європейська. Вагому роль в обґрунтуванні цієї моделі відіграв Г.Кельзен, у зв'язку з чим її називають кельзенівською. За такою моделлю існує єдиний орган конституційної юрисдикції, що звичайно має назву конституційний суд. Проте іноді відповідний орган утворюють не тільки на рівні федеративної держави, а й в усіх або частині суб'єктів федерації.

Утворення перших конституційних судів у період між світовими війнами ознаменувало новий етап розвитку конституційного контролю. Широкого визнання його австрійська модель набула після Другої світової війни. Згодом її прийняли в постсоціалістичних країнах і колишніх союзних республіках у складі СРСР. Винятком є Казахстан, де функціонує конституційна рада, і Туркменістан, де органу, що здійснює конституційний контроль, не передбачено. У Киргизстані у 2010р. на заміну конституційного суду утворили конституційну палату верховного суду.

Характеризуючи організацію і діяльність конституційних судів загалом, сучасний автор А.Шайо пише про їх політичність, пов'язану, на його думку, з призначенням на відповідні посади: ці призначення «мають явно політичний характер, навіть якщо у більшості випадків необхідно відповідати вимогам професіоналізму»³². Така політичність конституційної юрисдикції зумовлена її суспільним призначенням, сенсом і змістом.

Важливо, що майже в усіх країнах провідна роль або одна з таких ролей у формуванні конституційного суду, звичайно у визначеній взаємодії з главою держави, належить парламенту. При цьому участі останнього в заміщенні посад суддів судів загальної юрисдикції, як правило, не передбачено.

Як зазначав німецький конституціоналіст Т.Маунц, існує дві оцінки конституційної юрисдикції: «згідно з першою рішення конституційних судів є справжніми судовими рішеннями, згідно з другою — це політичні рішення у формі судових рішень». На його думку, «немає можливості розглядати діяльність конституційних судів як суто судову»³³. Ця позиція загалом відповідає реаліям.

У більшості пострадянських країн трактування рішень конституційного суду як політичних, що ухвалюються у формі судових рішень, підживлюється практикою цього органу, яка засвідчує залежність багатьох його рішень від волі так званої

політичної влади. Таку залежність толерантно визначають як політизація конституційної юрисдикції.

Виділяють також змішану модель конституційного контролю, яка поєднує характеристики американської і австрійської моделей. У деяких країнах відповідними повноваженнями наділено конституційний суд, але і суди загальної юрисдикції можуть відмовлятися застосовувати закони на підставі встановленої ними їх неконституційності.

У науці прийнято класифікувати конституційний контроль. Розрізняють насамперед попередній і наступний контроль.

Попередній конституційний контроль щодо законів здійснюється до їх підписання главою держави або до офіційного опублікування. В окремих країнах об'єктами відповідного контролю визначаються також деякі інші акти національного права.

У низці країн попередній конституційний контроль здійснюється щодо міжнародних договорів, внесених до парламенту для надання згоди на їх обов'язковість (звичайно — ратифікації). Такий контроль передбачено також у Конституції України.

Попередній характер має і контроль стосовно відповідності визначеним положенням основного закону проектів актів про внесення до нього змін, який передбачено в окремих конституціях. Про

відповідний контроль йдеться у ст.159 Конституції України.

Наступний конституційний контроль здійснюється щодо чинних актів права. Існує два його різновиди — контроль шляхом дії і контроль шляхом заперечення, або відповідно абстрактний і конкретний контроль.

У разі здійснення конституційного контролю шляхом дії, розгляд питання про конституційність акта права може бути ініційовано до/після набуття цим актом чинності, але незалежно від його застосування. Право ініціювати такий розгляд належить насамперед визначеним органам влади і посадовим особам. Відповідний характер має конституційний контроль, здійснюваний за його австрійською і французькою моделями.

У разі здійснення конституційного контролю шляхом заперечення, розгляд питання про конституційність нормативного акта пов'язаний з його застосуванням. Характер контролю шляхом заперечення має конституційний контроль, здійснюваний за його власне американською моделлю: кожна сторона в загальному судовому процесі може заперечувати застосуванню нормативного акта з мотивів його неконституційності.

Класифікують також обов'язковий і факультативний конституційний контроль.

Обов'язковий конституційний контроль здійс-

нюється конституційним судом за фактом ухвалення (видання) нормативного акта звичайно до набуття ним чинності і незалежно від волевиявлення з боку іншого органу влади або посадової особи. У низці країн такий контроль здійснюється щодо міжнародних договорів до їх ратифікації.

