

## II. Доктрина конституційного права України

DOI: 10.33498/Юшп-2022-01-039



### Михайло Савчин

доктор юридичних наук, професор,  
директор Науково-дослідного інституту порівняльного,  
публічного права та міжнародного права  
Ужгородського національного університету,  
професор, доктор Українського вільного університету  
(Мюнхен, Німеччина),  
викладач Національної школи суддів України  
(Ужгород, Україна)  
RCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9551-1203>  
[michaelsavchyn7@gmail.com](mailto:michaelsavchyn7@gmail.com)

УДК 340.131.5

### КОНСТИТУЦІЙНА ЮСТИЦІЯ В УМОВАХ СУЧАСНОЇ ТРАНСФОРМАЦІЇ ПРАВА

АНОТАЦІЯ. У зв'язку із тривалим домінуванням юридичного позитивізму, при якому право зводилося до волі та державного примусу, в Україні дотепер існують проблеми впровадження ефективної конституційної юстиції. Сучасний конституціоналізм є антитезою волюнтаризму у праві, оскільки спрямований на обмеження влади і наповнений ціннісними параметрами у праві, зокрема людською гідністю, свободою та рівністю.

У статті розглянуто сучасний розвиток конституційної юстиції на тлі трансформацій у праві. У першій частині через призму правового плюралізму та конституціоналізму розкрито особливості моделей і природи конституційної юстиції як суду *sui generis*. У другій частині статті буде висвітлено співвідношення конституційної юстиції та установчої влади народу. Третя частина присвячена проблематиці демократичної легітимізації конституційної юстиції у світлі дилеми юристократії та верховенства парламенту. Проблеми забезпечення ефективності конституційної скарги є предметом аналізу четвертої частини. По-п'яте, розкрито особливості зобов'язальної сили рішень конституційної юстиції у світлі поваги до прав людини й ефективності правосуддя.

Органи конституційної юстиції не стоять над іншими інститутами влади – вони є рівними у системі поділу влади. Їхнє основне завдання – захист конституції за допомогою юрисдикційних засобів у межах верховенства права і належної правової процедури. В осерді забезпечення конституційного порядку є діяльність незалежних органів конституційної юстиції (залежно від моделі – конституційні суди або ради, верховні суди), які за допомогою юридичних засобів забезпечують поділ влади та захист прав людини. Конституційна композиція у перехідних демократіях має розглядати конституційну юстицію як стабілізуючий інститут у забезпеченні балансу у розподілі повноважень та забезпеченні єдиних правових підходів в інтерпретації фундаментальних принципів і прав людини.

© Михайло Савчин, 2022

Спеціалізовані органи конституційної юстиції є судами *sui generis*, які незалежні від політичних інститутів влади і на основі верховенства права та належної правової процедури забезпечують верховенство конституції як сукупності фундаментальних цінностей і принципів національного правопорядку, забезпечуючи обмежене правління та захист прав людини. Дієві гарантії незалежності конституційної юстиції є належною запорукою вирішення спорів про повноваження між конституційними органами влади та зняття напруги у разі конфліктів між ними за допомогою юридичних засобів. Конституційний Суд України (КСУ) має діяти на засадах верховенства права і дбати про належну юридичну аргументацію власних рішень з огляду на його демократичну легітимізацію у конституційній композиції публічної влади як незалежного арбітра у системі поділу влади.

Визнання прийнятними конституційних скарг потребує належної юридичної аргументації як основи демократичної легітимізації конституційної юстиції. Доступність та ефективність юридичного захисту через конституційну скаргу зумовлено особливостями цілісного, динамічного тлумачення Конституції та конституційно-конформного тлумачення законів, що є основою юридичної аргументації рішень КСУ. Перегляд судових рішень на підставі рішення КСУ за конституційними скаргами базується на позитивному обов'язку держави захищати права людини і поновлювати їх у разі заподіяння шкоди.

Ключові слова: верховенство права; конституційна скарга; конституційна юстиція; конституційний порядок; конституціоналізм; належна правова процедура; рішення органів конституційної юстиції.

Вступ. Криза довіри до Конституційного Суду України (далі – КСУ), яка зумовлена нерозумінням його природи, відверто розбалансованим інституційним дизайном і зашореністю більшості суддів при розгляді конституційних скарг, підіймає на щит навіть питання про його трансформацію у певну палату Верховного Суду чи навіть доцільність його існування.

Однак, беручи до уваги означені нижче маркери демократичної легітимізації конституційної юстиції у конституційній демократії, слід на цю проблематику подивитися класично з урахуванням сучасних трендів розвитку конституціоналізму. Наявність обговорюваної проблематики зумовлено тривалим домінуванням юридичного позитивізму із трактуванням права переважно у світлі своєрідної парадигми “стаціонарного бандита”, коли право зводилося до волі та державного примусу. Хоча насправді сучасний конституціоналізм є антитезою волюнтаризму у праві, оскільки спрямований на обмеження свавільних владних рішень і наповнений ціннісними параметрами у праві, зокрема людською гідністю, свободою та рівністю, а вчинення владних дій має базуватися на демократичній легітимізації та правилі визнання.

У цій статті буде розглянуто сучасний розвиток конституційної юстиції на тлі трансформацій у праві. У першій частині через призму правового плюралізму та конституціоналізму будуть розглянуті особливості моделей та природи конституційної юстиції як суду *sui generis*. У другій

частині буде розкрито співвідношення конституційної юстиції та установчої влади народу. Третя частина присвячена проблематиці демократичної легітимізації конституційної юстиції у світлі дилеми юристократії та верховенства парламенту. Проблеми забезпечення ефективності конституційної скарги стануть предметом аналізу четвертої частини цієї статті. І насамкінець, буде розкрито особливості зобов'язальної сили рішень конституційної юстиції у світлі поваги до прав людини й ефективності правосуддя.

### 1. Правовий плюралізм та конституційна юстиція: моделі та сучасний конституціоналізм

Концепт правового плюралізму передбачає, що існують не лише формалізовані джерела права – правові принципи і норми виникають і в позадержавній сфері. Хоча за державою залишається монополія на примусове забезпечення правопорядку, однак воно має відповідати критеріям демократичної легітимності та має застосовуватися у нагальних і невідкладних випадках реальної і невідвортної загрози конституційного порядку.

1.1. Конституційна юстиція як гарант конституційного порядку. Забезпечення верховенства конституції є найбільш актуальним із точки зору якості правопорядку, а не тільки у формальному сенсі<sup>1</sup>. На це дає відповідь доктрина конституціоналізму, у якій є різні напрями, що пояснюють механізми забезпечення чинності конституційних цінностей<sup>2</sup>. Залежно від ступеня їхньої формалізації, цінності набувають характеристики нормативності, коли вони накладають конкретні обов'язки на публічну владу, обмежуючи її та наповнюючи змістом діяльність щодо забезпечення вільного розвитку індивіда. *В осерді забезпечення конституційного порядку є діяльність незалежних органів конституційної юстиції (залежно від моделі – конституційні суди або ради, верховні суди), які*

<sup>1</sup> Слід також виділити підходи, згідно з якими розглядають правову охорону конституції (П Стецюк, 'Правова охорона Конституції України' в *Administracja publiczna u progu XXI wieku* (Przemysl 2000)) та її правовий захист (М Савчин, *Конституціоналізм та природа конституції* (Поліграфцентр Ліра)).

<sup>2</sup> Через призму верховенства права розкриває конституційну справедливість і визначає роль у цьому процесі конституційної юстиції Т. Аллан (T R S Allan, *Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law* (Oxford University Press 2004)); конституційна юстиція розглядається як основний інструмент забезпечення непорушності конституції та прав людини (С Шевчук, *Основи конституційної юриспруденції* (Консум 2002) та через призму становлення конституційних демократій у перехідних суспільствах (W Sadurski (ed), *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective* (Kluwer Law International 2002)); ця проблематика також розглядається крізь призму транснаціональності у праві (Peer Zumbansen, 'Transnational Law', CLPE Research Paper 09/2008 04 (02) (2008); Sergio Bartole, 'Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Transnational Law' [2017] 13(4) *European Constitutional Law Review* 601–10) та забезпечення основоположних цінностей, які підлягають особливому правовому захистові через засоби конституційної юстиції. Мною також розглядалася ця проблематика у 2004 р. при захисті кандидатської дисертації, результати якої були оприлюднені пізніше у монографії (М Савчин, *Конституційна юстиція та забезпечення конституційного порядку: 2005–2020* (РІК-У 2020)).

за допомогою юридичних засобів забезпечують поділ влади та захист прав людини на засадах верховенства права і належної правової процедури.

Існує два підходи щодо обґрунтування ідеї конституційного перегляду правових актів органів влади. В основі американської моделі покладено концепт *habeas corpus*, який заснований на ідеї судового контролю за діями влади щодо обмеження свободи та права власності, зокрема й *constitutional review in abstracto*. Він також вплине пізніше на становлення латиноамериканської моделі конституційного захисту прав *amparo*, який, на відміну від американської моделі, передбачає перевірку лише актів індивідуальної дії. Ця концепція має тяглість не лише від традиції *habeas corpus*, а й від постановки питання про правомірність актів парламенту з огляду на загальні принципи права, як це було у *Bonham case*<sup>3</sup>, який так і не отримав своєї інституційної підтримки в Англії. В Англії це виразилося у співвідношенні *common law* та доктрини *Sovereignty of Parliament*, про що у свій час зазначав А. Вен Дайсі<sup>4</sup>.

Натомість у континентальній Європі після кодифікації права виникло питання щодо відповідності законів фундаментальним принципам права. Наприклад, у Франції вперше це питання порушив у 1849 р. Касаційний суд щодо конституційності закону про стан облоги (*l'etat de siege*), хоча у подальшому такої ідеї не підтримав, оскільки *‘суди не можуть визнавати конституційними закони, які прийняті та промульговані згідно із конституційними формами, передбаченими Хартією’*<sup>5</sup>.

Несприйняття загальними судами ідеї перевірки конституційності юридичних актів цілком є зрозумілою у зв'язку зі стилем обґрунтування судових рішень, які мають ґрунтуватися на приписах закону, та пов'язаних із цим стереотипами суддів. Пізніше це втілиться у композиціонування Федеративного конституційного суду Німеччини, до якого будуть номінуватися саме професори права, які докладно розуміються на публічному праві, та декілька суддів, які добре розуміються на процесуальному праві<sup>6</sup>. Цей досвід буде запозичений країнами Східної Європи при запровадженні конституційної юстиції після колапсу в них комуністичних тоталітарних режимів. Однак ідея створення спеціалізованого суду, який би був заточений на питаннях конституційного права була, як не дивно, обґрунтована одним із яскравих представників нормативістичного напрямку юридичного позитивізму Г. Кельзена<sup>7</sup>. Сама нормативістична доктрина права Г. Кельзена імпліцитно включила в себе ідею забезпечення найвищої юридичної сили конституції в ієрархії юридичних актів –

<sup>3</sup> *Dr Bonham's Case* (1610) 8 Co Rep 114.

<sup>4</sup> A V Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Libery Classics 1982) 268 ff.

<sup>5</sup> A Kubiak, *Francuska koncepcja kontroli konstytucyjności ustaw* (Uniwersytet Gdanski 1993) 19–20.

<sup>6</sup> Детальніше див.: Й Изензее, П Кирххоф, *Государственное право Германии, т 1* (Институт государства и права РАН 1994) 281–2.

<sup>7</sup> Ганс Кельзен, *Чисте правознавство. З додатком: Проблема справедливості* (пер з нім Мокровольського О, Юніверс 2004) 248.

таким чином забезпечується стрункість побудови ієрархії юридичних актів та їх легітимізація у систематиці права. Такий підхід для континентальної Європи виправданий із точки зору засади компліментарності у компаративістиці – основним джерелом права є закон, а *a well established case-law* (стала судова практика) є похідним джерелом права. Натомість, змішані моделі лише поєднують ці підходи певним чином з урахуванням національної правової традиції.

1.2. *Моделі конституційної юстиції та перехідні демократії.* Якщо звернутися до французької моделі конституційної юстиції, то з метою усунення вад домінування парламентської асамблеї при композиції Конституції V Республіки було трансформовано у бік раціоналізованого парламентаризму у поєднанні з домінуванням екзекутиви (президента та уряду), яку покликана стримувати Конституційна рада через попередній конституційний перегляд актів Президента. Це було відповіддю на виклик, спричинений Алжирською кризою<sup>8</sup>, оскільки вона мала світоглядні корені і довела неефективність моделі парламентської асамблеї, яка домінувала у Франції з часів III Республіки. Тут багато що залежить від того, що вкладається у розуміння конституційного права<sup>9</sup>.

Незважаючи на домінуючу в Україні доктрину щодо природи конституційного права як провідної галузі права<sup>10</sup>, мною вже висловлювалася думка щодо нього як сукупності основоположних принципів права, які оформлюють конституційний порядок і пронизують всю національну правову систему<sup>11</sup>, а також професором М. Козюброю<sup>12</sup>. У цьому ж

<sup>8</sup> Магриб як чутлива сфера особливих інтересів Франції склалася ще під час правління короля Людовіка Святого (Жак Ле Гоф, *Людовик IX Святой* (Ладомир 2001)), який загинув у хрестовому поході в Тунісі (саме місце проведення такого було, на перший погляд, доволі дивним, але це було доволі банально з огляду на інтереси французької корони у той час), тяглість якої спостерігається і донині, прикладом чого може бути гуманітарна інтервенція Франції у Малі в 2013 р., з метою усунення загрози з боку сепаратистського Національного руху за визволення Азаваду. Алжирська криза стала завершенням імперіалістичної фази розвитку Франції та визнанням неприйнятності прямого втручання метрополії у справи колишніх колоній. Тут можна проводити паралелі із фантомними імперіалістичними болями Російської Федерації на так званому пострадянському просторі, хоча він вже на сьогодні не є гомогенним, про що свідчать навіть заворушення у Казахстані, де зіткнулися інтереси Китаю та РФ та правлячих кланів Середнього і Нижнього жузів.

<sup>9</sup> Зокрема, в одному компаративному дослідженні щодо становлення конституційної юстиції у незалежних республіках колишнього СРСР вказується про позитивну роль КСУ у запобіганні до авторитаризації моделі урядування через визнання двох із чотирьох пунктів указу Президента про призначення референдуму за народною ініціативою, оскільки рішення КСУ № 3-рп/2000 (далі у тексті рішення і висновки КСУ будуть зазначатися через вказівку номеру їх прийняття, де перша цифра означає його порядковий номер, а друга через слеш – рік ухвалення) 'зупинило процес розширення повноважень Президента, що відбувалося б за рахунок компетенції Верховної Ради та її політичної маргіналізації' (Jacek Zalesny (ed), *Constitutional Courts in Post-Soviet States. Between the Model of a State of Law and Its Local Application* (Peter Lang 2019) 9).

<sup>10</sup> Традиційний погляд на конституційне право як на провідну (хоча цей термін доволі амбівалентний по суті питання) галузь публічного права нині превалює у багатьох вітчизняних працях, зокрема: М А Баймуратов (ред), *Курс конституционного права Украины. Общая часть. Основы теории конституционного права* (Одиссей 2008); В Л Федоренко, *Конституційне право України* (Ліра-К 2016); В М Шаповал, *Конституційне право зарубіжних країн* (Юрінком Інтер 2018) та інші.

<sup>11</sup> М Савчин, *Конституціоналізм і природа конституції* (Поліграфцентр Ліра 2009); М Савчин, *Порівняльне конституційне право* (2020).

<sup>12</sup> М І Козюбра (ред), *Конституційне право* (ВАІТЕ 2021).

ключі вже захищена в Україні дисертація, присвячена структурно-функціональному аналізу конституційного права<sup>13</sup>; також аналогічні думки висловлюються у зарубіжній доктрині<sup>14</sup>.

Як пише В. Комелла, при запровадженні спеціалізованого конституційного суду ключову роль відіграють міркування юридичної визначеності, спеціальних знань, демократії та відповідальності<sup>15</sup>. Юридична визначеність тут розуміється як централізований порядок забезпечення конституційної перевірки юридичних актів, однак, як я вже зазначав, це зумовлено також і систематикою джерел конституційного права та правовим стилем інтерпретації конституції. Також виникають питання щодо розуміння особливостей питань публічного права та процесу, у яких мають добре розбиратися судді, оскільки йдеться про захист фундаментальних цінностей національного правопорядку. Це є чи не ключовим чинником демократичної легітимізації конституційної юстиції та відповідальності й підзвітності суддів у конституційній демократії. Невирішення таких непростих проблем у перехідних демократіях може викликати недовіру до конституційної юстиції та її кризу<sup>16</sup>.

