

УДК 342

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2022.06.9>

ДІАЛОГІЧНА ТЕОРІЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА

Ватаманюк А.,*аспірант першого року навчання**кафедри процесуального права**Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича*

Ватаманюк А. Діалогічна теорія конституційного судочинства.

Метафора діалогу між конституційними юрисдикціями та законодавчими органами народилася в Канаді для опису ролі Верховного суду після прийняття Хартії прав і свобод у 1982 році. Потім він був зайнятий в англо-американському академічному просторі порівняльного конституційного права. Саме зв'язок конституційного судочинства з дорадчою парадигмою викликає питання, оскільки важко побачити, яким чином наглядова функція судді та його повноваження щодо скасування або внесення змін до законодавчих текстів можуть бути чимось іншим, крім передачі в межах поділу влади. Відома аргументація рішення Верховного суду США «Марбері проти Медісона», винесеного в 1803 році: суддя Маршалл постулював, що існування писаної Конституції, вищої з моменту прийняття суверенним народом, мало на увазі гарантію з боку суддів, навіть якщо в тексті її не було зазначено, що стосується всіх правових актів. в тому числі і закону. Конституційне правосуддя розвивалося в основному століттям пізніше, а потім особливо в кінці Другої світової війни, як і теорія, яка його супроводжувала. Такі, що запропоновані в контексті континентальної Європи австрійським теоретиком права Гансом Кельзенем, який брав участь у його створенні в Австрії в 1920 році. Схематично правовий порядок - це ієрархічно структурована система норм, кожна норма якої діє, коли виробляється нормою вищого рангу, аж до Конституції. Суддя перевіряє дійсність правил всередині системи; Конституційний суддя, будь то суд, що спеціалізується на цьому контролі, або звичайний суддя на чолі з універсальним Верховним судом, перевіряє відповідність всіх або частини норм конституційній нормі, виконуючи таким чином істотну функцію в структуруванні правового порядку. За межами Європейського Союзу метафора діалогу була повторно використана у двох контекстах, де вона відігравала дві дуже різні ролі, у просторі англомовного порівняльного права, а потім в Америці. Потім теорія демократичного обговорення була поширена на конституційного суддю. У діалогічній концепції, як і в інших ва-

ріантах конституціоналізму, що розуміється як кооперативний, аргумент на користь конституційного перегляду впливає зі здатності судів допомогти протидіяти невдачам інклюзивності та чуйностей політичному процесі, сформульованим тут з точки зору «сліпих зон» та «ваги інерції».

Ключові слова: конституціоналізм, судовий діалог, суддя, теорії права, порівняльне право, судова практика

Vatamaniuk A. Dialogical theory of constitutional jurisdiction.

The metaphor of dialogue between constitutional jurisdictions and legislatures was born in Canada to describe the role of the Supreme Court after the adoption of the Charter of Rights and Freedoms in 1982. Then he was engaged in the Anglo-American academic space of comparative constitutional law. It is the relationship of the constitutional judiciary to the deliberative paradigm that raises questions, as it is difficult to see how the supervisory function of the judge and his authority to repeal or amend legislative texts can be anything other than a transfer within the limits of the separation of powers. A famous argument in the 1803 U.S. Supreme Court decision *Marbury v. Madison*: Justice Marshall postulated that the existence of a written Constitution, supreme since its adoption by a sovereign people, implied a judicial guarantee, even if the text did not state it, which applies to all legal acts. including the law. Constitutional justice developed mainly a century later, and then especially at the end of World War II, as did the theory that accompanied it. Those proposed in the context of continental Europe by the Austrian legal theorist Hans Kelsen, who participated in its creation in Austria in 1920. Schematically, the legal order is a hierarchically structured system of norms, each norm of which is valid when it is produced by a norm of a higher rank, up to the Constitution. The judge checks the validity of the rules within the system; A constitutional judge, whether a court specializing in this control or an ordinary judge headed by a universal Supreme Court, checks the conformity of all or part of the norms with the constitutional norm, thus performing an essential function in structuring

the legal order. Outside the European Union, the dialogue metaphor has been reused in two contexts where it has played two very different roles, in the space of English-language comparative law and then in America. Then the theory of democratic deliberation was extended to the constitutional judge. In the dialogic conception, as in other variants of constitutionalism understood as cooperative, the case for constitutional revision derives from the ability of courts to help counter failures of inclusiveness and responsiveness to the political process, framed here in terms of «blind spots» and «inertia weights.»

Key words: constitutionalism, judicial dialogue, judge, legal theories, comparative law, judicial practice.

