

Х. 8 20 (4-10)
84
СТАНІСЛАВ ШЕВЧУК



ОСНОВИ
КОНСТИТУЦІЙНОЇ
ЮРИСПРУДЕНЦІЇ



Народився 11 червня 1969 року в м. Харкові. У 1993 році закінчив Національну юридичну академію України імені Ярослава Мудрого (диплом з відзнакою), 1996 р. — аспірантуру цієї Академії. Захистив дисертацію за темою «Делегування державних повноважень» та отримав науковий ступінь «кандидат юридичних наук».

Протягом двох років проходив наукове стажування у Школі права Університету Дюка (Північна Кароліна), Школі права Чиказького університету, Школі права Університету Нотр-Дам (Іллінойз, США), Школі публічного права та політики при Бірмінгемському університеті (Велика Британія) з питань міжнародного, порівняльного, конституційного та європейського права, прав людини та філософії права.

Стажувався з питань європейської інтеграції та прав людини у департаменті Лорда-Канцлера та офісі представника Великої Британії у Європейському Суді з прав людини, проводив наукові дослідження в Інституті міжнародного та порівняльного права імені Макса Планка (Гайдельберг, ФРН) у сфері конституційного права.

З 1995 року — викладач Українського центру правничих студій при Київському національному університеті імені Тараса Шевченка (УЦПС). Працював асистентом на кафедрі теорії держави та права Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. Обіймав посаду завідувача кафедри конституційного та муніципального права УЦПС (на громадських засадах). Одночасно працював науковим консультантом судді Конституційного Суду України (присвоєно 4-й ранг державного службовця).

У 1997 році брав участь у миротворчих операціях ООН у Республіці Таджикистан як експерт Місії Спостерігачів ООН у Республіці Таджикистані (United Nations Mission of Observers in Tajikistan — UNMOT).

З 2000 року працює директором Центру порівняльного права при Міністерстві юстиції України.

С. Шевчук є секретарем Міжвідомчої координаційної Ради з адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу, членом Асоціації українських правників та Української асоціації міжнародного права, експертом ООН з питань публічного права (міжнародного та конституційного), експертом Світового Банку, заступником голови Товариства конституційного права.

Автор понад 50 наукових публікацій з питань міжнародного, конституційного та європейського права, у тому числі 3-х книг.

ИЗДАТЕЛЬСТВО



Интернет магазин
<http://delko.com.ua>



E-mail:

URL:

61057 Харьков, а/я 9123

(0572) 23-76-75, 170-119

book@konsum.kharkov.ua

<http://www.konsum.kharkov.ua>

код екземпляра

108901



СТАНІСЛАВ ШЕВЧУК

ОСНОВИ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Навчальний посібник



КОТЕДЖ
ФІРМА

ХАРКІВ 2002

Рецензенти:

М.І.Козюбра, доктор юридичних наук,
проф., член-кор. АпрН України,
суддя Конституційного Суду України;

Мартиненко П.Ф.,
проф., суддя Конституційного Суду України.

Науковий редактор:

О.В.Петришин, доктор юридичних наук, проф.,
член-кор., головний вчений секретар АпрН України.

Шевчук Станіслав

Ш 37 Основи конституційної юриспруденції. — Харків: Консум,
2002. — 296 с.

ISBN 966-7920-26-7.

Робота присвячена питанням конституційної юриспруденції, тобто філософським та правовим основам діяльності судових органів конституційної юрисдикції з питань застосування конституції у контексті чинної Конституції України 1996 року та відповідного міжнародного та іноземного досвіду.

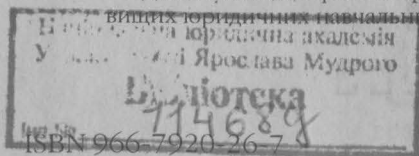
Розглядаються питання співвідношення позитивного з природним правом, аналізуються природно-правові основи конституційного права, межі припустимості застосування природного права при здійсненні конституційного судочинства, аналізується концепція «належної правової процедури» верховенства права, правової держави, конституціоналізму. Крім того, аналізуються причини антиформалістської європейської революції у праві та її вплив на конституційне судочинство, а також звертається увага на визначення та основні проблеми застосування прецедентного права при здійсненні конституційного судочинства, основні відмінності конституційної демократії від парламентської, аспекти легітимності конституційного судді. Окремо аналізуються способи тлумачення Конституції, основні відмінності її тлумачення від тлумачення інших нормативно-правових актів при здійсненні конституційного судочинства.

Досліджується ідея та історична перспектива судового конституційного контролю, доктрина суддівського зовнішнього та внутрішнього обмеження, політичного питання, причини політизації процесу конституційного судочинства, основні моделі та характерні риси моделей судового конституційного контролю, надається їх детальне розкриття на прикладі діяльності органів конституційної юрисдикції у США, ФРН та Франції.

Для науковців, юристів-практиків, викладачів, студентів та аспірантів вищих юридичних та інших закладів.

ББК 67.9 (4 Укр) 300

© С. Шевчук, 2002
© Спільне колективне підприємство
фірма «Консум», оформлення, 2002



Передмова	5
-----------------	---

РОЗДІЛ І

ФІЛОСОФСЬКІ АСПЕКТИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ТА ПРАКТИКА КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА

1.1. До нової парадигми конституційного права в Україні	13
1.2. Теорія правового позитивізму та її співвідношення з конституційним правом	18
1.3. Природне право та його застосування у процесі здійснення правосуддя	33
1.4. Природне право як правова підстава для визначення чинності позитивного права	47
1.5. Принцип справедливості як критерій конституційності державних правових актів: концепція належної правової процедури.....	58
1.6. Природні права в конституційному судочинстві	78

РОЗДІЛ ІІ

ПРАВОВА РЕВОЛЮЦІЯ В ЄВРОПІ ТА УКРАЇНА

2.1. Верховенство права та правова держава: походження, зміст і співвідношення	103
2.2. Конституції та конституціоналізм	127
2.3. Антиформалістська європейська революція у конституційному судочинстві	144
2.4. Застосування прецедентного права у процесі здійснення конституційного правосуддя	167
2.5. Легітимність конституційного судді: парламентська демократія проти конституційної	181
2.6. Загальні та спеціальні способи тлумачення Конституції, їх співвідношення зі способами тлумачення інших нормативно-правових актів	203

РОЗДІЛ III

СУДОВА ОХОРОНА КОНСТИТУЦІЇ

3.1. Ідея та історична перспектива судового конституційного контролю	225
3.2. Політизація конституційного судочинства: доктрина суддівського обмеження	249
3.3. Дифузна модель судового конституційного контролю (на прикладі США)	260
3.4. Концентрована модель судового конституційного контролю (на прикладі ФРН)	269
3.5. Від політичного до судового конституційного контролю (на прикладі Франції)	284
Висновки	292

Давньогрецький філософ Платон в одному зі своїх славетних діалогів («Кріто») розповів про останній громадянський вибір свого учителя Сократа, — обвинувачений в інтелектуальному розтлінні своїми лекціями молоді Афін, він був засуджений до страти. Сократ уже готувався прийняти смертний вирок і випити келих з отрутою цикути, коли до нього у в'язницю прокрався його приятель і учень Кріто. Юнак прийшов із порятунком: він усе підготував для втечі — єдиної можливості уникнути суворого вироку. Але Сократ запитав: «Хіба це справедливо? Чи правильний це буде вчинок?». Він вирішив підкоритись законам афінської демократії, обравши смерть. Отже — *dura lex, sed lex!* (закон суворий, але ж — закон!).

Проблема Сократа залишається актуальною і сьогодні, у незалежній Україні, особливо у контексті безпосереднього судового захисту фундаментальних прав людини та громадянина, гарантованого частиною третьою статті 8 Конституції України. Наскільки справедливі та правові закони чи нормативно-правові акти, прийняті простою чи кваліфікованою більшістю законодавчого органу демократичної держави, інших органів державної влади та чи існують конституційно-правові методи вирішення цієї проблеми? Чи можна погодитися з тим, що в деяких державних правових актах встановлюються несправедливі, диспропорційні обмеження на здійснення цих прав? Чи можна виправдати з позицій концепції справедливості те, що роль судів, які визначені у Конституції України як органи правосуддя, зводиться лише до звичайного нормозастосування? Інакше кажучи, чи може справедливість бути інституціоналізованою у межах правової системи, тобто відображатись не лише у правових актах, прийнятих державою, а й становити окремий критерій перевірки цих актів Конституції?

«Проблема Сократа» не є суто філософською дилемою вибору між моральним зобов'язанням підкорятися будь-якому акту, виданому державною владою, та моральним імперативом не робити цього. Як свідчить практика країн розвинутих демократій, вибір Сократа як дотримання принципу справедливості лежить в основі конституційного правосуддя. Тому критеріями визначення конституційності державних актів, а отже, й підстав для визнання їх нечинними, слугують конституційні права, принципи організації вільного демократичного суспільства та його цілі, які становлять невіддільну складову конституційного права.

Постановка такого роду питання спричинена необхідністю політико-юридичної інституціоналізації головної ідеї конституціоналізму про обмеження свавілля державної влади, тим більше, коли йдеться про заміну поліцейської держави, заснованої на примхах правителів або на праві сили, на державу правову, яка у своїй діяльності керується принципом верховенства права. Правові акти такої держави, і насамперед закони, мають бути обґрунтовані, розумні, справедливі, пропорційні визначеній меті, мінімально обмежувати основні права людини та відповідати Конституції.

Питанню обмеження державної влади в історії політико-правової думки завжди приділялась велика увага. Символічне у цьому зв'язку твердження святого Амброзія (IV століття): *Non Legibus rex solutus est* (король не є вільним від законів). З одного боку, прогресивні політичні діячі, теологи та науковці висували обґрунтовану вимогу підкорення короля праву, й «розташовували» його, за висловом дослідника загального права XIII століття Г. Бректона, *sub Deo sub Lege* (під Богом та законом), з іншого боку, практичні питання обмеження державної (королівської) влади ще з часів Давнього Риму видавались занадто складними, оскільки у «Римській імперії жодна особа або інституція не мала повноважень щодо встановлення та застосування санкцій за правопорушення імператора»¹. Практична необхідність у виправданні необмеженої влади короля (суверена) спричинила виникнення теорії правового позитивізму, яка заснована на принципі *princeps legibus solutus* (король не може бути зв'язаний законами), а право у суспільстві є «не що інше, як команда найвищої (політичної. — С.ІІІ.) влади».

Після перемог ліберально-демократичних революцій XVIII–XIX століть, результати яких втілились у встановленні режимів парламентських демократій, проблема контролю над монархом та встановлення конституційних обмежень щодо його повноважень перетворилася на проблему встановлення конституційних обмежень також і щодо діяльності парламенту — з метою запобігання парламентському свавіллю, а також — щодо діяльності політичних партій, які належать до більшості.

Сучасний розвиток конституційного права переконливо свідчить про перенесення акценту з внутрішнього самообмеження суверена, яке, згідно з висунутою німецьким науковцем Г. Елінеком теорією самообмеження державної влади, найвдаліше сформульоване в постанові Судової палати Веймарської Республіки (аналог сучасного Конституційного суду): «законодавцві належатиме вся повнота влади, він не зв'язаний ніякими обмеженнями — конституцією чи іншими законами — крім тих, які сам накладає на себе»², — на зовнішні конституційні обмеження у конституційному праві. Йдеться не тільки про належні гарантії принципу поділу влади, системи

¹ *Caenegem R. An Historical Introduction to Western Constitutional Law.* — Cambridge Univ. Press, 1995. — P. 89.

² *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.* Bd. 118. — Berlin, 1928. — S. 327.

стримувань та противаг, конституційної визначеної компетенції органів державної влади, центру та суб'єктів федерації, органів муніципальної влади.

Мовиться про застосування органами правосуддя загальноправових та конституційних принципів у процесі здійснення конституційного правосуддя, а також творче та динамічне тлумачення конституційних норм про основні права людини з метою визначення їх змісту, безпосереднього застосування та надання основним правам людини функції обмеження державної влади.

Головною тенденцією розвитку конституційного права XX століття є перехід від жорсткого формального (нормативного) обмеження (конституційний контроль щодо дотримання процедури прийняття нормативних актів у межах конституційно встановленої компетенції) до обмеження динамічного та органічного, або, іншими словами, обмеження щодо змісту державних правових актів. Це спричинене загальноєвропейською реакцією на юридичний формалізм, промовисті прояви якого маємо в Німеччині періоду диктаторського режиму Гітлера, коли більшість законів нацистської Німеччини були правовими за формою та злочинними за змістом.

При уважному вивченні конституційних норм важко не помітити їх важливої особливості — вони сформульовані у вигляді відкритого тексту, а отже, являють собою «пусті судини», які треба заповнювати конкретним змістом у процесі реалізації Конституції. Що, наприклад, означає принцип верховенства права, закріплений у частині першій статті 8 Конституції України, та як його застосовувати на практиці? Або стаття 1, згідно з якою Україна є «правовою державою»? У чому полягає зміст конституційних обмежень прав та свобод людини і громадянина? Наприклад, у частині першій статті 34 гарантується право на свободу слова, але хіба можна, як говорив суддя Верховного суду США О. Голмс, «кричати «Пожежа!» у переповненому театрі»? Якщо «здійснення цих прав може бути обмежене законом», то чи звичайний факт існування закону, який встановлює обмеження на основні права, є достатнім для того, щоб вважати цей закон конституційним? Наприклад, у частині другій статті 29 Конституції України, зокрема, зазначено: «Ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом». Але чи означатиме це, що будь-які підстави та порядок, встановлені законом, автоматично відповідають Конституції?

Процес здійснення конституційного правосуддя ускладнюється також у випадках, коли одна конституційна норма суперечить іншій, наприклад право на повагу до людської гідності та право на свободу слова, коли суд у конкретних випадках має визначати пріоритет цих норм та їх додатковий зміст. Усі ці чинники не дають змоги однозначно стверджувати, що при визначенні конституційності державних правових актів у так званих важких справах, коли з тексту Конституції неможливо зробити однозначних

висновків, захист справедливості як цілі конституційного правосуддя можна здійснити тільки шляхом звичайного нормозастосування.

До того ж зауважимо, що термін «конституційність» є занадто узагальненим та остаточно не визначеним. Якщо в Україні конституційними вважаються будь-які державні правові акти, які відповідають нормам Конституції України, то у країнах розвинутих демократій концепція конституційності розуміється у широкому сенсі, тобто державні правові акти перевіряються не лише на предмет відповідності конституційним нормам, а й на предмет відповідності неписаним конституційним нормам та принципам (природне право, принцип справедливості та розумності тощо), які не зафіксовані у конституційному тексті, але органічно з ним пов'язані, а також конституційним цінностям та легітимним цілям конституційно-правового регулювання у суспільстві. Як зазначав голова Верховного суду США Д. Маршалл: «Якщо мета легітимна, якщо вона лежить у сфері дії Конституції, а всі засоби для досягнення цієї мети допустимі, стосуються її і не заборонені, а відповідають духу та букві Конституції, тоді вони є конституційними»⁴.

У будь-якому разі доктринальне обмеження предмета конституційного права тільки конституційними нормами та нормами конституційного законодавства є міфом та стереотипом радянського минулого (або, за влучним висловом англійського філософа та лорда-канцлера за сумісництвом Ф. Бекона, — «ідолом театру») і не відповідає практиці сучасних європейських держав у процесі здійснення конституційного правосуддя.

Розширення предмета конституційного права вимагає перегляду ролі «судових охоронців» Конституції України — українських суддів, і насамперед суддів Конституційного Суду України, на яких покладене це відповідальне завдання. Їх роль не може бути зведена до простого механічного застосування конституційних норм, а тим паче зважаючи на виховний та просвітницький аспект їхньої діяльності.

Не можна ігнорувати того факту, що переважну частину конституційного права сучасних демократичних країн становлять судові рішення з питань застосування Конституції, які мають обов'язковий характер. Саме погляд на конституційне право з позицій *судової практики* дає змогу розкрити його особливі властивості та величезний гуманітарний потенціал та упевнитись у тому, що обмеження свавілля державної влади не є декларацією або абстрактною філософською конструкцією. Це — конкретна емпірична матерія як результат конституційного судочинства, що, безумовно, потребує всебічного вивчення у межах конституційного права.

⁴ McCulloch v. Maryland, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 421 (1819).

Конституційна юриспруденція ґрунтується саме на емпіричному матеріалі практики конституційного судочинства. Власне, цим терміном позначається право, створене органами конституційної юрисдикції (судами) у процесі ухвалення рішень у вигляді принципів, що формулюються суддями при мотивації конкретної справи (тобто для пояснення, чому саме так, а не інакше, вирішена справа), які згодом на практиці стають основою судового прецедентного права у більшості країн розвиненої демократії. За змістом право, створене судами, не збігається з позитивним законодавством, а інколи навіть суперечить йому. Крім того, посилення на норми позитивного законодавства не може бути єдиним засобом мотивації, особливо в конституційному судочинстві, коли закони за змістом можуть не відповідати Конституції.

Слід також мати на увазі, що у країнах розвинутої демократії та в країнах, що стали на цей шлях, зокрема в Україні, норми Конституції є нормами прямої дії, а право звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується (частина третя статті 8 Конституції України). *Це означає, що суди не можуть відмовити у здійсненні правосуддя на підставі відсутності конкретизуючого законодавства або наявності прогалин у законодавстві.* З огляду на викладену вище специфіку конституційних норм, безпосередній захист прав людини на підставі Конституції неможливий без піднесення творчої ролі суддів щодо наповнення Конституції конкретним точним змістом, визначення суддівських критеріїв конституційності державних правових актів. Власне, конституційна юриспруденція намагається встановити позитивний зміст духу Конституції через його фіксацію у судових рішеннях.

Сам термін «юриспруденція» в українській мові вживається для позначення юридичної науки або філософії права, яка вивчає принципи, що лежать в основі позитивного права та правовідносин. У цьому значенні юриспруденція ототожнюється з прецедентним правом, яке також є правом принципів, які становлять основу мотивації судового рішення і згідно з якими вирішено справу. Так, у Франції під терміном *la jurisprudence* розуміється прецедентне право. Але поняття конституційна юриспруденція, дослідженню основ якої присвячена ця праця, вживається не лише у значенні прецедентного права з питань застосування Конституції, або як філософія права, яка вивчає зміст та призначення Конституції, погляди різних науковців на її юридичну природу тощо, а являє собою «суміш» доктрини з прецедентним правом. Адже при обґрунтуванні рішень досить поширена практика посилення на праці визнаних науковців та філософів права у самому тексті судових рішень.

Головна функція конституційної юриспруденції — це обґрунтування принципів конституційного судочинства на підставі відповідної наукової

доктрини, з урахуванням цінностей демократичного суспільства, цілей конституційно-правового регулювання з метою підвищення загального добробуту суспільства, захисту основних прав людини та громадянина тощо. Роль конституційної юриспруденції зростає особливо у випадках визначення розумності законодавчих обмежень на ці права, а також у випадках, коли конституційні норми суперечать одна одній і потрібно визначати їх пріоритет та встановлювати суддівський критерій щодо їх застосування. Таким чином, конституційна юриспруденція не може лише позначати процес механічного застосування конституційних норм, її цілі значно ширші, оскільки при здійсненні конституційного правосуддя зміст конституційних норм суттєво збагачується за рахунок суддівського тлумачення.

Отже, мета цієї праці полягає не тільки у спробі визначити теоретичні засади конституційної юриспруденції, а й аналізі наявних моделей конституційної юрисдикції, окресленні причин зростання ролі конституційного правосуддя у XX столітті. Дане дослідження містить нові погляди на проблеми конституційного права і водночас окремі його положення є, безумовно, дискусійними.

Це дослідження було б неможливе без інтелектуальної підтримки професора філософії Мартіна Голдинга (Університет Дюка, Північна Кароліна, США), професорів права Тома Роу (Університет Дюка, Північна Кароліна, США) та Ентоні Бредлі (Единбурзький університет, Шотландія), відомих фахівців у галузі порівняльного конституційного права професорів Дональда Коммерса (Нотр-Дамський університет, Іллінойз, США) та Андраша Шайо (Центральноєвропейський університет, Будапешт, Угорщина). Автор глибоко вдячний українським конституціоналістам, суддям Конституційного Суду України професорам Миколі Козюбрі та Петру Мартиненку, за надану допомогу у процесі рецензування рукопису, а також доктору юридичних наук, професору Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого Олександрю Петришину за наукову редакцію.

РОЗДІЛ І

ФІЛОСОФСЬКІ АСПЕКТИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ТА ПРАКТИКА КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА

1.1. ДО НОВОЇ ПАРАДИГМИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА В УКРАЇНІ

У пошуках нової парадигми конституційного права незалежної України не слід забувати про історичну традицію авторитарно-тоталітарних поглядів на право як інструмент репресій та втілення цих поглядів у практику радянського будівництва. Така доля спіткала і конституційне право, головною метою якого є юридична гарантія свободи індивіда, його автономії на засадах конституційних прав та свобод. Зрозуміло, що ідеї конституціоналізму як доктринальної основи конституційного права ввійшли у суперечність з практикою державно-правового будівництва в СРСР, у складі якого тривалий час перебувала Україна.

З історії відомо, що необмежена, деспотична державна влада завжди, декларуючи абстрактні ідеали й так звані високі суспільні цілі на зразок побудови світлого комуністичного майбутнього, на практиці принижує і зневажає індивідуальну свободу (конституційні права) конкретного громадянина. Отже, права, які містилися у радянських конституціях, залишалися, як правило, «правами на папері» і не мали самостійного юридичного значення.

У посткомуністичний перехідний період на теренах колишнього СРСР, і в Україні зокрема, спостерігається тенденція до відродження і розширення конституційних прав та свобод. Прийняття досконалої, на рівні світових та європейських стандартів Конституції України, в якій знайшли своє втілення юридичний механізм стримування та обмеження державної влади, юридичні гарантії конституційних прав, є важливим кроком на шляху до побудови конституційної правової держави. Слід зазначити, що такий крок є ще недостатнім з огляду на інституціоналізацію конституційної справедливості. Для досягнення цієї мети *потрібно розуміти дух Конституції*, який тільки частково передається позитивним змістом конституційних норм.

Дух Конституції — це насамперед філософська категорія, в основі якої лежить різниця між наявним та належним, або між позитивним правом та правом природним. Позитивне право становлять норми права, що містяться в юридичних документах (конституційне право — у консти-

туційних нормах та нормах конституційного законодавства), природне ж право випливає з природного універсального порядку, створеного Богом, відтак усі закони, що створюються людьми, мають ґрунтуватися на засадах цього порядку та бути його відбиттям. Як вважають представники школи природного права, будь-який людський закон, який не відповідає вищому праву Бога або моралі, є не просто поганим правом, він не є правом взагалі, це груба сила, яка маскується під право.

Якщо ми визнаємо, що головним призначенням конституційного права є юридична гарантія свободи індивіда, то твердження прибічників природного права не видаватиметься таким уже абсурдним. Наприклад, нацистський злочинець А. Ейхман (який відправив до концентраційних таборів сотні тисяч людей) на судовому процесі на своє виправдання заявив, що він чинив так згідно із законами нацистської Німеччини. Отже, як бачимо, того, що посилений режим законності (диктатура закону) несе у собі загрозу демократичному суспільству.

Для запобігання таким проявам позитивного права після другої світової війни у текст Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року було включено спеціальну «нюрнберзьку клаузулу»: «Ця стаття не виключає судового розгляду і покарання будь-якої особи за будь-які дії або бездіяльність, які на час їх вчинення становили кримінальне правопорушення згідно з загальними принципами права, визнаними цивілізованими націями» (частина друга статті 7 конвенції) — дозвіл у виняткових випадках на кримінальне засудження людини на моральних підставах.

Природне право у західних демократіях виявляється не тільки в екстремальних випадках, як критерій здійснення правосуддя над нацистськими злочинцями, а й становить самостійну частину конституційного права при конституційній оцінці розумності та необхідності обмежень, що встановлюються державою на реалізацію конституційних прав тощо. Адже *природне право дістає своє втілення не тільки у волі Бога. Воно також лежить в основі розумності як людської риси, що дає змогу індивіду розрізняти добре і погане та діяти згідно з цим критерієм*. У процесі розвитку конституційного права принцип розумності позитивного права був покладений в основу критерію визначення конституційності державних правових актів.

Юристи-практики часто скептично відгукуються про філософію права як сукупність різних поглядів на право, віддаючи перевагу механічному аналізу конкретного юридичного матеріалу у вигляді юридичних документів, безвідносно до осмислення принципів та цілей, що лежать в основі їх прийняття. Показовий у цьому плані той факт, що у процесі опанування юридичної спеціальності в українських юридичних навчальних закладах майбутні правники вивчають філософію права і вважаються обізнаними з сучасними тенденціями розвитку юридичної філософської думки. Принаймні вони розуміють, що у світі немає унітарних поглядів на право і що право як таке розвивалось у процесі вирішення політичних спорів або як

засіб розв'язання конфліктів у приватній сфері. Але, переходячи до галузевого вивчення правничих дисциплін, а згодом до юридичної практики, мало хто замислюється, що і викладання, і практика ґрунтуються лише на одній правовій теорії — правовому позитивізмі, який перетворився за часів радянської влади на вульгарний нормативізм. Суть правового позитивізму чи не найкраще сформулював головний сталінський юрист А. Вишинський: «Радянське соціалістичне право є сукупністю правил поведінки (норм), які встановлені або санкціоновані соціалістичною державою і виражають волю робітничого класу та всіх трудящих, правил поведінки, застосування яких забезпечується примусовою силою соціалістичної держави»¹. *Такий етатичний позитивізм (правом є тільки державні приписи) був виправданий необхідністю встановлення та розвитку централізованої советської держави за типом азіатських деспотій*. Як справедливо зазначалося у радянській літературі періоду «перебудови», «...вузьконормативна теорія права цілком відповідала реаліям сталінського режиму, коли право розглядалось «як команда, заборона, обмеження»².

На жаль, історична традиція нехтування правом, що склалася в нашій країні, спричинилася до того, що на право автоматично перетворювалися будь-які приписи державної влади незалежно від їхнього змісту. Наприклад, правом, з позицій радянської теорії, буде належним чином виданий закон, що встановлює жорстоке кримінальне покарання за крадіжку хлібних колосків з колгоспного поля. Таким чином, радянське право часто слугувало «прикриттям» державного свавілля. *Конституційне право, яке за радянських часів мало назву «державне», викладалося з суті нормативістських позицій. Під ним ще й донині розуміють переважно сукупність державних приписів — конституційно-правових норм, — встановлених чи санкціонованих державою правил, які визначають поведінку учасників конституційно-правових відносин*.

Етатистські підходи до визначення конституційного права як права, що надане державою для гарантії порядку, а не народом для гарантії свободи, можна пояснити значним впливом на російську дореволюційну юридичну науку (опосередковано — і на українську) німецької класичної школи державного права. Ця школа обстоювала октройований характер походження конституцій: вони «даруються» монархом, а не являють собою результат діяльності уповноважених народом спеціальних органів (установчих зборів, конституційних конвентів, парламентів) для розробки та прийняття законів. Тому конституції — це акт держави для народу, а не народу — для обмеження держави.

¹ Основные задачи советского социалистического права. Материалы первого совещания научных работников права 16–19 июля 1938 г. — М., 1938. — С. 183.

² Див.: Кудрявцев В.Н., Лукашева Е.А. Социалистическое правовое государство // Социалистическое правовое государство. Проблемы и суждения. — М., 1989. — С. 9.

Таке спрощене розуміння конституційного права як системи норм, що походять від держави, тобто від найвищого політичного авторитета у системі державних органів — монарха або парламенту, — символізує розвиток конституційного права на підставі постулатів доктрини правового позитивізму та доктринальну заборону на викладання конституційного права з інших філософсько-правових позицій. *На практиці в континентальній Європі реалізація таких доктринальних підходів призвела до звуження можливостей індивідів щодо захисту своїх конституційних прав та свобод безпосередньо на основі Конституції, і як результат цього — їх нехтування та тотальне порушення з боку державної влади, що також відбувалося й на підставі застосування протиправових державних нормативних актів.* Необхідність подолання таких негативних тенденцій спричинила в континентальній Європі після 1945 року відродження природно-правових і лібертарних підходів до конституційного права та виникнення конституційної юриспруденції. Сьогодні під конституційним правом у Європі не може розумітися тільки сукупність конституційних норм, що походять від держави, оскільки у конституційній теорії вважається, що сама Конституція не є державним актом! Практичним результатом втілення цієї теорії є преамбули конституцій післявоєнної Європи. Наприклад, у абзаці першому Основного закону ФРН від 23 травня 1949 року проголошується: «Німецький народ, відповідно до своєї установчої влади, прийняв цей Основний закон».

Конституція України не є винятком з цього правила: вона не є актом держави в юридичному сенсі (як, наприклад, Закон України — акт Верховної Ради України, Указ Президента України — акт Президента України тощо), а є актом народу України, від імені якого вона була прийнята Верховною Радою України (преамбула Конституції України). А тому, як зазначив Конституційний Суд України у пункті 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України Постанови Верховної Ради України від 1 жовтня 1996 року «Про тлумачення статті 98 Конституції України» від 11 липня 1997 року, «...це право не може бути узурповано державою, її органами або посадовими особами».

Отже, прийняття Конституції України Верховною Радою України було безпосереднім актом реалізації суверенітету народу, який тільки одноразово уповноважив Верховну Раду України на її прийняття. Це підтверджується пунктом 1 статті 85 Конституції України, яка не передбачає права Верховної Ради України на прийняття Конституції України, а також статтею 156 Конституції України, згідно з якою законопроект про внесення змін до розділів, які встановлюють засади конституційного ладу в Україні, після його прийняття у Верховній Раді України має затверджуватись всеукраїнським референдумом».

У пункті 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Барабаша Олександра Ле-

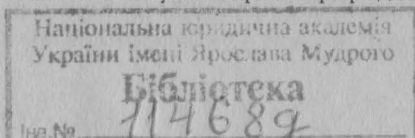
онідовича щодо офіційного тлумачення частини п'ятої статті 94 та статті 160 Конституції України від 3 жовтня 1997 року, Конституційний Суд України знову ж таки звернув увагу на цей момент: «Конституція України як Основний Закон держави за своєю юридичною природою є актом установчої влади, що належить народу. Установча влада по відношенню до так званих встановлених влад є первинною: саме в Конституції України визнано принцип поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову (частина перша статті 6) та визначено засади організації встановлених влад, включно законодавчої. Прийняття Конституції України Верховною Радою України означало, що у даному випадку установча влада була здійснена парламентом».

В умовах сучасної України було б юридично некоректно стверджувати, що конституційне право становлять лише конституційно-правові норми, встановлені або санкціоновані державою. Навпаки, конституційне право походить від народу України — громадян України всіх національностей, які мають конституційні права і свободи, для гарантії яких насамперед приймалася Конституція України 1996 року. Як зазначено в частині другій статті 3 Конституції України, «права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави».

З огляду на викладене вище, є всі підстави стверджувати, що конституційне право є найвищим правом не тільки тому, що Конституція України має найвищу юридичну силу (частина друга статті 8 Конституції України), а й тому, що за своєю природою вона є втіленням волі українського народу, тобто Конституція вища за своєю юридичною силою за позитивне право, прийняте державою. Тому *українське конституційне право не може бути виключно позитивним правом та ґрунтуватися на доктрині правового позитивізму, оскільки при визначенні змісту конституційного права потрібно зважати на цілі конституційно-правового регулювання у суспільстві, головною серед яких є утвердження і забезпечення державою прав і свобод людини. Як показує світовий досвід, такої мети неможливо досягнути тільки шляхом звичайного нормозастосування, що, у свою чергу, дає поштовх до подальшого якісного розвитку теорії конституційного права.*

Враховуючи ці аспекти, конституційне право не може бути викладеним лише з позицій наукової доктрини юридичного позитивізму, його трактування потребує природно-правових та інших підходів.

Для обґрунтування цього висновку, з метою визначення природи конституційного права та основних перспектив розвитку конституційної юриспруденції в Україні, вдамося до стислого аналізу та основних суперечностей між теорією правового позитивізму та теорією природного права.



1.2. ТЕОРІЯ ПРАВОВОГО ПОЗИТИВІЗМУ ТА ЇЇ СПІВВІДНОШЕННЯ З КОНСТИТУЦІЙНИМ ПРАВОМ

Правовий позитивізм — напрям у філософії права, згідно з яким право у суспільстві — це система норм, тобто правил поведінки, що прийняті або санкціоновані авторитетним державним органом. Апологети цього напрямку стверджують, що ні право, ні правова система не мають зв'язку з такими нормативними системами, як, наприклад, мораль та релігія. Відповідно до теорії правового позитивізму право у суспільстві встановлюється («позитивується» — від англійського *to posit* — затверджувати, визначати) людьми, тобто являє собою соціальний факт штучного характеру. Для позитивістів будь-яке належно ухвалене писане право — чинне право, якому мають коритися та узгоджувати з ним свою поведінку всі члени суспільства. Позитивне право складається із правових норм, до яких належать штрафні санкції як підстави для застосування державного примусу за порушення цих норм. *Таким чином, для позитивістів правом є тільки формалізовані, позитивно зафіксовані (писані) норми, що виникають як результат державного волевиявлення. Тобто право походить виключно із державних джерел.*

Очевидно, що прихильники цього напрямку не замислюються над тим, яким повинно бути право, щоб відповідати моральним чи іншим критеріям, оскільки право вже є записаним у правничих текстах. Водночас позитивісти таки погоджуються з тим, що право може закріплювати певні моральні норми — скажімо, забороняти умисне вбивство або крадіжку. Проте вони вперто наполягають на розмежуванні того, що є (позитивний факт), і того, що має бути (моральні цінності), а також волю та розум.

Позитивісти сприймають право як систему, в межах якої не можуть бути інституціоналізовані правові цінності як принципові прагнення законодавця або як критерії визначення чинності нормативно-правових актів (наприклад принцип верховенства права як критерій справедливості). Єдиний засіб інституціоналізації таких цінностей для позитивістів — це прийняття відповідного позитивного законодавства (наприклад закону про публічну мораль). Для них, приміром, закони, які встановлюють режим апартеїду в Південно-Африканській Республіці, є чинними, якщо вони ухвалені згідно з

визначеною процедурою. Отже, виходить як писав відомий англійський вчений-правник ХІХ століття Д. Остін: «Існування права — одне, його переваги та недоліки — інше». На його думку, «предметом юриспруденції є позитивне право: право у звичайному та чіткому розумінні цього терміна, — право, прийняте політичними керівниками щодо своїх політичних підлеглих»⁴.

У широкому сенсі правовий позитивізм асоціюється з науковими теоріями про можливість побудови «геометричної» правової системи на кшталт геометрії грецького філософа Евкліда, яка базується на аксіомах, що є (або принаймні вважаються) самоочевидними для розробки методології відокремлення факту від цінності та «чистої» юридичної науки — від інших наукових дисциплін: соціології, психології, історії, економіки, етики. Вчені — прихильники правового позитивізму — обмежуються дослідженням юридичних текстів, які містять норми права, а також вивчають правомірність «формального уповноваження» на їх прийняття певним державним органом та перевіряють дотримання відповідних процесуальних нормативних вимог. З позицій цієї доктрини все право міститься виключно у правових актах, прийнятих політичними гілками влади, які зв'язані тісними політичними відносинами і залежать від волевиявлення виборців (наприклад парламентська більшість у Палаті громад та Кабінет міністрів у Великій Британії).

Правовий позитивізм сягає коріннями у середньовічні відмінності між божественним (природним) правом та людським (позитивним) правом. Останнє визначалось як *jus positum* — право (система правил), прийняте сувереном щодо своїх підлеглих, тобто тією людиною або державним органом, якому належить верховна державна влада у суспільстві (монархом або парламентом).

У континентальній Європі традиція правового позитивізму походить з рецепції наприкінці ХІ століття римського права — *Corpus Juris Civilis*, — що слугувало ідеї централізації державної влади. Їй притаманне розуміння права як норм, зафіксованих у кодексах, як єдиному джерелі права. Щоб надати цьому джерелу права універсального характеру, юридична наука бере на озброєння *філософію правового позитивізму, яка обстоює єдину можливість існування права — у нормативному тексті (кодексі)*. Філософія позитивізму виявилася дуже зручною для «архітекторів» централізованих бюрократичних режимів Старої Європи. У плані виправдання «збігу» права та його розумності у межах тексту (так звана письмова розумність — *ratio scripta*) кодексу. Відповідно до цієї тези правовий позитивізм набуває нового значення у ХVІІІ–ХІХ століттях у запропонованих кодифікаціях нормативного матеріалу як інструмента просування правових реформ.

Суть правового позитивізму найточніше сформульована у Дигестах Юстиніана, видатному пам'ятникові юридичної думки Стародавнього

⁴ Austin J. The province of jurisprudence determined. — New York: Monday Press, 1954. — P. 5.

Риму: «Що хоче правитель, те й матиме правову силу». Або — у сучасному контексті: право у суспільстві — це все, що приймається державним органом, який має законодавчі повноваження. Як бачимо, позитивісти свідомо гіперболізують роль держави, особливо верховного суверена, у правотворенні.

Перші детальні й науково обґрунтовані розробки теорії правового позитивізму пов'язані з англосаксонською правовою традицією та з іменами англійських філософів Т. Гоббса (XVII ст.), Дж. Бенґама та вже згаданого Дж. Остіна (XVIII–XIX ст.), які заклали основи командної теорії у праві — право як команда (воля) суверена. За Дж. Бенґамом, сувереном є найвищий авторитет у межах юрисдикції.

Право, на їхню думку, це команда суверена, якому належить державна влада, а завдання юридичної науки полягає у визначенні генези та логічного зв'язку між формальними правовими нормами в існуючому правовому порядку, а також у накопиченні правових знань через призму дефініції для того, щоб при їх застосуванні можна було відрізнити право від інших нормативних систем (моралі та релігії); команди суверена від інших команд. Будь-яка правова норма є чинною, якщо вона промудьгована сувереном правової системи. З цього приводу Т. Гоббс неодноразово наголошує, що право в цілому — це не порада, а команда; вона адресується тим, хто зобов'язаний підкоритися.

Ідеї Т. Гоббса формувалися у період звільнення світських європейських правителів — королів — з-під церковної юрисдикції та остаточного занепаду папської церкви-держави, яка існувала протягом XII–XVI століть. Упродовж п'ятисот років у Європі **панувала подвійна церковна та світська юрисдикція** (теорія двох мечів), коли церковне право було одним із самостійних джерел права, тобто регулювало суспільні відносини у певній сфері, в яку не мали права втручатися королі шляхом паралельного правотворення або через застосування права церкви. Крім церковного права, визнавалося природне право — право Бога, що його мали за взірця, якого повинні були дотримуватися церковні ієрархи та королі.

Одними з перших позитивістів-церковників були діяч німецької Реформації М. Лютер та його послідовники, які скептично оцінювали здатність людини створити людський закон, що міг би вважатися повним відбиттям закону Божого. Вони активно заперечували необхідність творення людських законів церквою та її роль як посередника між людиною і Богом. Ідею секуляризації права підтримали прихильники зміцнення національних абсолютистських політичних режимів (король — нація — держава), що в ідеологічному сенсі потребувало теоретичного обґрунтування необхідності коритися командам представника Бога на Землі — короля, замість підкорення універсальній та незаперечній волі Бога. Авторитет церкви потрібно було замінити на авторитет світської влади. Хоч, по суті, позитивне право продовжує релігійну традицію, коли найвищий церковний ієрарх вважається єдиним джерелом авторитетних приписів.

Щоб звільнитися з-під диктату римського папи (міжнародної церкви), світські правителі просто закріпили за собою законодавчі повноваження церкви та проголосили себе представниками Бога на Землі. В Англії, наприклад, під тиском світської влади церква та держава об'єднались в особі короля Генрі VIII (1491–1547), якому як главі церкви та водночас главі держави піддані та церковники мали скласти присягу. Т. Мор, лорд-канцлер та автор «Утопії», відмовився це зробити, за що був страчений.