Щоб обминути ці проблеми, молоді конституційній демократії мають дбати про баланс повноважень в інститутах влади. Тут діє така закономірність:

– парламентська модель урядування передбачає сильну модель конституційної юстиції як противагу афектам парламентської більшості, яка схильна до сповзання до диктатури більшості чи надмірного домінування позицій прем'єр-міністра, що спирається на парламентську більшість;

– для семіпрезиденталізму важливими є функції попереднього конституційного перегляду актів екзекутиви з метою забезпечення легітимності актів президента і недопущення посягання президента на прерогативи парламенту, оскільки така модель імпліцитно передбачає раціоналізований парламентаризм, тобто значне делегування законодав-

<sup>13</sup> А Матат, 'Принципи конституційного права: структурно-функціональний аналіз' (дис наук ступ PhD, 2021).

<sup>14</sup> К Хессе, *Основы конституционного права ФРГ* (пер с нем, Юридическая литература 1981); Tom Ginsburg, Rosalind Doxon (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011) 266.

<sup>15</sup> Tom Ginsburg, Rosalind Doxon (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011) 268.

<sup>16</sup> Ухвалення КСУ рішень із вадами юридичної аргументації має наслідком зниження його демократичної легітимізації і це викликає кризу довіри до цієї інституції, яка на сьогодні потребує свого відновлення. Я б виділив наступні, якщо можна виразитися так, *anti-landmark decisions* КСУ, зокрема, висновок щодо Римського статуту (№ 3-в/2001), рішення щодо зворотної сили закону (№ 1-рп/99), сумнозвісне рішення "1+1=1" (№ 22-рп/2003), методологічно неправильні обидва рішення щодо коаліції депутатських фракцій (№ 16-рп/2008 та № 11-рп/2010), щодо скасування чинності конституційного закону № 2222-IV (№ 20-рп/2010), щодо незаконного збагачення (№ 1-р/2019) та щодо Національного антикорупційного бюро України (№ 11-р/2020). Наприклад, прийняття 25 грудня 2003 року КСУ рішення № 22-рп/2003 щодо потенційного третього строку перебування на посаді Президента Леонідом Кучмою викликало пізніше обструкцію цієї інституції з боку Верховної Ради України, яка протягом 2005–2006 рр. не призначала та не приводила до присяги суддів замість тих, строк повноважень яких скінчився.

чих повноважень урядові та публічній адміністрації, зокрема незалежним державним агентствам (регуляторам).

Таким чином, конституційна композиція у перехідних демократіях має розглядати конституційну юстицію як стабілізуючий інститут у забезпеченні балансу у розподілу повноважень та забезпеченні єдиних правових підходів в інтерпретації фундаментальних принципів і прав людини.

1.3. Демократична легітимізація конституційної юстиції: роль юридичної аргументації та судовий процес. У рамках доктрини гідної демократичної легітимізації правил мають існувати різні інклюзивні платформи досягнення такого консенсусу. Проте якщо відштовхуватися від доктрини *Realpolitik*, то ми можемо дійти висновків цілком у дусі К. Шмітта, коли нам буде потрібен певний авторитетний, харизматичний лідер, який за допомогою арбітражу визначатиме їхню сутність. Однак такий шлях є шляхом манівцями до авторитаризму й суперечить конституційному телосу. Демократичний дискурс щодо змісту конституційних цінностей передбачає повагу до гідності людини, свободи, рівності та верховенства права. Попри різні платформи легітимізації правил нині остаточно такий вирішується у рамках належної правової процедури, де ключову роль відіграє конституційна юстиція із притаманними їй гарантіями незалежності та безсторонності.

Свобода розсуду суду залежить від декількох чинників, які зумовлюють трактування відповідних засад верховенства права. Зокрема, якщо цілісно тлумачити такі компоненти верховенства права, як законність і пропорційність, то виходять доволі цікаві варіанти інтерпретації прав людини. Повага до прав людини у правосудді означає застосування приписів законодавства, які мають відповідати вимогам передбачуваності та визначеності. Правове регулювання повинно мати легітимну мету: щоб забезпечувався баланс публічних і приватних інтересів. Зокрема, з точки зору якості закону та його передбачуваності має бути забезпечено право на участь у розробленні й ухваленні рішення заінтересованими особами на кожному рівні публічної влади. Це важливо для розуміння специфіки судового контролю над актами публічної адміністрації. Принцип пропорційності також поєднується із засадою субсидіарності, згідно з якою наділення повноваженнями органів влади здійснюється залежно від масштабу завдання та наявних ресурсів на відповідному рівні влади. Насамкінець, слід шукати розумний баланс між захистом прав людини та національних інтересів у разі підривної діяльності чи існування епідемічної загрози та забезпечення доступу до медичної допомоги й епідемічної безпеки.

Сучасне конституційне право, однією з методологічних засад якого є пропорційність, оперує його вузьким компонентом – балансуванням –

таке виражає через визначення легітимної мети запроваджуваних державою заходів, а також двоєдиного процесу: визначення 1) допустимих меж обмежень прав людини та 2) легітимних меж діяльності держави, її втручання у сферу приватної автономії. Одним із основних критеріїв цього балансування є визначення адекватності обраних засобів поставленої меті, яка має бути легітимною і забезпечена належними й достатніми для цього засобами.

1.4. Конституційна юстиція як суд *sui generis*: особливості окремих моделей. Критика конституційної юстиції, мабуть, має французькі корені: ще Ш.-Л. Монтеск'є характеризував правосуддя як “уста законодавця” і пізніші традиції трактування поділу влади надають перевагу законодавцеві, що навіть видно у первинній доктрині *pouvoir constituant*<sup>17</sup>, у ролі якої припускалася діяльність і законодавця.

Органи конституційної юстиції є судами, які покликані забезпечувати верховенство конституції, незалежні від політичних інститутів влади та за допомогою юридичних засобів забезпечують введення політичних процесів у правові рамки за допомогою вирішення конституційних спорів на засадах верховенства права та належної правової процедури. Конституційний суд, будучи судом *sui generis*, не належить до судової системи, які очолюються верховними/касаційними судами; він також не є політичним органом<sup>18</sup>, оскільки це суперечить його призначенню із захисту конституції у систематичі юридичних актів та сукупності фундаментальних цінностей і принципів національного правопорядку. Чим вирізняється конституційна юстиція поміж органів правосуддя на відміну від судів загальної юрисдикції? Я би хотів наголосити на декількох моментах.

<sup>17</sup> M Troper, *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française* (Paris 1973).

<sup>18</sup> Дискусії щодо ніби то політичного характеру конституційного правосуддя породило доволі дивні рішення загальних судів щодо звільнення суддів КСУ з посад підставі Постанови Верховної Ради України “Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді”. Зокрема, Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП ВС) посилаючись на доволі зачовгану й загальну фразу (зокрема про “негативного” і “позитивного” законодавця) про те, що

*Конституційний Суд України не розглядає конкретні юридичні справи у спорах між певними суб'єктами права, а може визнавати неконституційними нормативні акти (тобто діяти як негативний законодавець) та здійснювати обов'язкові для застосування тлумачення Основного Закону і за чинною на той час редакцією Конституції України тлумачення законів (тобто діяти як позитивний законодавець)*

зробила висновок, що нібито КСУ є “є більшою мірою політичним, ніж судовим” органом (Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді: Постанова Великої Палати Верховного Суду від 24 лютого 2014 року у справі № П/800/120/14 <<https://reyestr.court.gov.ua/review/73195164>> (дата звернення: 10.01.2022)). Хоча тут, як видно, ВП ВС взагалі не диференціює предмет розгляду загальних судів і конституційного суду, оскільки юрисдикція КСУ пов'язана суто з вирішенням спорів конституційного характеру, які істотно впливають на перебіг політичного процесу і, безсумнівно, мають істотний вплив на його хід та наслідки. Тому тут головне у діяльності КСУ забезпечення ухвалення рішень незалежно й безсторонньо і забезпечення таких спорів за допомогою конституційних засобів.



По-перше, це предмет юрисдикції – питання конституційного характеру, що полягає в інтерпретації фундаментальних принципів права у світлі яких дається оцінка положень законів та інших нормативно-правових актів (абстрактний конституційний перегляд) та/або актів індивідуальної дії при розгляді конституційних скарг (казуальний конституційний перегляд).

По-друге, процес демократичної легітимізації суддів органу конституційної юстиції передбачає механізм консультації та консенсусного ухвалення рішень щодо призначення конституційних суддів, які мають гідно представляти юридичне співтовариство, зокрема за критеріями досконалої компетентності у сфері публічного права та юридичної процедури та за високими особистими і діловими якостями (*moral integrity*).

По-третє, спеціальна процедура призначення конституційних суддів, яка поєднує у собі ознаки конкурсного відбору<sup>19</sup> із консенсусними механізмами ухвалення рішень щодо їх призначення<sup>20</sup>, а також спеціальною процедурою юридичної відповідальності, в якій не можуть брати участь політичні інститути влади<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> В Україні тривали дебати щодо запровадження конкурсного відбору конституційних суддів через єдину конкурсну комісію (Юлія Кириченко, Богдан Бондаренко, *Моніторинговий звіт щодо діяльності Конституційного Суду України в аспекті захисту прав людини* (Центр політико-правових реформ 2019) 3). Але оскільки у Конституції залишили стару паритетну, так звану квотну, систему їх призначення через три інститути влади, то при ухваленні Закону про КСУ, насправді реально діє лише конкурсна комісія при Президентові України. Натомість режим діяльності профільного комітету Верховної Ради та Ради суддів як конкурсних комісія засвідчив недодержання ними ознак безсторонності та незалежності. Окрім того, Рада суддів взагалі у сенсі приписів ч. 3 ст. 148 Конституції не володіє повноваженнями щодо відбору суддів, оскільки таким органом виступає виключно З'їзд суддів.

<sup>20</sup> Досвід функціонування КСУ засвідчує про істотні вади так званої квотної системи призначення суддів, оскільки це часто загрожує його цілісності і є сприятливим ґрунтом для блокування його діяльності. Частково це подолано приписами ч. 7 ст. 148 Конституції, яка, на відміну від старих правил (така процедура проводилася на засіданні Верховної Ради), містить положення, що конституційний суддя набуває повноважень складанням присяги на спеціальному пленарному засіданні Суду, на який поширюються загальні вимоги щодо кворуму. Паритетна система передбачає відбір кандидатів суддів конкурсною комісією при президентові, яка пропонує декілька кандидатур на посаду судді, яких призначає парламент кваліфікованою більшістю голосів (у Чехії таким органом є Сенат) з метою урахування балансу інтересів більшості й меншості у парламенті, або навпаки – відбір кандидатів здійснює парламент, а остаточно приймає рішення президент (Словаччина). Німецька система передбачає участь Бундестагу та Бундесрату у призначенні суддів Федерального Конституційного Суду, що передбачає консультації між фракціями парламенту, з урахуванням позицій яких формується персональний склад Суду. Процес консультацій та правило кваліфікованої більшості сприяють підвищенню рівня демократичної легітимізації конституційної юстиції при призначенні суддів.

<sup>21</sup> Відомий вітчизняний правознавець Віктор Мусіяка назвав конституційні гарантії незалежності суддів КСУ, рішення щодо зміщення з посади яких постановляється голосами 12 суддів, такими, що потенційно *можуть остаточно “капсулювати” цей орган, а суддів КСУ перетворити на абсолютно недоторканих з боку “пересічних”* (Віктор Мусіяка, *“Чи є Конституційний суд судом?” Дзеркало тижня*, № 20, 27 травня – 2 червня 2017 <[https://zn.ua/ukr/internal/chi-ye-konstituciyniy-sud-sudom-243696\\_.html](https://zn.ua/ukr/internal/chi-ye-konstituciyniy-sud-sudom-243696_.html)> (дата звернення: 10.01.2022)). Насправді, як засвідчив досвід зі зміщенням із посади судді С. Шевчука суддями КСУ та відсторонення від посади суддів Тупицького та Касмініна Президентом (який використав своєрідну “розтяжку”, коли сумнівні приписи Кримінального процесуального кодексу України не узгодили із приписами ч. 3 ст. 149 і у поєднанні зі ст. 153 Конституції при ухваленні Закону про КСУ), така процедура містить конфліктогенний потенціал, оскільки КСУ на момент написання статті фактично не може застосувати до суддів дисциплінарні процедури, оскільки фактично здійснюють свої повноваження лише 13 суддів (на три посади суддів існують вакансії, а судді Касмінін і Тупицький більше року фактично не здійснюють своїх повноважень), що є критичною

По-четверте, органи конституційної юстиції керуються у своїй діяльності стандартами належної правової процедури і за допомогою юридичних засобів захищають конституційні цінності, в основі яких є забезпечення балансу розподілу повноважень між інститутами влади і додержання ними конституції, а також захист прав людини і основоположних свобод. Щоб не бути звинуваченим у втручання у питання політичного характеру, органи конституційної юстиції виробили доктрину політичного питання<sup>22</sup>.

*Таким чином, спеціалізовані органи конституційної юстиції є судами sui generis, незалежні від політичних інститутів влади, які на основі верховенства права та належної правової процедури забезпечують верховенство конституції як сукупності фундаментальних цінностей і принципів національного правопорядку, забезпечуючи обмежене правління та захист прав людини.*

## *2. Конституційна юстиція та установча влада: ієрархія конституційних цінностей та організація публічної влади*

Тут буде розглянуто конституційну юстицію як осердя конституційного дизайну, її роль у легітимності установчої влади, поділу влади та належному функціонуванні публічної влади з огляду на систематику конституційних цінностей. Конституції є породженням розв'язання системної кризи, яку не можна вирішити згідно зі “старим правом”, і вони

чисельність для здатності ухвалення рішень КСУ загалом. Зокрема, § 13 Регламенту КСУ передбачає, що для відкриття дисциплінарної процедури потрібне рішення 12 голосами суддів на спеціальному пленарному засіданні ВП, що на практиці блокує процедуру (у ситуації зі суддями Касмініним та Тупицьким) або спричинює зловживання (у ситуації зі суддею Шевчуком) при ухваленні рішення (функції щодо розслідування покладаються на постійну комісію КСУ з питань регламенту та етики). Натомість згідно з § 28 словацького Закону про Конституційний Суд (Zákon č. 314/2018 Z. z. Zákon o Ústavnom súde Slovenskej republiky a o zmene a doplnení niektorých zákonov, <<https://www.zakonypreludi.sk/zz/2018-314>> (accessed: 10.01.2022)) у такому випадку Пленум більшістю голосів КС створює Дисциплінарний сенат у складі трьох суддів, а рішення про дисциплінарну відповідальність судді вирішує Пленум більшістю голосів на підставі розгляду рекомендації Дисциплінарного сенату; Пленум не є зв'язаний рішенням Дисциплінарного Сенату. На час провадження суддя, щодо якого провадиться розслідування, відсторонюється від здійснення повноважень судді.

<sup>22</sup> Доктрина так званої політичної доцільності сформульована КСУ щодо 4 % виборчого бар'єру на парламентських виборах (рішення № 1-рп/1998), хоча навіть 3 % бар'єр на виборах до Європарламенту став підставою для визнання неконституційним такого положення з боку ФКС Німеччини (Решение Федерального Конституционного Суда ФРГ от 26 февраля 2014 года об отмене трехпроцентного барьера на выборах в Европарламент, ДПП ИМП 2 (2014) 285–324 <[https://dpp.mpil.de/03\\_2014/03\\_2014\\_285\\_324.pdf](https://dpp.mpil.de/03_2014/03_2014_285_324.pdf)> (accessed: 10.01.2022)). Зокрема, щодо дискримінаційного характеру виборчих бар'єрів, які істотно знижують ступінь легітимності влади та демократичної циркуляції еліт говорив також колишній заступник ЦВК А. Магера (А Магера, 'Занадто високий виборчий бар'єр унеможливило оновлення представницьких органів влади' (2015) 37–8 Юрична газета <<https://yur-gazeta.com/interview/zanadto-visokiy-viborchiy-barer-unemozhlivlyue-onovlennya-predstavnickih-organiv-vladi--amagera.html>> (дата звернення: 10.01.2022)).

Насправді тут слід говорити про доктрину політичного питання, сутність якого зводиться до відмови у вирішенні органом конституційної юстиції суперечки, яку неможливо вирішити за допомогою юридичних засобів, оскільки вона стосується особливостей перебігу політичного процесу (результати політичних консультацій щодо висунення конкретного кандидата у якості прем'єр-міністра), використання парламентом розсуду при визначенні певної моделі правового регулювання за результатами суспільно-політичних дебатів.

спрямовані на обмеження урядування з метою недопущення зловживання владою, що ґрунтується на фундаментальних і непорушних цінностях<sup>23</sup>. Таким чином йтиметься про роль конституційної юстиції у забезпеченні збалансованого поділу влад у світлі фундаментальних принципів права.