Виклад матеріалу дослідження. Метафора діалогу процвітала, але його канадське формулювання було не зовсім новим. Подібна ідея мала більш ранній бум у Сполучених Штатах, спрямований головним чином на захист обмінів, які відбуваються між конституційними тлумаченнями, що здійснюються виконавчою та законодавчою владою на додаток до єдиного судді. Якщо метафора конституційного діалогу має так багато розповісти нам з порівняльної точки зору, то це тому, що вона є особливо потужним прикладом обігу юридичних понять та інструментів. Вона породжує багато труднощів, які відчуває юридична наука в цілому, а саме актуальність наукової кваліфікації так званої правової ситуації; роль такої кваліфікації щодо легітимності інститутів та тлумачень конституційних текстів; консубстанційний зв'язок між описом і приписом, тобто між реституцією явища і формуванням дійсності. Ця метафора пропонує привілейоване становище спостереження за зв'язком між прийняттям права та його вивченням. Діалог не є реальністю, до якої можна було б отримати доступ поза його доктринальною кваліфікацією. Навпаки, юридичний дискурс тут показує свою здатність пояснювати і обґрунтовувати стан речей в грі сил.

Це пояснюється тим, що феномен обігу правових понять та інструментів, який посилюється в умовах глобалізації, має тенденцію затушовувати проблеми, характерні для різних контекстів, з яких виникають правові поняття та інструменти. Або навіть приховати сам факт того, що вони побудовані, що впливає з суперечливих інтересів та академічних просторів, захоплених іграми впливу, коротше кажучи, що конституціоналізм залишається значною мірою політичним явищем і що прагнення до легітимності конституційних юрисдикцій залишається питанням влади.

Через десять років після дебатів американський конституціоналіст Марк Тушнет взявся за ідею «діалогічного перегляду конституцій-

ності» паралельно зі своєю власною концепцією конституційного правосуддя, особливо відомою в англомовних дебатах, на користь «слабкої форми конституційного перегляду. У судовому захисті прав суддя мав би привілейувати слабкі засоби правового захисту, які щадять виконавчу та законодавчу владу, залишаючи їм можливість діяти по-різному для реалізації прав – відповідь, розглянута Пітером Хоггом та Еллісон Бушелл, – а не остаточними та абсолютними рішеннями. Однак, і в цьому полягає своєрідність підходу Марка Тушнета, ця добровільна слабкість може супроводжуватися певною силою в тлумаченні змісту прав («сильних прав»), тобто визначенням обов'язків, покладених на органи державної влади [2]. Кожна з цих двох змінних, зобов'язань або вирішення конфлікту, пов'язаного з їх порушенням, може бути сильною або слабкою. Послаблення, про яке йде мова в конституційному розгляді, може стосуватися того чи іншого, або обох.

Неважко помітити, як ці роздуми відкривають можливості для переосмислення конституційного правосуддя. Вони роблять крок убік від класичної конституційної теорії, згідно з якою конституційний суддя тлумачить конституційні положення і вживає рішучих заходів, таких як анулювання, для забезпечення її застосування. Реорганізація бажаного конституційного перегляду тоді більше стосується демократичного питання, особливо коли на кону стоять основні права – і фортіорні економічні та соціальні права, які ставлять суддю у скрутне становище щодо визначення державної політики. Для чого теорії пропорційності недостатньо. Це спосіб розміщення судді в складних і плюралістичних суспільствах.

Метафора діалогу між суддею і політичною владою була переформульована в Америці в колективному творі іспанською мовою під назвою «За діалогічну справедливість» і аргентинський юрист Роберто Гаргарелла. Ця колективна пропозиція ґрунтується на дебатах, які відбулися від формулювання до її відродження в ширшому і, по суті, північноамериканському англомовному академічному просторі. Перш за все, він пропонує прочитати ці формулювання в сенсі прогресивної побудови «розмовної» теорії конституційного судочинства або «діалогічного конституціоналізму», заснований на перекладених текстах Пітера Хогга, Марка Тушнета і Розалінд Діксон: це і третє формулювання метафори діалогу, і теоретичний результат, кожен крок відриваючи поняття від його описового напису в даній правовій системі [2]. Там, де англофонна переформулювання була, як ми бачили, на півдорозі між описом того, що було введено в дію, і приписом нового способу здійснення конституційного правосуддя, ця третя латиноамериканська формулювання явно закликає до її реалізації.