Т. Гоббс розумів: якщо «цивільний суверен» — король — не пояснюватиме необхідність ухвалення певних законів волею Божою, мир та злагода у суспільстві опиняться під загрозою. За своєю природою, вважає філософ, усі люди бояться насильницької смерті. Тобто головне бажання індивіда як у природному стані, так і в суспільному — залишатися живим. Цей страх і є запорукою встановлення у суспільстві миру та певного порядку, або, іншими словами, верховенства права. Власне, для того щоб убезпечити себе, люди й створюють політичне суспільство і передають себе під владу суверена. Таким чином, за Т. Гоббсом, наявність будь-якої держави у суспільстві — це краще, ніж її відсутність, за єдиним винятком — коли держава знищує своїх громадян (підданих) у великій кількості. «Розум не здатний передбачити механізм для підкорення, розум кожної людини підказує їй, що вона не отримує жодної переваги від підкорення до того часу, доки не підкоряться інші. Тільки природний страх смерті може примусити людей підкоритися декретам суверена»⁴.

Така аргументація Т. Гоббса актуалізує дилему позитивного права: для свободи необхідне право як гарантія її існування. У свою чергу, право містить у собі можливість знищення свободи. На жаль, зазначена дилема не може бути розв'язана позитивістським шляхом. Будь-яке позитивне право може бути несправедливим, але, за Т. Гоббсом, *люди мають підкорятися необґрунтованим та несправедливим командам суверена, доки вони розуміють, що негативні наслідки від дотримання цих команд значно менші, ніж від повстання проти суверена та переходу у природний стан війни всіх проти всіх. Крім того, на його думку, природне право неможливе у межах правових систем, що виникають після об'єднання людей під владою суверена, оскільки кожна людина може бути «суддею у власній справі» щодо права, прийнятого сувереном, що дуже небезпечно для суверена, загрожує існуванню держави і може призвести до анархії.* Таким чином, з початком утворення світських юрисдикцій, природне право занепадає і перестає виконувати роль правового засобу обмеження централізованої влади суверена. У Росії, наприклад, у часи правління Ніколая I на викладання природного права було введено заборону.

Подальший розвиток суспільства на етапі формування незалежної світської влади повністю залежав від волі суверена, який уособлював держа-

⁴ Hobbes Thomas. Leviathan (C. B. Macpherson ed., Penguin Books, 1968).

ву, а не від волі підданих, з яких складалося суспільство. Влада поширювалась лише зверху донизу, і не залишалось можливості для існування зустрічного руху — обмеження державної влади громадянським суспільством.

Американський науковець XX століття Л. Фуллер з цього приводу зазначає: «Для раннього політичного авторитету, якому належала вища влада для вирішення (питань власності), характерне штучне пояснення мотивів своїх вчинків — замість обґрунтування їх з позицій універсального природного порядку. Цей ранній політичний авторитет ми називаємо сувереном, а правила, якими керуються для вирішення цих питань, ми називаємо правом»⁵.

На думку німецького філософа та соціолога Ю. Хабермаса, «можливості громадянського суспільства на цьому етапі залежать тільки від волі суверена, тому громадянське суспільство залежить від держави, а не навпаки»⁶. Уся державна влада, з огляду на її єдність, має походити з одного джерела — суверена в особі монарха, а з перемогою ліберально-демократичних революцій — від парламенту.

Послідовники Т. Гоббса — англійські науковці Дж. Бенгам та Дж. Остін — розвинули теорію свого попередника у вигляді командної теорії в праві, яка заперечувала ідеї судового права як права розуму та зверхності загального права над актами суверена — законами. Головним прихильником та ідеологом зверхності загального права над актами парламенту був видатний англійський теоретик загального права XVIII століття У. Блекстоун. У коментарі на його трактат про теорію загального права Дж. Остін та Дж. Бенгам сформулювали **три основні постулати правового позитивізму**:

1. Відокремлення права від моралі. На думку прихильників цієї теорії, право не обов'язково співвідноситься з мораллю, тому етичний аналіз позитивного права не є предметом юриспруденції, оскільки природне право не відповідає чітким критеріям та застосовується під впливом особистих моральних переконань судді, тобто є підміною права власними моральними оцінками⁷. Відтак тільки позитивне право, яке прийняте вищими політичними ієрархами для політичних підлеглих, є реальним і чинним. З цього постулату починається процес сакралізації законів як актів парламенту, згідно з якою зміст законів не може піддаватися сумніву і є незаперечним. Цей процес відбувається паралельно з процесом занепаду природного права, ослабленням християнської церкви як політичного авторитету, який надавав природному праву чинності та загальнообов'язковості. Як наголошує Дж. Остін, твердження, згідно з яким закони, що завдають шкоди і суперечать волі Бога, є нечинними і, отже, можуть бути невиконані, призво-

⁵ Fuller L. The Law in Quest of Itself. — N. Y., 1940. — P. 21.

⁶ Habermas J. Theory and Practice. — N. Y., 1973. — P. 25.

⁷ Bentham J. Constitutional Code (1827). — P. 75.

дити до анархії⁸, що, за Т. Гоббсом, є поверненням до первісного природного стану.

2. Право завжди є вираженням або втіленням тільки людської волі — команди суверена, адресованої політичним підлеглим. Під сувереном тут розуміється особа чи державний орган, якому належить вища політична влада у суспільстві (король або народ, представлений парламентом) і якому переважна більшість членів суспільства має звичку коритися; стосовно якого існує така звичка⁹.

Команда суверена (закон) покладає обов'язок на членів суспільства поводитися певним чином чи утримуватися від певних дій. Під командою Дж. Остін розуміє певне бажання імперативного характеру. Отже, команда мала формулюватися в наказовій формі. Але, як вважає науковець, команда відрізняється від таких імперативних бажань, як, наприклад, спрага або голод, однією особливістю: сторона, якій адресована команда, зобов'язана понести покарання, якщо вона її не виконає. Як бачимо, команди суверена — це накази з погрозою застосування сили. «Команда» та «обов'язок», зазначає Дж. Остін, терміни взаємозв'язані. Вони відбивають відносини владарювання та підкорення, а закони, що приймаються на підставі реалізації законодавчих повноважень суверена, вважаються незаперечно справедливими. Таким чином, головним для позитивізму є теза про те, що право — це команда, який кореспондує обов'язок підкоритися. Кожна команда є чинною з правничого погляду, якщо вона дана суверенним джерелом влади. Людина, яка виконує команди, не може заперечити їхній зміст, виявивши раціональність та розумність, і визначити у межах судової процедури, наскільки ці команди забезпечують задоволення її власних інтересів та інтереси гармонійного розвитку суспільства.

Під правом як командою суверена Дж. Бентам розуміє:

- а) сукупність знаків;
- б) вираження суб'єктивної волі;
- в) те, що у прямий або непрямий спосіб стосується суверена в одному з трьох аспектів:

- суверен приймає закони самостійно;
- суверен дозволяє існування права попереднього суверена;
- право приймається особою, яку суверен спеціально уповноважує на таке правотворення (наприклад делеговане законодавство);

г) норми, які стосуються регулювання поведінки у конкретній ситуації;

г) норми, застосовувані до осіб, на яких спрямована влада суверена.

Дж. Остін, не погоджуючись з Дж. Бентамом у тому, що право може бути зведене до вербальної форми, визнає, що деякі команди можуть мати не імперативний, а описовий характер. Таким чином, головною характерис-

⁸ Austin J. The province of jurisprudence determined. — New York: Monday Press, 1954. — P. 186.

⁹ Bentham. Ibid. — P. 14.

тикою позитивного права стає не лише передбачення санкцій, а його загальний характер.

3. Кожна чинна правова норма має бути промудьгована сувереном правової системи, а її авторитет є похідним від авторитету суверена. Дж. Бентам доходить висновку, що всяка правова система має власного суверена; у демократичних країнах сувереном є народ, представлений парламентом. Сувереном, за Дж. Остіном, виступає особа, якій у суспільстві традиційно звикли коритися.

Право, як вважають прихильники цієї теорії, може міститися тільки у правових нормах, сформульованих та промудьгованих сувереном. В Україні, наприклад, з таких норм складається Конституція України та чинне законодавство, під яким розуміються «законы України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, прийняті в межах їх повноважень та відповідно до Конституції України і законів України»¹⁰.

Ера ліберально-демократичних революцій, яка завершила період абсолютизму в європейській історії, позначена розвитком представницької демократії та відокремленням держави від суспільства. Як зазначає Л. Фуллер, «Правовий позитивізм починається з пошуку певної єдиної сили, яка дає логічну завершеність правничій системі та пропонує чітке визначення права. Він знаходить цю єдину силу в універсальній владі суверена. Але сьогодні ми більше не можемо вірити у персонального суверена»¹¹. Тому аргументація ранніх позитивістів виявилась незручною у якісно інших умовах, коли замість єдиного суверена, якому належала вся повнота влади, виникли численні державні органи, серед яких і було розподілено колишню єдину державну владу суверена.

У XX столітті вже стає неможливо на теоретичному рівні представляти право у вигляді команд суверена з погрозою застосувати силу за їх невиконання, що спричинене «деконцентрацією» колишнього персоніфікованого суверена та заміною психологічного ефекту (страху) від погрози за невиконання його команд на більш раціональний елемент, що може бути сприйнятий у розвинутому індустріальному суспільстві. Австро-американський науковець Г. Кельзен у своїй книзі «Чиста теорія права» у 1934 році пропонує модифіковану позитивістську теорію, згідно з якою, по-перше, замість страху перед сувереном, запроваджується ідея правової норми, що накладає обов'язки на певних осіб, у тому числі посадових¹². По-друге, чинність цих

¹⁰ Див.: Пункт 1 резолютивної частини Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України від 9 липня 1998 року за № 12-пн/98.

¹¹ Lon L. Fuller: *The Law in Quest of Itself* (1940).

¹² Kelsen H. *Pure theory of law*. — Berkely: Univ. of California Press, 1967.

правових норм залежить від їх зв'язку з іншими правовими нормами, що підміняє «звичку користися» Дж. Остіна.

Г. Кельзен проголошує, що «чиста теорія права» є теорією позитивного права, а закони у суспільстві — це сукупність позитивних правових норм. На його думку, моральні норми є звичайними суб'єктивними уявленнями при обранні моделі поведінки, тому він заперечує переконання прихильників природного права, що такі норми є чимось об'єктивним у правовій системі. Він насамперед наполягає на тому, що закони не повинні мати ні ідеологічного, ні етичного змісту, та проводить рецепцію позитивізму у ХХ столітті під гаслом «усе право є позитивним правом», тобто право у суспільстві приймається та скасовується вольовими актами.

Право — це форма соціального контролю, яке накладає на офіційних державних осіб обов'язки та встановлює їх повноваження щодо застосування санкцій за певних обставин. Однак, за Г. Кельзенем, закони є не вольовими актами чи наслідком бажання, як у Дж. Остіна, а об'єктивним значенням цих актів. Тобто якщо король запроваджує, наприклад, правило (норму) для підданих, за яким кожний, хто має бороду, повинен сплатити податок за її носіння, то це правило матиме тільки суб'єктивне значення. Для об'єктивного значення, що властиве праву, за Г. Кельзенем, необхідно, щоб це правило узгоджувалось з іншим, яке стверджує, що такі команди короля є чинними правовими актами і накладають правові зобов'язання.

Викладене вище свідчить про особливу позицію Г. Кельзена, згідно з якою закони регулюють ухвалення інших законів. Нормативно-правові акти правової системи формують подобу ієрархічної системи, в якій чинність нижчої норми визначається її відповідністю вищій, або створення нижчої норми уповноважується існуванням вищої. Причому ієрархія норм розуміється як ієрархія приписів офіційним особам щодо застосування санкцій. Оскільки, за Г. Кельзенем, тільки норми визначають чинність інших норм та їх розташування у межах правової системи, тобто має існувати закон — норма найвищої юридичної сили, що визначає юридичну чинність усіх норм системи. Це і є основна норма (*Grundnorm*), найвища у будь-якій правовій системі, чинність якої приймається як аксіома. Як вважає Г. Кельзен, основна норма регламентує дії, які слід вчиняти відповідно до Конституції. Тому основна норма не є позитивною правовою нормою, яка вважається чинною тому, що прийнята згідно з дотриманням визначеної процедури та міститься у писаному правовому акті. Вона, за Г. Кельзенем, є чинною тому, що вважається чинною *an priori*, оскільки без цього переконання будь-який правовий акт не може вважатися правовим актом.

Отже, основна норма правової системи сама по собі не є позитивним правом, її чинність передбачається законодавцем, який намагається діяти відповідно до основної норми при наданні певним актам нормативного характеру. Вона, наприклад, може вимагати, щоб закони ухвалювалися з дотриманням процедури, визначеної Конституцією.

Очевидно, що Г. Кельзен навіть у межах своєї нормативної системи припускає наявність приписів найвищої юридичної сили, які мають ненормативний характер і впливають з розумово-когнітивних здібностей найвищих державних посадових осіб, які уповноважені на нормотворення. Таким чином, за Г. Кельзеном, основна норма не існує нормативно і знаменує межу юридичного позитивізму. Виконуючи епістемологічну функцію, вона є своєрідним механізмом для виправдання примусового характеру системи чинних законів. Тобто за таких обставин збирач податків відрізняється від грабіжника тим, що його повноваження випливають із законів, які, у свою чергу, ніби походять із основної норми. У цьому і полягає головна відмінність від командної теорії Дж. Остіна та Дж. Бентама — звичка користися замінюється логічною стрункістю ієрархії норм, найвища з яких обмежує владу верховного правителя в тому плані, що він повинен поводитися відповідно до цієї основної норми.

Як справедливо зазначає з цього приводу відомий науковець, лауреат Нобелівської премії у галузі економіки Ф. Гайек, «професор Г. Кельзен у своїх працях повністю викривив ідею «обмеженого правління» (держава, яка підпорядкована праву і діє тільки згідно з чітко визначеними легітимними цілями. — *С.Ш.*). Його теорія була взята на озброєння всіма реформаторами, які розглядали традиційні механізми обмеження державної влади як дратівну перепону на шляху до ліквідації всіх обмежень влади парламентської більшості»¹⁵. Інший відомий німецький науковець-конституціоналіст періоду Веймарської республіки Г. Геллер критично назвав Г. Кельзена «виконавцем заповідей позитивізму», оскільки той настійливо стверджував, що кожна держава є правовою державою.

Сучасний впливовий захисник теорії правового позитивізму англійський учений Г. Гарт у своїй праці «Концепція права» виклав власне бачення позитивістської теорії в праві. Щоб показати зв'язок правової системи з іншими соціальними інститутами, існування якого неможливо заперечити у будь-якій правовій системі (Г. Кельзен його цілком заперечував), Г. Гарт запроваджує поняття «правила». На його думку, ні накази, які передбачають санкції за їх невиконання, ні нормативні приписи не є правилами. Акцент теорії Г. Гарта зміщується на зовнішнє та внутрішнє сприйняття цих правил. Суспільство або група людей, зазначає Г. Гарт, сприймає ці правила, оскільки вони встановлюють стандарт поведінки у суспільстві.

Так, правило «чоловік повинен зняти капелюх, входячи до церкви», є прикладом зовнішнього сприйняття стандарту поведінки. При відхиленні від цього стандарту окремих осіб, у інших членів групи людей, на яких поширюється такий стандарт, з'являється вагома причина для критичного ставлення до «відхилень у поведінці» — внутрішнє сприйняття зазначеного

¹⁵ Hayek F. The Constitution of Liberty. — Chicago: The University of Chicago Press, 1978. — P. 238.

правила членами групи. Це означає, що вони в цілому додержують правила та «внутрішньо» сприймають його, що виявляється у «рефлексивному критичному ставленні» до осіб, які це правило порушують. Правило, як вважає Г. Гарт, може накладати зобов'язання на членів групи лише в тому разі, якщо існує загальна вимога до поведінки членів групи згідно з визнанням і узвичаєним стандартом. Така загальна вимога супроводжується соціальним тиском на того, хто бажає або відхиляється від стандарту.

За Г. Гартом, для суспільства цілком можливо мати систему чи «комплект» правил, які являють собою режим дії первинних правил-зобов'язань. Але ефективно він спрацьовує лише у випадках, коли суспільство «замкнене» і має стабільне оточення (наприклад громада мормонів). При зміні цих умов, тобто коли суспільство стає відкритим, система відразу ж виявляє такі недоліки: 1) *невизначеність*: сумніви можуть виникнути щодо того, що ж являють собою ці правила, або яка їхня сфера дії; 2) *статичність*: єдиний спосіб змінити ці правила — повільний процес розвитку та занепаду; 3) *неефективність*: правила можуть виконуватися тільки під соціальним примусом, коли відсутній чітко виражений спосіб визначення, яке саме правило і коли порушене.

Зазначені недоліки, на думку Г. Гарта, можуть бути усунені шляхом запровадження вторинних правил: 1) *невизначеність* — за допомогою *правил розпізнавання* офіційними особами первинних правил, у результаті чого останні можуть бути визначені та класифіковані щодо сфер регулювання; 2) *статичність* — за допомогою *правил змін* для осіб, які мають повноваження змінювати первинні правила у разі необхідності. Скажімо, прийняття та скасування законів парламентом може бути наведене як приклад діяльності індивідів відповідно до правил змін, а не як вольової діяльності суверена у формі наказів, які погрожують санкціями; 3) *неефективність* — за допомогою *правил розгляду*, які уповноважують індивідів згідно зі спеціальною процедурою визначати випадки порушення первинних правил та примушувати дотримуватися їх.

Історія права, наголошує Г. Гарт, свідчить, що третій вид вторинних правил має певну перевагу перед першим та другим.

Право, за Г. Гартом, — це союз первинних і вторинних правил. Концепція чинного права полягає у відповідності первинних правил вторинним з особливим значенням вторинних правил розпізнавання. Первинне правило накладає зобов'язання і є чинним правом, якщо діє відповідно до правила розпізнавання. Вторинні правила — це правила про правила.

Для належного функціонування правової системи необхідно, щоб правила розпізнавання, змін та розгляду були сприйняті офіційними особами, яким більшість членів суспільства має звичку коритися¹¹.

¹¹ Hart H. The Concept of Law. — Oxford, 1961.

За такого стану речей, членам суспільства не потрібно «внутрішньо сприймати» первинні правила для того, щоб вони були чинним правом. Просто первинні правила мають відповідати вторинним — насамперед правилам розпізнавання. У такому разі незрозуміло, в якому сенсі правила розпізнавання накладають певні обов'язки, за винятком того, що ці правила прийняті вищою політичною владою стосовно підвладних, тобто, за Дж. Остіном, є командою суверена.

Правила розпізнавання нагадують основну норму Кельзена, яка чинна тому, що вона чинна. З проблемою визначення правових підстав для чинності основної норми (яку, до речі, неможливо розв'язати з позицій правового позитивізму), неминуче стикаються усі прихильники цього філософського напрямку, оскільки її вирішення — це вже сфера теорії природного права.

Отже, щоб з'ясувати остаточний зміст позитивістського напрямку в юриспруденції, скористаємося класифікацією Г. Гарта, який навів **5 значень сучасного позитивізму**: 1) право — це команди людських істот; акти реалізації їх волі; 2) між правом і мораллю, або правом, яким воно є, і правом, яким воно має бути, не існує ніякого необхідного зв'язку; 3) правова система — замкнута логічна система, в якій юридичні рішення ухвалюються логічним способом на підставі правових норм за допомогою дедуктивного методу і не потребують пояснення шляхом посилання і врахування соціальних цілей, політики, моральних стандартів (визначення розумності та справедливості правових актів); 4) аналіз права проводиться автономно, шляхом вивчення самого права, без урахування історичних причин походження права, незалежно від соціологічних теорій про співвідношення права з іншими соціальними феноменами, від теорій наповнення права моральним змістом, соціальними цілями та функціями тощо; 5) моральне правосуддя не може бути здійснене або виправдане на підставі доведення факту, раціонального аргументу, доказу (принцип нонкогнітивізму в етиці); заперечення об'єктивності моральних цінностей у межах правової системи.

Як бачимо, значення 1–3 відповідають теорії Дж. Бентама, Дж. Остіна та Г. Кельзена; 4 і 5 відбивають досягнення сучасного позитивізму. Проте всі позитивісти розглядають правову систему як логічно замкнену, а люди — члени суспільства — повинні коритися приписам влади, оскільки вони йдуть від найвищого суверенного джерела — персоніфікованого суверена (Т. Гоббс, Дж. Бентам, Дж. Остін), від групи осіб, яким підкоряються за звичкою або за найвищим правилом розпізнавання, що надає правової сили іншим правилам (Г. Гарт), у суддях, або у найвищому судовому органі (Д. Грей), у основній нормі (Г. Кельзен). Але головна дилема правового позитивізму — правова (писана) форма одночасно гарантує свободу і містить можливість для її знищення — залишається невирішеною у межах позитивістської доктрини.

Наукова теорія, залишена нам у спадщину з радянських часів, вивчає категорії конституційного права виключно з позитивістських позицій, коли право вважається інструментом державної влади у проведенні державної політики, метою якої може бути свідоме та масове порушення основних прав людини.

Наукова доктрина, згідно з якою право походить тільки з приписів державної влади, дала змогу німецьким теоретикам права прямо пов'язати безсилля громадянського суспільства перед тоталітарною державною владою з теорією правового позитивізму. Як наголошував німецький науковець Г. Радбрух, «правовий позитивізм відповідає за збочення права при націонал-соціалізмі, оскільки своїм постулатом «закон є закон» обеззброїв німецьких юристів перед його свавільним та злочинним змістом. Трактуювання юридичними позитивістами влади як головного критерію чинності права означала готовність юристів до сліпої покори всім законодавчо оформленим приписам влади»¹⁵.

Праворозуміння більшості сучасних українських юристів ґрунтується саме на позитивістських уявленнях про право як команду суверена, невиконання якої загрожує застосуванням сили (санкції), що передбачене нормами. Все інше, наприклад судові рішення, яким встановлюється новий правовий принцип, не є правом взагалі. Як справедливо зауважує український науковець А. Заєць: «Вузьконормативний підхід до визначення права, заснований на положенні, що право — це норми поведінки, викладені у законах та інших нормативних актах, встановлені й забезпечувані примусовою силою державної влади, ще й досі знаходять своїх прихильників»¹⁶.

Традиційно українські науковці-позитивісти не визнають прямої дії конституційних норм про права і свободи людини та громадянина у так званих важких справах, коли ці норми не можуть застосовуватися судами безпосередньо, а потребують конкретизації з метою визначення їх додаткового змісту. З позицій позитивістської теорії, норми про права людини можуть бути конкретизовані іншими нормами — шляхом прийняття законів, які визначатимуть зміст цих прав та встановлюватимуть обмеження на їх реалізацію. Без конкретизуючого закону конституційні (основні) права є, за висловом Дж. Бентама, «абсурдом на ходулях», тобто суто декларативними, і не мають ніякого самостійного правового значення, через що не можуть бути захищені безпосередньо у суді. Зрозуміло, за таких умов ідеться про програмну Конституцію, яка ставить законодавцеві завдання на майбутнє, а не вирішує наболілі проблеми сьогодення.

¹⁵ Radbruch G. Gesetzliches Unrecht und bergesetzliches Recht (1946) // Rechtsphilosophie. — Heidelberg, 1983. — S. 352.

¹⁶ Заєць А. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. — К: Парламентське видавництво, 1999. — С. 135.

З позицій позитивістської теорії, фізичні особи не можуть бути активними суб'єктами застосування конституційних норм, проте водночас саме їм адресуються державно-владні веління, що формулюються у відповідному процесі. Іншими словами, *у стосунках держави з людиною, остання посідає підпорядковане, пасивне становище й не може захистити свої конституційні права тільки на підставі Конституції України у суді, оскільки вона не є (і не може бути) суб'єктом конституційного права*. Логічним наслідком такого підходу до визначення юридичної природи та змісту конституційних прав є їх практична вилученість із судового процесу саме тому, що вони не мають самостійного юридичного значення, оскільки лише «припасовуються» до відповідного конкретизуючого закону. Крім того, *позитивістська теорія не визнає основних прав людини як засобу обмеження державної влади та державного суверенітету, й передусім, суверенітету парламенту*.

На цей «згубний» вплив правового позитивізму (вужького нормативізму) на якість конституційного судочинства вказав суддя Конституційного Суду України, професор О. Мироненко у окремій думці стосовно Рішення Конституційного Суду України в справі за конституційним поданням 51 народного депутата України про офіційне тлумачення положень статті 10 Конституції України щодо застосування державної мови органами державної влади, органами місцевого самоврядування та використання її у навчальному процесі в навчальних закладах України: «Нормативісти блискуче володіють «юридичним ремеслом», але не усвідомлюють ані меж, ані міри нормативної регламентації і залишаються впевненими, що правовий примус (через статтю закону, позитивну норму права) може вирішити будь-яку проблему державного чи суспільного життя. Їх втручання до зазначеної природно-правової сфери, яка вимагає толерантності, гнучкості, шанобливості, стриманості, коректності у праворозумінні, небажане, оскільки гіперболізація ролі позитивної норми, схильність до імперативу, правового тиску нічого, окрім шкоди, тут не дасть».

Не треба також забувати, що правові погляди К. Маркса й В. Леніна, під впливом ідей яких була створена радянська правова система, формувались згідно з ідеологією правового позитивізму: право є лише втіленням волі законодавця — взірця найвищої справедливості. Тому не дивно, що, незважаючи на докорінні відмінності тогочасного правового розвитку (XIX — початок XX століття) та нинішнього, коли теорія правового позитивізму вже не є панівною у Європі, на теренах колишнього СРСР її все ще підтримують більшість правників та політиків.

Теорія правового позитивізму, що розроблена Дж. Бентамом та Дж. Остіном (право як команда суверена), зовсім не визнає ні міжнародного, ні конституційного права, оскільки, згідно з нею, для чинності міжнародного права необхідний «міжнародний суверен», а такого не існує, відтак воно не є командою, а являє собою «позитивну мораль»; конституційне право не є пра-

вом, бо, як твердить Дж. Остін, суверен не має ніяких правових обмежень та обов'язків. Цікаво, що у цьому зв'язку відомий нацистський теоретик права К. Шмітт неодноразово зазначав, що рішення у спорах стосовно компетенції державних органів мають прийматися сувереном (одноосібним лідером нації – президентом), оскільки немає жодних підстав для судового розгляду такого роду питань¹⁷.

Згідно з командною теорією створення конституційних судів є недоцільним, оскільки суверен не може бути неправий і загалом — обмежений правом. Конституційний суд, за Г. Кельзенем, створюється як гарант ієрархії норм і не може захистити конституційні права безпосередньо на основі Конституції — оскільки конституційні норми потребують додаткової конкретизації їх змісту законом (особливо — конституційні норми про права людини), — а також встановити критерії необхідності обмежень основних прав людини з боку держави.

Правовий позитивізм ґрунтується на припущенні (фікції), що право у суспільстві являє собою закриту та логічно замкнену систему, де нормативні та індивідуально-правові акти ухвалюються шляхом застосування дедуктивного методу — від загального до часткового. Суддям, як правило, за таких умов відводиться роль, за висловом М. Вебера, «параграфів-автоматів», які застосовують закони так, як вони записані у кодексах, не розмірковуючи про їх цінність та значення. Українські судді тільки тепер починають розуміти, що *справжня незалежність судової влади починається із застосування у процесі судочинства принципу верховенства права, який не може бути ототожнений з принципом верховенства закону як сліпої, механічної покорі всім нормативно оформленим притисам державної влади*. Внутрішні вади позитивного права визнають навіть деякі позитивісти, хоч загалом виступають проти того, що суверен може бути неправий, норма — некоректна, а у позитивному праві є прогалини.

В Україні, як і в Росії, викладання та розуміння права, й конституційного права зокрема, з позитивістських позицій було обумовлене інтересами абсолютистської держави. Як зазначає дослідник російського права Є. Кузнецов, «ототожнення права з законодавством, правовий монізм лежав в основі позитивістського правового підходу щодо розуміння права і, зрештою, був обумовлений практичною потребою бюрократичного державного апарату, який дедалі розростався»¹⁸. Тому розуміння права в бюрократичних суспільствах, нав'язане правлячою елітою, докорінно відрізняється від розуміння права у суспільствах демократичних (комерційних).

Реакційні сили, які нищили демократичні суспільства, дуже добре були обізнані з головною тезою юридичного позитивізму — оскільки право є команда держави, сама держава не може бути зв'язана правом. Зрозуміло, що у

¹⁷ *Schmitt Carl. Der degreesuter der Verfassung (1931).*

¹⁸ *Кузнецов Е. Философия права в России. — М., 1989. — С. 190.*

гітлерівській Німеччині, як і у фашистській Італії та СРСР, доктрина про те, що держава, яка зв'язана правом, є державою «невільною», або «в'язнем права», а тому обов'язково має звільнитися (лібералізуватися) від права, набула офіційного статусу. «Вільна» від права держава відповідно й поводитися зі своїми громадянами — мільйони людських смертей та покалічених доль підтверджують це.

Як зауважують авторитетні французькі науковці з приводу поширеного впливу цієї правової теорії у XIX та XX століттях (до 1945 року): «Французькі юристи, які були першими, хто підніс законодавчий позитивізм до статусу панівної теорії, стали першими і з тих, хто намагається звільнитися від настанов цієї доктрини».

Антипозитивістська тенденція є характерною для ФРН як реакція на те, що ця доктрина у роки націонал-соціалізму сприяла його політичним та правовим настановам, оскільки, згідно з нею, правом вважається лише те, що є корисним для держави. Антипозитивістська реакція у ФРН не зупинилась перед авторитетом найвищих у правовій ієрархії законів. Федеральний верховний суд та Федеральний конституційний суд не побоялися проголосити у цілій серії своїх рішень, що конституційне право не обмежене текстом Основного закону, а включає також «деякі загальні принципи, яких законодавець не конкретизував у позитивній нормі, що існує надпозитивне право, яке зв'яже навіть установчу владу законодавця»¹⁹.

Право на сучасному етапі розвитку розглядається через призму різних правових теорій, що дістають своє практичне втілення більшою чи меншою мірою. Крім того, слід враховувати остаточну перемогу над тоталітарними фашистськими та комуністичними режимами у європейських країнах, в яких переважав вульгарний позитивізм. Тому конституційне право України не може розглядатися виключно з позитивістських, нормативістських позицій або як команда, що походить від державної влади, оскільки сама Конституція не є кодексом, норми якої без суддівського тлумачення дають відповіді на всі запитання. Отже, є всі підстави погодитися з думкою А. Ендзінша — в. о. голови Конституційного суду Латвії, яку він висловив на міжнародній конференції «Тлумачення Конституції та законодавчих актів, принципи конституційного контролю», що проходила в Києві у 1998 році: «Коріння нормативізму можна знищити тільки за допомогою якісного розвитку теорії права, загальної освіти людей, котрі застосовують правові норми, та створенням системи, яка гарантує умови, коли якнайбільша кількість тих, хто застосовує вищезгадані норми, є особами з належними знаннями, розумінням та орієнтацією на справжні цінності».

¹⁹ Давид Р, Жоффре-Стинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Международные отношения, 1999. — С. 110.

1.3. ПРИРОДНЕ ПРАВО ТА ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ У ПРОЦЕСІ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВОСУДДЯ

Як видно з тексту преамбули Конституції України, Верховна Рада України усвідомлювала свою відповідальність перед Богом, приймаючи від імені українського народу Конституцію України. Аналогічну згадку про відповідальність перед Богом німецького народу, який приймає Конституцію, містить текст преамбули до Основного закону ФРН 1949 року. У Канадській хартії прав і свобод 1982 року зазначено, що Канада сповідує принципи, що визнають верховенство Бога.

Чи може факт визнання Бога сприяти офіційному визнанню природного права як складової конституційного права при здійсненні конституційного правосуддя? На перший погляд, відповідь видається однозначною — ні. Але при уважному та детальному вивченні загальноправових принципів, що застосовуються при здійсненні конституційного правосуддя у країнах західної демократії, важко не помітити їх тісного зв'язку з категоріями, запозиченими з природного права: розумність позитивного права, легітимна мета державного правового акта, мінімальні та необхідні обмеження основних прав людини. Для підтвердження висновку про тісний зв'язок природного права з конституційним судочинством вдамося до аналізу природного права.

Природне право (*jus naturale*) — це система норм та принципів, які визначають поведінку людей у суспільстві незалежно від позитивного права. Природне право виникло і розвивалось як право Бога (всесвітнього розуму) з метою визначення системи правил та принципів, які регулюють людську поведінку і мають універсальний характер, тобто стосуються всіх людей незалежно від національних юрисдикцій. Як вважають прихильники природного права, воно є обов'язковим для всіх людей незалежно від позитивних законів, через що іноді може суперечити нормативним приписам світської влади. Доктрина природного права переконує в тому, що немає зобов'язання, яке б не містило елементів морального схвалення. Людські закони нечинні, якщо вони суперечать законам Божим.

На думку середньовічних теоретиків права, природне право є результатом волевиявлення Бога, вираженим як у Господній відвертості, так і в

людському розумі та совісті. Є **дві теорії, які пояснюють обов'язковість природного права**. Перша — **волюнтаристська теорія**, з позицій якої природне право є обов'язковим, оскільки воно є результатом волевиявлення Бога, якому має підкоритися кожний віруючий. Друга — **інтелектуальна теорія** — не пов'язує природне право безпосередньо з волею Бога, а, навпаки, стверджує, що немає необхідного зв'язку між природним правом та волею Бога, оскільки природне право керує розумом людини, регулює її поведінку і є раціональним та розумним. Воно може бути відкрите розумом інтелегентної людини відповідно до її природи — ментального, морального та фізичного стану. Звідси походить термін «природний стан», про небезпеку існування якого попереджали перші науковці-позитивісти, — стан універсального суспільства, в якому люди керуються загальнообов'язковими раціональними мотивами, спрямованими на досягнення зрозумілих для всіх необхідних цілей. Ці мотиви людської поведінки у природному стані ґрунтуються на неухильному дотриманні загальнообов'язкових правил, встановлених Творцем людської природи — Богом. Людська природа перебуває в гармонії з причинами, що керують Всесвітом, а природні правила людської поведінки стають відомі всім через діяльність людського розуму. Отже, на думку прихильників цього напрямку у філософії права, **природне право промудрується Богом (повідомляється всім) через людський розум**.

Природне право, яке історично віддзеркалювало дуалізм церковної та світської влади в Європі після визнання християнства офіційною релігією, стає джерелом права в результаті розквіту римо-католицької церкви та папської держави, й відроджується в текстах конституцій та конституційній юриспруденції європейських країн після 1945 року.

Для того щоб визнати загальнообов'язкову юридичну силу природного права при здійсненні конституційного правосуддя (або правосуддя у цілому), зовсім не обов'язково вірити у Бога, що припускає інтелектуальна теорія природного права. Потрібно лише визнати, що у природі існують та відбуваються взаємопов'язані процеси, для пояснення яких науковці формулюють закони фізики, хімії тощо. Те саме стосується законів людських, тобто тих, які ухвалюються людьми для людей. У процесі їх прийняття законодавець має враховувати закони природи — природне право, яке заперечує, що закони можуть бути прийняті виключно імперативним шляхом, тобто актом виявлення людської волі, та може бути «відкрите» розумом свідомої людини.

Нормотворення для прихильників теорії природного права — це ціленаправлена діяльність, яка має задовольняти певні моральні вимоги. Пізніше ця ідея ввійшла до концепції правової держави: закон, ухвалений без чітко визначених суспільних цілей, що пояснюють його необхідність, є нечинним. Крім того, питання чинності та обов'язковості законів не може бути повністю відокремлене від питання їхньої моральної обов'язковості та

морального змісту. Як зазначає відомий український правознавець Б. Кістяківський, «Як арифметична аксіома $2 \times 2 = 4$ або наукова істина про обертання Землі навкіл Сонця зберігали свою повну силу навіть тоді, коли не були нікому відомі, точнісінько так і моральнісний принцип сам у собі нічого не втрачає і нічого не набуває від того, більшою чи меншою кількістю осіб його усвідомлено»²⁰.

Таким чином, з позицій природного права, концепція справедливості, пропорційності, розумності позитивного права є не науково-теоретичною абстракцією, а, навпаки, — критерієм визначення чинності державних правових актів при здійсненні правосуддя та судового конституційного контролю.

З позицій правового позитивізму поняття «право» і «закон» є тотожними, тобто збігаються за обсягом. Але ще у римському праві право та закон позначалися різними термінами: *jus* як право та справедливість, що містить у широкому значенні як моральні, так і правові зобов'язання, та *lex* — позитивний закон²¹. У англійській, французькій, німецькій та іншій європейській правничій термінології поняття «право» і «закон» також не тотожні (наприклад, у англійській мові *law* означає право, а *statute* — закон). Це пояснюється тим, що ще з давніх часів почався науково-практичний пошук меж припустимості інституціоналізації морального правосуддя у межах судового процесу, який у сучасному конституційному праві представлений, наприклад, концепцією матеріальної належної правової процедури, або принципом пропорційності.

*Право з позицій теорії природного права розуміється не як зведене у закон волевиявлення правлячого класу, народу, виборців, монарха, а як продукт розуму (reason) — стандарт поведінки розумної (інтелігентної) людини, яка може відрізнити добрі вчинки від поганих. Право, на думку представників цього напрямку, базується на розумності та визначає усталений стан речей і зв'язок між ними*²². Тобто, згідно з основними положеннями теорії природного права, розумність стає критерієм перевірки державних правових актів на предмет їх чинності. Нерозумним є закон, який

²⁰ Кістяківський Б. Вибране. — К.: Абрис, 1996. — С. 86.

²¹ Osborn's Concise Law Dictionary. — Sweet & Maxwell, 1983. — P. 192.

²² Розумність (*reason*) — це визнаний всіма суб'єктами певних суспільних відносин критерій здорового глузду. Так, наприклад, розумна ціна (*reasonable price*) — це якраз та визначена всіма членами суспільства кількість грошей, яку необхідно сплатити за певну річ. Цей критерій, безумовно, приблизний і ніколи не може бути чітко визначений. Розумно сплатити 5 або 6 гривень або, скажімо, 5 гривень 50 копійок, якщо ця річ скрізь приблизно так і коштує. Але зовсім нерозумно (*unreasonable*) сплатувати 50 або 60 гривень. Той самий критерій розумності поширюється й на інші суспільні відносини: розумно (якщо це можна пояснити суспільною необхідністю) брати з громадян 20 або 30 відсотків податку, але нерозумно брати 90 або 99 відсотків. Саме до специфічних властивостей людського розуму закликав святий Августин, коли заявляв, що не може дати визначення Богу, але точно знає, що таке безбожжя.

містить у собі незрозумілі норми або норми, яких неможливо дотримати чи керуватися ними при визначенні правомірності поведінки суб'єкта права. Такий закон суперечить природному праву і є нечинним у юридичному сенсі.

Суть природного права можна передати словами голландського правника XVII століття Г. Гроція: «Природне право є приписом здорового глузду (людського розуму. — С. III), згідно з яким та чи інша дія, залежно від її відповідності або протилежності розумній природі, визнається або морально ганебною, або морально необхідною»²³. Такі ідеологи природного права, як Цицерон, Т. Аквінас, С. Пуфендорф, вважали природне право критерієм визначення чинності правового позитивного акта, прийнятого будь-яким державним авторитетом, тому «морально ганебний» державний нормативний акт визнавався юридично нечинним.

Історія залишила нам чимало прикладів морально ганебних актів. Так, у Нікарагуа, перед поваленням сандиністського режиму в 1992 році, був прийнятий правовий акт, згідно з положеннями якого вся державна власність переходила до офіційних осіб правлячої партії. Закони нацистської Німеччини передбачали смертну кару для жінок єврейського походження, якщо вони мали шлюбні стосунки з німцями «чистого етичного походження».

Питання про співвідношення права та моралі завжди було головним у філософії права. При його детальному розгляді можна помітити, що деякі правові приписи можуть мати моральну спрямованість — як, наприклад, заборона вбивати або красти. Проте як можна виправдати закони, які не витримують ніякої критики з погляду моралі: закони, що дозволяють існування рабства, заохочують доноси, встановлюють дискримінацію або забороняють опозиційні партії? Чи можна з позитивістських позицій оцінити активність судових органів конституційної юрисдикції, які виносять свої рішення, керуючись неписаними правовими принципами та надають моральним концепціям позитивного характеру, як, приміром, право на *прай-весі* у конституційній юриспруденції США?