Обов'язковим є здійснюваний Конституційним Судом України контроль щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту, а також стосовно відповідності законопроектів про внесення змін до Конституції України вимогам, у ній визначеним.

Факультативний консультативний контроль стосується чинних актів права і здійснюється тільки за ініціативою одного з визначених суб'єктів.

Розрізняють матеріальний і формальний конституційний контроль. При здійсненні матеріального контролю перевіряють на відповідність основному закону зміст актів права, а при здійсненні формального контролю — додержання конституційно встановленого порядку їх ухвалення або видання.

Конституційний Суд України уповноважено здійснювати як матеріальний, так і формальний конституційний контроль.

Утворення Конституційного Суду в Україні вперше передбачалося Законом УРСР «Про зміни і

доповнення Конституції (Основного Закону) Україниської РСР» від 24 жовтня 1990р. Усіх «членів» відповідного органу числом двадцять п'ять мала обирати Верховна Рада строком на десять років.

Згодом Законом України «Про зміну частини першої статті 112 Конституції (Основного Закону) України» від 3 червня 1992р. чисельність складу Конституційного Суду України зменшили до п'ятнадцяти «членів».

За змістом тогочасного конституційного регулювання кандидатури на посади «членів» Конституційного Суду України мав подавати Голова Верховної Ради України. Примітно, що про Конституційний Суд України йшлося у главі «Верховна Рада України» чинного тоді Основного Закону. Це свідчило про концептуальну недостатність у розумінні ролі конституційної юрисдикції.

Того самого 3 червня 1992р. було ухвалено Закон України «Про Конституційний Суд України». За цим Законом пропозиції про «персональний склад суддів» мали подавати Голова Верховної Ради України і Президент України «в рівній кількості, за погодженням», а в разі недосягнення згоди кандидатури подавалися «відповідно до Конституції». Тим самим конституційний порядок формування Конституційного Суду України виступав як субсидіарний встановленому названим Законом, що є абсурдом.

Положення Закону України «Про Конституційний Суд України» щодо порядку формування відповідного органу були по суті відтворені в Конституційному Договорі.

Про Конституційний Суд України йшлося і в офіційному проекті Конституції України в усіх редакціях, причому йому завжди присвячувався окремий розділ проекту.

У проекті в редакції від 1 липня 1992р. передбачалося, що до складу Конституційного Суду України входять двадцять п'ять суддів. Останніх, крім голови суду, призначають числом нарівно палати парламенту³⁴.

За змістом проекту в наступних редакціях посадовий склад Конституційного Суду України визначався в п'ятнадцять суддів.

Однак, якщо за проектом у редакціях від 27 травня 1993р і від 26 жовтня 1993р. судді Конституційного Суду України, крім його голови, призначалися числом нарівно Президентом України і відповідно на спільному засіданні палат парламенту та однопалатним парламентом, то за проектом у редакціях від 23 листопада 1995р. і від 24 лютого 1996р. суддів мали призначати нарівно Президент України і верхня палата парламенту³⁵.

За проектом в усіх редакціях передбачалося, що судді Конституційного Суду України призначаються або обираються (фактично — признача-

ються шляхом голосування в парламенті чи його палаті) строком на десять років, і застерігалася неможливість повторного обіймання відповідних посад.

Визначений в Конституції України порядок формування Конституційного Суду України запропонували у процесі доопрацювання її проекту у Верховній Раді України, аргументуючи надання відповідного повноваження з'їзду суддів України наміром забезпечити єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні від політичного впливу. Діяльність цього органу засвідчила хибність такого способу його «деполітизації».

Тоді ж запропонували зменшити строк, на який призначаються (обираються) судді Конституційного Суду України, до дев'яти років і збільшити чисельність його посадового складу до вісімнадцяти суддів. Цей склад є найчисельнішим, порівняно з конституційними судами інших держав Європи.

Як зазначалося, головний сенс і зміст конституційної юрисдикції становить здійснення уповноваженим органом чи органами перевірки і оцінки визначених за колом актів стосовно їх відповідності основному закону.

До актів, конституційність яких перевіряється і оцінюється за будь-якої моделі конституційного контролю, належать передусім закони, причому за

французької моделі — виключно до набуття ними чинності.