2.1. Конституційна юстиція та ієрархія конституційних цінностей: *eternity clause*. Така клаузула присутня у ст. 157 Конституції України – ревізія її не допускається у бік скасування прав людини, ліквідації суверенітету й територіальної цілісності<sup>24</sup>. Цей підхід не є оригінальним і він знайомий із зорі сучасного конституціоналізму. Зокрема, чеський науковець О. Пройс говорить так про доктрину вічних конституційних цінностей (*eternity clause*):

Положення про вічність не є матеріальним “інструментом”; це не таке юридичне правило, як надання автономії одному з регіонів країни або скасування смертного вироку з чіткими юридичними наслідками. Його мета – перевершити просту апеляцію та обмежити практичну “владу”, підтримувати бажані цінності та підтримувати політичну систему, можливо, навіть зняти маску законності з насильницької революції. Але це робиться не під час руйнування системи, на межі революції, а регулярно, у політичних та правових міркуваннях, під час процесу створення нових конституційних стандартів<sup>25</sup>.

Тобто йдеться про захист фундаментальних засад національного правопорядку, які пронизують конституційну матерію і визначають власне каркас національної моделі конституціоналізму<sup>26</sup>. Такі положення не підлягають переглядові, як це було зазначено ще у 1798 р. у Конституції Швейцарської Республіки Гельветики, згідно з яким перегляд форми правління не може мати наслідком скасування представницької демократії. Аналогічне положення сьогодні містить німецький Основний Закон, згідно з яким не допускається посягання на засади вільного демократичного порядку

Гострим є питання, чи існує ієрархія конституційних цінностей. Є концепції, які не визнають такої ієрархії, оскільки домінуючим підходом є балансування між цінностями. Інший підхід полягає у визнанні ієрархії

<sup>23</sup> Ця проблематика стала об’єктом панорамного дослідження, в якому наголошується на тому, що парадокс конституцій полягають в тому, що вони імпліцитно містять право народу на опір диктатурі як нагадування урядам щодо недопущення концентрації влади та легітимізації становлення самого конституційного порядку. Tom Ginsburg, Daniel Lansberg, and-Rodriguez Mila Versteeg, ‘When to Overthrow your Government: The Right to Resist in the World’s Constitutions’ (2013) 60 UCLA L. Rev. 1184.

<sup>24</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

<sup>25</sup> Preuss Ondrej, ‘Eternity Clause as a Smart Instrument – Lessons from the Czech Case Law’ (2016) 3 (57) *Hungarian Journal of Legal Studies* 290.

<sup>26</sup> М Бокоч, ‘Місце і роль рішень Європейського суду з прав людини у системі джерел конституційного права’ (дис канд юрид наук, 2021) 84.

конституційних цінностей. Власне кажучи, це чи не ключове питання для розуміння систематики конституційних цінностей, зокрема в рамках європейської традиції права. Насправді тут ключовим моментом є юридична аргументація владних рішень, які є *per se* об'єктом судової перевірки. Залежно від життєвої ситуації виникає необхідність вибору між балансуванням серед цінностей, або побудови юридичної аргументації через ієрархію цінностей. Розуміння доречності застосування таких підходів і визначає виваженість та розсудливість у діяльності конституційної юстиції, гідну демократичну легітимізацію правил через конституційну юстицію.

2.2. Дилема первинної і вторинної установчої влади. Ця проблематика лежала в основі дискусії про загальну волю народу між Ж.-Ж. Руссо та абатом С'єсом і К. де Мальбером: яким чином вона має втілюватися безпосередньо чи через представницький орган. Як пише А. Куб'як, здійснення установчої влади представницьким органом ґрунтується на загальній волі<sup>27</sup>. К. де Мальберг наголошував, що така воля була здійснена на основі ідеології революції, оскільки воля парламенту є волею народу<sup>28</sup>. Обставини французької конституції були такими, що третій стан був змушений оголосити себе Установчими зборами, оскільки двоє інших станів скликаних королем Людовіком XVI Генеральних штатів опиралися звичаєвому праву щодо дачі народом згоди на збори нових податків та підвищення розміру старих, із яким уособлював себе саме третій стан. Зі свого боку абат С'єс писав, що 'голос легіслатури народу є нічим іншим як голосом самого народу'<sup>29</sup>.

Хоча насправді вона була предметом обговорення і в "Федералісті" та втілена в ухваленій Конституції США, незважаючи на відсутність формально достатніх повноважень на це у Філадельфійського конвенту. США пішло своїм шляхом демократичної легітимізації Конституції через її ратифікацію легіслатурами штатів та пізнішу її інтерпретацію Верховним Судом США після знакового рішення у справі *Marbury v Madison*<sup>30</sup>. Американська ситуація виникла раніше як логічний розвиток ідеї свободи та її гарантії через *habeas corpus*, яка пронизує тло американської конституції, та спротив необґрунтованому збору податків метрополією, що також порушувало старий звичай щодо надання згоди на збір податків з боку підданих. Додатковим тлом, що об'єднує як американську, так і французьку ситуацію, була інтелектуальна традиція Просвітництва, яка ґрунтується на ідеї суспільного прогресу та розвитку індивіда як самодостатнього громадянина.

<sup>27</sup> Andrzej Kubiak, *Francuska koncepcja kontroli konstytucyjności ustaw* (Uniwersytet Gdanski 1993) 10.

<sup>28</sup> R Carre de Malberg, *La loi, expression la volonté generale* (Paris 1931) 97.

<sup>29</sup> Op. cit.: J M Cotteret, *Le pouvoir législatif en France* (Paris 1962) 18.

<sup>30</sup> В основі справи було вирішення питання, чи може Президент США, повноваження якого закінчується, призначати суддів. Верховний Суд не вирішив це питання по суті, однак визнав свою юрисдикцію щодо перевірки конституційності Закону про судоустрій, чим самим було визнано фактично відсутність підстав для призначення мирового судді. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

Оскільки конституції є породженням революцій, то сам собою перегляд конституцій не може посягати на конституційний устрій – ревізійна установча влада не може служити могильником конституціоналізму. Інакше кажучи, ревізійна (вторинна) установча влада обмежена фундаментальними конституційними цінностями, про що, зокрема, свідчить застереження ст. 157 Конституції України про непорушність прав людини, суверенітету і територіальну цілісність України. Ключовим питанням тут також виступає судова перевірка поправок до конституції<sup>31</sup>, що ґрунтується на ідеї установчої влади як системи запобіжників ліквідації конституційної демократії<sup>32</sup>.

2.3. Конституційна юстиція як сутнісне ядро поділу влади. Судовий контроль є провідним елементом серед конкуруючих аспектів поділу влади. Як пише А. Джон, з одного боку, принцип стримувань і противаг вимагає, щоб урядові дії підлягали перегляду незалежними та неупередженими судами. З другого боку, судовий перегляд діє в контексті парламентського контролю виконавчої влади<sup>33</sup>. Іншим аспектом зазначеної проблематики, як застерігає О. Шайо, у країнах Східної Європи існує захоплення доктриною суверенітету парламенту<sup>34</sup>, яка має витоки в ідеях загальної волі Ж.-Ж. Руссо, оскільки така, як правило, закінчується нав'язуванням волі більшості меншості. Однак більшість має бути обмежена правом, якщо ми говоримо про конституційну державу. Зокрема, згідно з абзацом 1 ст. 19 Основного закону ФРН встановлено правила, які в німецькій конституційній доктрині ще називають “короною правової держави”: *‘Якщо права якої-небудь особи порушені публічною владою, йому надається можливість звернутися в суд. Оскільки не встановлена інша підсудність, то використовується звернення в суд загальної юрисдикції’*<sup>35</sup>.

У такий спосіб захист прав і свобод людини набуває універсального характеру, в силу чого суд гарантує їх захист у разі прогалин та колізій у поточному законодавстві. З іншого боку, застереження щодо підсуд-

<sup>31</sup> Детальніше, див.: Aharon Barak, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments’ [2011] 3 (44) Israel Law Review 321–41; Joel I. Colón-Ríos, ‘A new Typology of Judicial Review of legislation’ [2014] 3 (2) Global Constitutionalism 143–69; Yaniv Roznai, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers’ (A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy. London, February 2014) <[http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai\\_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf](http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf)> (accessed: 10.01.2022)).

<sup>32</sup> Якщо звернути увагу на перипетії ухвалення конституційного закону № 2222-IV, судова перевірка якого закінчилася не менш резонансним рішенням КСУ № 20-рп/2010, то тут слід наголосити на декількох моментах. Це не врахування Верховною Радою при ухваленні поправок до Конституції у законі № 2222-IV того, що були внесені зміни, які змінили зміст законопроекту № 4105, який був предметом попереднього судового перегляду у висновку КСУ № 1-в/2004 на предмет відповідності ст. 157 Конституції, що є неприпустимим з огляду на статті 156 і 159 Конституції. Також слід врахувати ту обставину, що низка положень Конституції у редакції закону № 2222-IV до 30 вересня 2010 р. були об’єктом інтерпретації КСУ і цей орган не навів жодного юридичного аргументу щодо необхідності різкої зміни власної юридичної позиції.

<sup>33</sup> Alder John, *Constitutional and Administrative Law* (10th ed, Palgrave Law Masters 2015) 381.

<sup>34</sup> Андраш Шайо, *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)* (БЕК 2001) 47–52.

<sup>35</sup> G J Ebers, *Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit in Osterreich. Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Wilhelm Laforet anlässlich seines 75* (Isar Verlag 1952) 269, 271.

ності означає передачу вирішення спорів до органу конституційної юстиції, які стосуються питань конституційного права.

Ключовим моментом у діяльності конституційної юстиції є гарантії незалежності спеціалізованого органу. Якщо для судів у традиції *common law* основою слугує незалежність суду як такого<sup>36</sup> та *habeas corpus*, то у континентальному праві зі спеціалізованим органом конституційної юстиції є ключовими два моменти: дистанціювання його від політичних інститутів влади (парламенту та виконавчої влади) та від судів загальної юрисдикції. Незалежність органів конституційної юстиції від політичних інституцій передбачає неприпустимість їх втручання у процес притягнення конституційних суддів до дисциплінарної відповідальності; це є виключно прерогативою самих конституційних суддів, хоча ці процедури може ініціювати як парламент, так і виконавча влада (президент та уряд). Функціонально конституційні і звичайні суди розмежовані через різний предмет юрисдикції. Насамкінець, *дієві гарантії незалежності конституційної юстиції є належною запорукою вирішення спорів про повноваження між конституційними органами влади та зняття напруги у разі конфліктів між ними за допомогою юридичних засобів.*

2.4. Конституційна юстиція та транснаціональний конституціоналізм. Існують дебати у цій площині між доктринами конституційного патріотизму та транснаціоналізму. У практичній площині це питання лежить у співвідношенні юрисдикцій КСУ та Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ)<sup>37</sup>, Суду ЄС<sup>38</sup> чи навіть Міжнародного криміналь-

<sup>36</sup> На думку авторитетного вітчизняного правознавця, судді КСУ у відставці М. Козюбри, незалежність суду полягає принаймні у таких елементах: а) інституціонально-організаційній самостійності судів (окремих суддів) щодо інших органів державної влади, яка виражається у формуванні самоврядної та відособленої від інших державних органів судової системи; б) забороні іншим державним органам та установам втручатися у здійснення правосуддя у будь-якій формі; в) обов'язку держави надавати відповідні кошти, які б дозволяли судовим органам належним чином виконувати свої функції; г) безсторонності, неупередженості суддів та їх підкорення при здійсненні правосуддя лише закону; г) незмінюваності суддів (М. Козюбра, 'Принципи верховенства права та правова держава: єдність основних вимог' (2007) 64 Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки 7).

<sup>37</sup> Відносини із ЄСПЛ КСУ будує на засадах доктрини дружнього ставлення до міжнародного права (рішення КСУ № 2-рп/2016), згідно з яким гарантії прав людини згідно з Конвенцією про права людини і основоположні свободи є невід'ємною частиною конституційних гарантій і мають враховуватися у юриспруденції КСУ. Стосовно співвідношення юрисдикцій національних конституційних судів та ЄСПЛ пишуть таке (п 15, 275):

*Проте, незважаючи на ці відмінності, виникає питання, чи мають конституційні суди та міжнародні суди з прав людини подібне ставлення. З огляду на їхній конкретний мандат на захист прав особи, чи вони "упереджені" на користь прав, коли останні суперечать державним інтересам? Чи були б неспеціалізовані суди більш "об'єктивними?" Чи можна сперечатися, однак, що основні права настільки важливі та крихітні, що доцільно створити суди, які, ймовірно, будуть особливо уважні до осіб, які на них посилаються?*

Наведені тут побоювання у руслі співвідношення питань захисту прав людини і державного суверенітету вирішуються у руслі якості урядування, оскільки інституційні та процедурні засади організації публічної влади мають бути просякнуті ідеєю захисту прав людини.

<sup>38</sup> Україна зв'язана з *well established case law* Суду ЄС відповідно до положень Угоди про асоціацію, яка передбачає низку заходів щодо зближення законодавства України із законодавством ЄС, в основі чого лежить зокрема і визнання Україною *acquis communautaires*, складником якого є і юриспруденція Суду

ного суду<sup>39</sup>. Власне, відповідь на це запитання дає доктрина конституційного патріотизму<sup>40</sup>, яка зважає на універсальні конституційні цінності та принципи з урахуванням особливостей національного правопорядку з інституційної та процедурної точки зору. Конституційний патріотизм є національними практиками втілення засадничих цінностей і принципів, які відображають водночас національну конституційну традицію та принципи-універсалії органічного конституціоналізму. Це робиться з метою забезпечення справедливого балансу між більшістю та меншістю і збереженням конституційної когерентності:

Концепція конституційного патріотизму часто пропонувалась як рішення складного питання політичної лояльності в суспільствах, що стають все більш мультикультурними. Сам Юрген Габермас неодноразово висунув ідею про те, що можна було б відокремити політичну культуру, яка характеризується спільними універсалістськими принципами – коротше кажучи, конституційним патріотизмом – від культури “більшості” даного державного устрою, тим самим сприяючи політичному залученню (інклюзивності)<sup>41</sup>.

Різноманітність виникають при передачі частини повноважень держави наднаціональним інститутам. Однак це питання лежить у площині установчої влади народу та здійснення передачі повноважень у конституційно визначений спосіб. Як у свій час висловився Конституційний Трибунал Польщі, це питання лежить у площині забезпечення конституційності процедури приєднання держави до наднаціональних інституцій ЄС, зокрема:

Вступ Польщі до Європейського Союзу не підірвав верховенство Конституції над усім правопорядком у сфері суверенітету Республіки Польща. Норми Конституції, будучи вищим актом, який є вираженням волі нації, не втрачають своєї обов'язкової сили або змінюють свій зміст лише через факт непримиренної невідповідності між цими нормами і будь-яким положенням Співтовариства. У такій ситуації автономне рішення щодо

ЄС (хоча ці питання стосуються юридичної аргументації та доведення юридичних позицій сторін у справі, що є на розгляді у суді).

<sup>39</sup> Стосовно юрисдикції Міжнародного кримінального суду, який на засадах субсидіарності доповнює національну систему кримінальної юстиції у разі відсутності або неефективності національного юридичного захисту, КСУ фактично визнав його наднаціональним інститутом, оцінивши припис Преамбули Римського статуту “Міжнародний кримінальний суд <...> доповнює національні органи кримінальної юстиції” неконституційним (висновок КСУ № 3-в/2001). На сьогодні чинний текст Конституції України передбачає припис, який містить техніку обходу цього проблемного рішення КСУ із відкладальною умовою щодо імплементації Римського статуту, яким керується у своїй діяльності Міжнародний кримінальний суд (далі – МКС), що його юрисдикція може бути визнаною Україною на умовах, визначених у самому Римському статуті МКС (ч. 6 ст. 124 Конституції України).

<sup>40</sup> Цю теорію нині розглядають як “привабливу, але слабо визначену”: ‘Kim Lane Scheppele. Constitutional patriotism: An introduction’ [2008] 6 (1) International Journal of Constitutional Law 67–71, <<https://doi.org/10.1093/icon/mom039>>.

<sup>41</sup> Ibid 68.

відповідного способу вирішення цієї невідповідності, у тому числі щодо доцільності перегляду Конституції, належить польському конституційному законодавцю<sup>42</sup>.

Водночас Конституційний Трибунал зробив застереження, що приєднання Польщі до установчих договорів ЄС ‘жодним чином не означає аналогічного пріоритету цих угод [як це має місце щодо звичайних законів] над Конституцією’. Власне кажучи, як мені здається, це стало одним із чинників виникнення справжньої юрисдикційної війни між Трибуналом та Судом ЄС та ЄСПЛ наприкінці 2021 р., яка стосується ситуації недодержання Польщею елементарних гарантій незалежності судової влади, адже таким не відповідає ситуація<sup>43</sup>, коли Міністерство юстиції як ексекютива домінує у процесі формування суддівського корпусу, а палата Верховного Суду може вирішувати питання дисциплінарної відповідальності суддів, коли існує реальна небезпека профайлінгу суддів, рішення яких переглядаються у порядку апеляції та касації, що безпосередньо атакує засади незалежності суддів. І це не є ситуацією “дружнього до права ЄС тлумачення внутрішньодержавного права, <...> несумісного із мінімальними гарантіями функцій реалізації Конституції”, а якраз навпаки.