Відповіддю представників школи природного права на ці складні запитання є обґрунтування ними необхідності зв'язку між правом та мораллю у межах правової системи, причому не тільки через позитивацію моралі (наприклад прийняття закону, який встановлює кримінальну відповідальність за вбивство), а й через застосування природного права як самостійного критерію визначення чинності правових актів.

Деякі згадки про природне право можна знайти у працях Аристотеля про «природну державу, засновану на світовій розумності», а також у філософії давньогрецьких стоїків, які обґрунтовували «світову розумність і логіку». Представник цієї школи Кризіппій систематизував філософію

²³ Гроций Г. О праве войны и мира. — М., 1956. — С. 71.

стоїків та визначив основну концепцію їхнього вчення, яка полягала у такому:

1. Для людини праведне життя означає її гармонію з природою. Природа є абсолютно раціональною, і завданням кожної людини є усвідомлення власного місця, своєї ролі у цьому світовому порядку, що означатиме її добровільне підкорення світовому стану речей через його розуміння.

2. Людина посідає окреме місце серед інших живих істот, оскільки вона наділена розумом, і тому підпадає під волю Бога. Людина, яка розуміє такий стан речей, стає частиною морального світового порядку, стрижнем якого є універсальне світове право, що регулює моральні та соціальні відносини людей у суспільстві²⁴.

Інший представник філософської школи стоїків Панайотіс вважав, що оскільки розум створює право для всіх людей, цей закон природи має стати основою для державних позитивних законів. Держава зобов'язана діяти відповідно до загальних принципів справедливості, яка є моральною об'єднальною силою держави як єдиного цілого. Держава, що вчиняє несправедливі вчинки, втрачає таку об'єднальну моральну гармонію²⁵.

Серед перших науковців, які дали визначення природного права, можна назвати римського філософа Цицерона: «Справжнє право — це розумність, праведність та природа, це право, яке накладає на людей обов'язки, забороняє й утримує їх від поганих вчинків. Його чинність є універсальною, незмінною та вічною. Будь-яка спроба заперечити це право є гріх; скасувати його неможливо. Ні сенат, ні асамблея не можуть звільнити нас від його приписів. Тут не може бути одного права у Римі, а іншого у Атенах; або одне зараз, а інше — потім, всі народи постійно мають керуватись цим незмінним та універсальним правом»²⁶. За Цицероном право — це «найвища розумність, що її містить у собі природа... Ця розумність, яка міцно закріплена та досконало розвинута у людському розумі, є правом. Право — це розум та розумна поведінка інтелігентної людини, стандарт, відповідно до якого справедливість відрізняється від несправедливості»²⁷.

За Цицероном, право є не результатом людських дій, а приписом Бога, який прослідковується у свідомій людській поведінці, спрямованій на досягнення блага. Результатом такого прагнення у суспільстві є створення державних органів, які «віддзеркалюють» право у процесі його пошуку між справедливим і несправедливим. Тільки закони, які втілюють найвищі моральні стандарти, можуть бути справедливими законами. Отже, справедливі закони, які існують у суспільстві, органічно пов'язані з мораллю і не можуть бути відокремлені від неї.

²⁴ Jurisprudence. Text and Readings on the Philosophy of Law by G.Christie and P. Martin. — West Publishing Co., 1995. — P. 120.

²⁵ Ibid. — P. 121.

²⁶ Cicero. De Res Publica. — III, 33.

²⁷ Ibid. — P. 38.

У. Блекстоун, який доклав значних зусиль до розвитку теорії Цицерона, також вважав, що «людські закони є нечинними, якщо вони суперечать природному праву»²⁸. Він зазначав, що суддя або інша державна посадова особа, яка має повноваження щодо застосування права, не робить нічого поганого, коли застосовує природне право, яке не можна знайти у писаних джерелах. Коли суддя доходить висновків, які не обов'язково ґрунтуються на позитивному праві, він застосовує право, яке одвіку існує у суспільстві, а не створює нове право. Таким чином, суддя, який не обмежений у своїй діяльності «законами у книгах», а йде далі писаного тексту, діє не всупереч, а відповідно до права²⁹.

Ця декларативна теорія судового прецеденту пов'язується з теорією природного права у працях теоретиків загального права.

Теорія природного права набуває подальшого розвитку у працях відомого філософа XIII ст. Т. Аквінаса, який ставить на перше місце розумний, а не вольовий елемент у правотворенні, оскільки вважає, що «розум має внутрішню силу, і в цьому його відмінність від волі, оскільки воля означатиме мету, тоді як розум формулює приписи щодо використання речей, які необхідні для досягнення мети»³⁰. Ця ідея стає основним стрижнем конституціоналізму як ідеології обмеження свавілля держави — *несвавільною дією є правовий акт державного органу, який не містить імперативного припису, щодо виконання будь-яких дій під загрозою застосування державного примусу (за Дж. Остіном — команди з погрозою), але такий, що визначає легітимну суспільну мету, для досягнення якої формулюються ці державні приписи, які мають розумно та оптимально співвідноситися з визначеною метою*. У протилежному випадку, згідно з теорією природного права, викладеною Т. Аквінасом, дії держави будуть нерозумні, несправедливі, а отже — нечинні.

Головною ідеєю позитивного (людського) права, за вченням Т. Аквінаса, стає ідея справедливості: «Там, де немає справедливості, там немає права. Кожний людський закон відбиває природу права, якщо він походить від природного права. Але якщо бодай один його пункт відхиляється від природного права, це вже аж ніяк не закон, а тільки викривлення права»³¹. Відповідно до теорії природного права Т. Аквінаса, право у суспільстві являє собою систему універсальних правил — приписів розуму для досягнення загального добробуту, промудрованих тим, хто має обов'язок піклуватися про суспільство. Ця дефініція торкається **чотирьох різновидів права: вічного, божественного, природного та людського (позитивного)**.

²⁸ Blackstone W. Commentaries on the laws of England. — Vol. 1. — P. 44.

²⁹ Ibid. — Vol. 1. — P. 44–49.

³⁰ Basic writings of St. Thomas Aquinas. — New York: Random House, 1954. — Vol. II. — P. 780.

³¹ Ibid. — P. 784.

Вічне право — це право Бога для управління Всесвітом та його частинами; божественне право спрямовує людських істот до їх надприродної мети (бачення Бога), тоді як природне право веде їх до земних цілей (щастя та благи). Людське (позитивне) право керує людськими істотами як членами суспільства, до якого вони належать.

Варто звернути увагу на третій та четвертий різновиди права. Для Т. Аквінаса людське (позитивне) право має примусовий характер, оскільки передбачає застосування санкцій в ім'я турботи про інтереси суспільства. У природному праві поєднуються поради та передбачення того, як краще досягти благополуччя. Законодавець шляхом здійснення свого волевиявлення надає таким ідеальним порадам та передбаченням примусового характеру. Мораль і закон тут відрізняються, хоч і мають взаємозалежний характер. Але для Т. Аквінаса воля законодавця, втілена у законі, не може бути командою для підлеглих як її уявляють позитивісти: вона не має імперативного характеру і ґрунтується на розумності, на переконанні, що саме так має бути краще, щоб не погіршити наявного стану речей. Розумний законодавець бере до уваги соціальні, економічні та історичні обставини, виконуючи своє завдання законотворця.

Але все ж таки головна відмінність природного права від права людського (позитивного) полягає у тому, що природне право ґрунтується на розумності та є взірцем для права людського — позитивного, оскільки останнє приймається людьми, а отже, відповідно до людської природи, може ґрунтуватися на пристрастях та сваволі. Для запобігання цій «правовій патології» *позитивне право має перевірятися на предмет відповідності природному праву — одна з перших теоретичних моделей конституційного судочинства. Природне право, за теорією Т. Аквінаса, є зовнішнім критерієм перевірки позитивного права.*

Природне право, у традиційному баченні Т. Аквінаса, — це «участь вічного права у свідомому творенні». А завдання цього «свідомого творення» полягають у виборі напрямів для досягнення визначених спільнотою цілей. Ці завдання спрямовані на задоволення цілей суспільства, які відповідають людській природі, — досягнення добробуту та благополуччя без будь-якої божественної допомоги. Отже, головний принцип природного права — це прагнення добра і запобігання злу.

Сучасний ідеолог природного права Дж. Фініс робить спробу дати визначення функціональної спрямованості дії таких принципів природного права: 1) набір практичних принципів, що їх використовує кожна людина для досягнення головної мети розвитку людства — добробуту та благополуччя; 2) набір основних методологічних вимог практичної розумності, завдяки якому моральна людська поведінка відрізняється від аморальної³².

³² Finnis J. Natural Law and Natural Rights. — Oxford: Clarendon Press, 1980. — Chapter 2.

Мета справедливості права, згідно із вченням Т. Аквінаса, спрямована на досягнення суспільного блага та добра. При цьому філософ припускає, що природне право може бути порушене, передбачає, що існує чіткий зв'язок між природним та людським правом, тобто тим, яке позитивно існує між членами суспільства і відбиває природу людини. Оскільки природне право містить приписи про те, що має бути, чи про те, чого не повинно бути, критика його вчення ґрунтується на нелегітимності цих приписів, бо вони спираються на остаточно не визначену суть людської природи. Тому правосуддя на засадах, сповідуваних Т. Аквінасом, на думку його критиків, позбавлене юридичного значення та цінності.

Але, незважаючи на окремі теоретичні недоліки вчення Т. Аквінаса, воно стає офіційною доктриною Католицької церкви та сприяє розквіту теорії природного права у середньовічній Європі. Т. Аквінас не тільки розвинув ідеї Аристотеля про державу, керовану законом розуму, а й теоретично обґрунтував зверхність церкви над світською владою та ієрархію юрисдикцій, згадку про що можна знайти у відомій праці болонського монаха Граціана «Узгодження суперечливих канонів», написану приблизно у 1140 році: «... закони (*leges*) світських князів не можуть превалювати над природним правом (*jus naturale*). У свою чергу, церковні закони не можуть суперечити природному закону, оскільки *jus* — це рід, а *lex* — його вид»³³. На той період природне право було самостійним джерелом права, тому й правова система середньовічної Європи була сформована та розвивалась під впливом дуалізму природного та позитивного права.

Видатний представник школи природного права сучасний американський професор Л. Фуллер, переглядаючи теорію Т. Аквінаса, відкидає теологічно-метафізичні аспекти томізму і звертає увагу на «процедурні» моменти природного права, які повинні враховуватися у позитивному (насамперед у конституційному) праві будь-якої країни.

Природне право, на його думку, має бути спрямоване на відкриття принципів соціального порядку, які законодавець повинен брати до уваги, якщо він хоче успішно виконати завдання законотворення. Однак головною проблемою для правової системи демократичного суспільства стає пошук справедливого та динамічного балансу інтересів різноманітних інститутів, громадян та офіційних осіб, а також складність його підтримання. Ця проблема, як вважає Л. Фуллер, може бути вирішена шляхом визначення правил самої правової системи як вимог до правових актів, яких повинні дотримуватися «актори демократичного процесу», і передусім — розумний законодавець через «моральність прагнення».

Для визначення цих правил Л. Фуллер створює теорію внутрішньої моральності позитивного права (різновид теорії природного права), згідно з якою моральність може міститися у самому позитивному праві, а не в мо-

³³ Берман Г. Ук. робота. — С. 241.

ральних нормах. Поняття внутрішньої моральності визначають **вісім принципів найвищої юридичної сили** (тобто принципів конституційного рівня), яким має відповідати позитивне право:

1. Правова система складається з правил загального характеру, які визначають спрямованість людської поведінки. Вони не являють собою свавільні команди та не можуть бути необґрунтовано застосовані (загальність законів).

2. Закони мають бути опубліковані та доведені до відома населення, щоб суб'єкти права знали, яким чином слід поводитися (промульгація законів).

3. Закони не можуть бути ефективними, якщо є вірогідність їх застосування при кваліфікації дій, що вчинені індивідом до моменту прийняття цих законів (заборона зворотної сили законів).

4. Закони мають бути зрозумілі не тільки для тих, хто їх застосовує (юридична чіткість).

5. Закони не можуть суперечити один одному (відсутність протиріччя).

6. Закони не можуть примушувати суб'єкта права виконувати неможливе (можливість підкорення законам).

7. Закони не можуть часто змінюватись, щоб суб'єкт права був у змозі діяти згідно з ними (стабільність у часі).

8. Відсутність суттєвого протиріччя між текстом закону та практикою його застосування (відповідність тексту закону практиці його застосування).

Деякі з принципів внутрішньої моральності права дістали своє закріплення на найвищому, конституційному рівні (наприклад другий і третій принципи — у статтях 57 і 58 Конституції України), інші виводяться з судової практики як критерії визнання правових актів нечинними та як підстави для судового контролю щодо змісту нормативних та індивідуально-правових актів. Так, Європейський суд з прав людини у Страсбурзі вважає порушенням основних прав людини, що містяться у Європейській конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року, якщо національне законодавство, що торкається зазначених прав, викладене нечітко та незрозуміло для суб'єктів права (четвертий принцип Л. Фуллера).

Ідея природного права про розумність позитивного права стає невіддільною складовою судового контролю щодо конституційності державних правових актів. Це пояснюється тим, що природне право у вигляді **права справедливості** посідало в країнах англосаксонської правової традиції самостійне місце, а конституційні ідеї обмеження державної влади ґрунтувалися саме на природному праві — на ідеї його розумності на противагу вольовому елементу в законотворчості. Переважна частина конституційного права США, Канади, Німеччини походить від природного права (право рівності, право на свободу слова, власності, свободи договорів та пересування, право на людську гідність, право на життя) і ґрунтується на доктрині належної правової процедури, принципі пропор-

ційності. Як зазначає американський професор Т. Грей, «важливим елементом американського конституціоналізму було оформлення у письмовій формі — тобто у формі позитивного права — деяких принципів природного права. Але водночас було загальноновизнано, що писані конституції не можуть повністю кодифікувати вище, тобто конституційне право (тобто конституційне право дорівнювалось природному! — *С.ІІІ*). Наприклад, при створенні перших американських конституцій вважалося загальноновизнаним існування неписаних, проте обов'язкових до виконання, принципів вищого (конституційного) права»³⁴. Тому ці «неписані» принципи природного права, які нормативно не закріплювались у тексті конституцій, являли собою правову підставу для судового конституційного контролю позитивного законодавства. Відповідна практика конституційного судочинства дає змогу переважній більшості науковців цілком обґрунтовано вважати, що під Конституцією потрібно розуміти не тільки позитивний текст, а й конституційні цінності, які мають самостійне юридичне значення у практиці застосування Конституції. Як вважає американський конституціоналіст Д. Елі, в сучасній конституційній юриспруденції до **джерел конституційних цінностей належать**: природне право, відповідність принципу розумності, республіканська традиція, суспільна злагода, ідея прогресу, континіюетет (стабільність) демократичного режиму»³⁵.

Принципи природного права ототожнюються з незмінними принципами права, що виникають раніше позитивного права держави і впливають з природи суспільного договору. Порушення цих принципів державою призводить до визнання державних дій неконституційними. Так, у конституційній юриспруденції США, з самого початку існування Американської республіки, стосовно відповідності законодавчих актів цим принципам відзначається таке: «...існують певні дії, яких не може вчиняти законодавча влада без перевищення своїх повноважень, — певні органічні принципи вільного республіканського правління, засадничі принципи «суспільного договору»: закон, який карає безвинного громадянина; порушує правомірний приватний контракт; робить індивіда суддею у власній справі; відбирає власність у А та передає її В, — це все нерозумно і несправедливо. Геній, природа та дух нашої держави спрямовані на заборону таких законодавчих актів; розум та загальні принципи права також проти цього»³⁶.

Ідеологія природного права здебільшого виникає як реакція на узурпацію державної влади однією особою, партією або державним органом, що призводить до встановлення авторитарного або тоталітарного режиму. Приміром, Українська Конституція 1710 року (Конституція Пилипа Ор-

³⁴ Grey T. Do We Have an Unwritten Constitution? — 27 Stan. L. Rev. 706 (1975).

³⁵ Ely J. Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review. — Cambridge, Mass., 1980. — P. 1–80.

³⁶ Calder v. Bull, 3 U.S. (3 Dall) 386 (1798).

лика) прямо пов'язує узурпацію державної влади з порушенням природного права: «Але коли Гетьмани Війська Запорізького узурпували владу, порушуючи всіляке природне право й рівність, вони на власний розсуд встановили такий закон: «Я так хочу, я так велю». Через таке деспотичне право, некомпетентність гетьманського правління на батьківщині і в Війську Запорізькому виникли численні заворушення, порушення законів і вольностей, громадські утиски...»³⁷. Звичайно, що тексти Конституцій Української РСР не містять жодної згадки про природне право як джерело конституційного права.

У сучасних природно-правових концепціях, на думку дослідника природного права В. Четверніна, **природне право виводиться з:** 1) буття трансцендентних ідей, божественного порядку буття (неотомізм, неопротестантизм); 2) об'єктивного буття ідеї, духу, ідеальних цінностей (неогегельянство, Мюнхенська школа феноменології); 3) зреалізованого у соціальному бутті апіорного должного (неокантіанство); 4) буття свідомості (екзистенціалізм, екзистенціально-феноменологічна герменевтика); 5) ірраціональних засад природи людини (інтуїтивізм, філософська антропологія). Але при цьому слід мати на увазі, що **природне право у західних країнах має практичне застосування саме через суддівську діяльність як правовий критерій здійснення правосуддя та виправдання судової правотворчості, а також як підстава для прийняття судових рішень *contra legem*.**

Принципи природного права створюють той базис, на якому відбувається взаємодія позитивного права та моралі. Правова система, яка існує у розвинутому суспільстві, на думку прихильників теорії природного права, має бодай частково враховувати вимоги природного права. Тому чимало сучасних прихильників природного права та представників юридичної професії заперечують теоретичну відмінність між тим, яким право є (позитивним правом), і яким воно має бути (природним, або «моральним» правом). Вони вважають, що ця «суміш» конче необхідна для суспільного розвитку, що ми повинні зносити протиріччя між ними, оскільки закони, що існують у суспільстві, повинні мати моральне спрямування. Однак якщо змішувати «факт» і «цінність», або право, яким воно є, з правом, яким воно має бути, як же тоді можна втілити на практиці це твердження?

Справді, людські закони змінюються, проте право має залишатися не тільки фактом, а й фундаментальною цінністю суспільства, тобто абстрактним ідеалом, до якого слід прагнути, у тому числі й завдяки використанню юридичних засобів. Як зазначає Г. Гегель, «абстрактне є право, здійснення його — держава»³⁸. Тому, звичайно, вирішення питання про визнання природного права джерелом права у цілому, та конституційного зокрема, залежить

³⁷ Історія Української Конституції. — К.: Право, 1997. — С. 37.

³⁸ Гегель Г. Философия права. — М.: Мысль, 1990. — С.380.

від світогляду та ціннісного вибору осіб, які беруть безпосередню участь у правозастосуванні, насамперед — від суддів, оскільки здебільшого природне право дістає своє застосування у судових рішеннях.

Таке визнання, як показує досвід діяльності органів конституційної юрисдикції, цілком можливе. Так, Конституційний суд ФРН, здійснюючи конституційне правосуддя, час від часу вдається до «певних супрапозитивних норм, що становлять основу конституційного ладу»³⁹. Вже у 1953 році, суд, зважаючи на наслідки нацистського панування, відкинув «юридичний позитивізм без ціннісної орієнтації»⁴⁰, започатковуючи традицію визнання природного права при тлумаченні конституції, особливо конституційного положення про право рівності, коли суд під природним правом розуміє «фундаментальні принципи справедливості»⁴¹. Таке навряд чи було можливе в Європі з часу занепаду середньовічної папської держави до другої половини XX століття.

Насправді, у процесі історичного розвитку змінюються не тільки закони, змінюється й розуміння права, фундаментальних цінностей суспільства. Теорія природного права, безумовно, має величезне значення, оскільки будується на одвічних суспільних цінностях, а відтак «вводить» їх у правову систему. Але, на превеликий жаль, вона не може бути міцним юридичним підмурком, особливо у період гострих політичних криз, що й викликає постійний скептицизм на її адресу. Один з найбільших скептиків природного права, вже згадуваний Дж. Бентам, зазначав, що «із справжніх законів виникають справжні права, із вигаданих, природних законів — тільки вигадані права... Природні права — це тільки абсурд, природні та невідчужувані права — риторичне безглуздя, абсурд на ходулях»⁴².

Прикметно, що у XIX ст., особливо у країнах германської (континентальної) правової системи дістала розвиток теорія позитивного права, яка з політичного погляду відображала побоювання та упередження політичної та правової еліти щодо незалежності судової влади і запобігала будь-яким спробам цієї влади накласти вищі, або конституційні, стандарти на позитивне законодавство, що фактично означало б введення певних обмежень на принцип парламентського суверенітету або верховенства законодавчого органу — парламенту — в системі державних органів. Рішення всенародно обраного парламенту вважалися майже єдиним джерелом права, а завдання суддів полягало у застосуванні законів та у всебічній забороні ініціативи суддів щодо пошуку їх «духу» та відхилення від букви законів за умов необхідності захисту справедливості.

³⁹ *Kommers D.* The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. — Durham and London: Duke University Press, 1997. — P. 47.

⁴⁰ Article 117 Case. — 3 B VerfGE 225, 232 (1953).

⁴¹ Parental Control Case. — 10 B VerfGE 59, 542 (1959).

⁴² *Bentham J.* Anarchical Fallacies. — London: Bowring ed (1838–43). — P. 501.

Разом з тим сучасна конституційна теорія (за винятком особливої долі конституційно-правових досліджень у Великій Британії, де офіційна доктрина визнає принцип суверенітету парламенту) наполягає на тому, що у конституційній державі жодній гілці влади не може належати верховенство, тому Конституція не може бути командою суверена (монарха або парламенту), тобто походити від держави. Такі самі тенденції спостерігаються й в Україні, де носієм суверенітету і єдиним джерелом влади є народ (частина друга статті 5 Конституції України), який приймає Конституцію з метою гарантії своєї свободи, а отже, закони мають розумно співвідноситися з конституційними правами людини.

Логічно, що теорія природного права почала відроджуватися у **сучасному конституціоналізмі — ідеології та відповідній практиці конституційного судочинства щодо правового обмеження свавільної державної влади**. Ідеали та цінності природного права мають універсальну цінність і світове визнання, тоді як для позитивізму чинність права визначається територіальними межами поширення державної влади певної країни.

Сучасні конституції та інститут судового контролю поєднують неефективні та абстрактні ідеали природного права з конкретними формальними приписами позитивного права. *Через діяльність конституційних судів щодо застосування та тлумачення конституційних норм відбувається своєрідна «конвергенція». Абстрактним ідеалам природного права надається конкретне позитивне значення у судовому рішенні, на підставі якого визнаються нечинними норми законодавства, що хоч якоюсь мірою суперечать конституційним нормам та принципам.*

Таким чином правова система за допомогою інституту судового контролю стає відкритою, що робить сумісними мораль і право. Природно, обґрунтувати інститут судового контролю і конституційну юриспруденцію, тобто більш активну діяльність конституційних суддів, що втілюється у конституційному прецедентному праві як результат діяльності такого роду, з позицій позитивізму неможливо, — правова система залишається замкненою межами конституційного кодексу, а за обсягом конституція не може бути ширшою за її позитивні конституційні норми. До речі, теоретики радянського права робили спробу, вслід за Дж. Бентамом, створити з Конституції всеосяжний конституційний кодекс, у якому нормативні конституційні положення виключають «можливість видання нормативних актів, зміст яких суперечить Конституції»¹¹, оскільки вони зрозумілі для всіх і не потребують додаткового тлумачення для пояснення їх змісту.

Прихильники позитивізму, відштовхуючись від теорії суверена, вважають, що конституційні норми, з яких складається цей кодекс, не можуть застосовуватися судами через їхню «квазіюридичну» та «політичну» природу.

¹¹ *Зивс С.Л.* Источники права. — М.: Наука, 1981. — С. 69.

На їхню думку, для належного застосування конституційних норм їх потрібно імплементувати через закони, оскільки тільки закони можуть бути застосовані безпосередньо.

Конституційне правосуддя також не може ґрунтуватися виключно на природному праві: відсутність чітко визначених юридичних підстав щодо застосування та остаточна позитивна невизначеність природного права не дають змоги здійснювати моральне правосуддя у чистому вигляді без посилення на позитивні правові норми.

З огляду на викладене вище, можна зробити такий висновок: *для синтезу та примирення цих двох протилежних напрямів у філософії та теорії права ідеально підходить інститут судового конституційного контролю, за допомогою якого вічним природним або конституційним принципам, а саме принципам, за якими вільні люди співіснують у суспільстві, надається позитивне значення, що закріплюється у судових рішеннях, і це позитивне значення гармонізує правову систему, скасовуючи норми, що суперечать конституційним позитивним нормам і принципам природного права. Такі принципи можуть бути виведені з природи Конституції, враховуючи конкретні обставини справи, коли умови органічної концепції справедливості (справедливість як цінність, яка може існувати поза чинним законодавством) вимагають від правозастосовчих органів певного відходу від нормативних текстів з метою ухвалення справедливих рішень. Вони також можуть становити основу способів конституційного тлумачення, наприклад телеологічного (цільового) способу, який полягає в обстоюванні ідеї природної доцільності та цілеспрямованості вчинків людини як законодавця, дії якого спрямовані на досягнення певних визначених суспільних цілей та суспільного блага.*

Але такий погляд на конституційну юстицію і роль судового конституційного контролю в гармонізації позитивного законодавства сформувався порівняно недавно — після глибокої кризи позитивістської теорії у праві за фашистських режимів у Європі. Як показав досвід XX століття, не можна вважати позитивне законодавство ідеологічно нейтральним, а тому має бути зрозуміло, що правники, які застосовують виключно позитивні правові норми, незалежно від їх ціннісної орієнтації та цілеспрямованості, обслуговують насамперед інтереси державної влади, яка може брутально порушувати права людини. Державна практика фашистської Німеччини та державне будівництво у Радянському Союзі спростували пріоритетність теорії позитивного права та примусили багатьох учених уважно переглянути теорію природного права, яка надає позитивному законодавству загальнолюдської ціннісної спрямованості.

1.4. ПРИРОДНЕ ПРАВО ЯК ПРАВОВА ПІДСТАВА ДЛЯ ВИЗНАЧЕННЯ ЧИННОСТІ ПОЗИТИВНОГО ПРАВА

Вітчизняні наукові дискусії про співвідношення права і закону мають давню історію з незмінним результатом: більшість науковців є прихильниками етатизму, а отже, надають праву позитивістських характеристик (усе право — це позитивне право, яке походить від держави).

«Батьком» вузьконормативного вульгарного позитивістського розуміння права в СРСР є, безперечно, А. Вишинський. З початку 70-х років набирає сили так званий рух за «широку концепцію права» (В. Нерсисянц). Крім правових норм, прихильники цієї концепції пропонували включити до поняття права правовідносини (С. Кечек'ян, А. Піонтковський, А. Стальгевич), правосвідомість (Я. Миколенко), суб'єктивне право (Л. Явич) тощо.

Радянські теоретики права справедливо підмітили, що в основі розрізнення права та закону лежать основні ідеї природного права про його допозитивне походження. Відомий російський науковець В. Нерсисянц звертає увагу на цей аспект з історичної перспективи розвитку правової думки: «Історія правової думки свідчить, що у концепціях, які розрізняють право і закон, під «правом» (байдуже: позначає воно «справедливість», «природне право», «природний закон», «природний розум», «правову природу речей», «розумний закон», «ідею права» тощо або просто «право»), власне, розуміють щось попереднє та визначальне (первинне, безумовне, необхідне) щодо «закону» (офіційне установлення, законодавство, позитивне право). «Закон» у такому співвідношенні з «правом» трактується як щось вторинне та зумовлене; як правильно чи неправильно, добре чи погано виготовлений, сконструйований (тобто штучний) продукт людської творчості.

Поняття права у його відмінності від закону в таких концепціях включає — з певною мірою визначеності, очевидно або приховано, усвідомлено або фактично — таку сукупність об'єктивних властивостей права як специфічного соціального феномена, яка передує закону, не залежить від волі законодавця і має дістати своє визнання та втілення в законі як у правовому явищі»⁴⁴.

⁴⁴ Нерсисянц В. С. Право и закон: их различие и соотношение // Вопросы философии. — № 5. — 1988. — С. 20.

Схожі думки висловлює філософ права Д. Керимов про те, що право не може бути зведене до закону або тільки до правовідносин і потребує врахування його об'єктивних та суб'єктивних аспектів. Звідси він робить висновок, «що зведення всього багатства права до сукупності його норм є помилковим»⁴⁵.

При цьому слід мати на увазі, що необхідність розрізнення права і закону визнавалася не тільки радянською юридичною наукою, а ще з часів Стародавнього Риму. Приміром, юрист Павел у Дигестах Юстиніана звертає увагу на подвійний зміст слова «право», яке «вживається у певних значеннях: по-перше, право — це те, що завжди є справедливим і добрим, яким є природне право. У іншому сенсі право — це те, що корисне для всіх або багатьох у кожній державі, яким є цивільне право»⁴⁶.

Проте більшість теоретиків радянського права залишались на позитивістських позиціях: якщо законодавець у законотворчому процесі не хоче або не може врахувати «сукупність об'єктивних властивостей права як специфічного соціального феномена», його «об'єктивні та суб'єктивні аспекти», то закон усе одно залишається правовим чинним актом і може бути скасований та визнаний нечинним тільки актом волевиявлення суверена, тобто шляхом прийняття нового закону. *Природному праву, якщо воно й згадувалось у радянській правовій доктрині, відводилась роль ідеалу, досягнення якого має прагнути законодавець у процесі законотворення.* Аналогічний підхід радянської юридичної науки був характерний для інших теорій у праві (історична школа права, теорія судового права), які вивчались тільки з метою критики, а не для застосування на практиці.

Природне право, або мораль (у значенні незалежних від волі законодавця принципів правильної людської поведінки — у цьому сенсі в західній юриспруденції мораль є природним правом), не мало самостійного юридичного значення як загальноправові принципи найвищої юридичної сили і не використовувалось суддями як джерело права у процесі прийняття рішень. Крім того, позитивізм традиційно розрізняє право та мораль, тобто позитивне право і природне. Така особливість у доктринальних підходах до визначення природи права залишається незмінною і в колишніх радянських республіках. Наприклад, уже згадуваний російський науковець В. Нерсесянц висловлює свою позицію стосовно заборони смертної кари з класичних позицій радянського позитивізму: «Відповідно й відмова від смертної кари — це поступка з боку права (курсив мій. — С.Ш.), відхід від права в бік певних моральних (релігійних та ін.) поглядів та уявлень. З огляду на те, що вимога скасування смертної кари за кваліфіковані вбивства має не право-

⁴⁵ Керимов Д.А. Философские основания политико-правовых исследований. — М., 1986. — С. 167.

⁴⁶ Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. — М.: Юрист, 1999. — Т. 1. — С. 133.

вий, а моральний (релігійний тощо) характер, цю вимогу несправомірно й неадекватно формулювати (як це зроблено у Статуті Ради Європи) як загальнообов'язкову правову норму. Така моральна (релігійна тощо) норма може мати тільки рекомендаційний характер»⁴⁷.

Західний науковець Г. Берман характеризує цю тенденцію у сучасній російській юридичній науці таким чином: «У пострадянський період моральна теорія права (у значенні теорії природного права. — *С.Ш.*), яка ґрунтується на працях Платона, Аристотеля, Цицерона, Локка і Канта, здобула значну підтримку російських учених, але вона так і не стала теорією природного права у її справжньому сенсі; вважається, що моральна теорія не є теорією про правові приписи, які впливають безпосередньо з розуму та здорового глузду людини і зв'язують державу (тобто являють собою самостійний юридичний критерій визначення чинності позитивного законодавства. — *С.Ш.*), а містить тільки правили моралі, уявлення про справедливість, які право має віддзеркалювати»⁴⁸.

Такий підхід у радянські часи можна було пояснити наявністю єдиного, «персоніфікованого» суверена — КПРС, який одноособово визначав правову політику та пріоритети законотворчого процесу: «Партія, формулюючи політику, оформляє її політичними рішеннями з'їздів, конференцій і пленумів ЦК; резолюціями, постановами, зверненнями, листами тощо. Розроблені згідно з вимогами Програми та Статуту партії, ці документи були покладені в основу законів та інших нормативних актів, надаючи їх духу та букві глибокого партійно-політичного сенсу»⁴⁹.

Зрозуміло, що за таких умов ухвалення судового рішення або визнання певних правових норм нечинними на засадах природного права було неможливе. Про самостійне юридичне значення принципів природного права, про гармонізацію позитивного права з мораллю навіть не йшлося. Аналогічна тенденція до абсолютної етатизації права спостерігається і в незалежній Україні, хоч єдиного суверена — КПРС — уже не існує. Проте не слід забувати, що Конституція України не походить від держави, причому у Конституції жодній гілці влади не надається верховенство, а, навпаки, встановлюється пріоритет, верховність прав і свобод людини над державною владою.

Природне право не тільки гармонізує позитивне право, воно може бути підставою для визнання позитивного права нечинним, якщо воно не відповідає загальновизнаним справедливим вимогам моралі. Рецепція природного права в Європі після другої світової війни, в інших країнах світу після

⁴⁷ Российское законодательство и европейская конвенция (материалы круглого стола) // Государство и право. — №5. — 1997. — С. 95.

⁴⁸ Berman H. The Rule of Law and the Law-Based State (*Rechtsstaat*), With special Reference to the Soviet Union // Toward the "Rule of Law" in Russia: Political and Legal Reform in the Transition Period. — 1992. — P. 8.

⁴⁹ Степанов И. М. Конституция и политика. — М.: Наука, 1984. — С. 58.

повалення диктаторських режимів, позначена саме необхідністю юридичної оцінки позитивного права, прийнятого органами тоталітарної держави. У повоєнній Німеччині все позитивне законодавство, яке суперечило моральним нормам, було визнане нечинним з моменту його прийняття, тобто таким, що ніколи не існувало.

Такого роду діяльність судів Західної Німеччини ґрунтувалась на **теорії чинності позитивного права відомого німецького науковця-позитивіста Г. Радбруха**, чий погляд на позитивне право радикально змінилися після жахливих наслідків нацистського панування. Згідно з його теорією, позитивне право не може бути визнане чинним, якщо воно: 1) не відповідає формальним критеріям чинності правових актів у межах правової системи; 2) суперечить основним принципам моралі. Тому позитивні закони, які суперечать другій тезі теорії Г. Радбруха, є не тільки аморальними, а й не мають жодних юридичних властивостей.

Класичним прикладом застосування теорії Г. Радбруха стала «справа нацистського інформатора», рішення в якій суд Західної Німеччини ухвалив у 1949 році. Її фабула полягала у тому, що відповідач — жінка, написала на власного чоловіка донос у гестапо про те, що він використовував образливі слова на адресу Гітлера, коли перебував дома у відпустці після боїв на Східному фронті. Чоловіка було заарештовано і засуджено до смертної кари згідно з законом нацистської Німеччини. У 1949 році жінка була засуджена до позбавлення волі на підставі порушення Німецького кримінального кодексу від 1871 року, який залишався чинним, оскільки не був скасований нацистським режимом. Цей кодекс кваліфікував її дії як злочин, бо вони призвели до «незаконного позбавлення особи її свободи». Певна річ, жінка наводила у суді докази «законності» своєї поведінки, оскільки діяла згідно з чинним законом нацистської Німеччини. Апеляційний суд відкинув зазначений аргумент на підставі того, що на той час нацистський закон був нечинний, оскільки суперечив «совісті та почуттю справедливості» — основним моральним принципам згідно з теорією Г. Радбруха — і тому не міг бути застосований.

Судовий прецедент, що склався, викликав дискусію між правовим моралістом — американським професором права Л. Фуллером та позитивістом — англійським професором права Г. Гартом про статус нацистського права⁵⁰. Л. Фуллер доводив, що право фашистської Німеччини настільки неповноцінне у моральному плані (індивідуальні закони, секретні закони, закони зі зворотною силою), що не може набути статусу права з позицій його теорії внутрішньої моральності права. Але Г. Гарт наполягав: хай недосконале, але все-таки це право, оскільки відповідає формальним позитивістським критеріям набуття ним чинності. Він стверджував, що все пози-

⁵⁰ Hart H. Positivism and the separation of law and morals // Harvard Law Review. — № 71. — P. 593 — 629; Fuller L. Positivism and fidelity to law // Harvard Law Review. — № 71. — P. 630–672.

тивне право, прийняте згідно з належною процедурою, є чинним. На думку Г. Гарта, найкращий засіб покарання нацистських інформаторів на правових підставах — прийняти закон про скасування нацистського закону з наданням новому закону зворотної сили.

Така аргументація прихильників позитивного права на користь визнання чинним закону, який суперечить природному праву, не завжди видавалась переконливою, тому ця проблема як з позицій теорії природного права, так і з позиції теорії позитивного права не може бути вирішена остаточно. Так звана проблема «нацистського інформатора» виникла знову вже в об'єднаній ФРН, коли деякі представники суддівського корпусу Німецької Демократичної Республіки були звільнені з посад з огляду на те, що їм інкримінувалося «застосування законів, які порушували права людини». Тобто вони понесли юридичну відповідальність на підставі природного права! Із сучасних прикладів застосування природного права можна навести справу генерала Піночета, рішення у якій було винесене 25 листопада 1998 року вищою апеляційною інстанцією системи правосуддя Великої Британії — палатою лордів. Адвокати Піночета посилалися на частину першу статті 38 Віденської конвенції «Про дипломатичні зносини» від 1961 року, яка була інкорпорована англійським Законом «Про дипломатичні привілеї» у 1964 році. У нормі спеціально акцентується на тому, що «дипломатичний агент користується імунітетом від юрисдикції та недоторканністю лише стосовно офіційних дій, які чиняться ним при виконанні своїх функцій». Згідно з правом Великої Британії статус глави держави порівнювався до статусу дипломатичного агента. Суд у мотивувальній частині рішення застосував принцип природного права, відповідно до якого скоєння злочинів проти людства та катування людей не є офіційними діями глави держави, тому він не має імунітету від кримінального переслідування.

Наведені приклади переконують у тому, *що позитивні закони повинні мати гуманістичну спрямованість та відповідати природному праву (а також — природним правам), а саме: не слугувати юридичною підставою для масових порушень прав людини (хоч Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод 1950 року зосереджує увагу не тільки на масових порушеннях прав людини на підставі національного позитивного законодавства, а й на поодиноких випадках таких порушень шляхом встановлення несправедливих, диспропорційних позитивних обмежень на ці права); бути розумними для того, щоб людина була у змозі діяти згідно з законами (внутрішня моральність права, за Л. Фуллером); бути справедливими (пропорційними).*

Принципи природного права, які у демократичних країнах покликані гармонізувати позитивне право, зробити його розумним з погляду адресата правових приписів, **закріплюються переважно у судових рішеннях**. Оскільки такі принципи мають найвищу юридичну силу, вони вважаються принципами конституційного рівня, хоч, як правило, позитив-

но не закріплюються у конституційних текстах і застосовуються не тільки у межах конституційного судочинства.

Наприклад, сформульований судами принцип «обґрунтованих сподівань» (*reasonable expectations*) належить, за теорією Л. Фуллера, до принципів внутрішньої моральності права (принцип внутрішньої стабільності права) і полягає у тому, що закони, прийняті пізніше, не можуть змінювати правовий статус особи, зафіксований у попередньому законі на чітко визначений період часу, — будь-яке сподівання є обґрунтованим, якщо воно гарантоване нормативно-правовим актом. Тому якщо закон гарантує податкові пільги суб'єктам підприємницької діяльності, скажімо, на п'ять років, то зазначені суб'єкти продовжують користуватися цими пільгами й тоді, коли вони скасовуються для всіх інших суб'єктів наступним законом.

Конституційні принципи виводяться або з духу конституції, або слугують нормативним продовженням конституційних норм. Тому конституційність державних правових актів визначається не тільки в результаті перевірки відповідності цих актів позитивним конституційним нормам, а й писаним та неписаним (незафіксованим у конституційному тексті) принципам. Так, згідно з пунктом 1 статті 277 Конституції Португалії, «положення закону, що порушують положення Конституції або принципи, встановлені нею, є неконституційними». Аналогічне положення передбачає й закон про Конституційний суд Румунії: «Неконституційними є положення нормативних актів, які порушують положення або принципи Конституції» (стаття 2)⁵¹.