За австрійської моделі відповідний контроль спрямовано на чинні закони, акти глави держави, уряду і, рідше, центральних органів виконавчої влади, а також акти органів місцевого самоврядування, або виборного місцевого управління. У державах, у складі яких є територіальна автономія або автономії, об'єктами контролю стосовно конституційності є й акти органів автономії.

Як зазначалося, за американської моделі конституційного контролю перевірка і оцінка застосовуваного судом загальної юрисдикції нормативного акта на предмет його конституційності можуть бути ініційовані однією з сторін справи у процесі її розгляду.

У країнах, де прийнято австрійську або французьку модель конституційного контролю, ініціаторами відповідної перевірки і оцінки є різні органи влади і посадові особи. До таких ініціаторів віднесено і визначену числом групу членів парламенту, чим створено можливості для опозиції оспорювати закони, ухвалені голосами більшості.

У багатьох країнах, де прийнято австрійську модель конституційного контролю, існує інститут конституційної скарги — правового засобу ініціювання індивідом або юридичною особою в органі

конституційної юрисдикції спеціальної процедури захисту суб'єктивних прав.

Конституційна скарга, як правило, спричиняє розгляд органом конституційної юрисдикції питання про відповідність основному закону нормативного акта, застосування якого, на думку скаржника, призвело до порушення його прав. Форми конституційної скарги, порядок і правові наслідки її розгляду тощо в різних країнах різняться.

У нашій країні конституційну скаргу було запроваджено згідно із Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016р. За його змістом встановлено, що Конституційний Суд України вирішує питання про конституційність закону за «конституційною скаргою особи». Згодом законом було уточнено, що суб'єктом конституційної скарги може бути як фізична, так і юридична особа.

Проте за офіційним проектом Конституції України в редакціях, оприлюднених у 1992–1993р., Конституційний Суд України мав розглядати за «скаргами громадянина» справи про конституційність не тільки законів, а й інших актів національного права³⁶.

Особливістю конституційної юрисдикції в деяких країнах є те, що об'єктами конституційного контролю визнано не тільки нормативні, а й індивідуальні акти права. У нашій країні відповідна

практика склалася на підставі того, що в Конституції України звичайно прямо не вказується характер актів, які перевіряються і оцінюються на предмет конституційності, але його можна встановити шляхом тлумачення окремих положень.

Наприклад, згідно з Конституцією України актами Президента України є укази і розпорядження, тобто як нормативні, так й індивідуальні акти права. Тому логічним є висновок, що у ст.150, де об'єктом відповідних перевірки і оцінки визначено «акти Президента України», йдеться як про нормативно-правові, так і про індивідуальні акти.

В окремих країнах об'єктом здійснюваної органом конституційної юрисдикції перевірки і оцінки визнається зміст проектів актів про внесення змін до конституції, але відповідні висновки звичайно мають консультативне значення, на відміну від висновків Конституційного Суду України. Частіше орган конституційної юрисдикції уповноважено перевіряти дотримання порядку внесення таких змін до набуття ними чинності.

Крім актів національного права, конституційний контроль за його австрійською моделлю стосується чинних міжнародних договорів або (та) договорів, які ще не стали обов'язковими для держави. У більшості країн конституційний суд перевіряє і оцінює на предмет відповідності основному закону договори тільки до їх ратифікації.

Єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні уповноважено надавати висновки про відповідність Основному Закону як чинних міжнародних договорів України, так і тих договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість, зокрема для ратифікації.

Однак у Законі України «Про Конституційний Суд України» від 3 червня 1992р., а також в офіційному проекті Конституції України в усіх його редакціях, передбачалася перевірка і оцінка на предмет конституційності виключно міжнародних договорів, поданих для ратифікації. З огляду на характер міжнародно-договірних відносин, таке визначення об'єктів відповідних перевірки і оцінки було б максимально коректним.

За Конституцією України до суб'єктів звернень з питань про конституційність міжнародних договорів України спочатку віднесли виключно Президента України і Кабінет Міністрів України.

Це було алогічним, адже міжнародні договори України укладаються передусім саме Президентом України або Кабінетом Міністрів України чи за їх дорученнями. Тим самим Президент України або Кабінет Міністрів України після відповідного укладення міжнародного договору України можуть у зазначений спосіб фактично ставити його під сумнів. Така практика була б неприйнятною з огляду на логіку міжнародних відносин, і тому

відсутні звернення названих суб'єктів до Конституційного Суду України.

Існування проблеми «відчули» автори Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016р., і до суб'єктів відповідних звернень додали «щонайменше сорок п'ять народних депутатів України».