Польський досвід засвідчує доволі делікатні грані становлення сучасного транснаціонального права. *Stricto sensu* воно сьогодні існує у вигляді права ЄС із його доволі дивовижною і громіздкою конституційною структурою, на який, як мені видається, відчуваються істотні впливи інституційного дизайну Священної римської імперії германської нації. Оскільки це питання зачіпає як конституційну ідентичність націй, так і поле співробітництва на наднаціональному рівні, ключовим тут залишається трактування принципу субсидіарності<sup>44</sup>, що в Україні стало од-

<sup>42</sup> Judgment of 11 May, 2005, K 18/04.

<sup>43</sup> У рішенні К 3/21 КТ (Wyrok K 3/21, Trybunał Konstytucyjny: Ocena zgodności z Konstytucją RP wybranych przepisów Traktatu o Unii Europejskiej, <<https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej>> (accessed: 10.01.2022)) з покликанням на статтю 1 (1), (2) та речення 3 статті 4 Договору про Європейський Союз кваліфікував, що ніби у практиці Суду ЄС сформувався підхід, згідно з яким їхнє тлумачення Судом досягло “нової стадії”, на якій:

*а) органи Європейського Союзу діють поза межами повноважень, наданих Республікою Польща в договорах, б) Конституція не є вищим законом Республіки Польща, що має пріоритет чинності та застосування, в) Республіка Польща не може функціонувати як суверенна і демократична держава – це не відповідає ст. 2, ст. 8 та ст. 90 сек. 1 Конституції Республіки Польща.*

<sup>44</sup> Якщо коротко, принцип субсидіарності визначає обсяг і порядок визначення повноважень рівнів публічної влади, що залежить від масштабів владних функцій, наявних ресурсів та інституційної спроможності. Принцип субсидіарності розглядається як конституційна засада у міжнародному праві (Andreas Follesdal, “The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law” в *Global Governance as Public Authority: Structures, Contestations and Normative Change. Jean Monnet Working Paper 12/11* <<https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/JMWP12Follesdal.pdf>> (accessed: 10.01.2022)). Він також має значення для розуміння критеріїв допустимості конституційних скарг, яке помилково у ст. 151<sup>1</sup> Конституції України сформульовано через кальку ст. 34 Конвенції з прав людини



ним із каменем спотикання при ухваленні конституційних законопроектів щодо децентралізації влади.

### 3. Демократична легітимізація конституційної юстиції: дилема юристократії та верховенства парламенту

Зазначена проблематика чи не ключова для функціонування вітчизняної конституційної юстиції, що також відповідає загальносвітовим трендам. Тут буде проаналізовано, чи настільки конституційна юстиція атакує народне представництво, скасовуючи акти парламенту і чи це насправді не служить виправданням свавілля при здійсненні перевірки конституційності юридичних актів вищих органів влади. Проблема верховенства судів (*juristocracy*) полягає в тому, що саме органами конституційної юстиції завершується в крайньому випадку, коли (а) немає конституційної проблеми, яку не можна було б вирішити судами, і (б) жодна конституційна проблема насправді не вирішується, доки не буде розв'язана судом<sup>45</sup>. Як свідчать дослідження, проблема лежить у забезпеченні відбору суддів на засадах належного представництва та цілісності судді (добросовісності, *moral integrity*) та обґрунтування актів конституційної юстиції.

3.1. Чому конституційна юстиція легітимна: проблема представництва юридичного співтовариства та *moral integrity* суддів. Як вже зазначалося, вимоги *moral integrity* конституційних суддів виражають стандарти представництва юридичного співтовариства на рівні спеціалізованого органу конституційної юстиції. Таке представництво є відмінним від представництва народу у парламенті – таке представництво ґрунтується на низці вимогах професійного, ділового та морального характеру<sup>46</sup>. Це є представництво із числа працівників вільної професії правників. Хоча є і винятки, адже до складу Конституційної ради Франції, окрім правників, входять видатні політичні діячі, а також президен-

і основоположних свобод як вичерпання засобів юридичного захисту, адже природа національного конституційного суду та міжнародного суду дещо відмінна. Детальніше див.: Definition and Limits of the Principle of Subsidiarity, Report prepared for the Steering Committee on Local and Regional Authorities (CDLR), *Local and regional authorities in Europe*, No. 55 <<https://rm.coe.int/1680747fda>> (accessed: 10.01.2022).

<sup>45</sup> Donald E. Bello Hutt, 'Against judicial supremacy in constitutional interpretation' (2017) 31 *Revus* 1, Online since 01 June 2019 <DOI: 10.4000/revus.3659>.

<sup>46</sup> Зокрема, ч. 4 ст. 148 Конституції окрім вікового цензу, формальної вимоги щодо юридичної освіти та 15-річного стажу у сфері права також визначає якісні критерії – “високі моральні якості та <...> визнаний рівень компетентності”. Моральні якості стосуються цілісності особистості судді, який має ухвалювати рішення незалежно і безсторонньо для зовнішнього спостерігача навіть в умовах гострих суспільно-політичних дебатів та громадського тиску; натомість критерій визнаного рівня компетенції означає ніщо інше, як досконале володіння інструментарієм інтерпретації та юридичної аргументації у сфері публічного права – знань тут недостатньо, тут ключовим критерієм має бути інтерпретація права у соціальному контексті відповідно до конституційних цілей. З цих причин дебати щодо забезпечення конкурсного відбору до складу КСУ є важливими для підвищення ступеня демократичної легітимізації вітчизняного органу конституційної юстиції.

ти, строк повноважень яких скінчився, що, напевно, втілює ідею забезпечення континуїтету державності.

Ці питання стають також визначальними при компонуванні конституційних судів як спеціалізованих органів. Наприклад, у Словаччині встановлено вимогу внесення на розгляд Президенту не менше двох кандидатур на відкриту вакансію судді Конституційного Суду. Такі кандидатури висуває Національна Рада за пропозицією Президента, фракцій парламенту, представників судової влади, адвокатів та академічної спільноти. Такі відносини є в інших країнах і вони по суті визначають негласні правила парламентської гри – на композицію органів конституційної юстиції впливають результати консультацій між парламентськими фракціями. За принципом консенсусу у складі органу конституційної юстиції забезпечується представництво парламентської більшості та опозиції<sup>47</sup>. Однак оскільки судді конституційних судів призначаються на значно більший термін (6–12 років), ніж парламенти (4–5 років), то зазначені міркування не завжди є визначальними<sup>48</sup>. При цьому вирішальне значення має принцип спеціалізації – суддя має досконально розуміти публічне право і визначатися у пріоритетах у світлі конституційних цілей щодо обмеження влади та гарантій прав людини.

Хоча парламент як інститут народного представництва поряд із президентом бере участь у формуванні конституційного суду/ради, який, на перший погляд, стає таким чином вторинним органом публічної влади, однак це суті не змінює – конституційні суди/ради репрезентують юридичне співтовариство. Така процедура їх формування визначає засади їх демократичної легітимізації, адже народним голосуванням навряд чи можна визначити високі ділові якості, рівень компетентності та *moral integrity* кандидата на посаду конституційного судді. Насправді систематика цих відносин характеризує реальний стан громадянського суспільства (юриспруденція як одна із вільних професій є його своєрідним тестером) і демократичної підзвітності та підконтрольності публічної влади.

3.2. *Законодавець як перший інтерпретатор конституції та роль конституційної юстиції.* Законодавець має можливість широкого правово-

<sup>47</sup> Як це здійснюється, можна продемонструвати на такому прикладі. Протягом 2018–2019 рр. йшов процес формування нового складу Конституційного Суду Словацької Республіки. Особливістю словацької номінаційної процедури є те, що Президент призначає суддю з числа двох кандидатів, запропонованих Національною радою, а також призначає голову Конституційного суду із числа призначених суддів. Колишній прем'єр-міністр Р. Фіцо буквально шантажував Президента І. Гашпаровича тим, що якщо не будуть надані гарантії щодо його призначенням головою Суду, то ніби у Національній раді не буде достатньо голосів для формування повноцінного складу Суду. Все скінчилося тим, що профільний парламентський комітет, дослідивши особисте досьє Фіцо як кандидата у конституційні судді, не виявив у нього достатньо юридичного стажу, оскільки він після отримання диплому в Університеті Павла Йожефа Шафарика в Кошицях одразу почав займатися політикою. Головою Суду було призначено у квітні 2019 р. адвоката І. Фіачана, а потім у жовтні 2019 р. склад Конституційного Суду Словаччини було остаточно сформовано.

<sup>48</sup> М Савчин, *Порівняльне конституційне право* (ВАІТЕ 2020) 326.

го регулювання суспільних відносин, на відміну від суду, який вирішує конкретну справу та юридичний спір. Свобода розсуду, яку реалізує законодавець, означає обрання певної оптимальної моделі правового регулювання, яке має ґрунтуватися на засадах пропорційності, щоб не було загрози посягання на сутнісний зміст прав людини<sup>49</sup>.

Доволі часто зазначена проблематика лежить у контексті слабкої та сильної моделі судового перегляду актів парламенту, зокрема при парламентській моделі перегляду конституції. При парламентській моделі урядування цю дилему можна вирішувати двома основними способами:

1) збалансувати потенційні афекти парламентської більшості у разі її тяжіння до диктатури сильною моделлю конституційної юстиції, як це має місце у Німеччині чи Словаччині;

2) забезпечення балансу через бікамералізм парламенту, де верхня палата як постійно діюча може забезпечити безперервність парламентаризму із сильною нижньою палатою; однак акти парламенту підлягають конституційній перевірці, якій слід надавати перевагу, оскільки президентське вето долається повторним ухваленням закону.

У цьому випадку стоїть питання, яким саме чином законодавець буде конкретизувати конституційні положення у разі “мовчання” конституції щодо певної моделі правового регулювання, яке інколи КСУ плуває із питаннями політичної доцільності. Згідно з останніми дослідженнями різних аспектів засад верховенства права законність як його складник передбачає ухвалення законів, які мають відповідати критеріям справедливості, балансування інтересів між більшістю і меншістю, за результатами суспільно-політичних дебатів, де всі заінтересовані учасники мають бути заслухані, відповідні пропозиції мають стати предметом обговорення, стосуватися істотних моментів правового регулювання відповідної сфери суспільних відносин. З таких міркувань існує припущення, що законодавець володіє більш широким спектром бачення напрямів та глибини правового регулювання певної проблематики. Тому *законодавець виступає фактично першим інтерпретатором конституції*.

Однак згідно з принципом спеціалізації, коли питання потребує спеціальних знань, воно може стати питанням регулювання з боку незалежних регуляторів<sup>50</sup>, які мають відповідати критеріям незалежності, безсторонності та бути підзвітними і підконтрольними парламентові, який ці сфери регулює на рівні загальних принципів права та визначає повноваження і правила здійснення регуляторних процедур незалежними регуляторами. Так само, принцип спеціалізації стосується суддів, однак вони є не суб'єктами правового регулювання, а здійснюють судо-

<sup>49</sup> Ця доктрина сформульована у рішенні КСУ № 2-рп/2016, в якому зазначено, що запровадження певних обмежень не може посягати на сутнісний зміст прав людини.

<sup>50</sup> Зокрема, див.: Christopher Hood, Oliver James, George Jones, Colin Scott, and Tony Travers, *Regulation Inside Government: Waste-Watchers, Quality Police, and Sleazebusters* (Oxford University Press 1999).

вий перегляд актів незалежних регуляторів щодо їх відповідності стандартам верховенства права.

3.3. *Принцип вірності конституції і зв'язаність законодавця рішеннями конституційної юстиції та окремі винятки.* Законодавець є зв'язаний положеннями конституції і не може при ухваленні законів викривлювати їхній зміст, це пов'язано з розмежуванням установчої та законодавчої влади, оскільки зміни до конституції

означають ті форми конституційних змін, які виникають через певні виняткові або “вищі” форми законотворчості, а саме: ті, що передбачають високий рівень народної мобілізації та міжгалузевої співпраці, а не більш звичайні форми. законодавчої, судової та виконавчої діяльності<sup>51</sup>.

Таке розмежування означає, що законодавець не може посягати на конституційні цінності та принципи, а має належним чином конкретизувати їхні положення.

Не є завданням суду упроваджувати певні масштабні соціальні реформи – суд щодо цього є доволі консервативною інституцією. Всією повнотою повноважень володіє законодавець, і парламент може доволі оперативного втручатися у кризову ситуацію. Однак із практичної точки зору ці відносини є конкурентними, за інституційним дизайном – є відносинами балансування, а за змістом – є відношенням загального і особливого у праві.

Таким чином, інновації у праві впроваджуються судом за умови розв'язування певних проблем у разі невизначеності законодавства у світлі обставин, що змінилися, і за умови, що це сприяє динамічним змінам у правовій системі. Втілення таких інновацій лежать у площині суддівського розсуду. Загалом можна виділити три основні суддівські стратегії, у межах яких реалізується певною мірою суддівський розсуд – стримування, нейтральності та активізму. Їхні елементи можуть поєднуватися залежно від особливостей конкретної справи, їх суб'єктного складу, складності фактичних обставин, темпорального перебігу, загального впливу на динаміку правової системи тощо<sup>52</sup>.

Відповідно, у вище наведеному рішенні від 26 лютого 2014 р. ФКС Німеччини сформулював доктрину вірності конституції, згідно з якою Бундестаг при ухваленні законів чи внесенні до них змін має враховувати юридичну позицію, яка міститься у рішеннях ФКС, якщо такі стосуються конкретного предмету правового регулювання. Так само і КСУ у своїй діяльності мав справу із порушенням Верховною Радою засад вірності Конституції, оскільки незважаючи на наявне рішення Суду

<sup>51</sup> Tom Ginsburg, Rosalind Doxon (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011) 96.

<sup>52</sup> М Савчин, ‘Конституційні інновації та вірність конституції’ (2016) 7–8 Віче 46.

у справі щодо судового контролю за поміщенням особи до психіатричного закладу<sup>53</sup>, повторними правками у закон передбачив у невідкладних випадках процедури поміщення особи до психіатричного закладу<sup>54</sup>, минаючи вимогу обов'язкового судового контролю, що є несумісним із імперативними вимогами ст. 29 Конституції.

3.4. *Quis custodiet ipsos custodiet* або коли не можна переходити грань? Щодо конституційної юстиції завжди існує дилема *Quis custodiet ipsos custodes?* Її суть зводиться до уповноваження щодо захисту конституційних цінностей/принципів. Адже чи то конституційний суд, чи то верховний суд ніби має вади демократичної легітимації і не піддається звичайному поясненню через егалітаризм чи плебісцитарну демократію. Натомість виникає запитання: а хто бере участь формуванні та яким чином виникає розуміння цінностей та їх систематики. Власне кажучи, проблематика пов'язана із природою установчої влади та розуміння конституції як спільнотворення (*commonwealth*). Досягнення суспільного консенсусу щодо розуміння спільних цінностей, на якому засновано спільнотворення, потребує координації зусиль та спільної діяльності у рамках певного цілепокладання.

О. Шайо при характеристиці відносин у системі поділу влади говорить про недостатність політичних засобів:

Контроль, який здійснюється розділеними гілками влади одна за одною, явно недостатній. Якщо влада розділена, то може статися, у крайньому випадку, таке: при необхідності прийняти спільне рішення, одна із сторін, посилаючись на антиконституційність пропозицій іншої, відмовиться від співпраці<sup>55</sup>.

Таким чином, при виникненні таких ситуацій, пов'язаних із визначенням обсягу повноважень органів публічної влади, необхідно керуватися конституційними принципами, зокрема, принципом поділу влади. Водночас, як підкреслював Ф. Ермакора, ефективність конституційної юстиції зумовлена застосовністю, легітимністю та гарантованістю<sup>56</sup>. За таких обставин, інституційно органу конституційної юстиції логічно діяти як незалежному органу влади, оскільки як процедура призначення суддів, так і порядок ухвалення рішень потребує належної демократичної легітимації: у першому випадку – досягнення інститутів влади згоди щодо досягнення такої композиції конституційного суду/ради, яка б дозволяла забезпечувати баланс повноважень і континуїтет у діяльності органів публічної влади; у другому випадку – належна юридична аргу-

<sup>53</sup> Рішення КСУ № 2-рп/2016.

<sup>54</sup> Рішення КСУ № 13-р/2018.

<sup>55</sup> Андраш Шайо, *Самоограничение власти (краткий курс конституционализма)* (БЕК 2001) 224.

<sup>56</sup> F Ermacora, *Grundriß der Menschenrechte in Österreich* (Manzsche Verlag 1988) 30.