Як зазначалося вище, основною ідеєю природного права є **розумність позитивного права**. Ідея якнайкраще втілена в одному з принципів природного права: **норма позитивного права є нечинною, якщо вона сформульована нечітко, містить у собі протиріччя чи суперечить іншим нормам, або ж її вимоги неможливо дотримати.**

З позицій природного права нерозумним є закон, який можна зрозуміти неоднозначно або неможливо виконати, через що він не підлягає застосуванню у судах. Як гіпотетичний приклад можна навести положення пункту 10 статті 27 Закону України «Про вибори Президента України» від 5 березня 1999 року, де зазначено, що в разі невідповідності оформлення поданих підписних листів вимогам Закону Центральна виборча комісія не пізніш як на п'ятий день після їх прийняття сповіщає про це осіб, які їх подали. Ці вимоги перелічені у пункті 9 статті 27 цього Закону, коли Центральна виборча комісія при встановленні на підставі підписних листів кількості виборців, які підтримали претендента на кандидата у Президенти України, не враховує підписів виборців, щодо яких у підписному листі відсутні всі або окремі відомості, передбачені підписним листом; підписні листи, що містять підписи мешканців різних населених пунктів; в яких відсутні дані

⁵¹ Сравнительное конституционное право. — М.: Манускрипт, 1996. — С. 98.

про особу, яка збирала підписи, або не підписані нею. Крім того, недійсними вважаються підписні листи нестановленого зразка, підроблені, а також насильно чи шляхом підкупу зібрані.

При аналізі ситуації, що може скластися, щодо застосування зазначених положень Закону, неминуче постане проблема неспроможності ЦВК за п'ять днів перевірити всі підписні листи, як того вимагає Закон, враховуючи також положення пункту 12 статті 27 Закону, яке встановлює виключне право осіб, що входять до складу Центральної виборчої комісії, та працівників секретаріату комісії на ознайомлення з підписними листами. У цьому конкретному випадку норма Закону про час, відведений на перевірку підписних листів, з позицій природного права є нерозумною, оскільки її неможливо виконати, враховуючи необхідність перевірки працівниками ЦВК більш ніж мільйона підписів протягом відведеного строку.

Ідея природного права про розумність позитивного права дістала своє практичне втілення в англійському загальному праві (*common law*), основою якого протягом англійської історії слугував принцип верховенства розуму (*rule of reason*).

Класична **теорія загального права** була викладена англійським теоретиком природного права та правовим коментатором XVIII століття У. Блекстоуном у таких положеннях:⁵² 1) право — це звичай, тому ...виключний засіб доведення певного правила поведінки як норми загального права полягає у посиленні на докази існування цього правила як звичаю, якого завжди дотримувались суб'єкти правовідносин; 2) звичай сам по собі є не що інше, як виразник певних цінностей народу, або сучасним терміном — «публічна концепція справедливості»;⁵³ 3) розумність (*reason*) — це життя права. Ототожнення загального права з розумністю є відбиттям набутків теорії природного права, згідно з якою джерелом природної справедливості слугують вірування людей, керованих правом, про взаємозалежний розвиток стану речей та подій; 4) право не може бути викладене у вигляді виключно позитивних правових норм загального характеру, оскільки є наслідком регулювання конкретного випадку, яке поширює свою дію на майбутні то- жожні випадки; 5) зміст останнього положення полягає у тому, що, незважаючи на можливість створення сувереном правової системи (носієм законодавчих повноважень. — С.Ш.) нових законів, вони будуть нерозумні, несправедливі та недосконалі. Як бачимо, у своїй теорії У. Блекстоун дуже скептично ставиться до позитивного законодавства, віддаючи перевагу судовому праву, основою якого є принцип розумності.

Власне ідея розумності як критерію чинності позитивного права дістала свій розвиток через науково-практичний аналіз природи загального права,

⁵² Blackstone W. Commentaries on the Laws of England (1813 ed.). — Vol. 1.

⁵³ Rawls J. Kantian Constructivism in Moral Theory: The Dewey Lectures 1980, 77 J. Phil. 515, 521 (1980).

а також причин відмови суддів застосовувати державні правові акти на підставі їх нерозумності. Як приклад наведемо рішення у справі доктора Бонгема (Dr. Bonham's Case), приймаючи яке, суддя Е. Коук ще у 1610 році звертає увагу на роль загального права як засобу контролю актів парламенту: «У ряді випадків загальне право контролюватиме акти парламенту та інколи визнаватиме їх нечинними: коли акт парламенту прийнятий у супереч праву, встановленому загальним правом, або розуму, суперечить принципам або є неможливим для виконання»⁵⁴. Хоч таке твердження заперечує принцип парламентського суверенітету, який ще й сьогодні є головним принципом правової системи Великої Британії, можна відзначити, що ідеї природного права про розумність позитивного права становлять основу найвищого критерію, який застосовується судами при визначенні чинності державних правових актів і є своєрідним прототипом судового конституційного контролю.

До принципу розумності у країнах англосаксонської правової традиції завжди ставились як до питання факту, що передається на розгляд присяжних, які беруть участь у справі. Особливо це стосується справ про цивільно-правову відповідальність за недбалість, як недотримання стандарту поведінки розумної людини. Пізніше принцип розумності стає критерієм оцінки дій адміністративних органів,⁵⁵ який у Великій Британії отримав назву *тесту Венсбері*: «Адміністративне рішення визнається нечинним, якщо воно настільки недосконале, що жодна розумна людина, яка приймає такі рішення, не може його виконати»⁵⁶.

Слід також мати на увазі, що теорія природного права не була відірвана від практики цивільно-правового регулювання. Навпаки, вважалося, особливо у країнах, які належать до англосаксонської правової системи, що природні закони є юридичною основою для цивільно-правових та інших відносин. Так, відомий англійський філософ Д. Юм виділяв «три фундаментальні закони природи: стабільність власності, переміщення за згодою та виконання обіцянок»⁵⁷. Дослідник французького права Л. Дюгі зводив Цивільний кодекс Франції до трьох основних принципів: свобода контрактів, недоторканність власності та обов'язок з відшкодування шкоди⁵⁸. Тому можна погодитися з висновком відомого юриста-міжнародника XX століття Х. Лаутерпахта: «Природно-правові теорії не побудовані виключно

⁵⁴ Coke E. Institutes [sections] 138 (London, 12th ed. 1738). Цит. за: Schauer F., Sinnott-Armstrong W. The Philosophy of Law. Classic and Contemporary Readings with Commentary. — Harcourt Brace & Company, 1996. — P. 25.

⁵⁵ Слід мати на увазі, що у Великій Британії ще діє принцип парламентського суверенітету, тому суди Королівства не мають повноважень для перевірки актів парламенту щодо їх змісту.

⁵⁶ Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation (1948), 1 KB 223.

⁵⁷ Hume D. Treatise. — Part II. — Sec. 6 (Works, II, 293).

⁵⁸ Jones J. Historical Introduction to the Theory of Law. — Oxford, 1940. — P. 114.

на спекулятивних, вольових умовиводах, вони з самого початку являли собою узагальнення практичного досвіду»⁵⁹.

Це твердження відображає політико-правову ситуацію, що склалася в Європі ще у період середньовіччя, коли право «розумілося як втілення справедливості (*id quod justum est*) і не ототожнювалося з наказами суверена. Отже, надзвичайно важлива роль в опрацюванні та формулюванні правових норм покладалась на судову практику. У цих умовах модель права (природного. — С.Ш.), який навчали в університетах, аж ніяк не була ідеальним виводом інтелекту, що цілком відірваний від практики і не впливає на неї»⁶⁰.

Крім того, розумність — це не якесь суб'єктивне почуття справедливості якогось індивіда, насамперед — це певне бачення суддів при вирішенні конкретних справ. На підставі застосування принципу розумності а) певні правові акти можуть бути визнані нечинними; б) шляхом судової правотворчості заповнюються прогалини у законодавстві.

Висновок про розумність загального права враховує також специфіку мотиватиції судових рішень у країнах англосаксонської традиції, де суди намагаються сформулювати загальний принцип, на якому побудована мотивувальна частина рішення та який пояснює, чому саме так, а не інакше вирішена справа. Тому застосування норми позитивного статутного права як наслідок виявлення відповідного юридичного факту не є головним видом діяльності англосаксонського судді при здійсненні правосуддя, оскільки враховуються інші аргументи, які передбачають належне сприйняття цього принципу «розумною людиною».

Такої «вільної» діяльності важко було очікувати від німецького або французького судді — представника континентальної системи права, який, здійснюючи правосуддя, застосовував закони (кодекси), норми яких, власне, і слугували єдиною правовою підставою для обґрунтування, чому саме так вирішено справу. Щоправда, деякі рішення континентального судді важко зрозуміти пересічному читачеві чи навіть професійному юристові. Як справедливо зауважено в одному з французьких правових документів: «Справжній стиль рішень, особливо касаційного суду, трохи нагадує меси, що складені латиною. Це данина, безперечно, поважній традиції. Але, водночас, це і повторення формул, яких ніхто як слід не розуміє і які можна тлумачити у будь-якому напрямі»⁶¹. Слід зазначити, що у сучасних умовах ця тенденція зазнає суттєвих змін у бік використання відповідного досвіду країн загального права.

Властивість загального права — звернення до розуму читача судового рішення — повною мірою враховано при здійсненні конституційного пра-

⁵⁹ Lauterpacht H. International Law and Human Rights. — 1960. — P. 98.

⁶⁰ Давид Р., Жоффре-Спінюзи К. Основные правовые системы современности. — М.: Международные отношения, 1999. — С. 41.

⁶¹ Touffait et Tunc. Revue Trimestrielle de Droit Civil — 1974. — P. 507.

восуддя у країнах англосаксонської традиції, зокрема у США. Прикладом може бути справа *McCulloch v. Maryland*, розглянута у 1819 році Верховним судом США, яка стосувалася вирішення конституційного питання щодо того, чи може штат, а не тільки федерація, обкладати податком національний банк, зокрема його представництво на території штату. Справа була досить складною, оскільки Конституція США не містила прямої відповіді на це запитання, обійшовши питання конституційного статусу національного банку. Суд дійшов висновку, що штат не може обкладати податком національний банк, тому що «частина не може контролювати ціле». Виносячи рішення, суд виходив з того, що національним державним органам належить верховенство щодо державних органів штатів, а відтак вони не можуть контролюватися штатами⁶². Така аргументація видається розумною, хоч відповідних положень у тексті Конституції США немає. Формулювання судом принципів конституційного права, які не містяться у тексті Конституції, є не що інше, як суддівська правотворчість, яка притаманна будь-якій демократичній країні, відрізняючись лише ступенем свого розвитку.

Принцип розумності та природне право в цілому на сучасному етапі правового розвитку є тією спільною основою, що об'єднує дві основні правові системи (англосаксонську та романо-германську): «Між емпіризмом англійців та логікою французів існує щось середнє — поняття, що їх примирює та являє собою центр цих систем. Це поняття — розум.

В Англії, як і у Франції, за всієї різниці шляхів формування права завжди існувала та ж сама концепція основи права; право — це насамперед розум. Цю концепцію було відкинуто на континенті в XIX столітті з перемогою доктрини правового позитивізму, коли об'єднали поняття «право» і «закон». Але у наші часи спостерігається тенденція її поновлення. В Англії ця концепція зберігається, оскільки там право вважають плодом розуму і відрізняють його від закону.

...ми бажаємо акцентувати ідею позанаціонального права, яке засноване на розумі, що є характерним для загального права. Ця ідея цілком протилежна радянській концепції права. Вона є основою для досягнення єдності правових систем західного світу; вона звільняє право від свавілля державної політики»⁶³.

Враховуючи викладене, не буде перебільшенням вважати, що **правова система України також повинна ґрунтуватися на принципі розумності**, який має застосовуватись судами з метою гармонізації позитивного законодавства: 1) у процесі визначення конституційності державних правових актів органом конституційної юрисдикції; 2) при заповненні прогалин та тлумаченні позитивного законодавства органами правосуддя.

⁶² *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819).

⁶³ Давид Р, Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Международные отношения, 1999. — С. 268–269.

Однією з правових підстав для застосування цього принципу повинна стати стаття 8 Конституції України, згідно з якою в Україні визнається та діє принцип верховенства права.

Іншою суттєвою вимогою природного права щодо позитивного законодавства є цільова спрямованість останнього, тобто воно має слугувати інструментом досягнення чітких, легітимних та суспільно визначених цілей. У протилежному випадку позитивне право втрачає свою чинність. Переслідування державою таких цілей входить у конституційну концепцію обмеженого правління та правової держави. Наприклад, Конституційний Суд України в пункті 5 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі щодо відповідності Конституції України статей Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) від 29 грудня 1999 року, зазначив, що протягом існування інституту смертної кари в українському законодавстві «мета призначення смертної кари за вироком суду залишилась юридично не визначеною», що не узгоджується зі статтями 1 та 3 Конституції України.

Отже, природне право, зокрема принцип розумності, стає своєрідною неписаною Конституцією у країнах англосаксонської традиції, оскільки воно має не тільки найвищу юридичну силу, а й слугує критерієм для судової перевірки державних правових актів та визнання їх нечинними. Пізніше ця ідея поширюється у континентальній Європі, трансформуючись у концепцію фундаментальних невідчужуваних та непорушних конституційних прав та свобод як критерію визнання неконституційності державних правових актів з одночасною втратою їх чинності.

1.5. ПРИНЦИП СПРАВЕДЛИВОСТІ ЯК КРИТЕРІЙ КОНСТИТУЦІЙНОСТІ ДЕРЖАВНИХ ПРАВОВИХ АКТІВ: КОНЦЕПЦІЯ НАЛЕЖНОЇ ПРАВОВОЇ ПРОЦЕДУРИ

З теорії держави та права відомо, що мета конституційної правової держави полягає в забезпеченні справедливості та свободи в суспільстві. Проте ідея екс-міністра юстиції С. Головатого, яка виникла у зв'язку з зазначеними вище цілями держави — змінити назву очолюваного ним міністерства юстиції на «міністерство справедливості», — не дістала схвалення у широких колах юридичної громадськості України, оскільки ці терміни, здебільшого, співпадають за значенням.

Річ у тому, що слово «юстиція» походить з латинської мови (*justitia*) і має у своїй основі слово *jus*, що означає право у широкому сенсі — як позитивне, так і природне: позитивне право, що відповідає природному як мірі рівності та критерію справедливості. В іншому значенні юстиція означає здійснення правосуддя, яке не може полягати лише у застосуванні судами нормативних приписів державної влади, оскільки *jus* (право) завжди ширше за обсягом, ніж *lex* (закон).

Ось що зазначається у пам'ятці римського права Титулі I Дигестів Юстиніана про цю принципову різницю: «Беручись до вивчення права, потрібно насамперед поцікавитися, звідки виникло слово «право» (*jus*). Право дістало свою назву від «правосуддя» (*justitia*), оскільки, за чудовим визначенням Цельса, право — це наука про добре та справедливе»⁶⁴. Правосуддя ж, на думку римських юристів, являє собою пізнання Господніх та людських справ, наука про справедливе та несправдливе (Ульпіан)⁶⁵. Тому механічне застосування протиправових законів судами може спричинити викривлення ідеї справедливості. Особлива увага концепції справедливості приділяється у «перехідних суспільствах», які ще зазнають залишкового впливу ліквідованих тоталітарних режимів у правовій сфері. Наприклад, Конституційний суд Російської Федерації часто вдається до загальноправо-

⁶⁴ Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. — М.: Юрист, 1999. — Т. I. — С. 131.

⁶⁵ Там само. — С. 133.

вих принципів справедливості, які «...мають найвищий ступінь нормативної узагальненості, визначають зміст конституційних прав людини, галузевих прав громадян, мають універсальний характер і, з огляду на це, справляють регулюючий вплив на всі сфери суспільних відносин. Загальнообов'язковість таких принципів полягає як у пріоритетності перед іншими правовими приписами, так і у поширенні їх дії на всіх суб'єктів права»⁶⁶.

Суди у перехідних суспільствах, як правило, беруть на озброєння теорію Г. Радбруха про нечинність позитивного права, яке суперечить моральним вимогам (справедливості). У рішенні Конституційного суду ФРН від 14.02.1968 зазначається: «Націонал-соціалістичні «правові» приписи не можуть визнаватися чинним правом, якщо вони настільки очевидно суперечать фундаментальним принципам справедливості, що той суддя, який би виявив бажання їх застосувати, сформулював би замість права неправу»⁶⁷. Такий підхід у конституційному судочинстві можна сформулювати у вигляді принципу: «Коли несправедливість закону стає нестерпною, суд повинен захищати справедливість».

Визначення справедливості закону як критерію його конституційності є результатом творчої суддівської діяльності не тільки у процесі суддівської оцінки законів антидемократичних, тоталітарних режимів, а й при здійсненні звичайного конституційного правосуддя, тобто при оцінці законодавства, прийнятого після встановлення конституційно-демократичного режиму. Наприклад, Конституційний Суд України в рішенні у справі про вибори народних депутатів України від 26 лютого 1998 року окремо зазначив, що питання чотирьохвідсоткового бар'єра, який мають подолати політичні партії та виборчі блоки для отримання мандатів у загальному багатомандатному виборчому окрузі, «є питанням політичної доцільності і воно має вирішуватися Верховною Радою України». Але чи буде справедливим та конституційним, а також політично доцільним існування у виборчому законі тридцяти або сорокавідсоткового бар'єра?

Концепція справедливості, з одного боку, вимагає від суддів активної, творчої ролі у процесі правозастосування, з іншого, занадто активна творча діяльність суддів у процесі правозастосування, їх невмотивоване нехтування нормами права або своїми попередніми рішеннями, може порушити концепцію справедливості та призвести до суддівського свавілля. Тому при вирішенні кожної справи потрібно постійно шукати необхідний баланс, символом якого є терези Феміди.

⁶⁶ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 января 1993 года по делу о проверке конституционности правоприменительной практики ограничения времени оплаты вынужденного прогула при незаконном увольнении. Цит. за: і Правовые позиции в Решениях Конституционного Суда Российской Федерации. — М., 1996. — С. 105.

⁶⁷ Цит. за: Четвернин В.А. Современные концепции естественного права. — М., 1988. — С. 27.

Ідея справедливості має враховуватися суддями і при заповненні прогалин у законодавстві. Так, у положеннях статті 1 Цивільного кодексу Швеїцарії 1907 року спеціально наголошується на цьому аспекті: «У разі відсутності законодавчих положень, що підлягають застосуванню, суддя має виносити рішення згідно зі звичаєвим правом, у разі відсутності звичаю має діяти як законодавець. При цьому він повинен додержувати панівної доктрини та прецедентного права». Стаття 4 цього Кодексу містила єдине обмеження на таку законодавчу діяльність суддів, — воно полягало в необхідності ухвалювати рішення на основі принципів справедливості та рівності. У Судані в 1900 році був затверджений Ордонанс «Про правосуддя у цивільних справах», у якому містився припис, що дозволяв судам заповнювати прогалини у законі на підставі «справедливості та розумності». Згідно з частиною другою статті 8 проекту Цивільного кодексу України цивільні відносини за аналогією з правом регулюються відповідно до вимог справедливості та розумності⁶⁸.

Слід мати на увазі, що право справедливості у Стародавній Греції та Римі позначалося як *aequitas*, тобто рівність. Класичним сучасним прикладом судового захисту рівності є справа *Isoglucose*, розглянута Європейським судом⁶⁹. Щоб зменшити обсяги залишків цукру на Спільному ринку Євросоюзу, на виробників ізоглюкози (штучного цукру) як конкурентного товару був накладений спеціальний податок, який призвів до збільшення її вартості, через що ізоглюкоза стала неконкурентоздатною, а її виробництво — нерентабельним. Суд для захисту принципу рівності поновив справедливість шляхом скасування цього податку. Аналогічні приклади захисту рівності можна знайти й у конституційній юриспруденції, зокрема в судових рішеннях, спрямованих на захист рівності конституційних прав чоловіків та жінок, у справах щодо заборони дискримінації з боку держави тощо.

Авторитетне джерело римського права — Інституції Юстиніана — містить визначення справедливості, яка «полягає у постійній та твердій волі віддавати кожному своє»⁷⁰, тобто справедливість є рівністю пропорцій або правових статусів.

На думку українського конституціоналіста В. Речицького, **Конституція є головним гарантом справедливості, оскільки після визнання природного права джерелом конституційного права несправедливий закон є протиправовим, а отже — неконституційним**. Хоч слід зауважити, що автоматично Конституція не являє собою *deus ex machina* — Бога з машини, який у давньогрецьких виставах виходить з неї на сцені,

⁶⁸ Цивільний кодекс України. Проект від 25 серпня 1996 року // Українське право. — 1996. — № 2. — С. 34.

⁶⁹ SA Roquette Freres v. Council (1982) ECR 3159.

⁷⁰ Інституції Юстиніана. — М., Зерцало, 1998. — С.15.

щоб поновити справедливість. Для визнання справедливості як концепції конституційного права необхідні незалежні органи правосуддя та судді, обізнані з ідеєю конституційного регулювання у демократичному суспільстві.

На жаль, поняття справедливості неможливо остаточно визначити та закріпити нормативно у законах, щоб спростити суддям їх нелегке завдання щодо здійснення правосуддя. Справедливість — це насамперед філософська категорія, яка найбільш адекватно може бути реалізована через правозастосовчу діяльність, зокрема — при здійсненні правосуддя. За Аристотелем, справедливість — це пропорційність, тобто «рівність, відповідна станам, і щоб кожна людина могла тішитися всім своїм»⁷¹. Концепція ж всесвітньої справедливості Геракліта полягає у постійній боротьбі протилежностей, яка виключає цілковиту перемогу однієї з них. Концепція справедливості Анаксимандра ґрунтується на певному світовому співвідношенні між вогнем, водою та землею, коли кожна стихія намагається розширити своє царство. Однак при цьому діє природний закон, який неухильно відновлює рівновагу: наприклад, там, де був вогонь, залишається попіл, який є землею, тобто концепція Анаксимандра — це заборона переступати одвіку й навіки встановлені межі. Платон вважає, що справедливість — це коли найвищий талант та функціональна перевага окремої людини увінчуються найвищими винагородами. У будь-якому разі Платон не ототожнює справедливість із рівністю. Справедливості як щастя, пропорційного чесності, за І. Кантом, вимагає моральний закон.

Для Дж. Бенґама та утилітаристів справедливість полягає у досягненні благополуччя (щастя) найбільшою кількістю членів суспільства. Сучасний філософ права Д. Роулс під справедливістю розуміє принципи організації суспільства, які впливають із змісту розумного та чесного соціального контракту, і полягають у такому: 1) кожна особа має рівний базис основних прав та свобод, які існують у суспільстві як єдина система; 2) соціальна та економічна нерівність у суспільстві може існувати тільки за умов задоволення необхідного мінімуму потреб тих осіб, які потребують такого задоволення (тобто за умов ринку та вільної конкуренції той, хто виграв, має бодай частково компенсувати збитки тому, хто програв. — *С.Ш.*); кожна особа повинна мати можливість отримати роботу за умов існування чесного змагання та рівності можливостей. У нашій країні тривалий час переважала християнсько-комуністична концепція справедливості — формально-матеріальна рівність осіб — членів суспільства (комуни). З позицій «природного правника», тобто юриста, який вважає природне право самостійним джерелом права, справедливістю буде застосування моральних вимог як вимог правових до позитивних нормативних та індивідуальних правових актів, а у разі доведеності аморальності цих актів — втрата ними чинності.

⁷¹ Цит. за: Рассел Б. Історія західної філософії. — К.: Основи, 1995. — С. 171.

Як зазначалося вище, екклізіастичні суди застосовували канонічне право у випадках, коли світські правителі втручалися у юрисдикцію церкви. Але це було, так би мовити, зовнішнє юрисдикційне обмеження світської влади. Проте цікавим з історичного погляду є створення в період середньовіччя у Великій Британії **судів справедливості**, що гарантували «королівську справедливість», та їх подальша успішна діяльність.

Право справедливості являло собою рішення суду лорда-канцлера — найвищої посадової особи держави після короля, який розглядав скарги на рішення судів королівства згідно з правом справедливості (повноваження на розгляд яких було надане лорду-канцлеру Вестмінстерським статутом 1285 року), яке не містилося у нормативно-правових актах, проте являло собою сукупність вимог милосердя, розумності, доброчесності, совісті. *Іншими словами — сукупність моральних вимог до правових актів, які зобов'язували не тільки морально, а й юридично*, оскільки, згідно з доктриною прецеденту, право справедливості — сукупність правил, сформульованих судом лорда-канцлера — застосовувалось судами королівства при вирішенні аналогічних справ. Особи, які подавали скарги, зверталися до короля з проханням розглянути їхні справи та виявити милосердя «згідно із совістю та по суті». Хоч право справедливості і являло собою додаток до загального або статутного (закони) права, проте воно **мало суттєву ознаку: загальне або статутне право вважалося нечинним, якщо воно суперечило праву справедливості**.

Наприклад, особа позичає гроші та віддає під заставу свою землю кредиту. За умовами контракту, якщо боржник вчасно повертає гроші, він повертає свою землю; якщо ні — втрачає. Уявімо собі, що помилка кредитора щодо терміну або нещасний випадок завадили вчасно повернути гроші. Загальне право та укладений контракт дають право кредитору забрати у свою власність землю боржника. Право справедливості встановлює протилежне положення і, згідно із цілями контракту, застава землі — це лише гарантія повернення суми позики, а не передача права власності на землю. Суд лорда-канцлера був найвищим у судовій ієрархії королівських судів, тому право справедливості було найвищим правом, своєрідною неписаною Конституцією громадянського суспільства, оскільки коригувало здебільшого загальне (приватне) право — контракти, право власності, делікти, а не публічне право.

Поступово юрисдикція щодо захисту права справедливості переходить до судів загальної юрисдикції англосаксонської правової системи і стає частиною загального права країни, а фундаментальні принципи природного права (природної справедливості) починають використовуватися у звичайному судочинстві. У частині першій розділу другого статті III Конституції США 1787 року, зокрема, зазначається, що «судова влада поширюється на всі справи, які вирішуються згідно з законом та правом справедливості».

Наведемо такий приклад. Суд міста Нью-Йорка, розглядаючи у 1889 році справу *Riggs v. Palmer*, мав дати відповідь на запитання, чи може онук, згаданий у заповіті свого діда, отримати спадщину, якщо він навмисно вбив діда, щоб отримати цю спадщину? Рішення суду у цій справі однозначне: «...статуту, які регулюють складання заповітів та передачу власності, не можуть дозволяти передачу власності вбивці. Усі закони так само, як і контракти, контролюються і за змістом, і за наслідками їх виконання фундаментальними максімами загального права. Нікому не може бути дозволено отримувати перевагу від своїх негідних вчинків або отримувати власність шляхом скоєння злочину»⁷².

Розгалужена система судових позовів — звернень до короля стосовно поновлення справедливості — та відповідний практичний досвід судового розгляду цієї категорії справ спричинили трансформацію та відродження права справедливості у сучасному конституційному праві у вигляді доктрини прямої дії основних (фундаментальних) конституційних прав та свобод, а також можливості їхнього безпосереднього судового захисту. Для належного судового захисту на підставі Конституції певні позитивні правові акти почали визнавати неконституційними, у тому числі, як і в середньовічній Англії, на підставі справедливих вимог моралі, що входить до концепції конституційного права.

Сучасне конституційне право західних країн сприймає саме концепцію справедливості Аристотеля — як концепцію пропорційності обраних засобів поставленій меті (як зауважив лорд Девлін, не можна трощити лісовий горішок пневматичним молотком). Тому несправедливим та неконституційним має вважатися закон, який є непропорційним (засоби, зазначені у законі, непропорційні переслідуваній меті) та суттєво порушує права людини (у тому числі — непропорційно їх обмежує). Правовою основою для визначення неконституційності державних правових актів щодо їх змісту є доктрина належної правової процедури у країнах, що належать до англосаксонської правової системи, або її еквівалент — доктрина пропорційності у країнах континентальної Європи.

Належна правова процедура (з англ. — *due process of law*) — це застосування права органами правосуддя (судами) відповідно до встановлених і санкціонованих державою юридичних принципів і процедур для гарантування і захисту конституційних та індивідуальних прав людини і громадянина, у тому числі й юридичної особи. Причому знов-таки слід мати на увазі, що під правом у західній юриспруденції розуміють не тільки писані норми позитивного законодавства, а й неписані норми та принципи, які визнаються судами та закріплюються судовою практикою. Концепція походить з Англії, де з самого початку ви-

⁷² *Riggs v. Palmer*, 115, N.Y. 506, 22 (1889).

никнення вона сприймалася англійськими суддями як еквівалент природного права. Уперше концепція належної правової процедури була викладена у **Великій хартії свобод** (*Magna Charta Libertatum*) 1215 року — конституційному договорі, який король Англії Джон (у російських літературних джерелах — Іоанн Безземельний) уклав з привілейованими баронами та представниками церкви. У цьому документі вперше в історії позитивно закріплювались конституційні права та свободи, а також їх юридичні гарантії. Приміром, у статті 39 цього документа зазначалося: «Жодна вільна людина не буде заарештована та кинута у в'язницю, вигнана та страчена, не буде засуджена інакше як законним судом рівних йому та на основі права країни»⁷³. Перші хартії вільних міст Італії та інших європейських країн також були спрямовані проти переважно королівського свавілля, зокрема проти незаконного ув'язнення на невизначений строк. Наприклад, у феодально-абсолютистській Франції ув'язнення будь-якої особи без судового розгляду на невизначений строк здійснювалося на підставі *lettres de Cachet* — королівських наказів з печаткою. Зазвичай такі накази видавалися з порожнім місцем, куди вписували прізвище обвинуваченого. Результати перемоги в боротьбі з королівським свавіллям закріплювались у відповідних юридичних документах, класичним прикладом яких є **Хабеас корпус акт**, ухвалений у Великій Британії 1679 року, який містив принципове положення про те, що особи, які затримуються за скоєння злочину (за винятком тяжких злочинів або державної зради), мають право на апеляцію або скаргу до лорда-канцлера, лорда-хранителя печатки Англії, суддів його величності та головних баронів суду скарбниці на предмет перевірки законності підстав затримання та ув'язнення. Зазначені посадові особи видавали **наказ — хабеас корпус** — чиновникам, які утримували під вартою заарештованих, допровадити їх протягом трьох днів після пред'явлення цього наказу для перевірки обґрунтованості затримання та утримання під вартою.

Англійський ідеолог лібералізму Дж. Локк у своєму творі «Два трактати про правління» зазначив, що люди створюють державу для охорони життя, свободи та власності, тому держава не може свавільно позбавити або обмежити ці права, а тільки у судовому порядку та згідно з принципом справедливості. Концепція належної правової процедури, зважаючи на її винятково важливий зміст, закріплюється у п'ятій та чотирнадцятій поправках до **Конституції США 1787 року**: «Жодна особа не може бути позбавлена життя, свободи та власності без дотримання належної правової процедури». Аналогічні положення містить стаття 7 **Французької декларації прав людини та громадянина 1789 року**: «Ніхто не може бути обвинувачений, затриманий або ув'язнений інакше як у випадках, передбачених законом, та у визначених формах».

⁷³ Международные акты о правах человека (сборник документов). — М., 1998. — С. 4

Як бачимо, Конституція США розширила конституційну сферу дії концепції належної правової процедури, під якою розуміють уже не тільки конституційні гарантії процесуальних прав фізичної особи при позбавленні життя (смертна кара) та свободи (попереднє ув'язнення та ув'язнення як міра кримінального покарання), а й процесуальні права юридичної та фізичної особи при позбавленні власності, під якою розуміють не тільки нерухоме майно, рухомі речі, а й штраф, що накладається державними органами за порушення законів, звільнення з державних підприємств та установ, скасування державної допомоги певним категоріям населення, субсидій, талонів на їжу (*food stamps*) тощо.

Конституційне положення про належну правову процедуру гарантує право особи, яка зазнає фізичної, матеріальної та моральної шкоди від держави, на звернення до суду відповідної юрисдикції для захисту свого права на життя, свободу та власність, а також для захисту будь-якого іншого права, гарантованого законодавством, переважно — законом. Воно додатково включає право бути заслуханим у судовому засіданні, а також право на подання доказів існування юридичних фактів, які стосуються зазначеного права особи. Право особи бути заслуханою у суді, коли вона позбавляється таких життєво важливих цінностей, як життя, свобода та власність, англійські судді називали **природною справедливістю** (*natural justice*), під якою також розуміються гарантії процесуальних прав особи і насамперед право бути заслуханим у судовому засіданні, вимога форуму (гласність та змагальність у судовому процесі), а також конституційні гарантії щодо судового захисту будь-якого порушеного права особи та гарантія права на судове оскарження дій адміністративних органів, причому позбавлення особи її життєво важливих властивостей (наприклад власності) можливе тільки на підставі судового рішення. Англійська концепція природної справедливості дістає своє відображення у **доктрині процесуальної належної правової процедури** в конституційному праві США та Канади.

На думку дослідників конституційного права США С. Боботова та І. Жигачова, концепція належної правової процедури (у процесуальному аспекті. — *С.Ш.*), мета якої — захист прав особи у кримінальному процесі, містить такі конституційні положення:

а) гарантія від необґрунтованих обшуків, арештів, вилучень та у цьому зв'язку — від використання у процесі судового розгляду доказів, що отримані незаконним шляхом;

б) право на повноцінний розгляд справи за участю присяжних;

в) заборона повторного притягнення до кримінальної відповідальності за те саме діяння;

г) заборона примусу щодо дачі свідчень проти самого себе та пов'язана з цим презумпція невинуватості та так зване правило про тягар доведення,

в силу якого обвинувачений не повинен доводити свою невинуватість, оскільки обов'язок щодо доведення його вини цілком покладається на обвинувача;

г) право на швидкий та справедливий суд;

д) право знати зміст та підстави обвинувачення, мати очну ставку зі свідками обвинувачення та користуватися послугами захисника;

е) заборона жорстоких та незвичних покарань;

є) рівний для всіх захист закону⁷⁴.

Пізніше природна справедливість стає основою права на справедливий судовий розгляд, що закріплюється у відповідних конституційних та міжнародних документах (див, наприклад, статтю 7 Канадської хартії прав та свобод 1982 року, де згадується про «основні принципи здійснення правосуддя»).

Основою **європейського стандарту концепції природної справедливості** (процесуальної належної правової процедури) є право на справедливий судовий розгляд, що гарантується статтею 6 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року, яка передбачає: 1) кожен при вирішенні спору щодо його цивільних прав та обов'язків або при встановленні обґрунтованості будь-якого кримінального обвинувачення, висунутого проти нього, має право на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом; 2) судові рішення оголошується прилюдно; 3) кожен, кого обвинувачено у вчиненні злочину, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено згідно із законом; 4) кожен, кого обвинувачено у вчиненні злочину, має, щонайменше, такі права:

а) бути негайно і детально поінформованим зрозумілою для нього мовою про характер і причину обвинувачення проти нього;

б) мати достатньо часу й можливостей для підготовки свого захисту;

с) захищати себе особисто чи використовувати правову допомогу захисника на свій власний вибір або — якщо він не має достатніх коштів для оплати правової допомоги захисника — одержувати таку допомогу безкоштовно, якщо цього вимагають інтереси правосуддя;

д) допитувати свідків обвинувачення або вимагати їхнього допиту, а також вимагати виклику і допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення;

е) якщо він не розуміє мови, яка використовується у суді, або не розмовляє нею — отримувати безкоштовну допомогу перекладача.

Логічним та практичним наслідком конституційних вимог до держави, її органів та посадових осіб, які мають діяти щодо фізичної та юридичної особи виключно на правових підставах та згідно з правом, а також у відповідній правовій формі для належної гарантії та захисту її прав, є ево-

⁷⁴ Боботов С. В., Жигачев И. Ю. Введение в правовую систему США. — М.: Норма, 1997. — С. 246.

люція судової гілки влади, перетворення судових органів у органи правосуддя. Оскільки у тих країнах, де концепція належної правової процедури має практичне значення, суд стає єдиним місцем остаточної перевірки правильності дотримання таких процедур та останнім арбітром у конкретній справі для вирішення спору між державою та індивідом. Тому, у вузькому сенсі, цій концепції відповідає частина процесуального права країни, яка забезпечує реалізацію та захист прав індивіда.

Конституційні положення, які гарантують процесуальні права особи при позбавленні її права на життя, свободу та власність, входять до **концепції процесуальної належної правової процедури**. Конституція України у частині першій статті 55 гарантує, що «права і свободи людини і громадянина захищаються судом», причому у частині другій цієї статті «кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб». В інших статтях Конституції України міститься широкий перелік прав особи у кримінальному процесі: ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше, як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом; кожний затриманий має право у будь-який час оскаржити в суді своє затримання; підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист; кожний обвинувачений у вчиненні злочину вважається невинним, доки його вину не буде доведено у передбаченому законом порядку і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав чинності; обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях та інше (ст. 29, 59, 61, 62, 63 Конституції України).

З позицій сучасної західної конституційної теорії, конституційна концепція належної правової процедури гарантує не тільки процесуальні права особи при позбавленні її життя та свободи, а й власності. При цьому слід мати на увазі, що особа несе юридичну відповідальність тільки на підставі судового рішення після закінчення судового розгляду, у процесі якого їй надається право бути заслуханою, поінформованою про предмет та зміст позову, його мотиви, а також про мотиви, якими керувалися відповідні посадові особи при винесенні попереднього (досудового) рішення про притягнення до відповідальності. Порушенням процесуальної належної правової процедури буде презумпція будь-якого факту не на користь особи з боку держави, а також виконання рішення про юридичну відповідальність особи (наприклад стягнення фінансових санкцій) позасудовою процедурою без її згоди⁷⁵.

⁷⁵ Див., наприклад, пункт 1 Роз'яснень, що внесені Постановою Президії ВР № 3220-12 від 14.05.93 до Указу Президії Верховної Ради України «Про тимчасове припинення діяльності Компартії України» № 1435-ХІІ від 26 серпня 1991 року: «Громадяни України, які були членами Компартії України (КІРС), не можуть без рішення суду визнаватись причетними до державного перевороту 19-21 серпня 1991 р. і зазнавати будь-яких обмежень через свою колишню належність до КІРС».

Як зазначив Ф. Енгельс, «англійське право єдине, яке оберігає свободу від будь-якого втручання, крім судового»⁷⁶. Дослідники загального права зазначають, що «... в англо-американському праві під гарантією належної правової процедури розумілися процедури, що захищали особу від свавільного покарання»⁷⁷. Слід додати, що, починаючи з 1945 року, ми є свідками відродження такої свободи на Європейському континенті, зокрема з моменту підписання Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року та з початку діяльності Європейського суду з прав людини з 1953 року, який послідовно став на захист процесуальних гарантій, з тим, щоб не допускати свавільного використання державних повноважень.

Концепція належної правової процедури має ще один, матеріальний аспект, який складається із сукупності певних конституційних вимог до нормативно-правових актів, що регулюють поведінку особи. Вони не можуть бути свавільними, нерозумними, несправедливими, необґрунтованими чи залежати від примх законодавців, а обрані засоби мають органічно та раціонально співвідноситися з бажаним результатом, який досягається прийняттям державного рішення. Такі конституційні вимоги убезпечують особу від свавільних та необґрунтованих дій держави, які здійснюються на підставі антиправового нормативного акта.

Концепція матеріальної належної правової процедури має у своїй основі ідею природного права про розумність позитивного права. Як вважає відомий історик західного права Г. Берман, «для каноністів природне право було насамперед взірцем, який церква виставляла перед світськими правителями, а потім уже — зразком, за яким церква тлумачила та творила право. Природне право було для них не ідеальним правом, що існує поза наявними правовими системами, а моральністю самого права, що міститься як складова суті самих цих правових систем. Воно було своєрідним конституційним принципом *Grundgesetz*, принципом належної правової процедури»⁷⁸.