Цитування іноземного законодавства здійснюється, в більшості випадків, в односторонньому порядку кожним конституційним судом, не обов'язково маючи листування від іноземного суду, прецеденти якого були використані [1]. Наявність ефективного діалогу або судового спілкування (через взаємне цитування судової практики між двома або кількома судами) є дуже рідкісним явищем, яке часто обмежується сферою застосування одного і того ж інституційного середовища та загальною правовою традицією, як це має місце у випадку юрисдикції країн загального права, так що ці висловлювання далекі від того, щоб бути репрезентативними для більш усебічного явища цитування, треба використовувати лише для цих гіпотез, більш обмежених.

Зіткнувшись з уразливістю основних прав у глобальному конституціоналізмі, конституційні суди дедалі частіше беруть участь у своєрідному процесі комунікативної інтеграції, в якому правові обґрунтування обмінюються шляхом обміну рішеннями, який називається міжнародним судовим діалогом у суворому розумінні. Конституційний діалог між судами має конкретну структуру, методологію та припущення, але також пропонує розумну процедуру систематизації та операціоналізації включення міжнародної юриспруденції у внутрішню конституційну відповідь на юридичні парадокси сучасності: процес судового діалогізму.

Ідея конституційного діалогу з'явилася в кінці 1990-х років, який був і теоретичною відповіддю на аргумент контрбільшості, середнім виходом з цих дебатів, і описом нової практики конституційного судочинства в певних правових системах. Вона набуває форми метафори діалогу, який би відбувався між конституційним суддею з одного боку і виконавчою і законодавчою владою з іншого. Цей діалогічний судовий розгляд складався б із взаємодії, за допомогою якої політична влада мала б можливість підтвердити своє тлумачення Конституції та відповісти на запропоноване суддею.

Також важко не думати про діалог між суддями, про які часто згадують у Франції, щоб кваліфікувати обміни, які відбуваються між національними та європейськими судами через питання, винесені для попереднього рішення, вплив, який судова практика здійснює один на одного, і всі моменти спільної соціалізації, які знаменують, у більш широкому сенсі, "світову спільноту суддів". Якщо зміст конституційного діалогу, що вивчається тут, різний, оскільки він стосується законодавчих органів, то ці два поняття все ж поділяють думку про те, що суди є дорадчими органами, які сприяють обговоренню в публічному просторі. В обох випадках діалог ставить верховних суддів якомога ближче до цінностей і далеких від простого норма-

тивного контролю, передбаченого Кельзеном, або навіть від традиційної ієрархії норм, як це передбачається в Європі тезами про правовий плюралізм. Діалог суддів є, мабуть, як і досліджуваний тут діалог, виразом, який є безглуздим, оскільки використовується узагальнено для виклику відносин систем, легітимізуючи центральне місце судді в сучасних суспільствах.

Ідея конституційного діалогу була тоді широко поширена протягом 2000-х років в англomовному академічному просторі порівняльного конституційного права, з метою формування нової концепції конституційного правосуддя, проти моделі, втіленої Верховним судом США.

Ризик важить на будь-яке відновлення метафори діалогу: за своєю природою під діалогом розуміється консенсуалізм, який стирає панування, яке може здійснювати один зі співрозмовників.

Парадокс полягає в тому, що елементи, які стверджують про зменшення влади в діалозі, насправді є ознаками більш інтервенційного контролю над суддею, з більш витонченим або навіть більш нав'язливим судовим процесом.

Висновки. Як би там не було, образ діалогу може бути корисним, якщо він дає можливість поставити під сумнів дискурсивну силу судді, зосередившись на контексті, в якому будується вся влада і який іноді, здається, забувається деякими захопленими дослідженнями діалогу. Порівняльне конституційне право потім може бути використане для розуміння природи цієї влади, як це було запропоновано для Канади. Однак, як така, дорадча теорія не пояснює, чому судам надається дорадча вага по відношенню до парламентів, які історично є місцем *par excellence*, або інших інститутів і громадських форм, які не мають повноважень скасовувати закони. Успіх конституційного правосуддя прийнято пояснювати банкрутством законодавчого органу, але який сенс і які форми цієї передачі влади, в різних контекстах, в яких вона відбувається? Як, навпаки, в умовах дорадчої та плюралістичної демократії можуть вироблятися цінності та приймати рішення?

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Chang, Wen-Chen. The limits of global judicial dialogue. In: *Washington Law Review*, vol. 86, 2011, pp. 523-577.
2. Matthieu Febvre-Issaly «Un dialogue constitutionnel? La circulation d'une métaphore et quelques réalités juridiques contemporaines », *Jus Politicum*, n° 27 URL: <http://juspoliticum.com/article/Un-dialogue-constitutionnel-La-circulation-d-une-metaphore-et-quelques-realites-juridiques-contemporaines-1453.html>.