ментация<sup>57</sup> дає змогу розвивати зміст фундаментальних принципів і захищати конституційні цінності. Таким чином, *Конституційний Суд має діяти на засадах верховенства права і дбати про належну юридичну аргументацію власних рішень з огляду на його демократичну легітимізацію у конституційній композиції публічної влади як незалежного арбітра.*

#### 4. Конституційна скарга: проблема ефективності захисту прав людини

Щоб забезпечити захист прав людини, суд, за відомим висловом *de minimis non curat praetor* (суддя не займається дрібницями), має вирішувати істотні питання, як із цього приводу висловився Верховний Суд США:

Принаймні, вимога про постійну дію [конституції] не виконується, якщо позивач не має такої особистої зацікавленості в результаті суперечки, щоб усунути ту конкретну несприятливість, яка загострює подання питань, вирішення яких значною мірою залежить від суду <...><sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Питанням юридичної аргументації присвячена чимала література (Е Т Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions* (Dordrecht 1999); Eveline T Feteris, 'Fundamentals of legal argumentation. A survey of theories on the justification of judicial decisions?' [2018] 7 (3) *Journal of Argumentation in Context* 352–4; N MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford 1978); N Petersen, *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa* (Cambridge University Press 2017), однак в Україні вона ще лише знаходить свого дослідника (наприклад, М Савчин 'Конституційні принципи та їх інтерпретація' (2017) 7 *Право України* 30–8; О Шербанюк, 'Принципи права в аргументації рішень конституційних судів' (2021) 5 *Вісник Конституційного Суду України* 102–9). Наскільки важлива належна аргументація для КСУ видно на прикладах рішень щодо строків перебування Президента України на посаді та щодо так званої антикорупційної інфраструктури, які значно знизили демократичну легітимізацію цього органу. Це навіть дало привід заговорити деяким дослідникам про наявність конституційної кризи (Mikhail Minakov and William Pomeranz, 'Constitutional Crisis in Ukraine: Looking for Solutions' (2021) 65 *Kennan Cable*), хоча, як на мене, "фірмовим стилем" конституційних криз (і, власне, їх розв'язанням) в Україні є явище майдану (масових протестів проти зловживань владою), яка має чітку тяглість від традиції віче (народного зібрання, де обирали і скидали з влади князя) з періоду Русі-України, що вписується цілком у рамки права на опір народу тиранії. Так, рішенням КСУ № 13-р/2020 було визнано систему антикорупційних органів таку, яка загрожує незалежності суддів, оскільки

головним напрямом забезпечення незалежності судової влади є створення спеціальних інституцій, метою діяльності яких є виведення органів правосуддя з поля адміністративного контролю та фактичного управління органів виконавчої та законодавчої влади, <...> дисциплінарні органи повинні бути незалежними від уряду, а дисциплінарне провадження або провадження щодо відводу суддів повинне визначатися відповідно до усталених процедур, що гарантують права суддів на справедливий, прозорий та незалежний розгляд справи. <...> будь-які форми та методи контролю у виді перевірок, моніторингу тощо функціонування та діяльності судів і суддів повинні реалізовуватись лише органами судової влади та виключати створення таких органів у системі як виконавчої, так і законодавчої влади.

З огляду на такі міркування КСУ встановив, що ніби Національне агентство з питань запобігання корупції (далі – НАЗК) володіє "контрольними функціями, що мають прямий і безпосередній вплив <...> на суддів Конституційного Суду України". Таким чином, на думку КСУ, НАЗК як орган виконавчої влади здійснює контрольні функції щодо судів, що є неприпустимим з огляду на конституційні гарантії незалежності судів. Однак насправді ці функції стосуються моніторингу й аналізу стану доходів і витрат суддів і вони не стосуються самої суддівської діяльності, а у разі виявлення випадків стилю життя певним суддею, який несумісний із його статусом, мають вживатися заходи дисциплінарної відповідальності щодо такого судді (зокрема, стосовно конституційних суддів у порядку ч. 3 ст. 149 Конституції).

<sup>58</sup> *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737, 770 (1984).

Тому ключовим питанням при вирішенні конституційних скарг є захист сутнісного змісту права і з'ясування, в яких істотних елементах його сутнісне ядро зачеплене свавільними діями держави та/чи третіх осіб і яким чином має бути справедливе поновлення у правах. Цими параметрами власне і визначається ефективність конституційної скарги.

4.1. Чому у континентальній системі права найпізніше виникає конституційний механізм захисту прав людини? Ідея судового перегляду актів публічної адміністрації щодо відповідності фундаментальним принципам права, зокрема поваги до гідності і прав людини, в умовах домінування писаного і кодифікованого права, отримує спротив з міркувань публічного інтересу. Хоча в одному зі своїх рішень ФКС Німеччини вказав, що при розгляді конституційних скарг забезпечується публічний інтерес<sup>59</sup>, однак кінцевою метою такого судового розгляду є захист прав людини як ключового елемента конституційного порядку<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> ФКС Німеччини сформулював підхід (цит. за: Й Изензее и П Кирххоф (н 6) 309), згідно з яким порушення права має бути безпосереднім і стосуватися саме основоположних прав:

‘Допустимість конституційної скарги передбачає твердження особи, яка подала скаргу, що актом публічної влади порушено її основоположні права. Цей акт може завдати шкоди правовій позиції самої особи, яка подала скаргу, безпосередньо на поточний час’.

<sup>60</sup> Із цього припису також видно, що не має значення, чи втратив чинність правовий акт, який оскаржується, тут головним питанням є чи порушено основоположне право і чи заподіяна йому конкретна шкода.

У рішенні *Ferreira v. Levin NO & Others* (1995) Конституційний Суд Південно-Африканської Республіки (далі – КС ПАР) вказав на специфіку публічного характеру розгляду скарг індивідів проти публічної влади, зокрема її посадовців:

<...> у судових спорах публічного характеру цей зв'язок [між позивачем і відповідачем, якщо обидва є приватними особами] рідко буває настільки інтимним. Загалом шукана допомога є перспективною та загальною в застосуванні, тому вона може безпосередньо вплинути на широке коло людей. Крім того, ймовірна шкода часто може бути досить змішаною або аморфною.

Далі Суд наводить різницю між публічним характером захисту прав людини на відміну від традиції *common law*, яка тяжіє до приватноправового захисту:

<...> не можна провести яскраву межу між приватним захистом і захистом публічного або конституційного характеру. Не всі позаконституційні засоби захисту мають приватний характер. Також не можна стверджувати, що всі позаконституційні засоби захисту пов'язані із скаргами суто публічного характеру: оскарження конкретного адміністративного акту чи рішення може мати приватний, а не публічний характер. Але зрозуміло, що у судовому процесі публічного характеру можуть бути доречні різні міркування, щоб визначити, хто повинен мати право порушувати судовий процес. З огляду на це, розділ 7(4) [Конституції ПАР] передбачає ширшу мережу для визнання, ніж це традиційно застосовує загальне право.

Далі КС ПАР аналізує природу *actio popularis*, і потім дає характеристику предмету скарги, який має значення для захисту прав невизначеного кола осіб, і насамкінець Суд наголосив, що, захищаючи свої права, скаржник забезпечує захист публічних інтересів, тобто захист прав людини імпліцитно включає в себе забезпечення публічного інтересу *per se*.

Верховний Суд Індії, при визначенні публічного інтересу у справі *M. C. Mehta v. Union of India* (1988 S.C.R. (2) 530) вказав на те, що Федеральний уряд не доклав достатньо зусиль задля очищення річки Ганг, порушуючи свої конституційні та законодавчі обов'язки, хоча при цьому скаржниками не було наведено конкретні факти спричинення шкоди чимось правам. Як стверджує Майкл Дорф (Michael C. Dorf, ‘Abstract and Concrete Review’ in Vikram David Amar, Mark V Tushnet (eds), *Global Perspectives of Constitutional Law* (Oxford University Press 2009) 13):

‘Верховний суд Індії тлумачить свою юрисдикцію надзвичайно широко, так що навіть лист до редактора газети чи листівка до судді можуть послужити підставою для відкриття провадження.’

Гарантії *habeas corpus*, притаманні англо-американській системі права, звужують межі довільного застосування права органами публічної адміністрації та ухвалення несправедливих законів. Натомість у континентальній Європі, зважаючи на дилему юристократії та верховенства парламенту<sup>61</sup>, триває вічний спір щодо легітимності такої перевірки.

Однак у континентальній Європі конституційна скарга була запроваджена лише після Другої світової війни, коли Нюрнберзький трибунал покарав нацистських злочинців за злочини проти людяності і миру, які були засновані на систематичній політичній політиці із цілеспрямованого переслідування цілих етнічних груп і різних меншин. Тому насамперед виникало запитання: якщо конституційні суди будуть розглядати індивідуальні скарги, чи не перетворяться вони у своєрідні суперревізійні інстанції, тим самим підриваючи авторитет судів загальної юрисдикції? Але насправді сталося те, про що попереджував Г. Кельзен, – судді загальних судів так і не знайшли адекватних юрисдикційних засобів протидії актам законодавства і публічної адміністрації, які були дискримінаційними й атакували людську гідність. Ідеться про складнощі інтерпретації права загальними суддями у світлі його основоположних принципів, які потребують юридичної аргументації з використанням досягнень етики, герменевтики і, власне, юриспруденції. Можна також говорити про економічний аналіз права<sup>62</sup>, співвідношення бізнесу і прав людини<sup>63</sup>, однак це не зменшує питання кардинальності ключового питання – доступу до ресурсів та істотності обмеження можливостей самовизначення індивіда.

Функціональне наповнення конституційної скарги у національних правопорядках має доволі конкретну мету – створити задовільний механізм запобігання масових і грубих порушень прав людини. Тут стоїть питання, наскільки конституційна юстиція відстоюватиме те, що у доктрині іменується *the very essence of the right*<sup>64</sup>, згідно з яким суд виявляє, наскільки істотно зачіпає порушення сутнісні елементи конкретного суб'єктивного публічного права, гарантованого конституційними засо-

<sup>61</sup> Як ще писав А. Венн Дайсі, така в Англії виражається, зі свого боку, у співіснуванні *common law* та доктрини *sovereignty of Parliament*, яка пов'язана зі становленням конституційної монархії під час Славетної революції та реформуванням судової системи, яка звершилася створенням Верховного Суду (п 4, 268). Це накладає свій відбиток на юридичну техніку укладання законів, положення яких мають бути придатними для застосування судами, та неприпустимість втручання Парламенту у сферу *common law*, яка твориться судами.

<sup>62</sup> З цієї тематики я би виділив насамперед таку працю: Petersen Niels and Towfigh Emanuel V. *Economic methods for Lawyers* (Edward Elgar Publishing 2016).

<sup>63</sup> Цій проблематиці присвячено перший номер часопису “Філософія права та загальна філософія права” за 2021 рік <<http://phtl.nlu.edu.ua/issue/view/14871>> (дата звернення: 10.01.2022).

<sup>64</sup> У рішенні 3-рп/2015 КСУ визначив основні фрагменти розуміння доктрини сутнісного змісту основоположного права таким чином:

Законодавець, унеможлививши оскарження до суду апеляційної інстанції рішень місцевих загальних судів як адміністративних судів у справах з приводу постанов суб'єктів владних повноважень про накладення адміністративних стягнень, що за ступенем суворості співмірні з встановленими Кримінальним



бами. У такій площині рідко коли загальні суди розглядають юридичні спори за винятками застосуванням засад прямої дії конституції, що передбачає розглядати права людини як обов'язок держави щодо їх захисту. Відповідно, насторожене ставлення до прав людини як фундаментальних принципів права у так званих складних справах часто ставить загальні суди у глухий кут<sup>65</sup>. У Доповіді Європейської комісії “За демократію через право” (Венеційська комісія), яку підготували Г. Арутюнян, А. Нуссбергер та П. Пачолаї, щодо конституційної скарги у системі Ради Європи пояснюється природа конституційної скарги через захист цінностей через призму писаної конституції. Це не викликає сумніву для країн, що репрезентують континентальну Європу. А щодо Сполученого Королівства, яка з огляду на *common law* не має класичного *constitutional review*, його імплементація у сфері прав людини пояснюється подвійно: 1) з огляду на верховенство права ЄС, на відповідність якому суди перевіряють юридичні акти Королівства, та 2) Акта про права людини 1998 р., згідно з яким юридичні акти Королівства мають відповідати Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та юриспруденції ЄСПЛ<sup>66</sup>. Тому слід перейти до сутнісних елементів конституційного перегляду, які становлять основи юридичного захисту у межах індивідуальної конституційної скарги.

4.2. Інституційна пам'ять та імплементація конституційної скарги у національний правозахисний механізм. Проблематика впровадження конституційної скарги в Україні зумовлена певною традицією функціонування владних інституцій, до яких завжди була низька суспільна довіра, оскільки це була влада метрополії щодо колонії або пізніше у формі маріонеткової УРСР. Юридичний стиль діяльності московської імперії та її правонаступниці – СРСР – полягав у зневаженні людської

кодексом України покараннями, допустив непропорційність між поставленою метою та вжитими для її досягнення заходами.  
<...>

З огляду на наведене Конституційний Суд України дійшов висновку, що положеннями частини другої статті 1712 Кодексу адміністративного судочинства України запроваджено у справах з приводу рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів владних повноважень щодо притягнення до адміністративної відповідальності непропорційні обмеження права на оскарження судового рішення, що порушує сутнісний зміст права особи на судовий захист. [підкреслення моє – М. С.]

Справа стосувалася істотних обмежень, якими і до сьогодні рясніє процесуальне законодавство, пов'язаних з оскарженням судових рішень, всупереч конституційним гарантіям доступу до правосуддя в аспекті права на оскарження неправомірних чи свавільних рішень.

<sup>65</sup> Це також спостерігається і в практиці КСУ, у складі якого нині переважають судді – вихідці із загальних судів, та деяких зарубіжних конституційних судах, де також спостерігається значна частка суддів із числа суддів загальних судів (можна, наприклад, це спостерігати за композицією Конституційного Трибуналу Польщі, який зайняв консервативну позицію у справах по абортів, де слід було балансувати між поняттями права на життя плоду (*fetus*) та права особи, тобто жінки, що виносить плід, на самовизначення).

<sup>66</sup> Study on individual access to constitutional justice. Adopted by the Venice Commission at its 85th Plenary Session, Venice Commission, Strasbourg, 27 January 2011, CDL-AD(2010)039rev (Venice, 17–18 December 2010), 8 <[https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2010\)039rev-e](https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2010)039rev-e)> (accessed: 10.01.2022).

гідності та концентрації влади в руках царя/імператора, а пізніше – партноменклатурної кліки, якій мало були відомі ідеї поваги до людської гідності та свобод і прав людини.

Після поновлення незалежності України у 1991 р. ідея конституційної юстиції була втілена лише з ухваленням Конституції України у 1996 р., а конституційна скарга запроваджена з лютого 2018 р.<sup>67</sup>. Вже у згаданому компаративному дослідженні щодо конституційних судів у так званих пострадянських країнах стверджується: *‘У більшості пострадянських держав органи конституційного контролю законів сприймаються як неефективні, залежні від політичної влади і не мають впливу на визнання неконституційними нормативних актів’*<sup>68</sup>.

На перший погляд, розгляд конституційних скарг дистанціює конституційні суди від розгляду гострих політичних питань. Однак самі собою права людини, за влучним виразом Дж. Донеллі, вказують на істотні інституційні проблеми держави і свідчать про певні як політичні, так і моральні зобов’язання держави<sup>69</sup>. Таким чином, обов’язок держави захищати основоположні права призводить до необхідності зміни політики держави та ретельної ревізії правозастосовної практики. Ці проблеми лежать саме у площині сутнісного змісту права як основоположного.

Інституційно це вирішується через певну взаємодію між конституційними та загальними судами, яка є дуальною: 1) субсидіарність конституційного захисту прав, яка, окрім істотності порушення основоположного права, зокрема, включає критерій вичерпання інших засобів юридичного захисту, та 2) можливість загальних судів застосовувати приписи конституції як норми прямої дії у поєднанні з інцидентним конституційним контролем. У цій систематиці юридичного захисту міркування на кшталт обмеження можливостей із доступом з індивідуальною скаргою до конституційного судочинства, як це сформульовано навіть у ст. 151<sup>1</sup> Конституції є відображенням цього вельми специфічного прояву з боку держави до приватних осіб. Це виглядає зневажливо з точки зору обов’язку держави ефективно захищати права у світлі кардинального конституційного рішення (речення третє ч. 2 ст. 3 Консти-

<sup>67</sup> Закон про внесення змін до Конституції ухвалено 2 червня 2016 р., однак КСУ не використовував конституційну скаргу навіть після ухвалення у новій редакції Закону про КСУ від 17 липня 2017 р., а індивідуальні звернення почав розглядати лише з лютого 2018 р., коли було обрано Головою Суду С. Шевчука, створено сенати та ухвалено Регламент КСУ. Особливо гротескно виглядало те, що конституційні скарги не розглядалися, поки КСУ не ухвалив свій Регламент. Про належне юридичне забезпечення конституційної скарги в аспекті якості правового регулювання наголошувалося в одному з аналітичних звітів (Звіт з моніторингу діяльності Конституційного Суду України щодо розгляду конституційних скарг (Програма “Нове правосуддя” 2019) <<https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2019/07/Zvit-z-monitoringu-diyalnosti-Konstitutsijnogo-Sudu-shhodo-rozglyadu-konstitutsijnih-skarg.pdf>> (дата звернення: 10.01.2022)), хоча як свідчить подальша практика розгляду скарг КСУ таке регулювання кардинально на краще не змінило ситуації.