Слід зазначити, що **концепція матеріальної належної правової процедури** у праві англосаксонських країн розглядається у **двох аспектах. Перший** — збігається з концепцією верховенства права і передбачає правові вимоги до державних правових актів, які стосуються будь-якої галузі права, а не тільки конституційного права. Термін *належна правова процедура* означає, що будь-які суб'єкти права, і передусім державні посадові особи, мають діяти правомірно, тобто згідно з правом, але з таким правом,

⁷⁶ Маркс К., Енгельс Ф. — Т. 22. — С. 312. Цит. за: Кленнер Г. От права природы к природе права. — М.: Прогресс, 1988. — С. 185.

⁷⁷ Kelly A., Harbison W., Belz H. The American Constitution. Its Origins and Developments. — New York — London, 1983. — P. 398.

⁷⁸ Берман Г. — Оп. цит. — С. 245.

яке не тільки є приписом державної влади, а й відповідає критеріям природного права, моральності, розумності, справедливості, а також загальноправовим принципам, що встановлені органами правосуддя. Наприклад, у рішенні у справі *Grayned v. Rockford* Верховний суд США зазначає, що «один з головних принципів належної правової процедури полягає у тому, що правовий акт втрачає юридичну силу внаслідок його розпливчастості, якщо передбачені у ньому заборони визначені нечітко», оскільки закони, по-перше, мають давати «людині зі звичайним рівнем інтелекту розумну можливість знати, що заборонено, щоб вона могла діяти відповідно. По-друге, щоб не допустити свавільного та дискримінаційного виконання законів, вони мають містити чіткі стандарти для тих, хто їх застосовує»⁷⁹.

Другий аспект концепції матеріальної належної правової процедури у конституційному праві англосаксонських країн, зокрема США та Канади, відповідає концепції справедливості як пропорційності засобів захисту конституційних прав та свобод, що становить основу перевірки дій держави (правових актів) на предмет їх відповідності Конституції, якщо вони порушують, скасовують або обмежують основні права. Державні акти для визнання їх конституційними мають бути легітимними, оптимальними, ефективними, а засоби, які в них передбачаються, пропорційно співвідноситися з переслідуваними цілями та мінімально обмежувати гарантовані конституційні права та свободи.

Наприклад, закон штату Алабама встановлював кримінальну відповідальність автора статті або друкованого видання за публікацію будь-яких «неправдивих образливих та скандальних матеріалів» стосовно державних посадових осіб, переслідуючи легітимну мету — захист честі та гідності посадової особи, а також з метою захисту миру та спокою в суспільстві. Але при цьому закон непропорційно обмежив право на свободу слова, гарантоване першою поправкою до Конституції США, шляхом встановлення кримінальної відповідальності за наклеп за наявності будь-якої форми умислу, а також у разі викладення оцінних суджень щодо відповідної діяльності державних посадових осіб (стаття в газеті у цій справі була кваліфікована судом штату Алабама як така, що містить наклеп на урядовців, за що на представників мас-медіа був накладений штраф у п'ятсот тисяч доларів США). Факт непропорційного обмеження права на свободу слова встановив Верховний суд США, зазначивши у своєму рішенні, що «конституційне право на свободу слова встановлює конституційні привілеї «чесної критики» представників держави, тобто публічних осіб»⁸⁰. Тому публічна особа може подати до суду позов про відшкодування завданої їй моральної шкоди і виграти справу тільки у тому разі, якщо доведе, що відповідач знав, що інформація, викладена в публікації, є неправдивою, або ж відповідач мав серйозні сумніви що-

⁷⁹ *Grayned v. Rockford*, 408 U. S. 104, 108 (1972).

⁸⁰ *New York Times v. Sullivan*, 376 U. S. 254 (1964).

до правдивості цієї публікації — аналогія з прямим та непрямым умислом у кримінальному праві України.

Концепція належної правової процедури знайшла застосування на рівні судової влади у країнах, що належать до англосаксонської правової системи. Скажімо, Верховний суд Індії в одному зі своїх рішень проголосив, що «про чинність закону потрібно судити за його впливом на основні права громадян та за його неминучими наслідками. Якщо вплив закону та його наслідки невідгідно позначаються на правах громадян, його слід оголосити нечинним»⁸¹.

Верховний суд Канади також часто вдається до принципу пропорційності при визначенні конституційності законів, що обмежують конституційні права людини. Як закріплено у статті 1 Канадської хартії прав та свобод 1982 року, ці права та свободи можуть обмежуватися тільки нормами права в межах, які вважаються розумними та виправданість яких може бути пояснена у вільному демократичному суспільстві. В одному зі своїх рішень суд наголосив, що «до цінностей та принципів, притаманних вільному демократичному суспільству, належать гідність людини з моменту її народження, відданість соціальній справедливості та рівності, наявність широкого спектру світогляду та віросповідання, повага до культурної та групової ідентичності, віра у соціальні та політичні інститути, через які індивіди та їх об'єднання беруть участь у справах суспільства»⁸². У рішенні у справі *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.* суд визнав, що традиційне правило загального права, яке забороняє публікації (поширення інформації каналами мас-медіа) щодо перебігу кримінального судочинства, має бути переформульоване з урахуванням необхідності дотримання рівного статусу, що надається Канадською хартією прав та свобод — праву на свободу висловлювання та праву на справедливий (чесний) судовий процес⁸³. Оскільки заборона будь-яких публікацій щодо судового процесу, на думку суду, обмежує свободу висловлювання третіх осіб, загальне право має враховувати цілі, для досягнення яких встановлюється така заборона, та пропорційність впливу такої заборони на права, гарантовані хартією. Отже, заборона на публікації встановлюється лише у тому разі, коли: 1) така заборона необхідна для усунення реального ризику щодо справедливості судового процесу; 2) позитивний ефект у результаті заборони публікації має переважати рівень обмеження свободи висловлювання, спричиненого заборонаю. Тому обґрунтування заборони будь-яких публікацій у цій кримінальній справі було визнане занадто загальним, і заборона була скасована.

Як неодноразово зазначалося в англо-американській юридичній літературі, «матеріальна належна правова процедура віддзеркалює один про-

⁸¹ Bennett Coleman Co. Ltd. v. Union of India AIR (1973) SC 106.

⁸² R v. Oakes (1986) 26 DLR (4 th), 200, 225.

⁸³ Supreme Court Reports, 1994, 3 S.C.R. 835.

стий, але далекосяжний принцип — держава не може бути свавільною. Ця інтуїтивна ідея не є містичною: державні посадові особи повинні захищати публічні, а не власні інтереси під впливом індивідуальної мотивації своїх вчинків, тому має бути раціональне, або розумне співвідношення між державними цілями та засобами їх досягнення»⁸⁴.

Концепція матеріальної належної правової процедури трансформується у конституційне право країн континентальної Європи також у вигляді **принципу пропорційності**. У Німеччині принцип пропорційності (*Verhaeltnismaessigkeit*) використовується Конституційним судом ФРН для визначення відповідності законодавства та інших державних правових актів конституційним нормам, цінностям та принципам. **Принцип пропорційності є суддівським критерієм визначення відповідності (пропорційності) обраних засобів поставленим легітимним цілям.** Проте цей принцип прямо не закріплений в Основному законі ФРН 1949 року, тобто він не є позитивною конституційною нормою, Конституційний суд ФРН «вивів» його з кодифікації пруського права XVIII століття, коли кодекс публічного права уповноважував адміністрацію застосовувати *тільки необхідні* засоби для забезпечення громадського порядку, спокою та безпеки. Державна влада може накладати тільки ті обов'язки, які є необхідними для досягнення суспільної мети. Термін «необхідні засоби» тут розуміється як «вимушені» і з мінімальними обмеженнями з боку державної влади основних прав людини. Принцип пропорційності можна сформулювати так: індивідуальний тягар покладатиметься на особу державним правовим актом тільки у тій мірі, яка необхідна для досягнення певної легітимної та суспільно необхідної мети.

У 1965 році Конституційний суд ФРН в одному зі своїх рішень зазначив: «У Федеративній Республіці Німеччині принцип пропорційності є неписаним конституційним принципом. Він походить від принципу верховенства права, а отже, з природи основних прав, оскільки вони відбивають загальне право на свободу громадянина від держави і можуть бути обмежені державними органами тільки у разі переслідування абсолютно необхідного публічного інтересу»⁸⁵. Принцип пропорційності виступає як правова гарантія захисту основних прав. Оскільки він має конституційне значення, він є обов'язковим не тільки для виконавчої та судової влади, а й для законодавчої.

У застосуванні принципу пропорційності у ФРН можна визначити три контрольні моменти: 1) засоби, які обираються законодавцем у нормативному акті, оптимально (*Eignung*) слугують досягненню легітимної мети; 2) обрані засоби мінімально обмежують гарантовані консти-

⁸⁴ Fallon R. Some confusions about due process, judicial review and constitutional remedies // 93 Columbia Law Review 309, 310–312 (1993).

⁸⁵ BverfGE 19, 342, 348.

туційні права та цінності; 3) вказані засоби розумно та адекватно співвідносяться з переслідуваними цілями⁸⁶. Хоч у частині третій статті 14 Основного закону ФРН вказується на можливість застосування принципу пропорційності при визначенні обмежень на право власності: «Відчуження власності допускається тільки в цілях загального блага. Відшкодування визначається на підставі справедливого врахування інтересів суспільства та зацікавлених осіб».

Принцип пропорційності неодноразово згадується у випадках виникнення спорів між державними органами та окремими особами стосовно порушень та обмежень їх прав і свобод.

Так, ухвалюючи рішення у справі про загальну заборону відеозйомок судового процесу, Конституційний суд ФРН зазначив, що така заборона може порушувати принцип пропорційності, оскільки обмеження на здійснення свободи передачі інформації у телевізійний ефір мають бути пропорційними цілям, яку переслідує норма права, що встановлює заборону. Така заборона може виявитись особливо непропорційною, якщо йдеться про судові процеси у справах відомих політиків, коли про їх перебіг має бути поінформована громадськість. У зазначеній справі, на думку суду, телевізійній компанії мають бути дозволені зйомки принаймні перед початком слухань, протягом перерв та після закінчення процесу⁸⁷.

Приймаючи рішення в іншій, дуже відомій справі керівника служби розвідки Німецької Демократичної Республіки М. Вольфа, який організував розгалужену шпигунську мережу у Федеративній Республіці Німеччини та координував успішну шпигунську діяльність, Конституційний суд ФРН зазначив, що розвідники Східної Німеччини не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за шпигунство проти Західної Німеччини, оскільки це порушує принцип пропорційності. Порушення полягає у тому, що кримінальним пересліданням на обвинувачених покладається надмірний тягар у світлі об'єднання Німеччини⁸⁸.

Конституційний суд Португалії у своєму рішенні вважає, що положення Кримінального та Дисциплінарного кодексів торговельного судноплавства, згідно з якими член команди пароплава карається як дезертир у разі його невчасного повернення на борт, порушують конституційний принцип справедливості та пропорційності, оскільки поширюються на всіх членів команди, а не тільки на тих, хто виконує функції щодо безпосереднього функціонування пароплава⁸⁹.

⁸⁶ Див. рішення Конституційного суду ФРН: Judgment of Apr. 13, 1978 (Military Defense Obligation Case), 48 BVerfGE 127, 160 (F.R.G.); Judgment of May 4, 1955 (Saar Treaty Case), 4 BVerfGE 157, 168 (F.R.G.), 2 BVerfGE 266, 280–81 (1953).

⁸⁷ Official Digest of the Decisions of the Federal Constitutional Court, 1995. — Vol. 91, 125.

⁸⁸ *Kommers D. The Constitutional Jurisprudence of the Federal republic of Germany.* Durham & London: Duke University Press, 1997. — P. 237.

⁸⁹ Official Gazette. — Series II. — 31/03/94.

Згідно з позицією Конституційного суду (трибуналу) Польщі, принцип пропорційності співвідноситься з принципом справедливості й відповідає таким стандартам:

- правові акти мають ухвалюватися лише у випадку необхідності захисту публічного інтересу;
- правові акти мають бути максимально спрямовані на досягнення поставлених цілей;
- між цілями правових актів та додатковими обов'язками, що покладаються на громадян у результаті їх прийняття, повинен існувати баланс.

Серед конституцій республік колишнього СРСР принцип пропорційності найбільш повно закріплений у Конституції Російської Федерації (частина третя статті 55): «Права і свободи людини та громадянина можуть бути обмежені федеральним законом *лише у тій мірі, в якій це необхідно* (курсив мій. — С.Ш.) з метою захисту основ конституційного ладу, моралі, здоров'я, прав та законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни та безпеки держави».

Конституційний суд Російської Федерації у низці своїх рішень розтлумачив значення цього принципу:

- будь-які обмеження можливі тільки на підставі закону в передбачуваних Конституцією цілях та лише в межах, що є необхідними для нормального функціонування демократичного суспільства⁹⁰;
- законодавець, визначаючи засоби та способи захисту (державних інтересів), повинен використовувати лише ті з них, які у конкретній правозастосовчій ситуації виключають можливість несумірного обмеження прав і свобод людини та громадянина⁹¹;
- держава, навіть маючи мету запобігти випадкам зловживання правом, для того, щоб здійснення конституційних прав не порушувало прав та свобод інших осіб, повинна використовувати не надмірні, а тільки необхідні та суворо обумовлені цілями засоби. Цей принцип сумірного обмеження прав та свобод, що закріплений у статті 55 (частина 3) Конституції Російської Федерації, означатиме, що публічні інтереси, перелічені у цій нормі, можуть виправдати правові обмеження прав та свобод, якщо вони адекватні соціально виправданим цілям⁹².

⁹⁰ Постановление Конституционного Суда от 17 сентября 1993 года по делу о проверке конституционности постановлений Верховного Совета Северо-Осетинской ССР, касающихся проблем беженцев; абзац третий пункта 3 мотивировочной части.

⁹¹ Постановление Конституционного Суда от 27 марта 1996 года по делу о проверке конституционности статей 1 и 21 Закона Российской Федерации «О государственной тайне»; абзац второй пункта 6 мотивировочной части.

⁹² Постановление Конституционного Суда от 13 июня 1996 года по делу о проверке конституционности части пятой статьи 97 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР; абзац второй пункта 5 мотивировочной части.

Принцип пропорційності визнає й Європейський суд з прав людини, який розтлумачив окремі положення Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод (1950): «обмеження на свободи, що гарантуються Конвенцією, мають бути «пропорційні легітимній меті, яка переслідується цими обмеженнями»⁹³, а також «між засобами, що обираються, легітимною метою та встановленням відповідних обмежень має існувати розумне пропорційне співвідношення»⁹⁴, оскільки «в основі всієї Конвенції лежить пошук справедливого балансу між загальними інтересами суспільства і вимогами щодо захисту основних прав індивіда»⁹⁵. Суд у Страсбурзі не тільки контролює здійснення органами державної влади країн, що підписали Конвенцію, своїх повноважень, у тому числі дискреційних, на предмет розумності, обережності та чесності, а й вимагає, щоб рішення цих державних органів ґрунтувалися «на належному сприйнятті відповідних фактів», а державне втручання було розумно необхідне для досягнення переслідуваної легітимної мети»⁹⁶.

З рішення у справі *Winterwerp v. The Netherlands* (1979) випливає, що термін Конвенції «згідно із законом» відсилає, власне, до внутрішньодержавного права, а про необхідність дотримання належної цьому праву процедури Конвенція вважає обов'язковою⁹⁷. Але при цьому суд зауважує, що саме внутрішньодержавне право має відповідати Конвенції, включаючи викладені або ті загальні принципи, що розуміються. В основі терміна «згідно з законом» лежить поняття справедливої та належної процедури і вимога, щоб будь-яка міра, яка позбавляє людину свободи, призначалася та виконувалася відповідним органом та не була свавільною»⁹⁸.

З метою запобігання свавільним законам, на думку суду, необхідно дотримуватися двох основних вимог: 1) закон має бути загальнодоступним, щоб громадянин знав: саме до цих конкретних дій та обставин застосовується саме цей закон; 2) норма не є нормою закону, доки вона не сформульована достатньо чітко, щоб громадянин згідно з нею міг регулювати свою поведінку, а у разі надання йому кваліфікованої консультації — розумно передбачити наслідки, до яких призведе певна його дія»⁹⁹.

При тлумаченні терміна Конвенції «обмеження, необхідні у демократичному суспільстві», слід врахувати відповідне тлумачення Європейського суду, який вважає, що там, де втручання держави виправдане нагальною суспільною необхідністю, якщо при цьому воно є пропорційним поставленій легітимній меті, пояснення для виправдання цих дій, що надаються

⁹³ *Handyside v. United Kingdom* (1976) 1 EHRR 737, 754.

⁹⁴ *Fayed v. United Kingdom* (1994) 18 EHRR 393, 432.

⁹⁵ *Soering v. United Kingdom* (1989) 11 EHRR 439, paragraph 89.

⁹⁶ *Vogt v. Germany* (1986) 21 EHRR 205, 235.

⁹⁷ *Winterwerp v. The Netherlands* (1979) 2 EHRR 387, EctHR, paragraph 45.

⁹⁸ *Ibid* at paragraph 45.

⁹⁹ *Sunday Times v. United Kingdom* (1979) 2 EHRR 245, 271.

представниками держави, мають стосуватися цієї необхідності та бути суттєвими¹⁰⁰.

Дотримання принципу пропорційності є обов'язковим для України при визначенні змісту обмежень «згідно з законом» на конституційні права, перелічені у статтях 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 39, 41, 42, 43, 44, 47, 54 Конституції України, відповідно до інтересів національної безпеки та охорони громадського порядку, здоров'я та моральності населення, захисту прав та свобод інших людей тощо. Такий висновок ґрунтується на визнанні *обов'язковою і без спеціальної угоди юрисдикції Європейського суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції*¹⁰¹ для України, тобто для всіх державних та муніципальних органів, фізичних та юридичних осіб¹⁰². Тому принцип пропорційності є обов'язковим для українських судів при визначенні змісту обмежень «згідно з законом» на ці права відповідно до суспільних інтересів.

Щось подібне до **принципу пропорційності** можна знайти у тексті **першої Української Конституції Пилипа Орлика 1710 року**: «Подібно до того як Ясновельможному Гетьману з обов'язку його уряду належить керувати й наглядати за порядком щодо всього Війська Запорозького, так саме він повинен пильно дбати про те, щоб на рядовий і простий народ не покладати надмірних тягарів, утисків і надмірних вимог, бо підштовхнуті ними (люди), залишивши свої домівки, відходять, як правило, до чужих країв за межі рідної землі, аби полегшити подібні тягарі і шукати життя кращого, спокійнішого і легшого»¹⁰³. «Надмірні тягарі, утиски та вимоги», про які йдеться в цьому документі, можна назвати також непропорційними обмеженнями на основні права та свободи.

Принципи належної правової процедури та пропорційності є обов'язковими не тільки для країн — членів Ради Європи, а й для країн Європейського Союзу. Вони належать до загальноправових принципів, що застосовуються Європейським судом (*European Court of Justice*): *адміністрація діє тільки на підставі уповноваження у правовій формі та з обґрунтуванням своїх дій; особам, яких ці дії стосуються, має бути забезпечений судовий захист та можливість висловити свою позицію з приводу таких дій; застосовані засоби мають бути адекватні очікуваному результату; відхилення від норми (дискреція) припускається тільки для до-*

¹⁰⁰ Sunday Times v. United Kingdom (1979) 2 EHRR 245, 277–278.

¹⁰¹ Пункт 1 Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» за № 475/97–ВР від 17 липня 1997 року.

¹⁰² Див. детальніше: Шевчук С. Європейська конвенція про захист прав людини та основних свобод: практика застосування та принципи тлумачення у контексті сучасного українського праворозуміння // Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі. — 1999. — № 2. — С. 229–230.

¹⁰³ Історія Української Конституції. — К.: Право, 1997. — С. 41.

сягнення поставленої мети; покарання має бути відповідне провині; зобов'язується накладати непосильні обов'язки на деяких осіб за рахунок інших¹⁰⁴.

Принцип пропорційності вперше був сформульований Європейським судом, але своє нормативне закріплення дістав у статті 3в, яка була введена у Договір про Європейське співтовариство Маастрихтським договором 1996 року: «Будь-які дії Співтовариства не мають поширюватися далі того, що необхідно для досягнення цілей цього Договору»¹⁰⁵.

Принцип пропорційності дістав свій вияв у попередніх проектах Конституції України, зокрема у статті 59 проекту Конституції України в редакції від 26 жовтня 1993 року: «Конституційні права і свободи особи не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених цією Конституцією і прийнятими на її основі законами, з метою захисту прав і свобод інших осіб, охорони здоров'я та громадської безпеки.

Такі обмеження мають бути мінімальними і відповідати засадам демократичної держави»¹⁰⁶.

У висновку Венеціанської комісії «За демократію через право» щодо Конституції України 1996 року, що прийнятий на 30 пленарному засіданні 7–8 березня 1997 року, окремо зазначається, що «на жаль, разом із загальними положеннями про можливі обмеження прав людини у попередньому варіанті частини першої статті 64 вилучено і принцип пропорційності, передбачений у частині другій тієї самої статті. Оскільки багато обмежень, передбачених окремими статтями Конституції — наприклад обмеження свободи думки та слова, передбачені частиною третьою статті 34, — є доволі широкими, то важливо, щоб Конституційний Суд України тлумачив різні обмеження прав людини у світлі загальноправового принципу пропорційності»¹⁰⁷.

Після визнання концепції належної правової процедури невіддільною складовою частиною конституційного права європейських країн, демократія збагачується новим змістом, набуває всіх ознак конституційної демократії, яка ще має назву *судова*, або *процесуальна* демократія. Зрозуміло, що концепція повною мірою впливає на набуття діями органів правової держави прозорих, чітких, розумних, пропорційних та обґрунтованих ознак, що дає змогу вести мову не тільки про рецепцію природного права, а й про призначення основних прав людини як засобу обмеження при здійсненні державної влади. Звичайно, що діяльність суддів за таких умов не може бути

¹⁰⁴ Див., наприклад, справу 8/55, Federation Charbonniere de Belgique (1954–56) ECR 292; справу 9/73, Shluter (1973) ECR 1135; справу 30/77, Bouchereau (1977) ECR 1999.

¹⁰⁵ Хартли Т. К. Основы права Европейского сообщества. — М.: Юнити, 1998. — С. 161.

¹⁰⁶ Конституція незалежної України. Документи, коментарі, статті. — К.: Право, 1995. — Книга перша. — С. 279.

¹⁰⁷ Opinion on the Constitution of Ukraine, adopted by the Commission at its 30-th Plenary Meeting in Venice, on 7–8 March 1997. — Venice Commission Bulletin. — CDL — Inf (97) 2. — P. 4.

зведена до механічного нормозастосування, **оскільки потребує творчого, динамічного та цільового тлумачення у процесі правозастосування з метою встановлення суддівського контролю за змістом законів та визначення суддівських стандартів щодо пропорційності обмежень на основні права людини.** Парадоксально, але концепція належної правової процедури не закріплена нормативно у європейських конституціях, як, скажімо, у США та Канаді, а сформульована суддями, відповідно до природи Конституції як один з методів конституційного тлумачення. Хоч концепція належної правової процедури відсутня у тексті Конституції України, вже настав час для обговорення питання про цілі нормативного регулювання в українському суспільстві в їх співвідношенні із засобами, що обираються для їх досягнення у контексті захисту основних прав та свобод людини і громадянина.

У конституційному праві західних країн концепція справедливості розглядається у двох аспектах. По-перше, під справедливістю розуміють комплекс вимог — загальноправових принципів найвищої юридичної сили (у цьому сенсі — конституційних), які дістають свій вияв як у писаній (у позитивному законодавстві), так і в неписаній формі (формулюються судами у процесі правозастосування), до позитивних правових актів, прийнятих державою. Певною мірою, згідно з теорією Л. Фуллера, вони забезпечують внутрішню моральність права (наприклад принцип чіткості норм права) і є складовою концепції верховенства права, що закріплена у статті 8 Конституції України. Тому є всі підстави погодитися з окремою думкою судді Конституційного Суду України професора О. Мироненка у справі щодо несумісності депутатського мандата від 13 травня 1997 року, який вважає, що принцип верховенства права значною мірою збігається із справедливими вимогами моралі¹⁰⁸.

По-друге, під справедливістю розуміють, з одного боку, юридичні гарантії процесуальних прав особи у судовому процесі, коли вона позбавляється життєво важливих якостей як життя, свободи та власності (концепція процесуальної належної правової процедури та принцип природної справедливості). З іншого боку, справедливістю у конституційному праві буде пропорційне обмеження основних прав людини позитивним законодавством, оскільки непропорційність, що виявлена у судовому процесі, призводить до визнання цього законодавства нечинним (концепція матеріальної належної правової процедури або принцип пропорційності).

¹⁰⁸ Окрема думка судді Конституційного Суду України Мироненка О. М. стосовно рішення Конституційного Суду України від 13 травня 1997 року у справі про офіційне тлумачення статей 58, 78, 79, 81 Конституції України та статей 243–21, 243–22, 243–25 Цивільного процесуального кодексу України (у справі щодо несумісності депутатського мандата) // Вісник Конституційного Суду України. — № 2. — 1997. — С. 13.

1.6. ПРИРОДНІ ПРАВА В КОНСТИТУЦІЙНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Природні права належать людині від її народження вже то-
му, що вона — людина, впливають з природи людини й пов'язані
з нею, тобто є особистими правами (наприклад право на життя або право
на повагу до людської гідності — стаття 27 та 28 Конституції України) й у
цьому сенсі є невідчужуваними та невід'ємними протягом життя людини:
вона не може бути позбавлена цих прав та свавільно (диспропорційно) об-
межена державою щодо їх реалізації. Щоб відрізнити ці права людини від
позитивних прав, які створюються державою та скасовуються актами дер-
жавного волевиявлення, тобто шляхом прийняття відповідних законів, їх
називають **природними правами людини**, або **фундаментальними
правами та свободами**, тобто такими, що становлять основу правової си-
стеми і не можуть бути скасовані з волі держави, її законодавчого органу.
Крім того, природні права (права людини), на відміну від позитивних прав,
є правами (вимогами), що їх заявляють державі.

Ідея позадержавного походження прав людини має давню релігійну тра-
дицію визнання природного права джерелом чинного права згідно з основ-
ними положеннями філософії природного права та відповідною практи-
кою правозастосування. Як слушно зауважує відомий правозахисник, пре-
зидент Чехії В. Гавел, західні стандарти прав людини фактично є сучасним
застосуванням християнських принципів¹⁰⁹. А ще раніше схожу думку вис-
ловив авторитетний російський філософ Н. Бердяєв: «Декларація прав Бога
і декларація прав людини є та сама декларація»¹¹⁰.

У філософії природного права людина розглядається як частина при-
родного порядку, що втілюється у природні та позитивні закони, які керу-
ють людською поведінкою, відтак людина посідає пасивне становище сто-
совно цього порядку. Природне право визнає обов'язки індивіда перед та-

¹⁰⁹ Гавел В. Испытания человека // Проблемы конституционализма. — Минск, 1998. —
Вып. 5. — С. 8.

¹¹⁰ Бердяев Н. А. Государство // Власть и право. Из истории русской правовой мысли. —
С. 288.

ким універсальним порядком, але не визнає його особистих прав, оскільки індивід повинен підкорятися універсальному правопорядку та вимогам суспільства.

Природні права у філософсько-правовій думці середньовіччя не відокремлювались від природного права, не мали індивідуального (особистого) характеру, не спрямовувались проти держави. Слід зазначити, що природні права не визнавались правами у юридичному сенсі до кінця періоду середньовіччя. Проте у вже згадуваному діалозі Платона «Кріто» Сократ ставить запитання: «Чи має право особа, яка вважає, що її несправедливо обвинувачено у вчиненні злочину, втекти із в'язниці»? Зауважмо, що Сократ визначає це не як право, а більше як певний моральний вибір. Ідеолог природного права Т. Аквінас також близький до визначення юридичної природи природних прав шляхом формулювання запитання: «Чи має право людина, яка страждає від голоду, вкрасти хлібину»? Те саме стосується і права приватної власності, яке для Т. Аквінаса було природним правом, але водночас не мало індивідуальної характеристики.

Першу спробу розробити теорію прав людини зробив інший відомий теолог кінця XVII століття, іспанський єзуїт Ф. Суарес, який розрізняв певні види *jus* — права у широкому сенсі, одним з яких була *facultas quaedam moralis* — моральна компетенція (правоздатність) особи, з якої він виводив походження природних прав¹¹¹.

Розмежування природних прав і природного права відбувається в Європі у процесі докорінних змін у панівній філософській думці, які позначилися на наслідках картезіанської революції XVII століття. Вона поділила світ на дві самостійні (незалежні) субстанції — протяжну, або просторову (*res extensa*) та мислячу (*res cogitans*). У філософських працях Р. Декарта (його латинізоване ім'я — *Cartesius* — Картезій) особа вважається раціонально самоорієнтованою та належить до незалежної мислячої субстанції. Замість всесвітнього розуму, який керує Всесвітом (природне право), Декарт віддає пріоритет розуму окремої людини, від якого залежить існування у світі інших речей. Своєю знаменитою фразою «Я мислю, отже — існую» Декарт перетворює індивіда на центр усіх речей.

Ідеї Декарта стали основою для подальшого прогресивного розвитку політико-філософської думки, вплинули на формування епохи Просвітництва, коли намагалися поновити у правах людський розум. Звільнений від церковних забобонів та догматизму, нав'язаних світською владою, людський розум, який набуває знання шляхом читання, забезпечує людині можливість для самостійних дій. Оскільки кожна людина має розум — базис для самостійних дій, то свободу отримують усі. Ця природно-правова, або ліберальна концепція прав людини, яка дістала свій розвиток у працях

¹¹¹ *Golding M. The Concept of Rights: A Historical Sketch.* — Boston: Little, Brown and Company, 1978. — P. 48.

англійського філософа Дж. Локка, ґрунтується на природному праві та слугує вихідною засадою для створення держави. Ліберальна концепція прав людини ґрунтується на теорії суспільного договору, який укладається індивідами з державою з метою створення громадянського суспільства, у якому існують юридичні гарантії захисту приватної власності. Тому державі надаються певні повноваження (у цілому — монополія на застосування примусу) в обмін на державні гарантії безпеки найважливіших прав людини — життя, свободи та власності. *Ці права є невідчужуваними, тобто не передаються державі за суспільним договором, а, навпаки, держава бере на себе зобов'язання щодо захисту та гарантії цих прав.*

Філософія природних прав обстоє **певні обмеження державної діяльності**, якими є природні права людини. З цієї перспективи ще також мають назву моральних прав фундаментального значення, тобто належать кожній особі у її правовідносинах з державою, мають універсальний характер: природні права належать усім людям незалежно від державних кордонів та соціального статусу.

Характеризуючи юридичну природу зазначених прав, у літературі іноді вживають термін *vested rights*, тобто безумовні, або невідчужувані права, які набуваються з моменту народження і заперечити існування яких неможливо без зміни соціального ладу (наприклад заперечення права власності — «експропріація експропріаторів» — це соціальна революція). Саме ці права становлять компетенцію особи (за аналогією до компетенції державного органу), яка у політичному суспільстві може їх реалізовувати незалежно від приписів державної влади. З аналізу **природних прав можна зробити три важливі висновки про їх конституційний статус**: 1) будь-який орган державної влади обмежений цими правами; 2) кожна особа має певну сферу індивідуальної автономії, куди не може втручатися державна влада, навіть шляхом видання та застосування правових актів; 3) кожна особа може подати до суду позови проти держави незалежно від чинного конкретизуючого законодавства.

У свою чергу Конституція — система правових принципів та норм, спрямована на забезпечення обмеження державного свавілля юридичними засобами для того, щоб усі люди залишалися вільними після створення держави, тобто люди не передають своїх прав (свобод) державі за суспільною угодою (як у Ж.-Ж. Руссо чи у Т. Гоббса), оскільки вони є невідчужуваними та непорушними, а також не можуть бути скасовані. Якщо права не можуть бути передані державі, вони не можуть бути і «відібрані» з волі держави, тобто скасовані, витлумачені або врегульовані у державному нормативно-правовому акті у такий спосіб, що фактично призводить до їх скасування. З огляду на викладене ці основні права ще називають фундаментальними, оскільки вони не встановлюються і не скасовуються державою у законах, тобто шляхом волевиявлення волі держави.

Якщо повірити та примусити інших вірити у те, що кожна людина має права, яких держава (чи будь-хто інший) повинна дотримувати, людина може бути вільною, принаймні її не можна примусити робити те, чого вона не бажає. Конституція зобов'язує державу дотримувати цих прав, які у юридичному сенсі мають найвищу юридичну силу — вищу за нормативно-правові акти, що їх приймає держава (наприклад Закон України або Указ Президента України).

Першими основні права людини закріпили у своїх конституціях американці та французи. Як вважалося на той час, істинна мета американського Білля про права (перші десять поправок до Конституції США 1787 року, які закріплюють основні права людини) *полягала саме у тому, щоб вилучити певні питання зі сфери політичних спорів, з переліку питань, які вирішуються парламентом більшістю та державною бюрократією, і зафіксувати їх у вигляді таких правових принципів, які безпосередньо застосовуються судами.*

Як зазначено у Декларації незалежності США 1776 року: «Ми керуємось тією самоочевидною істиною, що всі люди створені рівними та наділені їх Творцем певними невідчужуваними правами, до числа яких належить життя, свобода та прагнення до щастя. Для забезпечення реалізації цих прав людьми створюються уряди (у значенні «держави». — С. Ш.), що набирають своїх законних повноважень за згодою керованих»¹¹². Походження невідчужуваних (природних) прав у тексті Декларації прямо пов'язується з природним правом (волюнтаристською теорією природного права), тобто ці права від Бога і, отже, не залежать від волі держави, а тому, безумовно, є самоочевидними, через що не потребують доведення. Саме таке формулювання прав людини в американському конституційному документі походить з **ідеології пізнього протестантизму — кальвінізму.**

Пуритани — прихильники цього напрямку в Англії та Америці — вірили в лютеранську концепцію святості індивідуальної совісті, а у сфері права — у святість індивідуальної волі. Такі видатні представники цього руху, як Д. Гемпден, Д. Лілберн, В. Пенн та інші, віддавали волі індивіда пріоритет стосовно до волі світської влади. Вони вважали, що за певних обставин індивід може не підкорюватися англійським законам, якщо цими законами порушуються його права (свобода слова, свобода сповідання релігії, а також інші права та свободи), тому права людини виконують функцію обмеження світської влади. Відомий діяч американської революції Т. Пейн, який зробив переклад з французької Декларації прав людини та громадянина 1789 року, першим назвав природні права **правами людини**, — у такій редакції вони й увійшли до текстів перших конституцій періоду ліберально-демократичних революцій.

¹¹² Международные акты о правах человека (сборник документов). — М.: Норма, 1998. — С. 21.

У преамбулі до французької Декларації прав людини та громадянина 1789 року наголошується, що «неосвіченість, нехтування правами людини або зневажання їх є єдиною причиною суспільних нещастів та зіпсованості урядів», тому саме в цій Декларації потрібно викласти «природні, невідчужувані та священні права людини»¹¹³. У статті 2 Декларації окремо зазначається, що метою будь-якого політичного союзу є забезпечення природних та невід'ємних прав людини: на свободу, власність, безпеку та опір пригніченню. Французький підхід до юридичної природи прав людини прямо не пов'язує їх походження з волею Бога (французька революція була також і антиклерикальною), але переносить акцент на розум окремої людини (інтелектуалістська теорія природного права).

У цьому зв'язку визнані науковці в галузі порівняльного права Р. Давід та К. Жоффре-Спінозі підкреслюють: «Нові перспективи для розвитку публічного права відкрилися тоді, коли у багатьох країнах стала панівною доктрина, яка утверджувала примат розуму та існування природних прав людини, що спричинилося до утворення у цих країнах демократичних режимів. Тоді виявилась необхідність реалізації на практиці того, що до цього було лише ідеалом: держава, якою більше не керує монарх, помазаник Божий, має отримати розумну організацію, і при цьому особливо важливо належним чином захистити природні права громадян від зловживань влади»¹¹⁴.

Головною ідеєю, що закладається в основу розуміння природних прав (прав людини), є їх позадержавне походження. Вони є правами, які існували ще у природному стані, тобто передували створенню держави та позитивних законів. Тому людина — носій цих прав — має пріоритет стосовно держави, що й зафіксовано у частині третій статті 1 Основного закону ФРН 1949 року: «...основні права людини обов'язкові для законодавчої, виконавчої та судової влади як безпосередньо діюче право». Аналогічні положення містяться у статті 18 Конституції Російської Федерації: «Права та свободи людини і громадянина є безпосередньо діючими. Вони визначають сенс, зміст та застосування законів, діяльність законодавчої та виконавчої влади, місцевого самоврядування та забезпечуються правосуддям». У Конституції України ця формула дещо змінена, але все одно вона адекватно передає ідею природно-правового походження прав і свобод людини та громадянина: «Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується» (частина третя статті 8 Конституції України).

Вже з початку свого виникнення концепція прав людини в юридичному сенсі забезпечувала недоторканність сфери індивідуальної свободи та створювала своєрідний феномен, який інший відомий англійський філософ

¹¹³ Там само. — С. 32.

¹¹⁴ Давид Р, Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Международные отношения, 1999. — С. 61.

Дж. С. Мілль назвав **персональним суверенітетом**. Це означає, що людина є сувереном над собою, над своїми вчинками та діями у цій сфері і забезпечується юридичними гарантіями реалізації своїх прав. Концепція прав людини та персонального суверенітету мала, безумовно, політичне забарвлення і виникла в Англії всупереч офіційній доктрині суверенітету корони та командній теорії у праві (індивіди є тільки пасивними об'єктами державної влади, засобами для досягнення державних цілей). Проте в Англії завжди існувала сфера імунітету особи, в яку ніколи не втручалася світська влада, навіть шляхом правотворення, що дало змогу Т. Гоббсу стверджувати у своїх «Діалогах про загальне право»: «Мое право — це свобода, яку залишає мені закон».

Ця фраза передає суть правового регулювання: «Все, що не забороняє закон, — дозволено»¹¹⁵. Тому сферою свободи (як індивідуальної, так і суспільної) є «простір для дій», не заборонених законом. Саме такий підхід до визначення свободи прослідковується вже у пам'ятці права Давнього Риму — Інституціях Юстиніана, — в якій під свободою розумілась «природна можливість робити те, що до вподоби, якщо цьому не перешкоджає будь-яка сила або будь-яке право»¹¹⁶.

Англійське сприйняття концепції свободи, що видозмінилась та реалізувалась у ліберальній концепції конституційних прав людини, полягає в офіційному визнанні існування «резервуара природної свободи» поза сферою впливу державної влади. Цю специфіку можна передати словами оксфордського професора Р. Дворкіна: «Велика Британія з давніх-давен була фортецею свободи. Ми маємо великих філософів свободи Мільтона та Локка, Пейна та Мілля. Наша правова традиція випромінює ліберальні ідеї: люди, які обвинувачуються у злочині, презумуються невинними, ніхто не може впливати на свідомість іншої людини, «мій дім — моя фортеця», свобода слова є перша свобода, тому що вона є стрижнем інших»¹¹⁷. Стрижнем цієї природної свободи є сукупність основних (конституційних) прав, наприклад, ідеї «мій дім — моя фортеця» відповідає право на недоторканність житла (стаття 30 Конституції України).

Власне на існування природної свободи звертає увагу інший видатний науковець та історик загального права У. Блекстоун у своїх «Коментарях законів Англії»: «Абсолютні права людини, яка вважається вільною, асоціюються з можливістю відрізнати добре від поганого та з волею обирати ті засоби, яких вона найбільше прагне, і звичайно сумуються як природна сво-

¹¹⁵ *Golding M. The Concept of Rights: A Historical Sketch.* — Boston: Little, Brown and Company, 1978. — P. 49.

¹¹⁶ Институции Юстиниана. — М.: Зерцало, 1998. — С. 21.

¹¹⁷ Цит. за: The Lord Chancellor, The Right Honourable. The Lord Irvine of Lairg. Constitutional change in The United Kingdom: British solutions to universal problems // The 1998 National Heritage Lecture. — P. 15.

бода людства»¹¹⁸. «Ці права походять із резервуара природної свободи, до якої належить те, що не може бути принесено у жертву публічним інтересам законами суспільства; або ті громадянські привілеї, які суспільство ставить як умову обміну на природні свободи, яких зрікаються індивіди»¹¹⁹.