Вирішення питань про конституційність визначених за колом актів права може відображати наявність фактичних компетенційних спорів. З іншого боку, в багатьох країнах конституційний суд прямо уповноважено вирішувати такі спори. Це передбачає розгляд на предмет відповідності основному закону не тільки актів, ухвалених або виданих органом чи органами влади, що є учасниками (сторонами) компетенційного спору, а й їх діяння, тобто юридичні факти.

Венеціанська комісія зазначила, що сформульовані в офіційному проекті Конституції України повноваження різних органів влади «не завжди є точними, зумовлюють можливість виникнення конфліктів між цими органами», і рекомендувала «надати Конституційному Суду повноваження ухвалювати рішення в таких випадках»³⁷. Ця рекомендація комісії не була сприйнята.

Проте в Законі України «Про Конституційний Суд України» від 3 червня 1992р. йшлося про відповідний розгляд справ, пов'язаних з «порушен-

ням компетенції органами і особами державної влади, зазначеними в Конституції України», а також з порушенням «розподілу компетенції» місцевих рад і органів виконавчої влади.

У свою чергу, в офіційному проекті Конституції України в редакціях від 1 липня 1992р. і від 27 травня 1993р. пропонувалося уповноважити Конституційний Суд України надавати висновки про межі компетенції органів законодавчої і виконавчої влади, органів держави і територіальної автономії, органів державної влади і самоврядування «в разі виникнення відповідних спорів»³⁸.

Особливістю конституційної юрисдикції в Україні і деяких інших країнах є повноваження щодо офіційного тлумачення. Ці повноваження, особливо щодо офіційного тлумачення законів, завжди спричиняли дискусії. На думку Венеціанської комісії, вирішення питання конституційності закону об'єктивно передбачає його тлумачення, «однак це не повинно бути спеціальним повноваженням Конституційного Суду»³⁹.

Як відомо, відповідно до Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016р. положення про офіційне тлумачення законів були вилучені з конституційного тексту.

У багатьох країнах конституційний суд уповноважено приймати участь у процедурі усунення

президента з посади. Але, якщо в одних країнах він розглядає справи в разі притягнення президента до відповідальності за рішенням парламенту і є уповноваженим ухвалювати рішення про усунення, то в інших країнах парламент ухвалює рішення про усунення президента з посади на основі висновку конституційного суду, як правило, щодо дотримання відповідної процедури.

Участь Конституційного Суду України у процедурі усунення глави держави з посади (поста) — імпічменті — передбачалася офіційним проектом Конституції України в усіх редакціях, але відповідні дії органу конституційної юрисдикції мали бути різними.

За змістом проекту в редакціях, оприлюднених у 1992–1993р., Конституційний Суд України мав надавати висновки стосовно додержання Конституції України Президентом України, що становило одну із складових процедури імпічменту. Підставою імпічменту визнавалося «злочинне порушення» Конституції України або (та) законів.

Надаючи відповідні висновки, Конституційний Суд України здійснював би контроль, об'єктом якого були певні діяння Президента України, а завданням — встановлення того, чи означали ці діяння додержання Конституції України.

Однак у проекті не було відповіді на питання, хто є уповноваженим кваліфікувати діяння Прези-

дента України як «злочинні порушення». Здійснення такої кваліфікації самим Конституційним Судом України не відповідало б сенсу конституційної юрисдикції.

Інший характер мав контроль, передбачений у проекті в редакціях, оприлюднених у 1995–1996р. Відповідні положення по суті відтворено в Конституції України, де йдеться про наявність висновку Конституційного Суду України щодо дотримання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про імпічмент як одну з передумов ухвалення Верховною Радою України рішення про усунення Президента України.

У реалізацію відповідних положень Конституційний Суд України вочевидь має перевіряти і оцінювати на предмет конституційності не тільки акти, а і діяння різних учасників (суб'єктів) процедури імпічменту.

У багатьох країнах конституційний суд уповноважено вирішувати питання про відповідність основному закону статутних і програмних документів політичних партій та їх діяльності. За результатами вирішення цих питань він може ухвалювати рішення про заборону партій. У таких випадках орган конституційної юрисдикції також перевіряє і оцінює на предмет конституційності не тільки документи партій, а й їх діяння (факти).

У Законі України «Про Конституційний Суд

України» від 3 червня 1992р. передбачалося, що цей орган розглядає «питання про конституційність діяльності і примусовий розпуск (ліквідацію)» політичних партій, міжнародних та всеукраїнських громадських організацій, які діють в Україні.