<sup>68</sup> Jacek Zalesny (ed), *Constitutional Courts in Post-Soviet States. Between the Model of a State of Law and Its Local Application* (Peter Lang, 2019) 12.

<sup>69</sup> Джек Донеллі, *Права людини у міжнародній політиці* (пер з англ Завалій Т, Кальварія 2004) 35.

туції). Подібний дискурс щодо потенційно надмірного навантаження на КСУ супроводжує дискусію щодо перспектив упровадження конституційної скарги щодо захисту прав місцевого самоврядування, яку б могли вносити група жителів громади чи органи місцевого самоврядування<sup>70</sup>. За цими критеріями розглянемо у компаративній перспективі особливості вітчизняної моделі конституційної скарги.

4.3. *Вади вітчизняної усіченої статуторної скарги.* Нерозуміння природи процедур на кшталт конституційних скарг чи навіть *habeas corpus*, які розвинені у конституційній юриспруденції, зокрема вже у ФКС ФРН та КС ПАР, стало одним із чинників впровадження статуторної скарги<sup>71</sup> в Україні. Якщо аналізувати конституційне закріплення конституційної скарги в Україні, то слід звернути увагу на формальні та змістовні аспекти критеріїв прийнятності, що впливає на ступінь ефективності зазначеного засобу юридичного захисту<sup>72</sup>. Порівняльний аналіз свідчить, що існують три основні моделі реагування на ситуації порушення органами публічної влади чи її агентами прав людини:

а) індивідуальна скарга (Словаччина, Словенія, Хорватія) – перевірка конституційності правозастосовних актів;

б) змішана скарга (Угорщина, Польща, Чехія) – поєднання абстрактного контролю та контролю правозастосовних актів;

в) статуторна скарга (Україна) – перевірка конституційності законів, застосованих в остаточному судовому рішенні<sup>73</sup>.

Залежно від обсягу розгляду і за юридичними наслідками, зокрема механізмів поновлення порушених основоположних прав, формується національна система розгляду конституційних скарг, однак вона залежить від того, як визначаються формальні та змістовні критерії їх прийнятності.

<sup>70</sup> Нині законопроект про внесення змін до Конституції України щодо децентралізації влади не містить чіткого механізму оскарження до КСУ актів органів державної влади у разі порушення ними прав місцевого самоврядування (Зміни до Конституції України в частині децентралізації влади. Фінальний звіт за результатами інклюзивних позапарламентських публічних консультацій “Зміни до Конституції України у частині децентралізації через консенсус”. Проект тексту змін до Конституції України в частині децентралізації влади, 29.11.2021 <<http://komsamovr.rada.gov.ua/uploads/documents/42960.pdf>> (дата звернення: 10.01.2022)).

<sup>71</sup> Від англійського слова “statut”, яке “*stricto sensu*” означає закон як акт парламенту – такий підхід викривлює сутність конституційної скарги, яка насправді є міксом процедур *habeas corpus* та *amparo*, які, відповідно, репрезентують традицію *common law* та правозахисні процедури у правових системах Латинської Америки, на які мав істотний вплив американський конституціоналізм. Таргетна мета конституційних скарг – захист основоположних прав через оскарження юридичних актів, які у практичній площині проявляються в індивідуальних актах публічної адміністрації, а не настільки в актах парламенту загальної юридичної сили – законах. Насамкінець слід підкреслити, що у практиці ФКС ФРН лише близько 2,5 % скарг отримують свій розгляд у формі остаточного рішення, оскільки основними критеріями їх прийнятності є істотні порушення основоположних прав і субсидіарність засобів юридичного захисту, які мають бути ефективними.

<sup>72</sup> При запровадженні конституційної скарги в Україні це вже було предметом досліджень провідних вітчизняних конституціоналістів у тематичному номері журналу “Право України” № 12/2018 <[https://pravoua.com.ua/ua/store/pravoukr/pravo\\_2018\\_12](https://pravoua.com.ua/ua/store/pravoukr/pravo_2018_12)> (дата звернення: 10.01.2022).

<sup>73</sup> М Савчин, “Careless Whisper” Конституційного Суду України та конституційні цілі (2020) 6 Український часопис конституційного права 72.

Згідно зі ст. 1511 Конституції України формальними критеріями прийнятності конституційної скарги є (1) сумніви у конституційності (2) положень закону, (3) застосованого в остаточному судовому рішенні, коли (4) вичерпано всі інші національні засоби юридичного захисту. Зазначені формальні критерії охоплюються поняттям “субсидіарність конституційного захисту прав людини”, що відмежовує конституційну юрисдикцію від інших видів судових юрисдикцій за предметом спору. Саме йдеться про юридичний спір, оскільки згідно з доктриною політичного питання конституційна юстиція вирішує належним чином лише ті спори, які вирішуються суто юридичними засобами<sup>74</sup>. Усічена модель конституційної скарги, яка полягає лише у перевірці конституційності законів, які мають бути застосовані в остаточному судовому рішенні<sup>75</sup>, істотно обмежують доступність цього юридичного засобу захисту<sup>76</sup>, який за таких обставин складно кваліфікувати як ефективний засіб юридичного захисту у сенсі ст. 13 Євроконвенції.

За матеріальними критеріями конституційні скарги підлягають перевірці в аспекті, (1) чи не було істотно порушено (2) суб’єктивне публічне право як (3) основоположне<sup>77</sup>. При вирішенні цих питань КСУ, на жаль, пішов хибним шляхом, бо одна із перших так званих відмовних ухвал була прийнята цілком у стилі сумнозвісних відписок радянського штабу<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Суть цієї доктрини полягає у відмові у розгляді конституційними судами справ, які не можуть бути розв’язані юрисдикційними засобами. Див. зноску п 22.

<sup>75</sup> Формально це питання вирішується в аспекті приписів п. 8 ч. 2 ст. 129 Конституції, згідно з якими гарантується право на апеляційний перегляд судових рішень безумовно, а касаційне оскарження – у разі визначеному законом. Субстантивно, це слід також розглядати через призму ефективності результативності судових оскаржень у сенсі ст. 13 Євроконвенції.

<sup>76</sup> Цей порядок змінив процедуру інцидентного конституційного контролю подвійно. По-перше, суди загальної юрисдикції хоча і раніше згідно із приписом ч. 3 ст. 8 Конституції та Постановою Пленуму Верховного Суду України (Про застосування положень Конституції України при здійсненні правосуддя: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 1 листопада 1996 р. № 9 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-96#Text>> (дата звернення: 10.01.2022)) могли застосувати конституційні приписи як норми прямої дії, тепер більш широко користуються цією можливістю. Водночас змінився порядок звернення загальних судів до КСУ через Верховний Суд (раніше, окрім певних окремих питань стосовно незалежності суддів ВСУ так і не звертався до КСУ щодо неконституційності законів у сфері прав людини), оскільки сьогодні немає потреби зупиняти провадження у справі – суд, на розгляд якого є справа, має ухвалити рішення по суті й ухвалити окреме рішення про клопотання перед Верховним Судом щодо внесення конституційного подання про конституційність положення закону, застосованого судом загальної юрисдикції. Процедура сама собою доволі породжує колізії у юрисдикціях, але ту проблему можна усунути шляхом імплементації преюдиційного запиту, коли суд, який розглядає справу, міг би звертатися через Верховний Суд до КСУ про постановлення висновку з метою однакового застосування положень Конституції (аналогічна процедура діє у Суді ЄС, а також згідно з Протоколом № 16 до Євроконвенції в ЄСПЛ; строк постановлення висновку становить два місяці).

<sup>77</sup> Природа прав людини як основоположних розкривається у багатьох працях, а б виділив серед найважливіших тут такі: С Головатий, *Про людські права* (Дух і Літера 2016); Штефан Госепат та Георг Ломанн (ред.), *Філософія прав людини* (пер з нім, Ніка-Центр 2008).

<sup>78</sup> У справі за скаргою Чебаненко КСУ вказав таке (Ухвала від 13 червня 2018 р. № 19-у(І)/2018): *‘Аналіз змісту конституційної скарги [де? – М. С.] та долучених до неї матеріалів дає підстави [які? – М. С.] для висновку про те, що Чебаненко Т. В. не обґрунтував своїх тверджень щодо невідповідності <...> Конституції’.*

Однак КСУ насправді не навів жодних аргументів у межах вказаного “аналізу”, а також які “долучені <...> матеріали” мав на увазі Суд так і невідомо (тексти скарг недоступні на офіційному сайті). Хоча аргументація зарубіжних конституційних судів чи міжнародних судів щодо необґрунтованості

Істотність порушення права є однією із причин відмови у розгляді конституційних скарг, коли близько 2–2,5 % із загального числа їх задовольняється. Якщо йдеться про сутнісні характеристики цього права як основоположного суб'єктивного публічного права, то тут має місце визначення його через принцип пропорційності у світлі негативних і позитивних обов'язків держави щодо їх захисту, що потребує доказуванням скаржником у самій скарзі.

4.4. *Можливі шляхи виходу із ситуації та внутрішні ресурси конституційної юстиції.* Якими ж внутрішніми резервами володіє КСУ для забезпечення належного захисту конституційних прав, оскільки очікувати на покращення ситуації у зв'язку із переглядом окремих конституційних положень за таких обставин не вельми виправдано?

Права людини визначають певні стандарти і вимоги до діяльності публічної влади. Тому функціонально розгляд конституційних скарг наповнений змістом крізь призму обов'язку держави поновити порушене право. Оскільки основним порушником прав людини виступає держава в особі органів виконавчої влади, на перший план виступає, яким чином такий обов'язок захисту трактується судами<sup>79</sup>. Цьому нині перешкоджають панівні доктрини, від яких слід КСУ відмовитися, оскільки вони атакують верховенство права та повагу до прав людини, зокрема, відмова вирішувати питання, пов'язані із прогалинами та колізіями у законодавстві, відмова розглядати нечинні правові акти<sup>80</sup>. Такі підходи порушують юридичну визначеність і передбачуваність у праві як компоненти верховенства права, яке гарантується ч. 1 ст. 8 Конституції. Тобто всі проблеми слід вирішувати у межах взаємозв'язку прав людини із іншими принципами права. Тут, власне кажучи, лише окреслено перший компонент принципу пропорційності – заснованість втручання держави на законі. Насправді органи конституційної юстиції при вирішенні прийнятності індивідуальних скарг за змістовним критерієм також визначаються щодо нагальності та значущості необхідності застосування таких заходів у демократичному суспільстві таким чином, щоб вони були адекватними та не посягали на сутнісний зміст основоположного права. Таким чином, простої констатації відсутності аргументації чи на-

тверджень заявника переважно полягає в їх аналізові через принцип пропорційності втручання держави у приватну автономію індивіда.

<sup>79</sup> Так, у компаративному дослідженні Венеційської комісії наголошується (п 59, 13), що навіть у Нідерландах, де немає спеціалізованого конституційного суду, суди несуть обов'язок захищати конституційні права у світлі міжнародних зобов'язань у сфері прав людини:

*‘Немає ані спеціального суду, ані верховного суду зі спеціальною компетенцією контролю. Кожен суд у Нідерландах має повноваження (і обов'язок) переглядати національне законодавство у світлі конвенцій з прав людини та інших договорів, що виконуються самостійно’.*

<sup>80</sup> Такі підходи визнані неправомірними Конгресом Конференції європейських конституційних судів (Т Бирмонтене, Э Ярашонас, Э Спруогис, ‘Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов’ [2008] 2(40)–3(41) Конституционное правосудие: Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии 70–245).

явності певних матеріалів при відмові у розгляді скарги недостатньо – принаймні слід навести логічні умовиводи крізь призму трискладового тесту чи балансування. Тобто *визнання прийнятними конституційних скарг потребує належної юридичної аргументації як основи демократичної легітимізації конституційної юстиції.*

З точки зору належної правової процедури, тут слід говорити про доступність та ефективність конституційного правосуддя у межах національної системи юридичних засобів захисту. Сама собою усічена, статуторна модель скарги унеможливорює можливість перевіряти безпосередньо акти індивідуальної дії органів публічної влади щодо додержання конституційних прав і свобод. Тут, дійсно, у КСУ мало свободи розсуду. Але його дещо надає статусний закон, який деякою мірою конкретизує його обов'язок захисту через призму ч. 3 ст. 89, яка допускає у рамках конституційно-конформного тлумачення законів констатувати, що попри конституційність положень закону, застосованого в остаточному судовому рішенні, вказати у резолютивній частині свого рішення про те, що суд обрав такий варіант тлумачення закону, який має наслідком порушення суб'єктивного публічного права, гарантованого Конституцією. За легітимною метою конституційної скарги це є підставою для поновлення порушеного права, зокрема через перегляд остаточного судового рішення. Таким чином, *доступність та ефективність юридичного захисту через конституційну скаргу зумовлено особливостями цілісного, динамічного тлумачення Конституції та конституційно-конформного тлумачення законів, що є основою юридичної аргументації рішень КСУ.*

### 5. Зобов'язальна сила рішень КСУ

КСУ забезпечує верховенство Конституції України, що впливає із загальної функції конституційної юстиції як органу правового захисту конституції. Оскільки в актах органу конституційної юстиції має місце тлумачення конституції, то їхня юридична сила опосередкована через чинність конституційних приписів, що накладає обов'язки на законодавця бути вірним конституції. Це зумовлює специфіку актів конституційної юстиції, що визначає також відповідальність держави, яка обмежена конституцією, та особливості забезпечення втілення актів конституційної юстиції у рішеннях загальних судів або їх перегляду у разі ухвалення рішень по конституційних скаргах.

*5.1. Природа рішень.* Існує дискусія щодо природи рішень КСУ, оскільки вони визначаються як акти судового прецеденту, інтерпретаційні акти, акти реалізації конституції тощо. Тут важливим є значення актів КСУ задля забезпечення верховенства Конституції України і яким чином його юридичні позиції співвідносяться із положеннями Конституції, на основі яких вони ухвалені. По суті, йдеться про те, що юридична сила

рішень КСУ ґрунтується на приписах Конституції, які покладені в основі аргументації його юридичної позиції, яка визначає зміст їх резолютивної частини. Багато що тут важить, які підходи та методи тлумачення застосує орган конституційної юстиції при юридичній аргументації своїх рішень.

У національній правовій системі акти конституційної юстиції є загальнообов'язковими, оскільки вони пов'язані із забезпеченням найвищої юридичної сили конституції. Хоча не завжди можна говорити, що акти конституційної юстиції є бездоганими і вони стають предметом критики, як то донедавна сталося у Польщі у зв'язку із резонансними рішеннями Конституційного Трибуналу в розріз із зобов'язаннями держави у рамках Європейського Союзу. Також прийнято вважати, що згідно із принципом *res judicata* акти конституційної юстиції є остаточними і не можуть бути предметом перегляду<sup>81</sup>. Хоча насправді не так все однозначно, оскільки конституційні суди використовують динамічне тлумачення і воно передбачає зміну їх юридичних позицій еволюційним шляхом з наведенням належної юридичної аргументації.

Не вдаючись глибоко до дискусії щодо природи актів конституційної юстиції<sup>82</sup>, я є прихильником концепції конституційної юриспруденції. Це впливає із природи інтерпретації конституції та юридичної аргументації актів конституційної юстиції. В умовах романо-германської правової сім'ї органи конституційної юстиції з використанням засобів догматики і герменевтики права формулюють юридичні позиції у справах, послідовне додержання яких в наступних рішеннях виражає сутність конституційної юриспруденції. Однак конституційні суди можуть відхилитися від попередньої юридичної позиції з міркувань покращення захисту прав людини, різкої зміни стану правового регулювання (зокре-

<sup>81</sup> Так, КСУ доволі сміливо зробив у цьому відношенні висновок (рішення № 11-р/2019), що ніби то: *Рішення органу конституційної юрисдикції безвідносно до їх юридичної форми є результатом реалізації Конституційним Судом України виключних конституційних повноважень, тому вони є обов'язковими і не можуть бути оскаржені*

Однак в основі цього рішення був спір щодо обставин звільнення з посади судді С. Шевчука, яке було здійснено із грубими порушеннями вимог належної правової процедури (була ініційована процедура звільнення як голови суду, а рішення ухвалювалося стосовно звичайного судді, суддю С. Шевчука так і не було заслухано на спеціальному пленарному засіданні КСУ) та воно стосувалося питань внутрішньої організації Суду (питання дисциплінарної відповідальності судді та гарантій його незалежності). Тут така ситуація, що імпліцитно включає право на оскарження рішення, яким було порушено суб'єктивне публічне право.