У. Блекстоун під природними правами розуміє опційні права, або ті, що їх особа обирає для досягнення власних цілей, які становлять сферу індивідуальної свободи (персонального суверенітету). Як вважає англійський економіст А. Сміт: «Кожна людина, доки вона не порушує законів справедливості, абсолютно вільна переслідувати свої цілі своїми засобами»¹²⁰. Під законами справедливості, зазвичай, мається на увазі природне право.

Конституція США 1787 року не містила переліку прав людини, оскільки вважалося, що природні права, які належать людині, не потребують позитивного закріплення. *Позитивна фіксація цих прав, на думку батьків-засновників США, могла призвести до обмеження тих прав людини, які не дістали позитивного конституційного визнання, — безпосередній вплив англійської правової традиції на існування допозитивного «резервуара природної свободи», який не може бути вичерпаний позитивною фіксацією окремих прав людини.* До речі, в чинній Конституції України у частині першій статті 22 міститься посилання на зазначений «резервуар»: «права і свободи людини і громадянина, закріплені цією Конституцією, не є вичерпними».

Свобода у демократичних країнах розуміється як відсутність державного свавілля при встановленні легітимних, розумних та пропорційних обмежень щодо реалізації людиною своїх основних прав. Вона завжди ґрунтувалася на індивідуалістичному припущенні, що особа повинна сама вирішувати, що їй треба робити, а що — ні. Свободи, що належать людині, яка здатна до самостійних дій, не залежать від державного визнання і належать всім і назавжди. Таким чином *природні права (права людини) безпечують «сферу індивідуальної та суспільної свободи» від свавільного державного втручання.*

Класична конституційна думка ґрунтується на індивідуалістській філософії персонального суверенітету, що не втрачає своєї актуальності і сьогодні. Як зауважує Г. Кельзен: «Індивідуалістська філософія XVIII та XIX століть дістала свій розвиток з ідеї про те, що людина-індивід є сувереном, тобто має найвищу цінність. З цього доходять висновку, що соціальний порядок зв'язує індивіда лише тоді, коли він сам це визнає»¹²¹, що у конституційній теорії має назву «пропорційного обмеження щодо реалізації конституційних прав та свобод».

¹¹⁸ Blackstone W. Commentaries on the Laws of England. — Vol. 1. — P. 125.

¹¹⁹ Ibid. — Vol. II. — P. 128.

¹²⁰ Сміт А. Исследование о богатстве народов. — Петроград: Прибой, 1924 (1776). — С. 204.

¹²¹ Kelsen H. The Pure Theory of Law // Harvard Law Review. — Vol. 55. — 1941. — P. 69.

Природно-правова (ліберальна) концепція прав людини також визнає пріоритет певних сфер індивідуальної свободи щодо охорони колективних або суспільних інтересів, які оформляються у вигляді прав чи захищаються законами. Якщо головною детермінантою авторитарного або тоталітарного режиму є страх, то конституційно-демократичний (ліберальний) режим визначають основні права людини. Права людини не захищають індивіда від суспільства, навпаки — вони забезпечують крихкі канали обміну ідеями, суспільні ніші, вільні від впливу влади, формуючи водночас критерій та опозицію владі¹²². Саме у цьому полягає одне з основних завдань конституційного судочинства: забезпечення балансу конституційних прав і свобод у співвідношенні з державними або суспільними інтересами, що фіксуються у державних правових актах (переважно — законах), визначення меж правового регулювання, тих сфер, куди влада не має ніякого права втручатися шляхом правотворчої або правозастосовчої діяльності.

Тому ліберальна концепція з метою визначення індивідуальної сфери свободи та захисту від протиправних державних актів (у тому числі — від законів) визнає існування фундаментальних принципів конституційного рівня, які не завжди містяться у тексті писаної Конституції. У конституційній юриспруденції (судовій практиці) західних країн реалізується безліч принципів, які розглядаються у взаємозв'язку з конституційними правами та розширюють їх нормативне значення. **Такі фундаментальні принципи поділяються на два види:** 1) група системотворчих фундаментальних принципів, спрямованих на забезпечення належного функціонування правової системи (наприклад принцип чіткості правових норм); 2) принципи, встановлені судовими прецедентами, що визначають зміст конституційних прав людини та основних свобод.

Таким принципом, що встановлює зміст прав людини, є, наприклад, судовий прецедент, встановлений Європейським судом з прав людини у справі *Soering v. United Kingdom* (1989), 11 EHRR 439. У процесі розгляду цієї справи було виявлено порушення статті 3 Конвенції про захист прав людини та основних свобод: «Нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню». Суд установив принцип, що «розширює» нормативне значення цієї статті Конвенції, а саме: людина, засуджена до смертної кари, вимушена очікувати своєї страти невизначено тривалий проміжок часу, оскільки необхідно використати судову процедуру оскарження вироку, що призводить до психічних страждань — так званого синдрому камери смертників. Суд у параграфі 106 свого рішення повністю погоджується, що засудженому до смертної кари потрібно надати можливість «комплексного використання правових засобів оскарження після винесення вироку», оскільки це є «потенційно корисною справою». Але, з іншого боку, тривале перебування в

¹²² Holmes S. The Liberal Idea. — The American prospect, 1991. — P. 90.

умовах камери смертників, на думку суду, є порушенням статті 3 Конвенції, тому людина не може бути видана третій країні, в якій існує ймовірність застосування до неї смертної кари.

З позицій ліберальної концепції прав людини фундаментальні принципи (особливо ті, що встановлюють зміст прав людини), мають вищу юридичну силу, ніж звичайне законодавство, що приймається шляхом визначення «простого політичного пріоритету парламентської більшості»¹²³. Адже, щоб отримати згоду більшості виборців, яким належать конституційні права, парламентська більшість повинна гарантувати додержання основних прав і свобод та тих фундаментальних принципів, які не можуть бути порушені чи скасовані шляхом парламентського волевиявлення.

Звідси і походить право особи заперечити закон, якщо вона вважає, що її конституційне право порушується. Суть ліберальної ідеї розрізнення принципу та політики полягає в тому, що право про права людини не є політичним правом, тобто не формується або приймається в ході політичного процесу. *Тому зміст прав людини не може бути вичерпно визначений шляхом закріплення міркувань політичної (парламентської) більшості у текстах законів.*

У сучасній науці про конституційне право такі підходи до визначення змісту прав людини ґрунтуються не тільки на теорії суспільного договору, викладеної Дж. Локком та його послідовниками — прихильниками ліберального підходу до розуміння прав людини, а й на працях американського адвоката та теоретика права початку ХХ століття В. Гохфельда, серед яких, зокрема, «Фундаментальні правові концепції, що використовуються у судовій мотивації». В. Гохфельд вважав, що у правовідносинах, які складаються стосовно реалізації конституційних прав та свобод, праву відповідає обов'язок, а свободі (привілею) — відсутність свободи.

Під правом, на думку вченого, розуміється те, що кожний має обов'язок дозволяти Х робити *r*, причому Х для забезпечення свого права може подавати позов на будь-кого, хто заважає йому користуватися правом, яке має бути юридично виконане. Наприклад, право власності на землю розуміється як позов проти особи, яка перешкоджає реалізації цього права (скажімо, свавільно будує на цій землі господарські будівлі). З такого визначення природи прав людини можна зробити висновок, що праву, яке гарантує Конституція, відповідає не обов'язок особи, якій це право належить, а обов'язок інших осіб, і насамперед держави — не заважати реалізації цього права.

Під свободою, яку В. Гохфельд називає привілеєм, розуміється те, що Х вільний робити будь-що або утримуватися від цього, що є предметом *r*. Інша особа — *Y* — не може подавати позов на Х, коли Х реалізує або утримується від реалізації цієї свободи (привілею). Тобто коли Х реалізує свою свободу власності на землю у будь-який спосіб або утримується від цього, *Y* не має

¹²³ *Spann G. Secret Rights // 71 Minnesota Law Review 673 (1987).*

свободи щодо землі Х. Таким чином конституційні свободи («свободи від») — це сфера діяльності фізичної чи юридичної особи, вільна від втручання інших, або, за визначенням У. Блекстоуна, «резервуар природної свободи». Очевидно, що мета ліберальних конституцій, які містять широкий перелік конституційних прав та свобод, — дати свободу фізичним та юридичним особам.

Ліберальний підхід до визначення юридичної природи прав людини дає змогу застосовувати нові підходи при вирішенні питань застосування конституційних норм про права людини, які **мають реалізовуватися незалежно від наявності чи відсутності відповідного конкретизуючого законодавства про права людини**, тобто тих державних нормативних актів, у яких визначається зміст конституційних прав та сфера конституційних свобод. Ліберальному підходу суперечать інші доктринально-філософські підходи до визначення природи конституційних прав людини: **утилітаристська та марксистська концепції розуміння прав людини**.

Метою філософії **утилітаризму**, згідно з визначенням його засновника Дж. Бентама, є здобуття «найбільшого щастя найбільшою кількістю людей». Як вважають утилітаристи, обов'язок підкорятися законам пов'язаний з необхідністю переслідування «колективного (суспільного) блага», на що закони і мають бути спрямовані. Приміром, з метою переслідування такого суспільного блага, як «тверезість народу», необхідно запровадити юридичні санкції (кримінальну відповідальність) щодо заборони виготовлення та збуту алкогольних напоїв, а для захисту суспільної моралі — санкції, спрямовані проти гомосексуалізму або розповсюдження порнографії. Зрозуміло, що, з позиції утилітаристів, корисними будуть усі дії, незалежно від контексту, які спрямовані на досягнення блага більшістю населення. Оскільки ні гомосексуалісти, ні шанувальники «зеленого змія» у західних суспільствах не становлять більшості населення, проти них можна запроваджувати кримінальні санкції у законах. Зрозуміло, що утилітаризм повністю відкидає природно-правову (ліберальну) ідею невідчужуваних прав, які належать людині від народження і подеколи можуть входити у суперечність з позитивним законодавством. Для прикладу можна навести порушення прав гомосексуалістів на повагу до приватного і сімейного життя, що гарантується статтею 8 Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року, законами Великої Британії¹²⁴. Зневажливе ставлення утилітаристів до ліберальної концепції прав людини пояснюється тим, що вони не визнають прав меншості або прав людини, зміст яких не залежить від парламентського волевиявлення, оскільки індивідуальний підхід до прав людини не відповідає їх принципу «найбільшого щастя для найбільшої кількості». Тому концепція невідчужуваних та непорушних прав людини зазнає огульної та нищівної критики з боку батька-засновника цього напрямку у філо-

¹²⁴ *Dudgeon v. United Kingdom* (1981) 4 E.H.R.R. 149.

софії: «Права людини, — каже Бентам, — чистісінька дурниця, невідчужувані права людини — дурниця над дурницями». Коли французькі революціонери опублікували свою *«Declaration des droits de l'homme»*, Бентам назвав її метафізичним витвором, статті якої можна поділити на три групи: 1) незрозумілі; 2) облудні; 3) незрозумілі й облудні»¹²⁵.

Марксистська концепція прав людини, що тривалий час переважала у країнах Центральної та Східної Європи — членів «соціалістичного табору», — до якого належала і Україна, також не визнає їх персоніфікованого та індивідуального характеру. Ідеологи цього напрямку, зокрема К. Маркс, вважали, що ліберальна концепція прав людини робить людей ворогами, оскільки права людини при їх реалізації можуть призвести до конфлікту, для розв'язання якого необхідні певні обмеження. Тому в суспільстві майбутнього, як твердять марксистки, зникнуть і ці конфлікти, і нерівний розподіл суспільних благ. У такому суспільстві переслідування приватного блага приватними засобами, що впливає з прав людини, замінюється на рівне переслідування суспільного блага всіма. На відміну від ідеології утилітаризму, яка полягає у здобутті найбільшого щастя найбільшою кількістю людей, ідеологія марксизму — переслідування суспільного блага всіма працівниками, а не тільки їх більшістю, тому права людини, закріплені у текстах радянських конституцій, залишались номінальними і не мали жодних юридичних гарантій.

Особливо це стосувалося так званих громадянських та політичних прав (свобода слова, думки, висловлення поглядів, академічна свобода, право на участь у державному управлінні). Такі права в ліберальних суспільствах спрямовані здебільшого на ліквідацію монополії на істину з боку держави, яка в СРСР належала вузькому колу партійної номенклатури (тому в газеті «Правда» не було правди). Зрозуміло, що у правових системах країн «соціалістичного табору» не передбачалося жодних механізмів реалізації прав людини і взагалі йшлося не про права, а про обов'язки людини — прямий наслідок впливу практичного досвіду якобінської диктатури у Франції кінця XVIII століття, коли права людини обов'язково пов'язувались із доброчесністю та обов'язком перед Батьківщиною.

Чинна Конституція України у частині першій статті 19 визнає існування «резервуара природної свободи»: «Правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачене законодавством». Але для українських науковців залишається дискусійним питання стосовно того, чи може людина бути примушена робити те, що передбачене законодавством, проте суперечить або порушує конституційні права. Розв'язання цього питання залежить від визначення юридичної природи прав людини. У науці про конституційне право найсуперечливішим є питання визнання провідною однієї з теорій походження прав людини: природно-правової чи позитивістської, оскільки у

¹²⁵ Рассел Б. — Оп. цит. — С. 645.

тексті Конституції України одночасно віддзеркалюються ці обидва, безумовно, протилежні підходи.

Існування цієї дилеми визнавалося не тільки у конституційному праві, а й у філософії права. Скажімо, німецький філософ І. Кант пов'язує свою класифікацію прав людини з поділом права на природне та позитивне. Як вважає цей видатний науковець, джерелом природного права є чистий раціональний принцип *a priori*, або веління розуму (категоричний імператив), оскільки кожна людина є метою у собі. У свою чергу позитивне, або статутне право походить від волі законодавця. Тому свобода, за І. Кантом, є незалежність від примусової волі (свавілья) іншого (у тому числі й від свавілья представницького державного органу. — *С.ІІІ*). **Вчення І. Канта про апіорність людського розуму («чистий розум») можна також вважати доктринальною основою вчення про права людини як обґрунтування наявності певних прав людини, які не залежать від будь-яких державних рішень, а тому й обмежують державну владу.** У цьому зв'язку цікавою видається думка французького філософа Ж. Марітена: «Людина має права з огляду на той факт, що вона є особистістю, господарем над собою та над своїми вчинками; отже, вона не є засобом для досягнення будь-якої мети; вона є метою сама по собі. Людська гідність? Цей вислів нічого не означатиме, якщо з нього не випливає, що відповідно до природного права людина має право на повагу, на те, щоб бути суб'єктом прав, тобто мати права. Усе це належить людині саме тому, що вона людина»¹²⁶.

Природно-правова теорія походження прав людини наполягає на тому, що право особи щодо іншої може бути як позитивного, так і морального характеру. Для аналізу та визначення обов'язковості реалізації цього права, з позицій цієї теорії, **необхідно визначити його зміст, який має бути аргументований згідно з критеріями справедливості, розумності, моральних цінностей.** Адже тільки за таких умов моральні вимоги є обов'язковими у юридичному сенсі. Суть цієї теорії полягає в тому, що перелік позитивно закріплених конституційних прав не є вичерпним (частинна перша стаття 22 Конституції України), тобто вони можуть бути сформульовані на підставі необхідності захисту певних інтересів правовими засобами. Вона також визнає позадержавне походження прав людини й виводить їх зміст безвідносно до встановленого правопорядку. Яскравим прикладом може бути **право особи на прайвесі** (державне невтручання у приватне життя), яке Верховний суд США «вивів» з природи і духу Конституції США та в результаті застосування концепції належної правової процедури.

З позицій правового позитивізму права людини розглядаються як права у юридичному сенсі — позов проти того, хто їх порушує, тільки за умов їх обов'язкової фіксації у позитивному нормативному вигляді (напри-

¹²⁶ *Maritain J. The Rights of Man. — London, 1944. — P. 37.*

клад у тексті Конституції). Якщо це право не зафіксоване у позитивному, належно прийнятому юридичному документі, воно не є правом, а являє собою лише моральну вимогу, яку неможливо задовольнити правовими засобами, оскільки правовий позитивізм чітко розрізняє право та мораль. Згідно з таким підходом вважається, що права людини походять тільки від держави (навіть негативні права — основні свободи), і як наслідок — особа потрапляє у підпорядковане по відношенню до держави становище. З аналізу випливає, що **правовий позитивізм тісно пов'язаний з утилітаризмом** — напрямом у філософії, який визначає державу як інструмент у руках більшості для здобуття найбільшого щастя найбільшою кількістю людей.

Утилітаризм, що набув свого розвитку в Англії, виявився дуже зручним для виправдання основного принципу англійської конституційної системи — парламентського суверенітету та відсутності писаної Конституції, що обмежує державну владу, оскільки більшість у парламенті завжди права, тобто «впевнена» стосовно методів здобуття щастя більшістю населення. З позицій теорії вульгарного позитивізму (сучасна модифікація командної теорії у праві), яка переважає в сучасній Україні, особа загалом не визнається суб'єктом конституційного чи міжнародного права.

Чинна Конституція України містить два підходи до визначення юридичної природи прав людини. На користь **природно-правового підходу**, який має перевагу, можна навести статтю 3 Конституції України, у частині першій якої зазначається, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Як уже зазначалося, згідно з теорією суспільного договору Дж. Локка та ліберальною концепцією прав людини, основні права та свободи людини мають природно-правовий характер, тобто вони є невідчужуваними та непорушними (частина друга статті 21 Конституції України), не є вичерпними (частина друга статті 22 Конституції України), гарантуються та не можуть бути скасовані (частина друга статті 22 Конституції України), не можуть бути свавільно обмежені державною владою, крім випадків, передбачених Конституцією (частина перша статті 64 Конституції України), всі люди є вільні й рівні у своїй гідності та правах (частина перша статті 21 Конституції України).

Крім того, норми Конституції України, зокрема норми про права людини, є нормами прямої та безпосередньої дії (частина третя статті 8 Конституції України), тобто для їх застосування не обов'язково потрібне відповідне конкретизуюче законодавство. Оскільки ці права та свободи людини не можуть бути передані державі за суспільним договором, вони мають персоніфікований (індивідуальний) характер та «визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» (частина друга статті 3 Конституції України).

На користь **позитивістського підходу до визначення походження прав людини** можна навести пункт 1 частини першої статті 92 Конституції України, якою стверджується, що права і свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод визначаються виключно законами України, хоч конституційні права та свободи вже визначені Конституцією України. Саме на такому підході, керуючись принципом парламентського суверенітету, наполягають народні депутати України. Так, у юридичному документі «Засади державної політики України в галузі прав людини», затверджені Постановою Верховної Ради України 17 червня 1999 року, підкреслюється «визнання верховенства права, за яким проголошення і реалізація прав і основних свобод людини і громадянина засновані лише на законі». На законі засноване також обмеження реалізації прав людини у статтях 32, 33, 34 та інших Конституції України. Оскільки у конституційному праві України під законом у цьому разі розуміється лише акт єдиного органу законодавчої влади — Верховної Ради України, зміст прав людини та обмеження щодо їх реалізації мають бути встановлені лише у позитивному нормативному тексті, прийнятому парламентською більшістю, відповідно до інтересів більшості населення України, а також під впливом інших об'єктивних та суб'єктивних чинників. Хоч положення, викладене у пункті 1 частини першої статті 92 Конституції України, може бути витлумачене й з природно-правових позицій.

У сучасному конституційному праві набув поширення третій підхід, який дістає своє відображення у комбінації природно-правового та позитивістського підходів. Як зазначив з цього приводу колишній голова Федерального конституційного суду (ФКС) та президент ФРН Р. Герцог: «Поняття прав людини несе навантаження й у сенсі їх походження та захищеності. Позитивізм вважає, що права діють відповідно до того та в тому обсязі, в якому вони гарантуються державно-правовими нормами (нормативістська теорія Кельзена). Від цих прав відрізняються ті, джерелом яких є християнські цінності, які не потребують державного визнання, а діють як надпозитивні права. Але такий підхід не має особливого практичного значення у ФРН, оскільки Основний закон і без цього містить широкий перелік прав, і не було особливої необхідності проголошувати або вдаватися до поняття надпозитивних прав, хоч на початку своєї діяльності ФКС користувався таким поняттям. Основний закон виключає конфлікт чинної Конституції й надпозитивних прав. Додержавні права — це ті самі права людини, санкціоновані державою»¹²⁷.

Таким чином, можна дійти висновку, що *конфлікту цих двох підходів у тексті Конституції України не прослідковується*, оскільки сучасна наука конституційного права та відповідна практика не визнають тих прав людини, які не закріплені позитивно у конституційних текстах. Тобто у судовому

¹²⁷ Europ. sche Grundrechtszeitschrift. — 1990. — S. 483. Цит. за: Общая теория прав человека (под ред. Е. А. Лукашевой). — М.: Норма, 1996. — С. 15.

процесі можна захищати тільки конституційне право, яке міститься у тексті Конституції. Разом з тим сучасні конституціоналісти беззастережно визнають фундаментальний, персоніфікований (не відчужуваний від особи), природно-правовий характер **першого покоління прав людини**, які закріплювались у конституційних документах періоду ліберально-демократичних революцій (право на свободу та особисту недоторканність, право на свободу слова, на людську гідність, на власність, на справедливий суд та інші) і практично без змін перейшли у сучасні конституційні тексти.

Права другого покоління — позитивні права, що закріплювались у конституціях першої половини ХХ століття (право на працю, на соціальний захист та інші), а також **права третього покоління** — колективні права, що закріплювались у конституціях другої половини ХХ століття (право на безпечне для життя та здоров'я довкілля та інші), не мають такого природно-правового характеру, оскільки надаються державою та залежать від здійснення її соціально-економічної функції, на відміну від прав першого покоління, які вимагають від держави утримуватися від свавільного втручання у сферу індивідуальної свободи.

Тим часом природно-правовий підхід до визначення змісту державних обмежень на права людини, який був розроблений у процесі захисту прав людини першого покоління, набув поширення й стосовно інших прав. Ідеться про використання запозиченого з природного права принципу пропорційності, або матеріальної належної правової процедури при здійсненні конституційного контролю над змістом позитивного законодавства (законів), у якому визначається зміст цих обмежень. Наприклад, право кожного чоловіка носити краватку видається абсолютним, тобто таким, що не може бути обмежене. Але водночас хіба можна шкільному вчителю вдягати краватку із зображенням оголеної жінки або з антисемітським написом? Іншими словами, обмеження на права людини мають бути розумні та пропорційні, а також залежати від конкретного контексту. З урахуванням індивідуального підходу та конкретної ситуації ці обмеження можуть міститися не тільки в нормативно-правових актах, а й у судових рішеннях прецедентного характеру.

Таким чином маємо визнати необхідність існування розумного та необхідного співвідношення прав людини у демократичному суспільстві, на чому наголошував уже згадуваний англійський філософ Дж. Мілль:

«Єдина мета, з якою влада може бути легітимно застосована до будь-якого члена цивілізованого суспільства проти його волі, — це запобігання завданню шкоди іншим. Його власне благо, фізичне чи моральне, не є вагомою гарантією. Частина його поведінки, підконтрольна суспільству, — це те, що стосується інших. Та частина поведінки, яка стосується лише власне його самого, — це його право на незалежність, і воно абсолютне. Індивід є сувереном над собою, над своїм власним тілом та розумом»¹²⁸.

¹²⁸ Mill J.S. On Liberty. — Chicago: Gateway Edition, 1958. — P. 7.

Зрозуміло, що права і свободи людини і громадянина, закріплені у тексті Конституції України, можуть бути обмежені: 1) правами і свободами інших людей; 2) обов'язками перед суспільством; 3) конституційними принципами; 4) в умовах воєнного або надзвичайного стану; 5) законами — лише в інтересах або з метою:

- врятування життя людей та майна чи безпосереднього переслідування осіб, які підозрюються у вчиненні злочину;

- запобігання заворушенням чи злочинам та з'ясування істини під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами отримати інформацію неможливо;

- національної безпеки, територіальної цілісності, громадського порядку, охорони здоров'я і моральних цінностей населення, захисту репутації, прав і свобод інших людей, запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, підтримання авторитету та неупередженості правосуддя, економічного добробуту.

Слід також мати на увазі, що, згідно з частиною першою статті 64 Конституції України, «конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України». Права і свободи, передбачені статтями 24, 25, 27–29, 40, 47, 51, 52, 55–63 Конституції України, не можуть бути обмежені ніколи, навіть за умов воєнного або надзвичайного стану (частина друга статті 64 Конституції України).

Зміст обмежень на права людини є ключовим моментом у подолі демократії на конституційну та парламентську.

Конституційна демократія — сполучена з природно-правовим підходом до походження прав людини, згідно з яким зміст прав людини та обмежень на них не може бути остаточно визначений у державних нормативно-правових актах, оскільки права людини не походять від держави (принаймні права першого покоління), а тільки позитивно фіксуються у конституційних текстах. Тому обмеження на права людини, що встановлюються нормативними державними актами, мають бути розумні та пропорційні, тобто відповідати стандартам природного права.

Парламентська демократія — заснована на теорії правового позитивізму та на принципі верховенства закону (акта парламенту), тому обмеженнями на права людини є будь-які обмеження, встановлені у належно прийнятому акті законодавчого органу — законі — незалежно від його змісту.

Польський конституціоналіст В. Осятинський, вивчаючи досвід країн сталої демократії та європейських країн нової демократії, наводить свою **класифікацію обмежень на права людини**:

1. Фундаментальні права можуть бути обмежені законом на власний розсуд парламенту (типовий приклад парламентського свавілля щодо прав людини та необмеженого верховенства парламенту).

2. Права можуть бути обмежені законом у будь-який момент, коли парламент вирішить це зробити, але з метою захисту інших цінностей, що зазначені у Конституції як національна безпека, суспільна мораль, здоров'я населення тощо (принцип обмеженого верховенства парламенту).

3. Права можуть бути обмежені законом у будь-який момент, коли парламент вирішить це зробити, але ці обмеження не можуть ліквідувати органічний зміст прав людини (принцип обмеженого верховенства парламенту з провідною роллю конституційного суду).

4. Права можуть бути обмежені законом, але тільки у тих випадках, коли Конституція прямо передбачає можливість таких обмежень. Причому деякі права, зазначені у Конституції, не можуть бути обмежені законом (принцип конституційного пріоритету прав людини).

5. Права можуть бути обмежені законом, але тільки у випадках, коли Конституція передбачає такі обмеження, причому з метою захисту інших конституційних цінностей, що деталізовані у кожному конституційному положенні, в яких закріплюється певне право, яке допускає законодавче обмеження (принцип найвищого конституційного верховенства прав людини)¹²⁹.

Аналіз тексту Конституції України дає змогу дійти висновку, що молода українська демократія поступово набирає ознак конституційної демократії, принаймні варіант 1 видається повністю неможливим. У Висновку Венеціанської комісії «За демократію через право» щодо чинної Конституції України зазначається, що «у Конституції України застосовано правильний підхід щодо постатейного встановлення можливих обмежень, а не до їх об'єднання в єдине і — як наслідок — у нечітке та неоднозначне для розуміння положення, яке охоплює всі права без їх розмежування. У нововведеній частині першій статті 64, згідно з якою конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України, взято до уваги рекомендацію, викладену Комісією у Висновку стосовно проекту, і цим заповнено серйозну прогалину в питанні захисту прав людини»¹³⁰.

Але майбутній розвиток природно-правових підходів до походження конституційних прав людини, а отже, й встановлення суддівського критерію щодо пропорційності їх обмежень позитивним законодавством, залежить від ступеня української інтеграції у європейську правову систему, активної підтримки цього процесу українською юридичною елітою, принципово новою, творчою діяльністю Конституційного Суду України щодо захисту цих прав та визначення їх змісту, а також визнання судового прецеденту джерелом права про права людини.

¹²⁹ *Osiatynski W.* Rights in New Constitutions of East Central Europe // *Columbia Human Rights Review*. — 1994. — Vol. 26. — P. 153–154.

¹³⁰ *Opinion on the Constitution of Ukraine*, adopted by the Commission at its 30-th Plenary Meeting in Venice, on 7–8 March 1997. — *Venice Commission Bulletin*. — CDL — Inf (97) 2. — P. 4.

На підставі наведеного вище аналізу природних прав у конституційному судочинстві можна дійти таких висновків:

1. У сучасній конституційній теорії та на практиці не визнаються у чистому вигляді ні природно-правовий, ні позитивістський підходи щодо походження конституційних прав та свобод людини і громадянина. Визнається так званий третій шлях: ці права та свободи мають бути обов'язково зафіксовані у конституційному тексті з метою їх юридичного захисту та гарантій, але зміст цих прав (принаймні першого покоління) не може визначатися лише у текстах законів. Крім того, обмеження щодо здійснення цих прав, встановлені позитивним законодавством, мають відповідати критеріям природного права, а саме: розумності, суспільній необхідності та пропорційності, а також не бути свавільними. Для їх належної гарантії найбільш пристосована діяльність конституційних судів, яка сприяє всебічному визнанню судового прецеденту джерелом права.

На підтвердження цього висновку можна навести висловлювання впливового конституціоналіста сучасності М. Кеппелетті: «...сучасний конституціоналізм з його основним елементом — ліберальним біллем про права та його суддівським захистом — є єдиною реалістичною імплементацією цінностей природного права у нашому сучасному світі. У цьому сенсі наша епоха є епохою природного права. А точніше — сучасний конституціоналізм є спробою зняти протиріччя між позитивним та природним правом. Сучасні конституції, білли про права, які їх складають, та судовий контроль являють собою синтез позитивного та природного права. Вони відбивають найбільш виважену спробу тисячоліття щодо «позитивації» цих цінностей, але без їх абсолютизації або передачі під повний контроль ситуативних бажань парламентської більшості, що змінюються»¹⁵¹.

2. Конституційні права та свободи природно-правового походження обмежують державну владу у правовому сенсі, встановлюють межі її реалізації, а також становлять самостійний критерій визначення правового характеру законів та «основу «стримувань та противаг» державній владі, що завжди має тенденцію до виходу з-під контролю суспільства; це той бар'єр, який у державі, що претендує йменуватися демократичною і правовою, не може бути подоланий на власний розсуд ні законодавчою, ні виконавчою, ні судовою владою»¹⁵².

Захист цих прав на підставі Конституції символізує правову інституціоналізацію ідей великих мислителів Давньої Греції та Риму, періоду середньовіччя, епохи Відродження та Просвітництва. Як зазначає український науковець О. Петришин: «У цьому контексті розглядаються три політико-державні вчення, які обґрунтовували належні межі державної організації та її владарювання. По-перше, про природні права людини у її природному бутті, єдині та належні кожному (правомірна монархія Фоми

¹⁵¹ *Cappeletti M. The Judicial Process in Comparative Perspective.* — Oxford: Clarendon Press, 1989. — P. 210.

¹⁵² *Козюбра М. Принцип верховенства права у конституційному правосудді // Закон і бізнес.* — № 17. — 2000. — С. 10.

Аквінського). По-друге, про спільні для всього світу витоки права та свободи, тільки єдність яких може забезпечити універсальність політичних та правових установлень для всього земного світу та забезпечити справжній громадянський мир (універсальна монархія Данте Аліґ'єрі). По-третє, про засади моральної автономії людини (право на вільне віровизнання М. Лютера)¹³³.

3. Конституційні права та свободи, їх судовий захист безпосередньо на підставі Конституції є головним критерієм існування режиму конституційної (ліберальної) демократії та юридичною основою для існування й розвитку конституційної юриспруденції (частина третя статті 8 Конституції України). Такі права і свободи не тільки визначають характер та порядок індивідуальних дій, а й встановлюють певні обов'язки держави. У сучасних демократіях вони також є певним обмеженням на законодавчу діяльність держави та юридичною гарантією захисту від свавілля парламентської більшості. Законодавець не може скасувати ці права та свободи, а також встановити у текстах законів свавільні (у значенні диспропорційні) обмеження щодо їх реалізації.

Як слушно зауважує відомий український конституціоналіст професор М. Козюбра, «права людини є безпосередньо діючим правом і можуть застосовуватися (з посиланням, звичайно, на відповідні міжнародні пакти, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою України) *contra legem* — у супереч закону, якщо закон суперечить фундаментальним правам людини: не відображає природно-правові начала; не відповідає міжнародно-правовим принципам і нормам про права людини та громадянина; прийнятий нелегітимним органом державної влади; не використовується весь комплекс правових засобів і прийомів, що вироблені світовою практикою тощо»¹³⁴.

Як приклад захисту конституційних прав та свобод від законів, що їх порушують або скасовують, можна навести пункт 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі щодо відповідності Конституції України статей Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) від 29 грудня 1999 року:

«Ключовим у визнанні права людини на життя, за Конституцією України, є положення, згідно з яким це право є невід'ємним (частина перша статті 27), невідчужуваним та непорушним (стаття 21). Право на життя належить людині від народження і захищається державою.

Конституція України проголошує, що конституційні права і свободи, зокрема право людини на життя, гарантуються і не можуть бути скасовані (частина друга статті 22), що забороняється внесення будь-яких змін до Конституції України, якщо вони передбачають скасування прав і свобод люди-

¹³³ *Петришин А.В.* Государственная служба. Историко-теоретические предпосылки. Сравнительно-правовой и логико-понятийный анализ. — Харьков: Факт, 1998. — С. 15.

¹³⁴ *Козюбра М.* Принцип верховенства права у конституційному правосудді // Закон і бізнес. — № 17. — 2000. — С. 10.

ни і громадянина (частина перша статті 157). Не допускається також зву-ження змісту та обсягу існуючих прав і свобод, у тому числі невід'ємного права людини на життя, в разі прийняття нових або внесення змін до чин-них законів (частина третя статті 22).

Отже, за своїм змістом положення частини другої статті 22 Конституції України передбачають, з одного боку, обов'язок держави гарантувати кон-ституційні права і свободи, насамперед право людини на життя, а з друго-го — утримуватись від прийняття будь-яких актів, які призводили б до ска-сування конституційних прав і свобод, а отже — і права людини на життя. Виходячи з положень частини другої статті 8 Конституції України, норма частини другої її статті 22 має враховуватись при прийнятті законів та інших нормативно-правових актів, спрямованих на регулювання відповід-них суспільних відносин. Позбавлення людини життя державою внаслідок застосування смертної кари як виду покарання, навіть у межах положень, визначених законом, є скасуванням невід'ємного права людини на життя, що не відповідає Конституції України.

Тому відповідні положення Кримінального кодексу України, які передба-чають застосування смертної кари, суперечать зазначеним вище положен-ням Конституції України.

4. Захист природних прав є своєрідним *raison d'être* держави, оскільки вони є остаточно не визначеними та незрозумілими в умовах відсутності державної (політичної) влади. Тому вони потребують свого позитивно-го закріплення у конституційних текстах — «біллях про права» — для того, щоб: а) позитивно закріпити їх перелік; б) покласти обов'язок на державу щодо їх дотримання, здебільшого у формі «негативних обов'язків», тобто конституційної заборони державі вчиняти певні дії у певний спосіб; в) зробити можливою їхню юридичну реалізацію (використання, виконання, дотримання, за-стосування); г) унеможливити процес їх скасування чи зміни на відміну від прав, що встановлюються у позитивному законо-давстві (права та свободи, закріплені у Конституції України, загалом є невідчужуваними, непорушними і не можуть бути скасо-вані).

5. Права та свободи, закріплені у конституційних текстах, є своєрідними позитивними «поплавцями», що позначають наявність «резервуарів при-родної свободи» — сфер позадержавного впливу та «територію вільної діяльності особи», що охороняється цими правами від свавільного держав-ного втручання; сферою панування «конституційного духу». Як зазначає відомий російський правозахисник С. Ковальов, свободи людини є «не тільки суворі і цілком визначені і тому легкі для використання в судових інстанціях точні юридичні формули, а й, у певному розумінні, дух цих сво-бод»¹⁴⁵. Тому є всі підстави погодитися з висновком українського науковця

¹⁴⁵ Ковалев С. Омбудсмен — защитник народа // Круг. Белорусская правозащитная газе-та. — 1996. — № 1. — С. 16.

О. Марцеляка про діяльність омбудсмена: «І омбудсмен, в обов'язки якого входить забезпечувати права і свободи людини та громадянина, не допускає їх порушення, обмеження, повинен контролювати дотримання державними органами, підприємствами, установами, організаціями, їх посадовими і службовими особами не тільки закону, але й якраз і цього духу прав і свобод людини і громадянина. Своєю діяльністю він повинен закріплювати принцип неформального розуміння закріплених у Конституції України ... прав і свобод громадян. У цьому найбільша цінність інституту омбудсмена»¹³⁶. Можна додати, що у цьому полягає цінність інституту Конституційного Суду України.

Ці конституційні права та свободи перебувають у безпосередньому зв'язку із природним правом, відповідно до якого суспільство розглядається як комплексний результат взаємодії індивідів, який ніколи не може бути спричинений діями централізованої державної влади і не залежить від неї. Цей принцип спонтанного порядку використовується не тільки для виправдання економічної системи *laissez-faire* (невтручання), тобто вільного ринку. Він також є наріжним каменем класичної ліберальної теорії про пріоритет особистості над суспільством та державою. З цього погляду Ф. Гайек відкидає намагання теоретиків права встановити соціальну справедливість через позитивне право, тому що «центральна державна влада ніколи не може отримати необхідну кількість інформації, яка потрібна для належного регулювання суспільних відносин»¹³⁷.

6. Природно-правовий підхід щодо розуміння конституційних прав та свобод людини покликаний забезпечити **інститут конституційної скарги** — право особи звернутися до судового органу конституційної юрисдикції, якщо його конституційні права та свободи порушуються державою шляхом видання нормативно-правових та індивідуально-правових актів (пункт б частина перша статті 161 Конституції Іспанії, пункт 4-а частина перша статті 93 Основного закону ФРН, частина четверта статті 125 Конституції Російської Федерації). Конституція України, на жаль, не визнає права особи на конституційну скаргу.

7. З природно-правовою характеристикою прав людини пов'язане покладання **на державу тягаря доведення конституційності державних актів, які встановлюють обмеження на реалізацію цих прав**. Оскільки переважна більшість конституційних прав та свобод у вільному демократичному суспільстві не є абсолютними, а відносними, тобто підлягають позитивному обмеженню, існує кілька стандартів судового контролю, які відрізняються залежно від «фундаментальності» основного права, що підлягає обмеженню. Наприклад, органи державної влади США при перевірці конституційності правових актів держави мають довести

¹³⁶ Марцеляк О. Статус Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Навчальний посібник. — Харків, 1998. — С. 58.

¹³⁷ Hayek F. The Constitution of Liberty. — Chicago, 1960. — P. 135.

легітимність своїх дій, а також те, що обрані засоби є мінімально необхідними для досягнення цієї легітимної мети при обмеженні прав людини першого покоління (скажімо, при обмеженні права на свободу слова) або мають «раціональне відношення» до цієї мети (як правило, права другого покоління — наприклад право на безплатну державну освіту). Тому органи судового конституційного контролю США прискіпливіше розглядають дії держави щодо обмеження прав людини природно-правового походження, ніж прав, що походять від держави. Причому щодо останніх тягар доведення може бути покладений на індивіда. При встановленні цивільно-правової відповідальності, що пов'язана з реалізацією основного (негативного) права (наприклад права на свободу слова) зважаючи на його фундаментальний характер, діє принцип презумпції невинуватості особи — носія зазначеного права (за аналогією до кримінального права).

8. Природні права, що виконують функцію обмеження державної влади, з позицій класичного конституціоналізму мають індивідуальний та персоніфікований характер. Але у сучасних умовах не можна вести мову про те, що ці права належать виключно особі (як фізичній, так і юридичній). Найбільш наочно ця тенденція відбита у статті 34 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод: «Суд може приймати заяви від будь-якої особи (фізичної чи юридичної. — *С.Ш.*), неурядової організації або групи осіб, які вважають себе потерпілими від порушення однією з Високих Договірних Сторін прав, викладених у Конвенції або протоколах до неї». Тобто основні права не можуть належати лише людині. Разом з тим вони продовжують виконувати функції обмеження державної влади, оскільки мають природно-правовий характер.