Однак в офіційному проекті Конституції України подібні повноваження Конституційного Суду України не визначалися. Відсутні вони і в чинному Основному Законі.

У низці країн конституційний суд наділено повноваженнями з контролю за виборами і референдумами. В одних країнах цей орган має констатувати факт, що конкретні вибори або референдум відбулися, у других — розглядає різні виборчі спори.

У Законі України «Про Конституційний Суд України» від 3 червня 1992р. передбачалося, що цей орган розглядатиме справи, пов'язані із «законністю призначення виборів і референдумів». Але в роботі над офіційним проектом Конституції України від такого підходу відмовилися.

З іншого боку, згідно із Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 2 червня 2016р. Конституційний Суд України має надавати висновки про конституційність питань, які пропонуються для внесення на

всеукраїнський референдум за народною ініціативою.

В окремих країнах орган конституційної юрисдикції уповноважено розглядати спори, пов'язані з отриманням депутатського мандата, або ухвалювати рішення про позбавлення мандата. Повноваження розглядати такі спори визначалися і в офіційному проекті Конституції України в редакціях від 1 липня 1992р. і від 27 травня 1993р.⁴⁰

За різних моделей конституційного контролю рішення органів, які його здійснюють, відмінні за правовими наслідками.

У країнах, де прийнято австрійську або французьку модель конституційного контролю, акти права, які відповідно визнані неконституційними, втрачають чинність, тобто фактично скасовуються. У більшості країн, де прийнято американську модель, суд, визнаючи акт права неконституційним, не скасовує його, але відмовляється застосовувати.

Визнання єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні акта права неконституційним відіграє вирішальну, але фактично не остаточну роль. Так, Верховна Рада України ухвалює закони, якими визнаються нечинними закони або їх окремі положення, відповідно визнані неконституційними.

Проте Конституційний Суд України застеріг,

що його рішення «мають пряму дію і для набрання чинності не потребують підтверджень з боку будь-яких органів державної влади», і що акти, визнані неконституційними, «втрачають чинність з дня ухвалення відповідного рішення»⁴¹.

Як загальний підсумок: конституційний контроль у формах конституційної юрисдикції має створювати стан, за якого верховенство конституції як основного закону поставатиме постулатом суспільного буття.



СПИСОК НОТАТОК

До передмови:

1. Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Г.Дж.Берман. М.: ИНФРА М — НОРМА, 1998. — С.370.
2. Ludwikowski R.R. Constitutional Culture of the New East-Central European Democracy / R.R.Ludwikowski // Constitutional Cultures / ed. M.Wyrzykowski. — Warsaw: Institute of Public Affairs, 2000. — P.62.
3. Holmes S. Sunstein C.R. The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe / S.Holmes // Responding to Imperfection The Theory and Practice of Constitutional Amendment / ed. S.Levingson. — Princeton, New Jersey : Princeton University Press, 1995. — P.316,322.
4. Ludwikowski R.R. Op. cit., p.71.

До глави першої:

1. Ковалевский М.М. Общее конституционное право / М.М.Ковалевский. — М., СПб., 1908. — С.6.
2. Еллинек Г. Общее учение о государстве / Г.Еллинек. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — С.408.
3. Тихомиров Ю.А. Развитие теории конституционного права / Ю.А.Тихомиров // Государство и право. — 1998. — №7. — С.5.
4. Речицкий В. Политический предмет конституции / В.Речицкий. — К.: Дух і літера, 2012. — С.387.
5. Оппенгейм Л. Международное право / Л.Оппенгейм. — М.: Государственное изд-во иностранной литературы, 1948. — Том 1, полутом первый. — С.100.

6. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2001: у двох книгах / відп. ред. П.Б.Євграфов. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — Кн.2. — С.410.
7. Эсмен А. Общие основания конституционного права. / А.Эсмен. — СПб., 1909. — С.107.