<sup>82</sup> Можна виділити концепції актів конституційної юстиції як актів інтерпретації конституції (Ю М Тодика, *Тлумачення Конституції і законів України: теорія та практика* (Факт 2003)), акти прецедентного значення (М Тесленко, *Судебний конституційний контроль в Україні* (Київ 2001) 317; Т Цимбалістий, 'Правова природа актів Конституційного Суду України' [2007] 1 (21) *Університетські наукові записки* 47–55), нормативної природи актів як *well established case law* (С В Шевчук, 'Загальнотеоретичні проблеми нормативності актів судової влади' (дис д-ра юрид наук, 2008). Названі автори не заперечують правотворчої ролі конституційної юстиції, хоча інколи вживають термін "негативний законодавець", який є своєрідним оксюмороном, оскільки при належній юридичній аргументації у рішенні конституційної юстиції міститься достатньо орієнтирів для приведення у відповідність до конституції закону чи використання її при ухваленні рішень загальними судами або органами публічної адміністрації.

ма внесення змін до конституції), впливу суспільних змін на стан певних правовідносин, надавши належну юридичну аргументацію.

5.2. Виконання рішень та їхня юридична сила. Оскільки юридична сила рішень органу конституційної юстиції випливають із верховенства конституції, то питання їх виконання зачіпають проблеми чинності конституції, тобто її реалізації через конкретизацію і деталізацію у законодавстві, чому має відповідати адміністративна і судова практика. У разі визнання нечинності певного положення правового акту у порядку абстрактного конституційного контролю згідно з п. 1 ч. 1 ст. 151 Конституції, діє принцип вірності конституції, відповідно до якого компетентний орган, юридичний акт (його частина) якого визнано неконституційним, має бути приведеним у відповідність до Конституції України<sup>83</sup>. Тут ключове значення набувають дві речі: 1) яким чином КСУ навів юридичну аргументацію свого рішення, яка служитиме орієнтиром для приведення закону у відповідність Конституції або/та 2) як загальні суди будуть брати до уваги юридичну аргументацію рішення КСУ у разі конституційно-конформного тлумачення закону згідно з ч. 3 ст. 89 Закону про КСУ<sup>84</sup>.

З огляду на це у судів виникає конституційний обов'язок щодо поновлення порушеного конституційного права при розгляді конституційних скарг. Приписи ст. 3 Конституції надають такого змісту ч. 2 ст. 152, який накладає обов'язок на органи державної влади поновити порушені права. Суди мають переглядати свої рішення за заявами уповноважених осіб, якщо рішенням КСУ буде встановлено, що застосовані положення закону в остаточному судовому рішенні є антиконституційними (цілісне тлумачення ст. 3, ч. 1 ст. 55, ч. 4 ст. 55 та ст. 151<sup>1</sup> Конституції). Відмова у перегляді рішень судами є відмовою у правосудді та запереченням сутнісного змісту права на судовий захист. Якщо говорити про рішенням КСУ з конституційних скарг, то вони мають ретроспективний ефект *ex tunc* для скаржника і відповідних обов'язків держави, а для інших осіб – тільки проспективний ефект *ex nunc*.

На законодавця накладається обов'язок привести у відповідність положення закону, яке визнано КСУ неконституційним, що впливає із доктрини відповідності конституції передконституційних положень за-

<sup>83</sup> Принцип вірності конституції конкретизовано у положеннях ч. 1 статей 91 та 97 Закону про КСУ, в якій ідеться про прерогативи Суду визначати, яким чином застосовуються положення Конституції України як норми прямої дії, до моменту, поки Верховна Рада не врахує положення цього рішення, ухваленого Судом, і не внесе корективи у визнані неконституційним положення оспорюваного закону. До речі, такий механізм деякою мірою знижує градус дискурсу із так званим "негативним законодавцем", оскільки у рамках таких координат суди загальної юрисдикції при вирішенні спорів керуватимуться положеннями мотивувальної (та резолютивної) частини рішення КСУ, зокрема Суд може вказати, з якого моменту втрачають чинність неконституційні положення правового акту, що був об'єктом конституційної перевірки (ст. 91), та вказати на строк відповідному органу влади привести його у відповідність до приписів Конституції України у світлі положення рішення КСУ (ч. 1 ст. 97 Закону).

<sup>84</sup> Про Конституційний Суд України: Закон України від 17 липня 2016 р. № 2136-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19/conv#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).



конів<sup>85</sup> та засаді вірності конституції. Якщо говорити про особливості рішень конституційних судів у конституційних скаргах, то наголошується у Генеральній доповіді XII Конференції Конгресу європейських конституційних судів: ‘<...> незважаючи на ефект *ex tunc* рішень Конституційного Суду, загальним правилом є те, що справи, які остаточно вирішені, не переглядаються, за винятком кримінальних справ’<sup>86</sup>.

Така систематика ухвалення юридичної сили актів конституційної юстиції зумовлює дві речі: 1) парламент має додержуватися принципу вірності конституції при внесенні змін до чинних законів або прийнятті нових законів; 2) органи публічної адміністрації та суди мають брати за основу аргументацію власних рішень окремі положення рішень органу конституційної юстиції за подібних обставин та при застосуванні одних і тих же правових норм<sup>87</sup>.

5.3. *Цивілістична доктрина деліктної відповідальності та позитивний обов’язок держави компенсувати заподіяну шкоду.* Прийнято вважати, що припис ч. 3 ст.152 Конституції про відшкодування матеріальної і моральної шкоди у разі визнання неконституційними актів чи дій означає необхідність прийняття спеціального закону, який би визначав порядок такого відшкодування державою. Насправді у таких випадках достатньо приписів деліктного права, яке вже врегульовано статтями 1173–1176 Цивільного кодексу України<sup>88</sup>. Тут варто взяти на озброєння підхід ЄСПЛ та основи доктрини конституційної відповідальності органів публічної влади (їх посадових осіб).

Адже ЄСПЛ для визначення розміру справедливої компенсації скажнику достатньо формулювання єдиного речення ст. 41 Конвенції про

<sup>85</sup> ФКС Німеччини прямо вказав, що Бундестаг при внесенні змін у закони, навіть якщо вони були прийняті до ухвалення Основного Закону, зобов’язаний перевірити своїми зміни на предмет відповідності конституції і належним чином конкретизувати її положення у законі (BVerfGE 11, 126, Nachkonstitutioneller Bestätigungswille):

*Позиція, згідно з якою зміна законодавцем окремих положень доконституційного закону надає всьому закону статусу постконституційного, оскільки законодавець у такий спосіб підтверджує відповідність незмінній частині положень Основного закону, не відповідає дійсності. Особливо щодо об’ємних законів не можна допустити помилкове припущення, що законодавець, вносячи до закону окремі зміни, перевіряв і підтвердив конституційність всього закону.*

<sup>86</sup> The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European courts<sup>1</sup>: General report, Conference of European Constitutional Courts XIIth Congress Brussels, Egmont Palace, 14–16 May 2002 <<https://www.confueconstco.org/reports/rep-xii/General-report-EN.pdf>> (accessed: 10.01.2022).

<sup>87</sup> Якщо звернутися до досвіду ФКС Німеччини, то можна звернути увагу на юридичну позицію, згідно з якою суди при постановленні рішень мають слідувати неухильно сформованій конституційній юриспруденції, оскільки ‘<...> певне тлумачення норми, можливе як таке, що несумісне з Основним законом, жоден інший суд не може вважати таке тлумачення відповідним положенням Основного закону’ (BVerfGE 40, 88, Führersschein).

<sup>88</sup> З точки зору юридичного формалізму можна передбачити відсылне положення на статті 1173–1176 ЦК України (Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV (у ред. від 1 січня 2022 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>> (дата звернення: 10.01.2022)) у пп. д) п. 4 ч. 1 ст. 89 Закону про КСУ.

захист прав людини і основоположних свобод, віддаючи питання визначення розміру такої на розсуд Суду. З доктринальної точки зору визначення саме КСУ справедливого відшкодування у разі визнання неконституційним юридичного акту або дії органу публічної влади є одним із проявів невідворотності юридичної відповідальності та превентивним заходом у діяльності органів публічної влади на майбутнє у подібних ситуаціях. Як стверджується у цивілістичній доктрині, для деліктної відповідальності органів публічної влади властиво те, що у них ідеться про шкоду, завдану відповідними суб'єктами під час здійснення владних повноважень, тобто в рамках вертикальних правовідносин<sup>89</sup>. Водночас слід наголосити, що вітчизняна як цивілістична доктрина, так і доктрина публічного права насторожено ставиться до акцій popularis, тобто скарги про відшкодування заподіяної шкоди актами та діями органів публічної влади не можуть пред'являтися в інтересах громадськості: позивач (скаржник) повинен довести, що внаслідок незаконного рішення, дії чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень він постраждав безпосередньо<sup>90</sup>.

Обов'язок КСУ визначати справедливу компенсацію приватним особам також впливає із приписів ст. 56 Конституції. Тому є всі обґрунтовані підстави вважати, що КСУ при визнанні неконституційним акту органу публічної влади, яким заподіяно шкоду конституційним правам і свободам, зобов'язаний визначати справедливу компенсацію за результатами розгляду конституційної скарги. Також вартує ввести відповідальність у порядку регресу конкретних посадовців, з вини яких було заподіяно шкоду конституційним правам і свободам особи, шляхом компенсації відповідних виплат згідно із засадами пропорційності.

5.4. Релевантні положення Закону про виконавче провадження та процесуального законодавства. На прикладі положень Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)<sup>91</sup> і Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)<sup>92</sup> розглянемо, які питання виникають, пов'язані із поновленням порушеного права, що впливає з положень рішення КСУ. Тут ще раз слід наголосити, що конституційна юстиція не є суперревізійною інстанцією щодо судів загальної юрисдикції, оскільки предмет розгляду в них різний – відповідно питання конституційного характеру та питання, які становлять предмет загальної чи спеціалізованих юрисдикцій (цивільної, комерційної (в Україні – господарської), адміністративної та кримінальної). Органи

<sup>89</sup> Богдан Карнаух, 'Деліктна відповідальність органів публічної влади за Цивільним кодексом України' (2021) 3 Цивільне право і процес 20.

<sup>90</sup> Д. Д. Грим, *Лекції по догме римського права* (под ред В. А. Томсінова, Зерцало 2014) 194.

<sup>91</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: Кодекс України 4651-VI (ред. від 5 січня 2022 р.) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/conv#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

<sup>92</sup> Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України № 1618-IV (ред. від 1 січня 2022 р.) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>> (дата звернення: 10.01.2022).

конституційної юстиції щодо загальних судів розглядають лише питання щодо захисту фундаментальних прав, які можуть зачіпати їх предмет юрисдикції в аспекті того, як загальні суди застосовують приписи конституції як норми прямої дії. Загалом перегляд судових рішень на підставі рішень КСУ по конституційних скарг є класичним варіантом їх чинності *ex tunc* (зворотної сили щодо сторін по справі), однак така фактично зворотна їхня юридична сила ґрунтується на тому, що відносини щодо обов'язку держави поновити порушене конституційне право особи не припинилося, і таке поновлення здійснюється остаточно згідно з концептом *restitutio in integrum* шляхом перегляду судового рішення за клопотанням скаржника<sup>93</sup>. КСУ може пом'якшити ефект *ex tunc* свого рішення, вказавши в ньому, що воно набуває чинності через певний період і зобов'язавши Верховну Раду внести адекватні зміни до законодавства. І насамкінець слід наголосити, що юридична сила рішення КСУ по конституційним справам в аспекті його ретроактивності має значення лише щодо сторін по справі – скаржника і держави. На цій підставі саме скаржник/скаржниця може ставити питання про перегляд остаточного судового рішення на підставі рішення КСУ по конституційній скарзі.

Рішення КСУ є підставами для перегляду судових рішень за виключними обставинами, оскільки судові рішення базувалися на неконституційних положеннях закону, застосованих в остаточному судовому рішенні<sup>94</sup>. Оскільки основне значення для перегляду рішення має порушення процесуальних гарантій прав людини, то гостро стоятиме проблема поновлення гарантій прав людини у кримінальному процесі. Тут можливі варіанти, які пов'язані із застосуванням забезпечувального наказу КСУ, а також у разі застосування КСУ конституційного конформного

<sup>93</sup> У Генеральній доповіді XII Конференції Конгресу європейських конституційних судів зазначається, що національні правопорядки, де є конституційна скарга, визнається їх юридична сила *ex tunc*, на підставі чого здійснюється перегляд судових рішень: 'Зворотна сила, як правило, означає, що все, що було зроблено на підставі анульованого закону, ставиться під сумнів' (The relations between the Constitutional Courts and the other national courts, including the interference in this area of the action of the European courts: General report, Conference of European Constitutional Courts XII<sup>th</sup> Congress Brussels, Egmont Palace, 14–16 May 2002, 41 <<https://www.confueconstco.org/reports/rep-xii/General-report-EN.pdf>> (accessed: 10.01.2022)). Водночас зазначається, що перегляд рішень судових рішень загальних судів на підставі рішення органу конституційної юстиції за конституційними скаргами не завжди мають універсального характеру і стосуються переважно кримінальних справ:

'<...> незважаючи на *ex tunc* характер рішень Конституційного Суду, загальним правилом є те, що справи, які досягли остаточного вирішення, не оскаржуються, за винятком кримінальних справ'.

Частково цей підхід підтверджується і українським законодавцем, оскільки Закон про виконавче провадження (Про виконавче провадження: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1404-VIII (у ред. від 6 грудня 2021 р.) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text>> (дата звернення: 10.01.2022)) у ст. 34 не передбачає як підстави зупинення вчинення виконавчих дій перегляд судового рішення за виключними обставинами на підставі рішення КСУ – їхнє виконання здійснюється на загальних підставах.

<sup>94</sup> Юридичною основою такого перегляду є приписи п. 1 ч. 3 ст. 423 ЦПК України та п. 1 ч. 3 ст. 459 КПК України; аналогічні приписи містять ГПК України та Кодексу адміністративного судочинства України. Заяву про перегляд судового рішення мають право подати учасники провадження – по суті, його буде ініціювати приватна особа, щодо якої буде встановлено порушення суб'єктивного публічного права, що послужило підставою визнання положення закону неконституційним.

тлумачення закону у порядку ч. 3 ст. 89 Закону про КСУ, при якому положення закону не визнається неконституційним, але неконституційною визнається інтерпретація закону в остаточному судовому рішенні. Загалом це жодним чином не обмежує скаржника по конституційній скарзі клопотати перед КСУ у порядку ч. 3 ст. 89 Закону про КСУ визначити конкретні заходи, спрямовані на забезпечення виконання рішення Суду відповідно до концепції *restitutio in integrum*, яка зокрема передбачає перегляд остаточного судового рішення у рамках провадження за виключними обставинами.

Як насправді виглядає цей механізм перегляду? Розглянемо це на прикладі приписів положень КПК України і ЦПК України.

Частина 1 ст. 463 КПК України визначає, що заява про перегляд судового рішення за виключними обставинами подається до суду тієї інстанції, який першим *допустив помилку внаслідок незнання про існування* таких обставин. Це може бути не тільки суд, який ухвалив остаточне рішення. Тут може бути ситуація, коли суд, що остаточо вирішив справу, підтвердив юридичну позицію суду, який у сенсі ч. 1 ст. 463 КПК України “допустив помилку внаслідок незнання про існування [виключних – встановлення КСУ неконституційності положення закону, яке лягло в основу юридичної позиції суду] *обставин*”. Частина 1 ст. 425 ЦПК України встановлює дещо відмінне правило, згідно з яким перегляд рішень здійснюється судом, який ухвалив рішення, а ч. 2 ст. 425 ЦПК України встановлює застереження на випадки перегляду рішень судами вищих інстанцій – заява подається “до суду тієї інстанції, яким змінено або ухвалено нове судове рішення”.

Нині немає аналізу стану перегляду остаточних судових рішень за результатами розгляду конституційних скарг в Україні. Водночас, судячи із загальної канви розгляду справ, тут можуть виникати питання щодо забезпечення здійснення прав людини, зокрема щодо виконання судових рішень по соціальним справам. Це пов’язано зі значною долею скарг, які пов’язані із так званим соціальним захистом публічних службовців, зокрема прокурорів та суддів<sup>95</sup>. Як правило, тут КСУ використовує прерогативи щодо визначення строків набрання чинності рішенням, а також якими правовими принципами мають керуватися суди загальної юрисдикції при перегляді рішення – тут, як правило, використовується підхід, згідно з яким суди мають застосовувати положення соціального законодавства, до яких були внесені зміни, визнані неконституційними.