9. Органи конституційної юрисдикції при встановленні змісту прав та свобод у процесі конституційного судочинства виступають у ролі **позитивного законодавця**, якщо їх рішення мають загальнообов'язковий (прецедентний) характер. У мотивувальній частині судового рішення щодо захисту цих прав та свобод вони встановлюють *ratio decidendi* (з лат. — підстава для вирішення), тобто принцип або мотив, згідно з яким не може бути застосоване позитивне законодавство, оскільки це буде порушенням основного права або свавільним втручанням у сферу свободи особи. Тому конституційна юриспруденція у західних країнах є, по суті, сукупністю цих принципів, що становлять конституційне прецедентне право (є загальнообов'язковими у межах судової системи) і на підставі яких позитивне законодавство визнається нечинним. Так, наприклад, у рішенні у справі *Texas v. Johnson*, що була розглянута Верховним судом США,¹⁹⁸ таким принципом є твердження суду про те, що публічне спалення національного прапора з політичних міркувань є правом на вільне вираження своїх поглядів та переконань, яке захищає перша поправка до Конституції США. Отже, після цього рішення закони США, що встановлюють кримінальну відповідальність за

¹⁹⁸ Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

спалення національного прапора, не можуть бути застосовані для визнання кримінальним злочином дій, що вчинені з таким мотивом.

10. Природно-правова концепція походження конституційних прав людини та основних свобод **припускає набуття моральними нормами правових ознак** (так звана позитивація або юридизація моралі) при винесенні судових рішень щодо встановлення змісту цих прав та свобод, а також пропорційності обмежень на їх здійснення, оскільки суди у цих питаннях застосовують критерії природного права та моралі, а не тільки позитивні правові норми, які стають загальнообов'язковими згідно з доктриною судового прецеденту або законодавчим уповноваженням. Посилання на це можна знайти у частині першій статті 2 Основного закону ФРН: «Кожний має право на розвиток своєї особистості у тій мірі, в якій він не порушує прав інших та не посягає на конституційний лад або моральні норми».

Як підкреслюється у німецькій літературі з конституційного права щодо юридичної сили конституційних принципів, «головні принципи сучасної правової та соціальної етики інкорпоровані у право ФРН (конституційне право. — С.Ш.) як принципи позитивного права. Це означатиме, що позитивне право ФРН є зовнішньо відкритим для моральної аргументації (справедливості). Суддя Федеративної Республіки Німеччини, на виконання своєї функції, зобов'язаний розглядати моральні питання як правові питання при здійсненні тлумачення та правосуддя»¹³⁹.

Це парадоксальне «змішування» права з мораллю, яке заперечує основний постулат юридичного позитивізму та змінює традиційне уявлення про ієрархію правових норм, є наслідком практичних зусиль судових органів конституційної юрисдикції щодо забезпечення прямої дії конституційних норм про права та свободи людини і громадянина з метою визначення критеріїв оцінки позитивного законодавства на предмет його відповідності Конституції. Аналогічна тенденція спостерігається й у діяльності Європейського суду з прав людини, перед яким стоїть завдання щодо забезпечення прямої дії норм Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року та щодо захисту цих прав і свобод від порушення їх країнами, які ратифікували Конвенцію: «Верховенство права залежить від морального консенсусу в суспільстві, а за демократії право не може дозволити собі ігнорувати моральний консенсус у суспільстві. Якщо закон втрачає контакт з моральним консенсусом у суспільстві ... закон перестають поважати. Доброчесність неможливо утвердити в житті законодавчо, але порок — можливо, якщо законодавство ускладнює боротьбу за доброчесність. ... виправдання права — у його служінні моральним цілям»¹⁴⁰.

¹³⁹ Alexy R. and Dreier R. Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany / McCormick D. and Summers R. Interpreting statutes: a comparative study. — Hants: Dartmouth Publishing Co, 1991. — P. 114.

¹⁴⁰ Dudgeon v. United Kingdom (1981) 4 E.H.R.R. 149, Justice Welsh dissenting opinion, paragraph 14.

РОЗДІЛ II

ПРАВОВА РЕВОЛЮЦІЯ В ЄВРОПІ ТА УКРАЇНА

2.1. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ТА ПРАВОВА ДЕРЖАВА: ПОХОДЖЕННЯ, ЗМІСТ І СПІВВІДНОШЕННЯ

Правові засоби обмеження держави та питання забезпечення відповідності українського законодавства чинній Конституції України не можуть не хвилювати широкі кола вітчизняних науковців та юристів-практиків. Помітні соціально-політичні зміни періоду української незалежності вплинули на розвиток юридичної думки, на розробку нових, концептуальних підходів до розуміння конституційного права, природи та значення Конституції України, ролі контрольних механізмів щодо її реалізації, місця держави у стосунках з людиною, значення принципу обмеженого правління, а також принципу верховенства права та правової держави.

Ми не залишаємося осторонь від країн Центральної та Східної Європи, які також обрали шлях демократичного розвитку для забезпечення пріоритету загальнолюдських цінностей у діяльності державних органів та їх посадових осіб. Принцип верховенства права та правової держави, «в якій юридичними засобами реально забезпечено максимальне здійснення, охорону і захист основних прав людини»¹, практично втілились у тексті чинної Конституції України.

Це символізує новий якісний підхід до проблеми використання права у процесі побудови держави, в якій права й свободи людини та їх гарантії визначають зміст та спрямованість її діяльності (частина друга статті 3 Конституції України). *Зв'язаність діяльності держави цими правами традиційно становить основу принципу верховенства права, закріпленого у статті 8 Конституції України.* Тому в межах цього дослідження варто зупинитися на визначенні термінів **верховенство права** та **правова держава** як політико-правової основи конституційного судочинства та конституційної юриспруденції.

Термін **верховенство права** широко вживається в українському законодавстві та міжнародних договорах, стороною яких є Україна. Так, у частині першій статті 8 Конституції України проголошується, що «в Україні

¹ Рабінович П. Громадянське суспільство і правова держава (загальнотеоретичні міркування) // Українське право. — №3. — 1996. — С. 31.

визнається і діє принцип верховенства права». Слід мати на увазі, що дія цього принципу в Україні визнавалася і в частині другій статті 1 Конституційного договору між Верховною Радою України та Президентом України про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України від 8 червня 1995 року. Верховенство права є також основним принципом Автономної Республіки Крим згідно з абзацом другим частини першої статті 3 Конституції Автономної Республіки Крим від 21 жовтня 1998 року.

У статті 4 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 року принцип верховенства права, на якому ґрунтується діяльність Конституційного Суду України, визнається у числі інших основних принципів його діяльності, таких як незалежність, колегіальність, рівноправність суддів, гласність, повний і всебічний розгляд справ та обґрунтованість прийнятих рішень. У пункті 4 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про внесення змін і доповнень у деякі постанови Пленуму Верховного Суду України в цивільних справах» від 25 травня 1998 року, зокрема у Постанову Пленуму Верховного Суду України «Про судові рішення» від 29 грудня 1976 року, рекомендовано в абзаці першому п. 1 перше речення викласти в такій редакції: «Звернути увагу судів на те, що судові рішення є найважливішим актом правосуддя, покликаним забезпечити захист гарантованих Конституцією України прав і свобод людини, правопорядку та здійснення проголошеного Конституцією принципу верховенства права». На цей принцип посилаються у низці інших постанов Пленуму Верховного Суду України, зокрема у Постанові «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 1 листопада 1996 року.

Принцип верховенства права покладений також в основу діяльності місцевих державних адміністрацій (стаття 3 Закону України «Про місцеві державні адміністрації» від 9 квітня 1999 року). Принцип верховенства права визнаний принципом державної політики у галузі прав людини згідно із «Засадами державної політики України в галузі прав людини», що затверджені Постановою Верховної Ради України від 17 червня 1999 року.

Про надзвичайну важливість принципу верховенства права згадується у преамбулі до Угоди про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими співтовариствами та їх державами-членами (Угода ратифікована Законом за № 237/94-ВР від 10 листопада 1994 року). Принципу верховенства права приділяється велика увага в «Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу», що затверджена Указом Президента України від 11 червня 1998 року, де у частині п'ятій статті 4 зазначається, що «внутрішньополітична консолідація базується на виборі, зробленому українським суспільством на користь інтеграції до ЄС. Вона включає, насамперед, зміцнення демократії та верховенства права в державі». У Концепції адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу,

схваленій Постановою Кабінету Міністрів України від 16 серпня 1999 року, зазначається, що на першому етапі такої адаптації відповідно до положень Декларації, прийнятої Європейською радою на Копенгагенському саміті у червні 1993 року, перевага має віддаватися пріоритетам розвитку правової системи в Україні, яка б сприяла досягненню стабільності у суспільстві, гарантувала верховенство права.

У статті 3 Статуту Ради Європи від 5 травня 1949 року наголошується на тому, що кожний член Ради Європи обов'язково має визначити принципи верховенства права та здійснення прав і основних свобод людини як такі, що поширюються на всіх осіб, що перебувають під його юрисдикцією. У Законі України «Про приєднання України до Статуту Ради Європи» від 31 жовтня 1995 року було підтверджено «відданість України ідеалам та принципам, які є спільним надбанням європейських народів», зокрема принципу верховенства права. Україна приєдналася до цього Статуту також і в інтересах «збереження та подальшого втілення в життя цих ідеалів».

У преамбулі до Конвенції про захист прав людини та основних свобод від 4 листопада 1950 року згадується про «...уряди європейських країн, що дотримуються спільної думки і мають спільну спадщину в політичних традиціях, ідеалах, свободі й верховенстві права». Принцип верховенства права є визначальним у текстах двосторонніх міжнародних договорів України з Великою Британією, Канадою, Туреччиною та іншими країнами.

Разом з тим *слід мати на увазі, що зміст принципу верховенства права в Україні як у доктрині, так і на практиці, залишається ще остаточно не визначеним*. На відміну від країн Заходу, де цей принцип завжди слугував основою судочинства, зокрема в галузі публічного права, в СРСР, у складі якого перебувала Україна, цей принцип ніколи не був об'єктом серйозного наукового осмислення і не мав відповідного застосування на практиці. Перші спроби щодо цього припадають на період «перебудови», коли докладалося чимало зусиль, щоб «пожвавити» соціалістичну демократію шляхом опрацювання концепції соціалістичної правової держави. Приміром, радянський науковець **Л. Явич, обстоюючи теорію панування** (верховенства. — *С.Ш.*) **права, вважає що:**

1. Панування права визначається характером зв'язку між правовими та виробничими відносинами як об'єктивна передумова адекватності майнових відносин економічній можливості, примату права у відносинах виробництва, обміну та споживання.

2. Право як об'єктивно можливий і необхідний масштаб соціальної свободи, що стимулює творчу активність, гарантує суспільні ознаки того, що кожний індивід народжується вільним та рівним іншому. У цьому сенсі панування права є специфічним соціальним феноменом, що обумовлений природно-історичним, невід'ємним правом людини та громадянина на свободу, рівність, справедливість, щастя та недоторканність. Панування права обумовлюється моральними засадами суспільства і водночас є засобом їх підтримання та захисту.

3. Право має пріоритет над державою (панування права підкоряє державу суспільству)².

У працях сучасних українських науковців такий підхід зазнає значної теоретичної модернізації. Професор П. Рабінович під верховенством права розуміє «визначальну роль права у стосунках між усіма учасниками суспільного життя, у життєдіяльності державних і недержавних організацій, соціальних спільностей, груп, об'єднань, усіх людей»³. Він зазначає, що принцип верховенства права має самостійний характер лише у випадку, коли саме право інтерпретується як явище, що виникає й існує незалежно від держави, від діяльності її законодавчих та інших органів. **Верховенство права**, вважає відомий український науковець професор П. Рабінович, **може бути інтерпретоване як пріоритетність у суспільстві насамперед прав людини**, що має вияв переважно у таких рисах державного і громадського життя:

— закріплення у конституційному та інших законах держави основних прав людини (закони, які суперечать правам і свободам людини, є неправовими законами);

— панування у суспільному і державному житті таких законів, які виражають волю більшості або всього населення країни, втілюючи при цьому загальнолюдські цінності та ідеали — насамперед права і свободи людини;

— врегулювання відносин між особою і державою на основі загальнодозволеного принципу: «особі дозволено чинити все, що прямо не заборонено законом»;

— взаємовідповідальність особи і держави⁴.

Крім того, ці ознаки є, власне, суттєвими рисами і правової держави, що нею проголосила себе Україна у Конституції (стаття 1)⁵.

На думку українського науковця А. Зайця, принцип верховенства права має сенс лише у разі, якщо право розуміється не просто як сукупність норм, установлених державою, а як сукупність правил належного, правил поведінки (масштабу, міри), корпусу правил, які легітимізовані суспільством, базуються на історично досягнутому рівні соціальної етики. Відтак він доходить висновку, що таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, а отже, унеможливорює ідеалізацію приписів держави⁶. Як вважає дослідник, **принцип верховенства права дістає свою конкретизацію у таких складових:**

² Явич Л. Господство права (к концепции правового государства) // Известия высших учебных заведений. Правоведение. — 1990. — № 5. — С. 11–20.

³ Рабінович П. М. Права людини і громадянина у Конституції України (до інтерпретації вихідних конституційних положень). — Харків: Право, 1997. — С. 11.

⁴ Рабінович П. М. — Оп. цит. — С. 12.

⁵ Там само. — С. 12.

⁶ Зайць А. Принцип верховенства права (теоретико-методологічне обґрунтування) // Вісник Академії правових наук України. — 1998. — № 1. — С. 3.

1) принципі мінімальної достатності правового регулювання (право має діяти лише там, де інші регулятори є неефективними; забезпечувати формальну рівність людей та змістовну рівність у межах, в яких право взагалі здатне здійснювати цю рівність,— наприклад запобігання від дискримінації; має поширюватися на всі однорідні суспільні відносини; відображати найвищі моральні цінності суспільства, досягнуті стандарти свободи та справедливості; захищати права меншості; відкривати простір для ініціативи вільної діяльності громадян);

2) принципі зв'язаності держави правами і свободами громадян (права і свободи людини і громадянина та їхні гарантії є панівними над інтересами держави, інтересами суспільства та відомчими інтересами; «патерналістське» тлумачення неприпустиме);

3) принципі позапартійності права, його відносної самостійності стосовно політичних сил та ідеологізації права (право відновлює свою природу як феномен, набагато ближчий до моралі, економіки, соціальних відносин, ніж до політики, яка своїм впливом на право не повинна спотворювати сутність, першооснову правового регулювання суспільних відносин);

4) принципі відносної самостійності права щодо судової та виконавчої влади (органи виконавчої та судової влади визнають відносну самостійність права; вони не формально застосовують закон, а в певних межах використовують правові ідеали та правові ідеї; принцип верховенства права означає не тільки верховенство його формальних джерел — Конституції та закону, а й визнання природного права як безпосереднього регулятора суспільних відносин у вигляді правових ідей правди, справедливості, моралі, рівності тощо);

5) принципі верховенства Конституції та законів України (перевага Конституції над законами, законів — над рішеннями органів виконавчої влади та органів правосуддя)⁷.

Відомий український конституціоналіст, професор Ю. Тодика звертає увагу на певні особливості співвідношення принципу верховенства права з Конституцією та законами: «Розгляд принципу верховенства права поза верховенством Конституції і законів — це шлях до беззаконня та вседозволеності, а визнання тільки принципу верховенства закону поза системним розумінням принципу верховенства права — шлях до прийняття несправедливих, негуманних, недемократичних законів, інших нормативно-правових актів»⁸. Інакше кажучи, принцип верховенства права не може розглядатися ні виключно з позицій природного права, ні виключно з позицій правового позитивізму. Необхідний третій шлях — як синтез цих двох напрямів.

⁷ Оп. цит. — С. 4—12.

⁸ Тодика Ю. Основы конституционного строя Украины. — Харьков: Факт, 1999. — С. 67—68.

Отже, ключовим моментом у визначенні змісту верховенства права стає науковий пошук права поза існуючим позитивним законодавством та аналіз здатності цього надпозитивного права слугувати регулятором суспільних відносин, засобом обмеження держави та юридичною основою для визначення конституційності законодавства.

Визначення принципу верховенства права (*rule of law*) вперше було запропоноване англійським ученим та політичним діячем Дж. Гаррінгтоном у 1656 році як «імперія (у значенні «правління». — С.Ш.) законів, а не людей»⁹, що являє собою інтерпретацію аналогічної думки Аристотеля про те, що держава, яка керується законами, є вищою за державу, що керується людьми. Зрозуміло, що цей термін виник для вирішення фундаментальної проблеми конституційного права — здійснення належного контролю за державним примусом стосовно індивідів. У період середньовіччя під верховенством права здебільшого розумівся універсальний закон, що керує Всесвітом та слугує юридичним засобом обмеження світської влади, тобто під верховенством права розумілося верховенство природного права. Як зазначає німецький історик права О. Гірке: «Згідно зі справжньою середньовічною доктриною право ніколи не вважалося таким, що має рівний з державою статус та має завдячувати державі своїм існуванням»¹⁰. Тому під верховенством права розумілись юридичні обмеження світської влади, й у цьому сенсі цей термін збігався зі значенням терміна «конституціоналізм».

Хоч інші науковці, зокрема вже згадуваний відомий дослідник історії західного права Г. Берман, вважають, що вперше терміни «верховенство», «пріоритет права» вжив англійський король Карл I, який у 1649 році за вчинення державної зради був засуджений до страти спеціальним трибуналом, створеним із членів пуританського парламенту для здійснення правосуддя над королем. Захищаючи себе, король наголошував на тому, що, згідно з принципом верховенства права, парламент не мав повноважень вчиняти такі дії, крім того, судовий процес порушує «фундаментальне право королівства». У свою чергу трибунал, виносячи вирок, також послався на принцип верховенства права, оскільки «король здійснював свої повноваження, ігноруючи верховенство права та повністю змінивши порядок правління, при якому королівство процвітало».

Співвітчизник Дж. Гаррінгтона, сучасний професор публічного права К. Маклвейн прямо пов'язав принцип верховенства права з конституціоналізмом, під яким він розуміє «юридичне обмеження держави та повну протилежність свавільному правлінню»¹¹. Зауважмо, що юридичне обме-

⁹ *Golding M. Retroactive Legislation and Restoration of the Rule of Law. — Annual Review of Law and Ethics. — Berlin: Duncker & Humblot. — 1993. — №1. — P. 172.*

¹⁰ *Constitutional and Administrative Law (ed. Bradley A. and Ewing K.) — London & New York, Longman, 1998. — P. 101.*

¹¹ *McKilwain C. Constitutionalism, Ancient and Modern. — Ithaca, N.Y.: Cornell University Press. — 1940. — P. 41.*

ження держави, під яким розуміється діяльність державних органів у правовій формі та у межах компетенції, є дуже важливим, але не головним елементом принципу верховенства права. Слід мати на увазі, що абсолютне дотримання правового акта (закону), незалежно від його змісту, може призвести до ототожнення принципу верховенства права з принципом верховенства закону¹². Що ж до протилежності свавільному правлінню, або правлінню шляхом формулювання та реалізації суб'єктивної державної волі, яка порушує принципи розумності та справедливості, то у цьому визначенні проглядає очевидний орієнтир на природне право як джерело конституційного права на протидію державній сваволі, випадки проявів якої потенційно допускає теорія юридичного позитивізму.

Прикладом обмеження держави в англійському праві є **Велика хартія свобод 1215 року** та **Біль про права 1689 року**. В останньому документі остаточно визначалося, що британська монархія обмежена законом — актом парламенту. Наприклад, *королю заборонялося призупиняти дію законів та їх виконання; робити винятки із законів у процесі їх виконання; встановлювати та збирати податки без згоди парламенту. Неприпустимими визнавалися вимоги надмірних судових застав та штрафів, жорсткі та незвичайні покарання, будь-які конфіскації та вирахування з суми штрафів, що можуть бути накладені на окремих осіб, до їх засудження та інше.*

Пізніше під верховенством права розумілись не тільки правові обмеження королівської влади, а й **свобода індивідів від незаконного державного втручання в їхні приватні справи**. Це правило — характеристика верховенства права — було встановлене судовим прецедентом у справі *Entick v. Carrington*, розглянутій у 1765 році судом Великої Британії. Суд вирішив: якщо немає закону (статуту) або судового прецеденту, які підтверджують законність видачі ордера на обшук та арешт, відповідна практика є незаконною і суперечить принципу верховенства права.

Принцип верховенства закону, який передбачає дії державної адміністрації тільки на підставі попередньо визначених правових норм у загальноприйнятому значенні, є **формальною характеристикою принципу верховенства права**. Але принцип верховенства права має іншу, «органічну» характеристику та несе інше змістове навантаження.

На «подвійне» значення принципу верховенства права вперше звернув увагу відомий **англійський правознавець А. Дайсі**, який виокремлює в ньому **три різні ознаки, або, точніше, дві різні характеристики**:

¹² «Принцип верховенства закону означає лише співвідношення законів та інших нормативних актів». Див.: Коментар до Конституції України. — К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. — С. 41.

«по-перше, жодна людина не може бути покарана, а її тілу та власності завдано правомірної шкоди інакше, як за порушення чітко визначених положень закону, прийнятому згідно з попередньо визначеною процедурою;

по-друге, кожна людина, незалежно від її статусу та обставин, підпадає під дію звичайних законів у межах судової юрисдикції;

останнє, ...норми конституційного права, які у закордонних країнах формують частину конституційного кодексу, є не джерелом, а наслідками прав індивідів, які визначені та захищені судами»¹³.

Перші дві ознаки являють собою формальну характеристику принципу верховенства права, елементами якої є: відповідальність людини тільки на підставі порушення позитивних правових норм; прийняття правових актів згідно з нормативно встановленими повноваженнями та процедурами; діяльність державних органів на підставі правових норм та у правових формах; відсутність дискреційних повноважень у державних органів, що застосовують кримінальний закон; дія органів виконавчої влади щодо громадян уповноважується правом та здійснюється у правовій формі; рівність перед законом; право на судове слухання та вільний доступ до судів, гарантія процесуальних прав людини; принцип чіткості правових норм та законності; заборона зворотної дії законодавства та інше.

Зазначені елементи певною мірою можна **віднести до концепції законності як точного та неухильного виконання законодавства (законів) державними та муніципальними органами, фізичними та юридичними особами** для «змістової та формальної єдності законодавчого регулювання у межах даного законодавчого організму та неухильного дотримання у його межах вимог, які містять юридичні норми»¹⁴. Хоч деякі з цих формальних ознак принципу верховенства права дістали закріплення у тексті Конституції України, потрібно пам'ятати, особливо у межах конституційного права, про так званий **парадокс правової форми: правова форма гарантує свободу, але вона містить можливості для її знищення**.

Слід зауважити, що цей принцип, з формального погляду (держава має діяти відповідно до права та підпадати під його дію), може бути дотриманий у демократичній державі, а також у державі, якою керує олігархія, аристократія або одноосібний диктатор. Наприклад, ще до недавнього часу Південно-Африканська Республіка була зразком авторитарної держави, в основі функціонування якої лежав принцип верховенства права у його формальному значенні, але Конституція поширювала свою дію тільки на білу меншість населення, яка й була по-справжньому вільною¹⁵. Державні

¹³ Dicey A. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. — Indianapolis: Liberty Classics. — 1982. — P. 102, 114, 121.

¹⁴ Бурлай Е. Нормы права и правоотношения в социалистическом обществе. — К: Наукова думка, 1987. — С. 23.

¹⁵ Kentridge D. The Pathology of a Legal System: Criminal Justice in South Africa. — 128 U. PA. L. REV. 603, 604–06 (1980).

структури США протягом історії притискували афроамериканців, індіанців та японоамериканців, прикриваючись принципом верховенства права¹⁶. Дотримання принципу законності в Українській РСР можна також віднести до елементів формальної характеристики принципу верховенства права. Хоч і сам А. Дайсі під принципом верховенства права розумів насамперед фундаментальні принципи правосуддя, які не можуть бути порушені або скасовані законодавчим органом (парламентом).

Те, що надає *принципу верховенства права його органічного змісту, є «ідеальна державна діяльність»* щодо забезпечення прав людини. Це є **третньою ознакою принципу** за визначенням професора А. Дайсі. Згідно з викладеним, **джерелом конституційного права є не тільки позитивні конституційні норми, встановлені державою, а й норми про права людини у значенні норм, що формулюються судами у процесі захисту цих прав, — тобто судові прецеденти.** У цьому визначенні помітний вплив ідеологів природного права, яке ґрунтується на розумі індивіда, і водночас ідеологів загального права, зокрема У. Блекстоуна, про розумність судового права.

Очевидно, що професор А. Дайсі, звертаючи увагу на ідеальний елемент принципу, не зробив наукового відкриття. Просто він зважав на природу англійського загального права (*common law*), основою якого протягом англійської історії слугував принцип верховенства розуму (*rule of reason*), тобто принцип, згідно з яким вирішувалась справа, мав бути розумним, а не просто складатися з посилань на відповідні правові норми позитивного законодавства. Зрозуміло, що для реалізації зазначеного принципу необхідний висококваліфікований, незалежний судовий корпус, який вміє застосовувати принцип верховенства права на практиці.

Саме принцип верховенства розуму і є ідеальною характеристикою принципу верховенства права, який має безпосереднє застосування у конституційному судочинстві. Ця ідея була сприйнята і визнана з самого початку не тільки в країнах загального права (США, Канада), а й у країнах позитивістсько-кодифікованої спрямованості (Німеччина, Австрія, Франція), проте лише у другій половині XX століття.

Наприклад, у ФРН під принципом верховенства права розуміється також пріоритет індивідуальних прав над колективними цілями, для досягнення яких приймаються закони. Тобто цей принцип є невід'ємним від принципу індивідуальної свободи. Конституційний суд ФРН підкреслює з цього приводу: «Принцип верховенства права, особливо у його зв'язку із загальними вимогами свободи для громадян, ... передбачає, що індивід має бути захищений від втручання публічної влади, яке не є необхідним. Підстави

¹⁶ Див., наприклад: *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896); *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944).

для такого втручання мають бути виважено збалансовані стосовно до основного прагнення громадянина до свободи»¹⁷.

Витоки органічної характеристики принципу верховенства права користуються у природному праві як критерії рівності, справедливості та розумності позитивного права, на предмет відповідності якому мають бути перевірені правові акти державної влади. Тобто, у цьому значенні, верховенство права є верховенством природного права.

Ідеальний елемент принципу верховенства права як головний чинник створення конституційного прецедентного права ще, на жаль, не здобув визнання в Україні. На це впливають такі фактори, як традиційний консерватизм представників наукових кіл, значна складність західних конституційно-правових моделей для застосування їх відповідно до українських реалій, ототожнення права із законодавством, позитивістський ухил у юридичній науці та практиці, спадщина радянського юридичного минулого, ототожнення демократії з парламентським волевиявленням тощо.

Визнанню ідеальної (органічної) характеристики принципу верховенства права для гарантії свободи індивіда заважає також *вузьконормативний підхід до розуміння права більшості українських політиків та вчених*. Наприклад, при обговоренні остаточного варіанту проекту Конституції на пленарному засіданні Верховної Ради України було внесено пропозицію замінити термін «верховенство права» у статті 8 на термін «верховенство закону», оскільки зміст терміна «верховенство права» неможливо чітко (позитивно) визначити.

Деякі українські вчені не можуть визнати ідеальний елемент у праві, оскільки право є абстрактною, «розмитою» категорією, тому саме закон, на їхню думку, є головною точкою відліку для встановлення правопорядку в країні. Вони вважають цей підхід неперспективним з позицій формування стрункої та ефективної системи права, визначення чітких орієнтирів у правозастосуванні та ототожнюють принцип верховенства права з принципом верховенства всіх державних нормативно-правових актів або лише законів стосовно всіх інших правових актів держави. Як, наприклад, зазначає український правознавець В. Погорілко: «Часто верховенство права як принцип правової держави називають верховенством закону. Це виправдано лише в тому разі, коли слово «закон» вживається в широкому (загальному) розумінні цього слова, як будь-який нормативно-правовий акт. Якщо ж термін «закон» вживається у вузькому розумінні слова, як акт, що приймається Верховною Радою, то таке тлумачення принципу верховенства права є спрощеним»¹⁸. Іншими словами, юридична наука не може визнати

¹⁷ BverfGE, 17, 306 (314), 1964.

¹⁸ Конституційне право України (за редакцією доктора юридичних наук, професора Погорілка В.Ф.). — К.: Наукова думка, 1999. — С. 162.

природне право окремим джерелом конституційного права, незважаючи на те, що стаття 8 Конституції України недвозначно «підштовхує» до цього.

Конституційне право України має бути спрямоване на вирішення дилеми принципу верховенства права, яка полягає в суперечності між його формальною та органічною (ідеальною) характеристиками, що, власне, і становить суперечність принципу законності концепції верховенства права¹⁹: «Інструментальна (формальна. — С.Ш.) концепція принципу верховенства права — це модель державного правління згідно з правовими нормами, спрямованими на досягнення будь-яких визначених державних цілей. Органічна концепція — це модель діяльності держави згідно з правом для досягнення цілей суспільного договору: свободи та справедливості»²⁰.

Парадокс цієї дилеми полягає у тому, що вона ніколи не може бути вирішена остаточно, особливо з позитивістських позицій. Відомий російський ліберал початку нашого століття П. Новгородцев у цьому зв'язку пережив «крах віри в досконалу правову державу... та визнав неминучу заміну кінцевої досконалості початком безконечного вдосконалення»²¹. *Позитивістський підхід призводить до абсолютизації формального елементу («кінцевої досконалості») принципу верховенства права, а з позицій природного права абсолютизується ідеальний елемент.* Тому ця дилема покладена в основу сучасного західного конституційного права для більш адекватного забезпечення намагання особи захистити саме органічний (ідеальний) елемент концепції верховенства права з метою запобігання державному авторитаризму, зміст якого якраз і полягає у неухильному дотриманні принципу верховенства права без врахування його органічного елементу, як це було за часів радянської влади.

Саме органічний елемент цього принципу дає змогу особі подати позов на суверена для поновлення справедливості та свободи, для захисту та встановлення нового змісту конституційних прав, а суди уповноважує на більш вільну діяльність, яка не ототожнюється з механічним правозастосуванням. Тому визнання органічного елементу означає «невідчужуваність індивідуальної свободи від принципу верховенства права»²² й символізує прагнення забезпечити свободу людини юридичними засобами.

Визнання органічної, або ідеальної характеристики принципу верховенства права в Україні дає змогу в межах конституційного права провести *рецепцію природного права при здійсненні конституційного правосуддя з метою обмеження державного свавілля, визначення змісту конституційних норм про права людини, та пропорційності державних обмежень що-*

¹⁹ Unger R. Law in Modern Society. — N. Y., 1976. — P. 213–214.

²⁰ Radin M. Reconsidering the Rule of Law. — 69 B.U.L. REV. 781, 792 (1989).

²¹ Новгородцев П.И. Об общественном идеале. — М., 1991. — С. 17.

²² Hayek F. The Constitution of Liberty. — Chicago: The University of Chicago Press. — 1978. — P. 239.

до їх реалізації, оскільки «право — не додаток до політики, а самостійний загальносоціальний прояв, що узагальнює ступінь свободи, рівності та справедливості суспільства, критерій його моральності (право як одна з форм зовнішнього виразу моралі невід'ємне від неї). Право може бути виявом політики лише до того часу, поки ця політика не суперечить нормам моралі, принципам справедливості, за якими люди вільні й рівні від народження у своїх можливостях і можуть реалізовувати їх у суспільстві»²³.

Зміст правової реформи в Україні, як країни «перехідної юриспруденції»²⁴, полягає саме у забезпеченні юридичними засобами визнання та застосування принципу верховенства права з огляду на його органічну характеристику. Як свідчить практика конституційного судочинства країн, що позбуваються залишків тоталітаризму, лише конституційні суди найбільш спроможні виконати це складне завдання. Досвід країн Східної Європи показує, що **нове розуміння цього принципу забезпечується конституційними судами, оскільки:** 1) факт створення конституційних судів символізує крах попереднього політичного режиму централізованої державної влади; вони, власне, створені для підсилення взятого політичного курсу ліберального напрямку розвитку; 2) відносно вільний доступ до конституційних судів та участь у конституційному судочинстві заохочує до участі в безпосередній демократії. Доступ до конституційних судів має наслідком підвищення інтересу громадськості до методів конституційного тлумачення у розвиток суспільного розуміння принципу обмеженого правління та захисту конституційних прав, а також є символом нової політики відкритості держави; 3) суди, які мають повноваження на судовий перегляд (контроль. — *С.Ш.*), стають захисниками нового конституційного ладу; 4) конституційні суди наділені величезним потенціалом щодо обмеження державної влади та наповнюють конституційні права новим юридичним змістом, створюють культуру конституційних прав»²⁵.

Органічна характеристика принципу верховенства права не може бути самостійно реалізована на практиці, вона не є «самореалізаційною», а, скоріш за все, являє собою «моральність прагнення»²⁶ як головний чинник удосконалення конституційного права. **У сучасних розвинутих ліберально-демократичних країнах результати судової діяльності щодо визнання та захисту основних прав людини становлять від 70 до 90 відсотків конституційного права.** Таким чином, західному конституційному праву притаманна певна «метафізична характеристика»

²³ Основи конституційного права України (за редакцією академіка АНУ професора В. В. Копейчикова). — К.: Юрінком, 1997. — С. 8.

²⁴ *Teitel R.* Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation. — *The Yale Law Journal*, 1997. — Vol. 106. — № 7. — P. 2009.

²⁵ *Ibid.* — P. 2032.

²⁶ *Fuller L.* The Morality of Law. — New Haven, Conn.: Yale University Press. — 1969. — P. 3.

(право — не тільки те, що існує у формальному вигляді, а також те, яким воно повинно бути). Отже, воно не може міститися виключно у позитивних нормах конституційного законодавства, а має походити із судового визнання та захисту основних прав людини на конституційному рівні для забезпечення її вільного розвитку. *Органічній характеристиці принципу верховенства права відповідає принцип верховенства прав людини природно-правового походження.*

Принцип верховенства права, який разом з принципом парламентського суверенітету був названий А. Дайсі стрижнем британської конституційної системи, не вирішує конфлікту між цими двома принципами, наприклад, коли закони диспропорційно обмежують права людини або порушують концепцію справедливості. Тим часом у сучасній Великій Британії переважає підхід, згідно з яким вважається, що між цими принципами існує рівновага, а не конфлікт: «Реалізація верховенства права у вільному суспільстві так само важлива, як і демократичні вибори. У нашому суспільстві верховенство права ґрунтується на подвійному фундаменті: суверенітеті королеви у парламенті при прийнятті законів та на суверенітеті судів королеви при тлумаченні та застосуванні законів»²⁷. У інших країнах, де панує принцип народного, а не парламентського суверенітету, який дістав позитивне закріплення у конституційних текстах, а також писана Конституція прямої дії, принцип верховенства права слугує юридичною (конституційною) підставою для обмеження державного свавілля. У тому числі й свавілля законодавчого органу державної влади.

Як вважають **англійські правники-конституціоналісти права Е. Бредлі та К. Евінг, у сучасних умовах поняття верховенства права у Великій Британії узагальнює три ідеї**²⁸:

1. Верховенство права означає відданість суспільства праву та порядку на противагу анархії, нестабільності, воєнному стану. У цьому сенсі верховенство права є філософським поглядом на суспільство, яке шанує основні демократичні цінності. Наприклад, у преамбулі до Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 року, в якій пояснюються цілі прийняття цього міжнародного документа, в абзаці третьому наголошується, що людина не повинна вдаватися до повстання проти тиранії та пригнічення як до останнього аргументу, права людини мають бути захищені верховенством права.

2. Верховенство права є правовою доктриною надзвичайного значення, згідно з якою дії уряду (виконавчої влади) мають бути вчинені відповідно до права (як статутного, так і загального). Посадові особи держави повинні уповноважуватися правом на вчинення певних дій. У протилежному випадку, якщо ці дії виходять за межі їхньої компетенції (*ultra vires*), вони проголошуються судами нечинними. У разі спору з приводу права, останнє слово

²⁷ X v. Morgan-Grampian Ltd. (1991), AC 1, 48 (Lord Bridge).

²⁸ Constitutional and Administrative Law (ed. Bradley A. and Ewing K.). — P. 109.

належатиме незалежним судам, які у своїх рішеннях визначають ті правові норми, які мають бути застосовані. Право має бути чітким та зрозумілим для суб'єктів правовідносин (принцип чіткості позитивного права — щось на зразок деяких принципів внутрішньої моральності права Л. Фуллера. — *С.Ш.*).

3. Верховенство права є політичною доктриною, згідно з якою право є засобом для досягнення не будь-яких цілей, проголошених державою, а тільки легітимних, які можуть бути виправдані у вільному демократичному суспільстві. Тут мова йде про органічну характеристику принципу верховенства права, що має бути врахована законодавцем. Оскільки у Великій Британії діє принцип парламентського суверенітету, то суди, на відміну від судів інших європейських країн, не можуть визнати закони нечинними на підставі їх невідповідності цій характеристиці або у зв'язку з порушенням ними прав людини.

Інший **англійський фахівець конституційного та адміністративного права Г. Вейд виокремлює п'ять різних, але взаємопов'язаних ознак принципу верховенства права. По-перше**, принцип верховенства права означає, що всі дії держави мають бути вчинені згідно з правом у тому сенсі, що на всі дії стосовно прав та свобод індивідів виконавча влада уповноважується правом. **По-друге**, діяльність виконавчої влади здійснюється згідно з тими нормами та принципами, які обмежують її дискреційну владу (вільний розсуд. — *С.Ш.*) та унеможливають зловживання нею. **По-третє**, всі спори стосовно законності актів адміністративних органів вирішуються судами, які є не залежними від виконавчої влади. **По-четверте**, закон — єдиний для держави та особи у тому сенсі, що уряду, якщо це спеціально не обумовлено, не можуть належати привілеї та виняткові повноваження щодо відмови застосовувати деякі положення закону. **По-п'яте**, поза сферою державної адміністрації, верховенство права означає, що ніхто не може бути покараний за злочини, які не визначені законом; те саме стосується адміністративних правопорушень²⁹.

Знаний **філософ права Дж. Рац доповнює визначення принципу верховенства права**, дане Г. Вейдом, **такими елементами**: усі закони мають бути перспективними, доступними і чіткими, а також відносно стабільними; процес прийняття звичайних законів регламентується загальновідомими, стабільними, чіткими загальними правилами; незалежність суддів гарантується; дотримання принципів природної справедливості — обов'язкове; суди наділяються повноваженнями щодо контролю за реалізацією цих принципів; можливість відносно легкого доступу до судів; дискреція державних органів, які здійснюють функції щодо боротьби зі злочинністю, не може призводити до нехтування ними законів³⁰.

²⁹ *Wade H. Administrative law.* — Oxford, 1984. — P. 25.

³⁰ *Raz J. The Rule of Law and its virtue // Law Quarterly Review.* — 1977. — № 93. — P. 198–202.

Отже, у Великій Британії концепція верховенства права лягла в основу правової оцінки діяльності органів виконавчої влади з метою судового обмеження державно-владних повноважень адміністративних органів, зокрема — дискреційних. Діяльність парламенту у цій країні, враховуючи принцип парламентського суверенітету, не обмежується принципом верховенства права.

Відомий американський філософ права Дж. Роулс так формулює «ідеальні» елементи органічної характеристики принципу верховенства права, що нагадують принципи внутрішньої моральності позитивного права Л. Фуллера: закони не повинні покладати обов'язки, які неможливо виконати; закони приймаються та виконуються добросовісно; закони передбачають можливість їх виконання; аналогічні справи вирішуються аналогічно; законами не можуть встановлюватися дискримінаційні обмеження на підставі раси, статі або релігії; немає жодного покарання без закону; закони не мають зворотної дії; арешти та судові процеси мають бути чесні та законні; закони застосовуються згідно з принципами процесуальної належної правової процедури; судові процеси відбуваються у розумні строки; приватна власність не може бути свавільно конфіскована³¹.