До глави другої:

1. Еллинек Г. Общее учение о государстве / Г.Еллинек. — СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. — С.486.
2. Marshall G. Constitutional Theory / G.Marshall. — Oxford: Clarendon Press, 1971. — P.1,2.
3. Marshall G. Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability / G.Marshall. — Oxford: Clarendon Press, 1984. — P.11-12.
4. Jennings I. The British Constitution / I.Jennings. — Cambridge: Cambridge University Press, 1962. — P.29.
5. Jennings I. The Law and the Constitution / I.Jennings. — Cambridge: Cambridge University Press, 1959. — P.32-33.
6. Bobbitt P. Constitutional Fate. Theory of the Constitution / P.Bobbitt. — New York, Oxford: Oxford University Press, 1984. — P.3.
7. Black's Law Dictionary by H.C.Black. — St.Paul, Minn.: West Publish. Co., 1990. — P.311.
8. Avril P, Gicquel J. Lexique de Droit Constitutionnel / P.Avril, J.Gicque. — Paris: PUF, 2003. — P.30.
9. Duverger M. Les Constitutions de la France / M.Duverger. — Paris: PUF, 2006. — P.5.
10. Лассаль Ф. О сущности конституции. Что же теперь? / Ф.Лассаль. — СПб., 1906. — С.18,20.
11. Sartori G. Constitutionalism: a Preliminary Discussion /

- G.Sartoti // The American Political Science Rewiew. — Vol. LVI. — December, 1962. — №4. — P.653.
12. Эсмен А. Общие основания конституционного права / А.Эсмен. — СПб., 1909. — С.420.
13. Яковенко Н. Нарис історії середньовічної та ранньомодерної України / Н.Яковенко — К.: Критика, 2006. — С.420.
14. Гессен В.М. Основы конституционного права / В.М.Гессен. — Петроград, 1918. — С.35.
15. Кареев Н. Западно-европейская абсолютная монархия XVI, XVII и XVIII веков. Общая характеристика бюрократического государства и сословного общества «старого порядка» / Н.Кареев. — СПб., 1908. — С.90.
16. Гессен В.М. Проблема народного суверенитета в политической доктрине XVI века / В.М.Гессен // Известия Санкт-Петербургского политехнического института. — 1913. — Том XX. — С.256.
17. Гоббс Т. Левіафан / Т.Гоббс. — К.: Дух і літера, 2000. — С.272.
18. Цитовано за: Гачек Ю. Общее государственное право на основе сравнительного правоведения / Ю.Гачек — Рига, без года. — С.196,197.
19. де Ваттель Е. Право народов или принципы естественного права, применяемые к поведению и делам наций и суверенов / Е.де Ваттель. — М.: Государственное изд-во юридической литературы, 1960. — С.50,51,52.
20. Там само, с.54.
21. Сийес, аббат. Что такое третье сословие? / аббат Сийес. — СПб.: Голос, без года. — С.44.
22. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2001: у двох книгах / відп. ред. П.Б.Євграфов. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — Кн.1. — С.41.
23. Там само, с.32.

24. Тодыка Ю.Н. Конституция Украины: проблемы теории и практики / Ю.Н.Тодыка. — Харьков: Факт, 2000. — С.21.
25. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 2002-2003. / відп. ред. П.Б.Євграфов. — К.: Юрінком Інтер, 2004. — С.90.
26. Сийес, аббат. Вказана праця, с.47-48.
27. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2001: у двох книгах. / відп. ред. П.Б.Євграфов. — К.: Юрінком Інтер, 2001. — Кн.2. — С.409.
28. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 2005. / відп. ред. П.Б.Євграфов. — К.: Юрінком Інтер, 2006. — С.148.
29. Проблеми розвитку конституційного законодавства України: збірник висновків Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеціанської комісії). — К.: Парламентське вид-во, 2010. — С.55.
30. Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / А.Шайо. — М.: Юристъ, 2001. — С.51.
31. Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997-2001: Кн.1, с.106.
32. Шайо А. Вказана праця, с.237.
33. Маунц Т. Государственное право Германии (ФРГ и ГДР) / Т.Маунц. — М.: Изд-во иностранной литературы, 1959. — С.367,370.
34. Конституція незалежної України.: у трьох книгах / заг. ред С.Головатого. — К.: Право, 1995. — Кн.1: Документи, коментарі, статті. — С.175,176.
35. Там само, с.247,313; Конституція незалежної України: у трьох книгах / заг. ред. С.Головатого. — К.: Право, 1997. — Кн.2, частина перша: Документи. Статті. — С.92,136.
36. Конституція незалежної України. Кн.1, с.177,249,313-314.

37. Проблеми розвитку конституційного законодавства України, с.43.
38. Конституція незалежної України. Кн.1, с.177,249.
39. Проблеми розвитку конституційного законодавства України, с.42.
40. Конституція незалежної України. Кн.1, с.147, 149, 178, 218, 223, 249.
41. Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 1997-2001: Кн.2, с.247.