Однак у переважній більшості рішень КСУ не виникає таких питань – для невизначеного кола осіб їхня юридична сила має перспективний

<sup>95</sup> Це доволі сумнівний підхід у вітчизняному законодавстві, оскільки доктрина *welfare state* спрямована на захист малозабезпечених і тут доречніше говорити про гарантії незалежності публічних службовців та забезпечення їх гідного рівня життя.

ефект *ex tunc*. Таким чином, юридична сила рішень КСУ спрямована на майбутнє і має характеристику принципів права щодо конкретних категорій справ, які мають слугувати керівництвом і критерієм для обґрунтування актів публічної адміністрації та рішень судів загальної юрисдикції.

Висновки. Органи конституційної юстиції не стоять над іншими інститутами влади – вони є рівними у системі поділу влади. Їхнє основне завдання – захист конституції за допомогою юрисдикційних засобів у рамках верховенства права і належної правової процедури. В осерді забезпечення конституційного порядку є діяльність незалежних органів конституційної юстиції (залежно від моделі – конституційні суди або ради, верховні суди), які за допомогою юридичних засобів забезпечують поділ влади та захист прав людини. Конституційна композиція у перехідних демократіях розглядає конституційну юстицію як стабілізуючий інститут у забезпеченні балансу у розподілі повноважень та забезпеченні єдиних правових підходів в інтерпретації фундаментальних принципів і прав людини.

Спеціалізовані органи конституційної юстиції є судами *sui generis*, незалежні від політичних інститутів влади, які на основі верховенства права та належної правової процедури забезпечують верховенство конституції як сукупності фундаментальних цінностей і принципів національного правопорядку, визначаючи правила обмеженого правління та гарантій прав людини. Дієві гарантії незалежності конституційної юстиції є належною запорукою вирішення спорів про повноваження між конституційними органами влади та зняття напруги у разі конфліктів між ними за допомогою юридичних засобів. Конституційний Суд має діяти на засадах верховенства права і дбати про належну юридичну аргументацію власних рішень з огляду на його демократичну легітимізацію у конституційній композиції публічної влади як незалежного арбітра.

Визнання прийнятними конституційних скарг потребує належної юридичної аргументації як основи демократичної легітимізації конституційної юстиції. Доступність та ефективність юридичного захисту через конституційну скаргу зумовлені особливостями цілісного, динамічного тлумачення Конституції та конституційно-конформного тлумачення законів, що є основою юридичної аргументації рішень КСУ. Перегляд судових рішень на підставі рішення КСУ за конституційними скаргами базується на позитивному обов'язку держави захищати права людини і поновлювати їх у разі заподіяння шкоди.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Authored books*

1. Alder John, *Constitutional and Administrative Law* (10th ed, Palgrave Law Masters 2015) (in English).
2. Allan T R S, *Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law* (Oxford University Press 2004) (in English).
3. Kubiak A, *Francuska koncepcja kontroli konstytucyjnosci ustaw* (Uniwersytet Gdanski 1993) 19–20 (in Polish).
4. Carre de Malberg R, *La loi, expression la volonte generale* (1931) (in French).
5. Hood C, James O, Jones G, Scott C, Travers T, *Regulation Inside Government: Waste-Watchers, Quality Police, and Sleazebusters* (Oxford University Press 1999) (in English).
6. Cotteret J M, *Le pouvoire legislatif on France* (1962) (in French).
7. Dicey A V, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Libery Classics 1982) (in English).
8. Ermacora F, *Grundriß der Menschenrechte in Österreich* (Manzsche Verlag, 1988) (in German).
9. Feteris E T, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions* (Dordrecht 1999) (in English).
10. MacCormick N, *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford 1978) (in English).
11. Petersen N, *Proportionality and Judicial Activism. Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa* (Cambridge University Press 2017) (in English).
12. Petersen N, Towfigh E V, *Economic methods for Lawyers* (Edward Elgar Publishing 2016) (in English).
13. Troper M, *La separation des pouvoirs et l'histoire constitutionelle francaise* (1973) (in French).
14. Fedorenko V L, *Konstytutsiine pravo Ukrainy: pidruchnyk* (Lira-K 2016) (in Ukrainian).
15. Holovatyi S, *Pro liudski prava* (Dukh i Litera 2016) (in Ukrainian).
16. Kyrychenko Y, Bondarenko B, *Monitorynhovyi zvit shchodo diialnosti Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy v aspekti zakhystu prav liudyny* (Tsentri polityko-pravovykh reform 2019) (in Ukrainian).
17. Le Gof Zhak, *Ljudovik IX Svjatoj* (Ladimir 2001) (in Russian).
18. Savchyn M, *Konstytutsiina yustytsiia ta zabezpechennia konstytutsiinoho poriadku: 2005–2020* (RIK-U 2020) (in Ukrainian).
19. Savchyn M, *Konstytutsionalizm i pryroda konstytutsii* (Polihraftsentr Lira 2009) (in Ukrainian).
20. Savchyn M, *Porivnialne konstytutsiine pravo* (BAITE 2020) (in Ukrainian).
21. Shajo A, *Samoogranichenie vlasti (kratkij kurs konstitucionalizma)* (BEK 2001) (in Russian).
22. Shapoval V M, *Konstytutsiine pravo zarubizhnykh krain: akademichnyi kurs* (Iurinkom Inter 2018) (in Ukrainian).
23. Shevchuk S, *Osnovy konstytutsiinoi yurysprudentsii* (Konsum 2002) (in Ukrainian).
24. Teslenko M, *Sudebnyj konstitucionnyj kontrol' v Ukraine* (Naukova dumka 2001) (in Russian).
25. Todyka Yu M, *Tlumachennia Konstytutsii i zakoniv Ukrainy: teoriia ta praktyka* (Fakt 2003) (in Ukrainian).

*Edited and translated books*

26. Dorf M C, 'Abstract and Concrete Review' in Vikram D A, Tushnet M V (eds), *Global Perspectives of Constitutional Law* (Oxford University Press 2009) (in English).
27. Ebers G J, 'Die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit' in Österreich, In *Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit. Festschrift für Wilhelm Laforet anlässlich seines 75* (Isar Verlag 1952) (in German).
28. Ginsburg T and Dixon R (eds), *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar 2011) (in English).
29. Sadurski W (ed), *Constitutional Justice, East and West. Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective* (Kluwer Law International 2002) (in English).
30. Zaleśny J (ed), *Constitutional Courts in Post-Soviet States. Between the Model of a State of Law and Its Local Application* (Peter Lang 2019) (in English).
31. Bajmuratov M A (red), *Kurs konstitucionnogo prava Ukrainy. Obshhaja chast'. Osnovy teorii konstitucionnogo prava* (Odissej 2008) (in Russian).
32. Donelli D, *Prava liudyny u mizhnarodnii politytsi* (per z anhl T Zavalii, Kalvariia 2004) (in Ukrainian).
33. Gosepat S ta Lomann G (red), *Filosofia prav liudyny* (per z nim, Nika-Tsentr 2008) (in Ukrainian).
34. Grim D D, *Lekcii po dogme rimskogo prava* (pod red V A Tomsinova, Zercalo 2014) (in Russian).
35. Hesse K, *Osnovy konstitucionnogo prava FRG* (Per s nem, Juridicheskaja literatura 1981) (in Russian).
36. Izenzee J, Kirhhof P, *Gosudarstvennoe pravo Germanii, t 1* (Institut gosudarstva i prava RAN 1994) (in Russian).
37. Kelzen H, *Chyste pravoznavstvo. Z dodatkom: Problema spravedlyvosti* (per z nim O Mokrovolskoho) (Iunivrs 2004) (in Ukrainian).
38. Koziubra M I (red), *Konstytutsiine pravo* (VAITE 2021) (in Ukrainian).
39. Stetsiuk P, 'Pravova okhorona Konstytutsii Ukrainy' v *Administracija publiczna u progmu XXI wieku* (Przemysl 2000) (in Ukrainian).

*Journal articles*

40. Barak A, 'Unconstitutional Constitutional Amendments' [2011] 3 (44) *Israel Law Review* 321–341 (in English).
41. Colón-Ríos J I, 'A new Typology of Judicial Review of legislation' [2014] 2 (3) *Global Constitutionalism* 143–69 (in English).
42. Feteris E T, 'Fundamentals of legal argumentation. A survey of theories on the justification of judicial decisions?' [2018] 7 (3) *Journal of Argumentation in Context* 352–4 (in English).
43. Follesdal A, 'The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law, Global Governance as Public Authority: Structures, Contestations and Normative Change. Jean Monnet Working Paper 12/11 <<https://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/JMWP12Follesdal.pdf>> (accessed: 10.01.2022) (in English).
44. Ginsburg T, Lansberg D, and Versteeg R M, 'When to Overthrow your Government: The Right to Resist in the World's Constitutions' (2013) 60 *UCLA L. Rev.* 1184 (in English).
45. Hutt Donald E. Bello, 'Against judicial supremacy in constitutional interpretation' (2017) 31 *Revus* 1, Online since 01 June 2019, connection on 01 June 2019 <DOI: 10.4000/revus.3659> (in English).
46. Minakov M, Pomeranz W, 'Constitutional Crisis in Ukraine: Looking for Solutions' (2021) 65 *Kennan Cable* (in English).

47. Müller J-W, Scheppele K L, 'Constitutional patriotism: An introduction' [2008] 1 (6) *International Journal of Constitutional Law* 67–71 <<https://doi.org/10.1093/icon/mom039>> (in English).
48. Peer Z, 'Transnational Law' [2008] 4 (2) CLPE Research Paper (in English).
49. Preuss O, 'Eternity Clause as a Smart Instrument – Lessons from the Czech Case Law' [2016] 3 (57) *Hungarian Journal of Legal Studies* 289–304 (in English).
50. Sergio B, 'Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Transnational Law' [2017] 4 (13) *European Constitutional Law Review* 601–10 (in English).
51. Afanasieva M V, 'Doktryna "politychnoho pytannia" v ukrainskomu vyborchomu pravi' (2013) 13 *Naukovi pratsi Odeskoi yurydychnoi akademii* 208 (in Ukrainian).
52. Karnaukh B, 'Deliktna vidpovidalnist orhaniv publichnoi vlady za Tsyvilnym kodeksom Ukrainy' (2021) 3 *Tsyvilne pravo i protses* 19–24 (in Ukrainian).
53. Koziubra M I 'Pryntsypy verkhovenstva prava ta pravova derzhava: yednist osnovnykh vymoh (2007) 64 *Naukovi zapysky NaUKMA. Yurydychni nauky* (in Ukrainian).
54. Savchyn M, "'Careless Whisper" Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy ta konstytutsiini tsili' (2020) 6 *Ukrainskyi chasopys konstytutsiinoho prava* 72–96 (in Ukrainian).
55. Savchyn M, 'Konstytutsiini innovatsii ta virnist konstytutsii' (2016) 7–8 *Viche* 44–9 (in Ukrainian).
56. Savchyn M, 'Konstytutsiini pryntsypy ta yikh interpretatsiia' (2017) 7 *Pravo Ukrainy* 30–8 (in Ukrainian).
57. Shcherbaniuk O, 'Pryntsypy prava v arhumentatsii rishen konstytutsiinykh sudiv' (2021) 5 *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy* 102–9 (in Ukrainian).
58. Tsybalyisty T, 'Pravova pryroda aktiv Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy' [2007] 1 (21) *Universytetski naukovi zapysky* 47–55 (in Ukrainian).

#### Theses

59. Roznai Y, 'Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers' (A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy. London, February 2014) <[http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai\\_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf](http://etheses.lse.ac.uk/915/1/Roznai_Unconstitutional-constitutional-amendments.pdf)> (accessed: 10.01.2022) (in English).
60. Bokoch M, 'Mistse i rol rishen Yevropeiskoho sudu z prav liudyny u systemi dzherel konstytutsiinoho prava' (dys kand yuryd nauk, 2021) (in Ukrainian).
61. Matat A, 'Pryntsypy konstytutsiinoho prava: strukturno-funktsionalnyi analiz' (dys kand yuryd nauk, 2021) (in Ukrainian).
62. Shevchuk S, 'Zahalnoteoretychni problemy normatyvnosti aktiv sudovoi vlady' (dys d-ra yuryd nauk, 2008) (in Ukrainian).

#### Websites

63. Finalnyi zvit za rezultatamy inkliuzyvnykh pozaparlamentskykh publichnykh konsultatsii "Zminy do Konstytutsii Ukrainy u chastyni detsentralizatsii cherez konsensus". Proiekt tekstu zmin do Konstytutsii Ukrainy v chastyni detsentralizatsii vlady, 29.11.2021 <<http://komsamovr.rada.gov.ua/uploads/documents/42960.pdf>> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).
64. Mahera A, 'Zanadto vysokiy vyborchyi bar'ier unemozhlyvluie onovlennia predstavnytskykh orhaniv vlady' *Yurydychna hazeta*, 2015, № 37–38 <<https://yur-gazeta.com/interview/zanadto-visokiy-viborchiy-barer-unemozhlivlyue-onovlennya-predstavnytskykh-organiv-vlady-amagera.html>> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).



65. Musiaka V, 'Chy ye Konstytutsiynyi sud sudom?' *Dzerkalo tyzhnia*, № 20, 27 travnia – 2 chervnia 2017 <[https://zn.ua/ukr/internal/chi-ye-konstituciyniy-sud-sudom-243696\\_.html](https://zn.ua/ukr/internal/chi-ye-konstituciyniy-sud-sudom-243696_.html)> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).
66. Rubryka "Akty KSU" na ofitsiinomu сайti KSU <<https://ccu.gov.ua/storinka/akty-ksu>> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).
67. Zvit z monitorynhu diialnosti Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy shchodo rozghliadu konstytutsiinykh skarh, Prohrama "Nove pravosuddia", 2019 <<https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2019/07/Zvit-z-monitoringu-diyalnosti-Konstitutsijnogo-Sudu-shchodo-rozglyadu-konstitutsijnih-skarg.pdf>> (accessed: 10.01.2022) (in Ukrainian).

Mykhailo Savchyn

## CONSTITUTIONAL JUSTICE IN THE CONDITIONS OF MODERN TRANSFORMATION OF LAW

**ABSTRACT.** Due to the long-standing dominance of legal positivism, in which the law was reduced to state will and coercion, there are still problems in Ukraine with the introduction of effective constitutional justice. Modern constitutionalism is the antithesis of voluntarism in law, as it aims to limit power and is filled with value parameters in law, including human dignity, freedom and equality.

The article considers the modern development of constitutional justice on the background of transformations in law. In the first part, through the prism of legal pluralism and constitutionalism, the peculiarities of the models and nature of constitutional justice as a sui generis court are revealed. The second part of the paper will highlight the relationship between constitutional justice and the constituent power of the people. The third part is devoted to the issue of democratic legitimization of constitutional justice in the light of the dilemma of juristocracy and the supremacy of parliament. Problems of ensuring the effectiveness of the constitutional complaint are the subject of analysis of the fourth part. Fifth, the features of the binding force of decisions of the constitutional justice in the light of respect for human rights and the efficiency of justice are revealed.

Bodies of constitutional justice do not stand above other institutions of power – they are equal in the system of separation of powers. Their main task is to protect the constitution through judicial means within the framework of the rule of law and due process. At the heart of ensuring constitutional order are the activities of independent bodies of constitutional justice (depending on the model - constitutional courts or councils, supreme courts), which through legal means ensure the separation of powers and protection of human rights. The constitutional composition in transitional democracies should consider constitutional justice as a stabilizing institution in ensuring a balance in the distribution of powers and ensuring uniform legal approaches in the interpretation of fundamental principles and protection of human rights.

Specialized bodies of constitutional justice are sui generis courts, which are independent of political institutions and, based on the rule of law and due process, ensure the supremacy of the constitution as a set of fundamental values and principles of national law, ensuring limited governance and protection of human rights. Effective guarantees of the independence of the constitutional judiciary are an appropriate guarantee for resolving disputes over powers between constitutional authorities and relieving tensions in the event of conflicts between them through legal means. The Constitutional Court of Ukraine must act on the basis of the rule of law and ensure proper legal reasoning of its decisions in

Михайло Савчин

view of its democratic legitimacy in the constitutional composition of public power as an independent arbiter in the system of separation of powers.

Recognition of constitutional complaints as admissible requires proper legal argumentation as the basis for democratic legitimization of constitutional justice. The availability and effectiveness of legal protection through a constitutional complaint is due to the peculiarities of a holistic, dynamic interpretation of the Constitution and constitutional-conformist interpretation of laws, which is the basis of legal reasoning of the decisions of the CCU. The review of judgments on the basis of a decision of the Constitutional Court on constitutional complaints is based on the positive obligation of the state to protect human rights and restore them in case of harm.

KEYWORDS: constitutional complaint; constitutional justice; constitutional justice bodies decisions; constitutional order; constitutionalism; due process of law; rule of law.