У континентальній Європі, США та інших країнах цей принцип застосовується до всіх державних органів, включно із парламентом, оскільки держава обмежена правом, вищим за позитивне законодавство. Наприклад, згідно з частиною третьою статті 20 Основного закону ФРН, «законодавча влада зв'язана конституційним ладом, виконавча та судова влада — законом та правом». Уже в одному із своїх перших рішень Конституційний суд ФРН ухвалив рішення на захист цього принципу та визнав закон землі Північної Рейн-Вестфалії неконституційним, а отже, й нечинним. Цей закон закріплював повноваження міністра внутрішніх справ щодо заперечення остаточних рішень адміністративних комітетів, якими надавалася компенсація особам, що були позбавлені волі за політичні переконання, а також повноваження щодо звернення до суду з проханням переглянути ці рішення. Суд ухвалив, що такі повноваження є порушенням принципу верховенства права, оскільки дають право на перегляд та скасування адміністративного рішення тільки на підставі оцінки фактів та обставин тієї самої справи з інших позицій, що може спричинитися до скасування остаточного рішення. Суд вирішив, що це повноваження несумісне з гарантією правової чіткості (*legal certainty*), що є однією з характеристик принципу верховенства права³².

Принцип верховенства права певною мірою, як формально так і органічно, може бути застосований в Україні, де він є чинною конституційною нормою, яка, за визначенням Венеціанської комісії «За демократію через право», гарантує таке:

³¹ Rawls J. A Theory of Justice. — Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1971. — P. 237–239.

³² BverfGE, 1, 380 (1953).

— найвищу юридичну силу Конституції; її норми є нормами прямої дії; закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і мають їй відповідати (стаття 8 Конституції України);

— поділ влади (стаття 6 Конституції України);

— принцип законності (стаття 19 Конституції України);

— конституційні положення щодо прав людини безпосередньо застосовуються судами (частина третя статті 8 Конституції України)³³.

Принцип верховенства права має ще один, суто правозастосовчий аспект при здійсненні правосуддя. Судді, які здійснюють правосуддя у межах англосаксонської правової системи, а також певною мірою судді континентальної Європи, перш ніж винести рішення у справі, повинні на підставі норм внутрішнього позитивного законодавства, законодавства та прецедентного права інших країн, міжнародного права, загальноправових принципів, звичаїв, наукових доктрин, власних логічних розмірковувань тощо сформулювати принцип (*rule of law*), який кладеться в його основу. Як зазначено, наприклад, у пункті d) частини першої статті 38 Статуту Міжнародного суду ООН, суд має застосовувати судові рішення та праці найбільш кваліфікованих науковців різних націй як додатковий засіб визначення принципу, згідно з яким має бути вирішена справа (*rule of law*). Іншими словами, верховенство права — це певний юридичний стандарт прийняття судового рішення, що свідчить про неупередженість правосуддя та намагання суддів поновити справедливність винесенням рішення.

При зовнішній тотожності цілей (запобігання авторитаризму, зв'язаність держави правом, юридичні гарантії прав людини, взаємодія держави та громадянського суспільства тощо), які досягаються за умов верховенства права та правової держави, ці терміни мають різне історико-функціональне навантаження. Так, правова держава (вважається, що одним з перших термін *Rechtsstaat* приблизно у 1813 році ввів у науковий обіг німецький вчений-юрист Р. Велькер, за ним його співвітчизник Р. Моль (теоретичні підвалини правової держави заклав у своїх працях німецький філософ І. Кант, але він не вживав цього терміна), є тільки функціональним еквівалентом режиму дії принципу верховенства права у суспільствах, де держава та бюрократія відігравали визначальну роль у його побудові на конституційних засадах. Це стосується країн, які належать до романо-германської правової системи (Німеччина, Франція), на відміну від державних інституцій у країнах англосаксонської системи (США, Канада).

Тому у континентальній Європі, зокрема в Німеччині, принцип верховенства права дістав назву правової держави й спочатку позначав діяльність державної адміністрації згідно із формальним правом (зако-

³³ Opinion on the Constitution of Ukraine, adopted by the Commission at its 30-th Plenary Meeting in Venice, on 7–8 March 1997. — Venice Commission Bulletin. — CDL — Inf. (97) 2. — P. 4.

ном). Безперечно, що за таких умов в особі не було можливостей шукати захисту своїх персональних свобод шляхом подачі позову на державу, оскільки принцип захисту особистої свободи не може ґрунтуватися *виключно на формальних підходах до питань правозастосування*.

Фактичний стан речей, на думку Д. Коммерса, відомого дослідника німецького конституційного права, полягав у тому, що «на початку XX століття та протягом існування Веймарської республіки, концепція *Rechtsstaat* ототожнювалася з правовим позитивізмом. Статутне право (закони як акти парламенту. — *С.ІІІ*) було найвищим правом, оскільки воно виражало волю народу та становило основу традиційної легітимності *Rechtsstaat*. За цих умов суди мали єдиний обов'язок — застосовувати право у тому вигляді, як воно визначене у законі для забезпечення діяльності держави згідно з волею законодавця. Не існувало жодних підстав для судового контролю»⁴¹.

Отже, термін «правова держава» спочатку сприймався на практиці як дії держави згідно з принципом верховенства закону у значенні волевиявлення представницького органу, що було прямо пов'язане з доктриною юридичного позитивізму. Держава в особі її законодавчого органу або інших державних органів, що підпорядковувались парламенту, приймала позитивне право, якому водночас сама підкорялась (доктрина самообмеження). Джерелом права у такій правовій державі слугували винятково державні нормативно-правові приписи, насамперед закони. Тому така держава керувалася законом, а не нормативними втіленнями необмеженої волі монарха періоду королівського абсолютизму чи волею «освічених» аристократів, що здійснювали управління державними справами. Хоч правова держава в Європі періоду кінця XVIII — середини XX століття, заснована на доктрині правового позитивізму та верховенства закону, була, по суті, державою поліцейською у широкому сенсі (від англ. або франц. *policy* — політика), оскільки політичні цілі суспільства та засоби їх реалізації визначала не бюрократія та монарх періоду абсолютизму, а всенародно обраний парламент. Концепція фундаментальних прав людини, зміст яких міг не збігатися з волею цієї поліцейської держави, не дістала офіційного визнання.

Правова держава цього періоду керувалася законом («деперсоніфікованим авторитетом») або принципом верховенства права у формальному сенсі, була зв'язана та обмежувалася законом. За таких умов право ототожнювалось із законом, а викладання та практичне застосування природного права було заборонене. Саме такі підходи до розуміння концепції правової держави були поширені у російській правовій та політичній думці XIX — початку XX століття.

У СРСР концепція правової держави відроджується без будь-яких суттєвих змін у період «перебудови» в середині вісімдесятих років XX

⁴¹ *Kommers D. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany.* — Durham and London: Duke University Press, 1997. — P. 36.

століття: держава зв'язана своїми попередньо прийнятими законами, змінювати які можна тільки згідно з нормативно встановленою законодавчою процедурою. Тому до концепції правової держави не входили неписані норми та принципи найвищого (природного) права, що походять з позадержавних джерел і які тільки частково можуть бути відображені у позитивних правових текстах, тому держава не може їх змінити чи скасувати шляхом правотворчої або правозастосовчої діяльності.

У сучасній Російській Федерації, як, власне, й в Україні, концепція правової держави також розуміється переважно з позитивістських позицій та ототожнюється з принципом верховенства закону. Навіть принцип верховенства права, який в Україні є конституційним принципом, здебільшого ототожнюється з принципом верховенства закону, а не з правом у широкому сенсі як критерієм рівності, розумності та справедливості. Відомий російський науковець професор М. Марченко головною ознакою правової держави вважає принцип верховенства закону: «Згідно з цією ознакою, або принципом жодний державний орган, посадова особа, колектив, державна або громадська організація, жодна людина не звільняється від обов'язку підкорятися закону. Причому коли йдеться про верховенство закону, то він розуміється не у широкому сенсі, ототожнюючись з правом, а у щонайпрямішому своєму значенні. А саме — як акт, що походить від вищого органу державної влади (парламенту. — С.Ш.) та має найвищу юридичну силу»⁵⁵.

Історично концепція правової держави приходить на зміну панівній на той час, особливо у XIX столітті, **концепції поліцейської держави**. Проте і в XX столітті є чимало прикладів поліцейської держави: нацистська Німеччина, військові уряди Південної Америки, Північної Кореї, радянська держава, які мають спільні риси: *нехтування принципів верховенства права; відсутність поділу влади та незалежної судової влади; систематичне та brutальне порушення прав людини; державна бюрократія, яка здійснює свої повноваження свавільно й необґрунтовано*, тощо.

За приклад найбільш типової поліцейської держави може правити імперія Наполеона початку XIX століття у Франції. Як зазначає відомий радянський історик Є. Тарле: «Наполеон залишив територіальний поділ Франції на департаменти, але знищив всі ознаки місцевого самоврядування. Ліквідовувались усі посади, на які обираються демократичним шляхом у містах і селах. У кожний департамент міністр внутрішніх справ призначав префекта — володаря та повелителя, місцевого маленького царя. Префект призначає муніципальні ради, а також місцевих голів (мерів) у містах і селах. Вони відповідають перед префектом, який може змістити їх з посад. Міністр внутрішніх справ відає всім адміністративним життям країни; до

⁵⁵ Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах. — М.: Зерцало, 1998. — Т. 1. — С. 373.

його відомства входили і торгівля, і помисловість, і суспільні роботи, і чимало іншого. Перебудовуючи суди, він покінчив з присяжними засідателями... Наполеон ніколи не замислювався над незалежністю судової влади та дотриманням належної правової процедури, коли йшлося про знищення політичних супротивників»⁴⁶. Отже, поліцейська держава — це централізована держава, очолювана бюрократичною верхівкою, що діяла через міністерство внутрішніх справ, або верхівкою правлячої партії, що узурпувала владу.

Класичною поліцейською державою була царська Росія, основні тенденції у її діяльності окреслив на початку ХХ століття **Б. Кістяківський**: «Поліцейська держава характеризується преуважнішою опікою органів державної влади над нуждами та інтересами своїх підданих. У принципі поліцейська держава домагається немовби корисних цілей, та на практиці вічна опіка урядових установ є зовсім нестерпною для хоч трохи незалежних людей. Немає іншого державного устрою, де людська гідність потерпала б так дуже, як саме в поліцейській державі. Та, зневажаючи особистість, поліцейська держава губить також будь-яку особисту і громадську ініціативу та самодіяльність. Вона замінює її детальною і формально-казуїстичною регламентацією, за того ж поліцейська держава завжди ревно стереже свої прерогативи. В усякім прояві ініціативи з боку суспільності вона вбачає замах на свої повноваження і тому не дозволяє ніяких громадських організацій, а, борючись з ними, зрештою сіє незгоди та дезорганізацію в народі.

Отже, серед цілковитої безправності особистості та пресуворої поліцейсько-бюрократичної опіки будь-яка поліцейська держава природно і з внутрішньої необхідності завжди доводить і має доводити до анархії»⁴⁷.

Відомий теоретик держави та права радянського періоду С. Алексеев у своїй книзі «Теорія права» звертає увагу на елементи поліцейської держави, що існувала у СРСР: «У 30-х і наступних роках юридичні органи багато в чому втратили свою правоохоронну природу, набули здебільшого карально-обвинувальної орієнтації. Тією чи іншою мірою це охопило не тільки слідчий і безпосередньо каральний апарат, а й органи прокуратури, суду, що потрапили у залежне, насамперед від партійного апарату, становище, ... не намагалися по-справжньому застосувати закон, ігнорували його сутність і гуманні норми, діяли за вказівками»⁴⁸.

Поліцейська держава, за визначенням німецького вченого Е. Френкеля, яке він дав гітлерівській Німеччині, є державою «подвійною» — комбінацією «нормативної та прерогативної держави». Прерогативна держава є сферою державного свавілля, тобто діяльності державної влади, для якої не

⁴⁶ *Тарле Е.В.* Наполеон. — М.: Прогресс, 1992. — С. 109.

⁴⁷ *Кістяківський Б.* Вибране. — К.: Абрис, 1996. — С. 252–253.

⁴⁸ *Алексеев С.С.* Теория права. — М.: Бек, 1994. — С. 211.

існує жодних обмежень, у тому числі й обмеження правами людини. Нормативна держава регулює за допомогою законів певні, «відносно автономні від втручання публічної влади», сфери приватного життя, здебільшого — цивільні правовідносини: контракти, власність, питання шлюбів та заповітів. Але, як зазначає Е. Френкель, «нормативна держава ніякою мірою не може бути ототожнена з державою, де панує верховенство права, або з правовою державою ліберального періоду (правова держава з ідеальним елементом. — С.Ш.)»³⁹. **Прерогативна держава ліквідує верховенство права**, оскільки вона є сферою діяльності поліції: гестапо, нацистської партії та всіх офіційних і неофіційних агентів та установ, які покликані реалізовувати цілі націонал-соціалізму.

Як вважає Е. Френкель, між цими двома державами існує якісна відмінність: правові акти органів нормативної держави можуть бути оголошені нечинними, якщо вони прийняті невідповідно до їх компетенції або суперечать законам; діяльність органів прерогативної держави здійснюється не тільки згідно із законом, а й абсолютно свавільно, без будь-якого обмеження правом. Крім того, прерогативна держава примушує нормативну державу до підпорядкування, що привносить у сферу діяльності нормативної держави елемент сваволі. У нацистській Німеччині для виправдання необхідності цього впливу розроблялась низка наукових теорій. Наприклад, німецький науковець К. Шмітт у 1934 році підкреслює: «Кожне тлумачення закону має бути відповідним націонал-соціалізму»⁴⁰. Емоційний пафос промови Гітлера у рейхстазі 13 липня 1934 року теж був витриманий у цьому дусі: «...якщо хто-небудь наблизиться до мене і спитає, чому я не довіряю судам, то все, що я можу відповісти, це: з цієї миті я відповідаю за долю німецького народу й відтак стаю Верховним суддею німецького народу. Кожний повинен зятимити на майбутнє, якщо він підніме руку для знищення держави (промова звернена до депутатів парламенту. — С.Ш.), його спіткає неминуча смерть»⁴¹.

С. Алексєєв свого часу вбачав таку «подвійність» у державному устрої СРСР: «Існував у радянському праві й шар законодавства, що якоюсь мірою спирався на культуру, традиції і правничу техніку романо-германського права. І такого роду факт, що у чомусь вступав у суперечність з «насильницько-революційним» характером та ідеологічним змістом радянської правової системи, свідчив про наявність у ній потенційно-позитивних елементів правової культури»⁴².

³⁹ *Fraenkel E.* The dual state: a contribution to the theory of dictatorship. — New York / London / Toronto: Oxford University Press, 1941. — P. 71.

⁴⁰ *Muller I.* Hitler's Justice: the Courts of the Third Reich. — Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991. — P. 70.

⁴¹ *Shirer W.* The rise and fall of the Third Reich. A History of Nazi Germany. — Greenwich, Conn.: Fawcett Crest Book, 1966. — P. 313.

⁴² *Алексєєв С.С.* — Оп. цит. — С. 208.

У німецькій літературі з конституційної теорії, починаючи з XIX століття, за винятком літератури історичного періоду панування нацистів, значення концепції правової держави ніколи не ототожнювалось з формальним правом (верховенством позитивного закону), а являло собою «державу, керовану законом розуму»¹⁵, або природним правом, яке передбачає свободу, рівність та автономію індивіда у межах універсального правопорядку, що забезпечується завдяки діяльності незалежних судів. Як зазначав сам автор концепції Р. Моль, завданням правової держави є забезпечення можливості кожній окремій особі досягати персонально визначених розумних цілей через встановлений владою порядок та у його межах; захист від несправедливості має здійснювати юстиція, а надання у необхідних випадках допомоги — поліція. Державу, яка досягає зазначених цілей, Р. Моль і називав правовою.

З другої половини XX століття, після закінчення другої світової війни, в Німеччині, а також у інших країнах континентальної Європи, до концепції правової держави додається ідеальний елемент (за аналогією до органічної характеристики принципу верховенства права), який має практичне застосування у конституційному судочинстві. Йдеться про те, що держава у взаємодії з особою має дотримуватись певних неписаних правил та принципів — як системотворчих фундаментальних засад, що входять до концепції верховенства права та правової держави, так і принципів, визначених судами у процесі захисту фундаментальних прав особи. Основний закон ФРН, прийнятий після другої світової війни у 1949 році, у частині першій статті 28 уже містить пряме посилання на принцип верховенства права: «Конституційний лад у землях має відповідати принципам республіканської, демократичної та соціальної держави, заснованої на верховенстві права». У німецькій конституційній теорії принцип верховенства права завжди асоціювався з принципом верховенства фундаментальних прав людини над державою.

Ці неписані правила та принципи закріплюються судами у процесі здійснення конституційного правосуддя, що надає їм загальнообов'язкової юридичної сили і символізує зв'язок з органічною концепцією принципу верховенства права. Юридична сила встановлених правил та принципів є вищою за закони та інші нормативно-правові акти та прирівнюється до юридичної сили конституційних норм. Неписаними вони вважаються тому, що попередньо не закріплені у конституційному тексті, а впливають з букви (нормативних положень) та духу Конституції і безпосередньо з нею пов'язані. Наприклад, Конституційний суд Польщі під цими «неписаними принципами», які входять до концепції правової держави, має на увазі загальноправові принципи конституційного рівня, як-от: заборона «зво-

¹⁵ *Kommers D. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany.* — Durham and London: Duke University Press, 1997. — P. 36.

ротного законодавства» (*lex retro non agit*), безпосередній судовий захист визначених конституційних прав, пріоритет законів над підзаконними актами, право індивіда на судовий захист¹⁴.

Важко не помітити прямого зв'язку неписаних правил та принципів із загальним (прецедентним) правом. Як зауважував В. Блекстоун, «право Англії, або правила поведінки її мешканців, можна з достатньою чіткістю поділити на дві групи: *lex non scripta* — неписане, або загальне право, та *lex scripta* — писане, або статутне право»¹⁵.

Сучасне розуміння ідеального елементу концепції правової держави можна передати словами судді Конституційного суду ФРН Е. Бокенфорда: «Неможливо гарантувати свободу шляхом формальних юридичних приписів; свобода може бути гарантована тільки у межах фундаментальної системи цінностей, що міститься у Конституції»¹⁶. Практичним результатом перемоги над юридичним позитивізмом у межах конституційного судочинства стало визнання ідеального (органічного) елементу принципу верховенства права та правової держави, а також нової творчої ролі конституційного судді, яка не може бути зведена до простого застосування законів.

Російській науковець А. Малько, в цілому, слушно зауважує, що у правовій державі особа має посідати перше місце, а правовий режим обмеження створюється переважно для держави. На підставі з цього посилення він формулює **два головні принципи (дві сторони суті) правової держави**: 1) якнайповніше забезпечення прав і свобод людини та громадянина, створення для особи режиму правового стимулювання (соціальна сторона); 2) неухильно послідовне зв'язування за допомогою права державної влади, формування для державних структур режиму правового обмеження (формально-юридична сторона)¹⁷.

Серед традиційних для російської юридичної науки основних ознак (елементів) правової держави правознавець А. Малько відрізняє: 1) обмеження держави правами і свободами людини та громадянина як своєрідний прояв влади особи над державою; 2) поділ влади й система стримувань та противаг для утвердження політичної свободи, забезпечення законності й запобігання зловживанню владою; 3) федералізм для забезпечення «подвійної безпеки» для прав людини та громадянина; 4) верховенство закону; 5) взаємну відповідальність держави та особи¹⁸. Як бачимо, ідеальному елементу концепції правової держави, який інституціона-

¹⁴ Див.: Garlicki L. Constitutional Developments in Poland. — 32 Saint Louis University Law Journal (1988).

¹⁵ Blackstone W. Commentaries on the Laws of England (1813 ed.). — Vol. 1. — P. 81.

¹⁶ Bockenforde E. The Origin and Development of the Concept of the Rechtsstaat. — New York: Berg Publishers, 1992. — P. 67.

¹⁷ Теория государства и права (курс лекций) / Под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М., Юристъ, 1997. — С. 182.

¹⁸ Там само. — С. 184–187.

лізується через діяльність незалежного органу конституційної юрисдикції, у російській науці практично не приділяється уваги, за винятком того, що «пріоритет прав людини щодо держави є первісною, визначальною, системотворчою ознакою правової держави»⁴⁹, але зміст цього принципу виводиться з позитивістських позицій або зводиться до соціальної (а не юридичної) характеристики.

Інший російський науковець, професор Н. Вітрук вважає, що «правова держава є організація та функціонування публічної (політичної) влади, у тому числі й у її взаємовідносинах з індивідами, на підставі Конституції та законів у відповідності з вимогами права, суттєвими з яких є визнання та гарантування невід'ємних прав та свобод людини та громадянина»⁵⁰.

Цей науковець цілком обґрунтовано відокремлює такі ознаки правової держави, які одночасно виступають у якості вимог до правової держави: поділ влади на законодавчу, виконавчу та судову; верховенство права, тобто відповідність праву Конституції, законів; верховенство Конституції у системі законодавства та її пряма, безпосередня дія; взаємна відповідальність держави й особи; повага до прав і свобод людини та громадянина; судовий захист осіб та інших суб'єктів суспільних відносин від будь-якого свавілля; відповідність внутрішнього законодавства загальновизнаним принципам та нормам міжнародного права⁵¹.

Сучасна концепція правової держави (*Rechtsstaat*) у ФРН містить у собі такі елементи: принцип демократії; демократичне виборче право; поділ влади; право на опір; концепцію юридичної чіткості (зрозумілості) правових норм; принцип законності; принцип незалежності судової влади; безпосередній судовий захист фундаментальних прав особи; визнання існування природного права; право на судове слухання та звернення до суду; захист від незаконного арешту; захист від покарання за неіснуючим кримінальним законом; заборону ретроактивного (такого, що має зворотну силу) законодавства»⁵².

Отже, **об'єднавчим елементом принципу верховенства права та поняття правової держави є не тільки формальний, а й ідеальний (органічний) елемент**, під яким розуміється не витвір ідеалістичної філософії, що не може бути застосований у юридичній практиці, а, навпаки, засіб, який безпосередньо стосується діяльності судових органів конституційної та загальної юрисдикції. **Під цим органічним елементом розуміється насамперед безпосередній (тільки на підставі конституційних норм) судовий захист прав людини, які мають позадер-**

⁴⁹ Права человека / Под ред. члена-корреспондента РАН, доктора юридических наук Е. А. Лукашевой). — М.: Норма-Инфра-М, 1999. — С. 178–179.

⁵⁰ Общая теория государства и права (ответственный редактор профессор М. Н. Марченко) / М.: Зерцало, 1998. — Т. 2. — С. 515.

⁵¹ Там само. — С. 515.

⁵² *Doebking K. Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.* — Berlin, 1984. — S. 31.

жавне (природно-правове) походження, надання судових гарантій свободам індивіда та обмеження свавілля державної влади у юрисдикційний спосіб. Для цих цілей принцип верховенства закону як елемент правової держави та результат волевиявлення парламентської більшості не може бути визнаний достатнім, так само, як і доктрина правового позитивізму як ідеологічна основа судової діяльності у сфері конституційної юрисдикції, оскільки головне призначення принципу верховенства права — це гарантія свободи особи.

Як підкреслив у цьому зв'язку суддя Верховного суду США Р. Джексон: «Свобода — це не просто відсутність обмежень, вона не є спонтанним результатом панування більшості (парламентської. — С.ІІІ.) і не досягається тільки тим, що непривілейовані класи отримують доступ до влади. Свобода не є неминучим побічним продуктом науково-технічного розвитку. Вона досягається тільки за допомогою верховенства права»⁵³.

Реалізація цього органічного (ідеального) елементу принципу верховенства права забезпечується переважно органами правосуддя через фіксацію правових принципів у текстах судових рішень, які «виводяться» з тексту та духу Конституції і являють собою: 1) основу правової системи для забезпечення справедливості та розумності позитивного законодавства; 2) слугують своєрідним продовженням нормативного змісту фундаментальних прав і свобод, що закріплені у конституційних текстах. **У першому значенні органічний (ідеальний) елемент відповідає принципу верховенства природного права, у другому — верховенству прав людини природно-правового походження над позитивним законодавством (законами).**

Більш повно органічний елемент у конституційному праві США та країн континентальної Європи забезпечує концепція матеріальної правової процедури, або принцип пропорційності. У США та Канаді органічний елемент отримав не тільки належну судову гарантію, а й синонімічну назву — «конституціоналізм» — термін, який звучить дещо незвично на батьківщині принципу верховенства права. Для забезпечення визнання органічного елементу необхідна «активніша» діяльність судових органів конституційної юрисдикції щодо наповнення прав людини та основних свобод новим змістом шляхом судового тлумачення, яке є підставою для розвитку конституційної юриспруденції.

⁵³ Jackson R. The Supreme Court in the American System of Government. — New York, 1955. — P.76.

2.2. КОНСТИТУЦІЇ ТА КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ

Як справедливо зауважив відомий політичний діяч періоду боротьби США за незалежність Т. Пейн у своїй роботі «Права людини», **«держава без конституції — це влада без права»**. Тому головне призначення Конституції полягає у забезпеченні легітиматії влади, підкорення держави праву. Конституція є водночас і взірцем, згідно з яким держава керує суспільством, а також інструментом її обмеження. У сучасних конституціях завжди визначаються межі легітимного функціонування державної влади, якій належить монополія на застосування примусу в суспільстві. Як зазначає англійський дослідник конституційного права Д. Ласвелл: «Конституція — це система зв'язків головних державних установ, яка приписує засоби легітимного обіймання посад, встановлює обсяг влади та надає право на застосування насильства». Тільки держава є монополістом у цій сфері, на відміну, скажімо, від приватного підприємства, яке також може вдаватися до певних примусових заходів економічно-дисциплінарного характеру для підвищення ефективності власного бізнесу.

Конституція — це фундаментальне право суспільства, або Основний Закон — у писаній або неписаній формі — держави, що визначає характер та концепцію державної влади, затверджує основні принципи, згідно з якими функціонує суспільство, закріплює юридичні гарантії прав людини та основних свобод, компетенцію вищих органів державної влади, а також встановлює межі її реалізації.

Конституції, починаючи від основних законів давньогрецьких полісів та закінчуючи конституціями сьогодення, визначають політико-правові відносини між верховними державними органами. Характер та порядок здійснення державної влади, основні засади якої визначаються в конституціях, суттєво відрізняються за умов ліберально-демократичних та тоталітарних режимів. Як зауважив лорд Ектон, влада розбещує, а абсолютна (необмежена. — *С.ІІІ.*) влада розбещує абсолютно⁵¹. Необмежена державна влада не є винятком з цього правила. **Тому Конституція в умовах лібе-**

⁵¹ Acton J. History of Freedom and Other Essays. — London, 1916. — P. 88.

рально-демократичного режиму не тільки визначає компетенцію вищих державних органів, а й намагається обмежити державну владу та надати універсальному державному примусу більш передбачуваного та мінімально необхідного для досягнення чітко визначених державних цілей характеру. Конституція гарантує конституційні права та свободи особи, удосконалює державний механізм, робить його ефективнішим. В умовах тоталітарного режиму державна влада Конституцією не обмежується.

Це твердження правомірне для характеристики радянських конституцій, які, за визначенням українського конституціоналіста В. Речицького, можна віднести до семантичного (що відбивають, але не формують структури влади) та водночас до номінального (що проголошують нереальні ідеали) типу⁵⁵. Радянські конституції не були нормативними, тобто не регулювали державно-владних відносин як загальнообов'язкових норм прямої дії, що безпосередньо застосовуються у судах. Слід зазначити, що фундаментальні права та свободи, що закріплювались у цих конституціях, також залишались номінальними, тобто були нереальними в юридичному сенсі. Стабільність радянського суспільства та ефективність державного механізму підтримувались здебільшого у позаправовий спосіб, тоді як радянські конституції відігравали політико-ідеологічну, «тотемну» роль у створенні благопристойного іміджу радянської держави. *Проте призначення Конституції у сучасних західних суспільствах полягає в обмеженні державної влади в інтересах суспільного спокою та стабільності, причому це обмеження не може загрожувати зниженням ефективності виконання державних функцій.*

Конституція та конституційна юстиція намагаються забезпечити баланс між двома основними суспільними пріоритетами, або цінностями демократичного суспільства: свободою, сферу якої становлять конституційні права, свободи й конституційні принципи, та порядком, який ґрунтується на принципі законності (режимі точного та неухильного виконання всіма суб'єктами права законів та підзаконних актів, які не суперечать законам).

Як уже зазначалося, свободу як специфічний стан суспільства не можна забезпечити тільки шляхом видання державною владою нормативних приписів та забезпечення їх точного, суворого та неухильного виконання всіма суб'єктами права, оскільки будь-який державний правовий акт, у тому числі й закон, потенційно може бути свавільним і спрямованим на знищення свободи. Тому природа конституційного права не може розглядатися виключно з позицій правового позитивізму. Але в СРСР та у країнах колишнього СРСР конституційне право і до сьогодні є синонімом державного, а його визначення просякнуте ідеологією позитивізму — як система правових

⁵⁵ Речицкий В. Конституционализм. Украинский опыт. — Харьков: Фолио, 1998. — С. 53.

норм, і насамперед принципів і норм Конституції (встановлених державною владою, тобто шляхом державного волевиявлення. — С.Ш.), що закріплюють основи суспільного і державного ладу, засади політики і здійснення державної влади, взаємодії держави і громадян, їх основні права, свободи й обов'язки.

Схожі визначення конституційного права дають деякі українські науковці і в більш широкому сенсі по відношенню до кожної країни: «Конституційне (державне) право конкретної країни — це сукупність юридичних норм, які закріплюють певні засади економічної і політичної організації суспільства, порядок формування, організацію і компетенцію найголовніших ланок державного механізму, територіальну організацію держави, а також визначають основи взаємовідносин держави та особи». *Проблема полягає в тому, що у країнах європейської правової традиції сутність конституційного права (та Конституції) полягає не стільки у сукупності правових норм, що видані державною владою, скільки у комплексі правових обмежень державної влади, здебільшого — комплексі зовнішніх обмежень конституційного характеру — що дістають свій вияв також і через фіксацію принципів природного права органами правосуддя та у захисті суддівським корпусом конституційних норм та цінностей.*

До абсолютної цінності конституційного рівня належить **доктрина конституціоналізму**. Як цілком слушно зауважує професор Центрально-європейського університету А. Шайо, «конституціоналізм — це сукупність принципів, порядку діяльності та інституційних механізмів, які традиційно використовуються з метою обмеження державної влади»⁵⁶. Наскільки Конституція може обмежити державну владу та гарантувати конституційні права та свободи залежить, більшою мірою, від нашої віри у механізм конституційного регулювання та від активних дій усіх державних органів та судових органів конституційної юрисдикції щодо реалізації її положень. **Власне, віра в те, що конституційні норми, принципи та цінності у змозі юридично обмежити державну владу та унеможливити її свавільне здійснення, що втілена у відповідну наукову теорію та відповідну політичну та юридичну практику, і має назву доктрини конституціоналізму.**

За словами вченого-конституціоналіста з Великої Британії Е. Барендта, «конституціоналізм — це віра в існування конституційних засобів щодо встановлення державних обмежень»⁵⁷. З позицій конституціоналізму Конституція ніколи не розглядається тільки як система позитивних норм або як «мапа влади»; її головна функція полягає в такій організації державної влади, яка унеможливує прояв державно-

⁵⁶ *Sajo A. Limiting Government. An Introduction to Constitutionalism.* — CEU Press, 1999. — P. xiv.

⁵⁷ *Barendt E. An Introduction to Constitutional Law.* — Oxford Univ. Press, 1998. — P. 14.

го свавілля, а також у забороні перетворення державної влади в інструмент пригнічення адресатів державно-владних приписів. Конституціоналізм являє собою своєрідну суміш між легітимністю як політико-правовою й моральною категорією та концепцією конституційного нормативізму — системи конституційних норм і принципів найвищої юридичної сили. Тому дії держави, які втілюються у правову форму, а також здійснюються на підставі правових норм, для того щоб бути конституційними, а отже, й чинними у юридичному сенсі, мають не тільки відповідати конституційним нормам та принципам, а бути легітимними, тобто спрямованими на досягнення цілей демократичного суспільства — свободи, справедливості, розумності, мінімального обмеження конституційних прав людини.

Ідеали конституціоналізму були сформовані у період боротьби з королівським абсолютизмом у Західній Європі на початку XVII століття з метою захисту від публічної влади індивідуальних прав та свобод (на ідеологічному ґрунті пізнього протестантизму з його ідеєю святості індивідуальної волі) та унеможливлення державного свавілля. До цих **ідеалів належали**: принцип **обмеженого правління** (держави існують тільки для забезпечення досягнення спеціально визначених цілей і діють тільки у межах повноважень) та **верховенства права** (органічний елемент — як верховенство природного права).

Принцип обмеженого правління легітимізує владу шляхом введення обмежень на її реалізацію, які запобігають її перетворенню на владу тиранічного або деспотичного характеру. Відповідно **конституційна держава є державою обмеженою, тобто державою, яка переслідує чітко визначені, легітимні цілі, які відповідають Конституції**. Іншими словами, *конституціоналізм є теорією та практикою здійснення державної політики згідно з Конституцією*.

Під принципом верховенства права як ідеалу конституціоналізму тут розуміється верховенство вищого, або фундаментального права, що дістає своє відображення як у букві Конституції (позитивному тексті), так і в конституційному дусі. Здійснювати цю ідею на практиці покликаний незалежний судовий корпус (максимально це реалізувалося у США), який контролює конституційність, а отже, й легітимність дій держави на предмет відповідності вищому праву, що міститься у Конституції.

Проте слід зауважити, що європейська ідеологія конституціоналізму походить із середньовічної концепції права, запозичивши традиції франкських та германських племен. Німецький дослідник Ф. Керн визначає **три основні принципи середньовічного конституціоналізму**: 1) принцип обмеження правом (король зв'язаний правом, яке розумілося як традиції та звичаї); 2) принцип народного представництва (обов'язок короля

отримати згоду підвладних); 3) принцип відповідальності (право народу на опір владі короля)⁵⁸.

У середньовічній Англії під конституціоналізмом розумілась концепція верховенства права, яка мала практичне значення як правове обмеження королівської влади. Король, як і інші феодали, згідно із загальним правом мав договірні права та зобов'язання, що походили з його права власності на землю. Взаємні зобов'язання створювали сферу особистої свободи, яким кореспондували права не тільки короля, а й його васалів. Ці права та свободи захищалися судами, створюючи феномен підкорення короля праву та судовим рішенням, тобто верховенства права над королем. У інших сферах (ведення війни, зовнішні відносини, регулювання торгівлі) король мав необмежені повноваження — королівські прерогативи — або сферу публічної влади (*gubernaculum*), тоді як індивідуальні права та свободи створювали сферу приватних відносин, певною мірою не залежних від публічної влади (*jurisdictio*). Підсумовуючи, можна сказати, що конституціоналізм походить з приватного права, зокрема із зобов'язального цивільного права, та є перенесенням підходів приватного права щодо визначення прав та обов'язків суб'єктів цивільно-правових відносин у площину публічного права. З цивільного права також походить політична доктрина суспільного договору.

У сучасній конституційній теорії загальновизнаним є визначення конституціоналізму, дане англійським науковцем С. Маклвейном: «конституціоналізм, або верховенство права є юридичним обмеженням держави та повною протилежністю свавільному правлінню»⁵⁹. Оскільки тут виділено два елементи: 1) правове обмеження держави та 2) протилежність свавільному державному правлінню, то очевидно, що конституціоналізм тотожний органічній характеристиці верховенства права, а відтак пов'язаний з природним правом та з фундаментальними правовими принципами конституційного рівня.

Під правом тут розуміється, звичайно, не тільки позитивне право, а й природне, а також історична традиція та звичаї вільного правління. Це над-позитивне право покликане виконувати функцію нейтралізації державного свавілля, зведення його до необхідного мінімуму шляхом покладання на публічну (державну) владу необхідних обмежень, символізуючи утворення конституційної держави, тобто держави, яка підкоряється Конституції у широкому сенсі як системі писаних та неписаних норм, принципів та цінностей. Конституційна держава визнає верховенство Конституції над державними правовими актами; будь-яким діям такої держави надається легітимна сила, якщо вони уповноважуються Конституцією. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності цієї держави; ут-

⁵⁸ Kern F. Kingship and Law in the Middle Ages. — Oxford Univ. Press, 1968. — P. 181, 187, 194.

⁵⁹ McIlwain C. Constitutionalism: ancient and modern. — Ithaca: Cornell Univ. Press, 1940. — P. 21.

вердження і забезпечення прав і свобод людини є головним її обов'язком (частина друга статті 3 Конституції України).

Як зазначає професор правничої школи Університету Дюка (США) Дж. Галовелл: «Конституційна держава являє собою певний зразок самообмежень, що їх люди за умов демократії накладають самі на себе; і, чи маємо ми інститути судового контролю, чи ні, вона продовжує існувати, що залежить не стільки від інституційної системи стримувань, скільки від ідеї існування певних обмежень на здійснення державної влади, що поділяється всіма людьми»⁶⁰.

Відомий американський конституціоналіст К. Фрайдріч визначає Конституцію як систему ефективних, врегульованих правом обмежень щодо державних дій⁶¹. Загалом під цими обмеженнями розуміється система інституційних гарантій, які унеможливають свавільність державної влади, коли навіть король (політичний суверен) перебуває *sub deo et lege*. Як зауважує К. Фрайдріч, існують **дві важливі складові ідеї обмеження державної влади, що визначають генезу розвитку сучасного конституціоналізму**: а) природно-правова — як ефективне належне джерело сучасного конституціоналізму і б) релігійно-християнська, що міститься у концепції природних прав позадержавного походження: «Держави західної цивілізації мають спільну тенденцію щодо конституційного розвитку. Ця тенденція може бути віднесена з абсолютною впевненістю до християнської турботи про індивіда та його персональне спасіння. Ця тенденція є універсальною у християнських країнах»⁶².

У іншій роботі К. Фрайдріч обґрунтовує християнську тенденцію конституційного розвитку: «Конституція означає захист особи, її гідності та віри; особі належить верховенство, вона являє собою незмінну цінність. Таке становище особи відповідає християнській вірі, що дає імпульс розвитку концепції її прав, які вважаються природними. Серед цих прав слід виокремити права, що гарантують релігійну віру особи та стосуються духовної сфери; так само, як право приватної власності — матеріальної сфери. Протягом усієї історії західного конституціоналізму йому притаманна ідея верховенства людини, що передбачає її захищеність від втручання володаря — байдуже, чи це король, партія чи парламентська більшість»⁶³.

Що ж до такої складової ідеології конституціоналізму, як унеможливлення прояву свавільності державної влади, то відповідь на це запитання не мо-

⁶⁰ Hallowell J. The Moral Foundation of Democracy. — Chicago, 1954. — P. 63–64.

⁶¹ Friedrich C. Transcendent Justice: The Religious Dimension of Constitutionalism. — Durham: Duke Univ. Press, 1964. — P. 56.

⁶² Friedrich C. Constitutional Government and Democracy. — Boston, 1950. — P. 126.

⁶³ Friedrich C. Transcendent Justice: The Religious Dimension of Constitutionalism. — Durham: Duke Univ. Press, 1964. — P. 17.

же бути легкою. Термін «свавільно», що вживається у загальних та спеціальних юридичних словниках різних мов, має кілька значень. Наприклад, Словник української мови дає такі його визначення: «необмежена влада», «відсутність законності та справедливості», «схильність діяти на власний розсуд», «не зважати на волю й думку інших», «самовільля»⁶⁴. Словник російської мови тлумачить його як «деспотизм», «самовладдя», «необґрунтованість»⁶⁵; Словник сучасної літературної російської мови як «залежний від волі», «необґрунтований», «випадковий»⁶⁶.

У Словнику сучасної англійської юридичної термінології «свавільний» розуміється як «вередливий, навмання обраний». Причому спочатку цей термін означав рішення судді або суду, на відміну від «визначений законом», що походить від терміна *arbiter* — «той, хто має повноваження щодо вирішення спорів як суддя»⁶⁷.

Американський Словник правничих термінів Блека поняття «свавільно» інтерпретує як: «у необґрунтований спосіб», «зроблений або закріплений під впливом примхи або бажання», «за відсутності адекватно визначеного принципу», «незнайдений у природі речей», «нераціональний», «залежний тільки від волі», «тиранічний», «несправедливий», «нерозумна дія, що залежить тільки від волі, без попереднього обговорення та незважаючи на наявні факти та обставини».

Спільними для визначення терміна «свавільний» є значення «суб'єктивний», «залежний тільки від волі» та «необґрунтований». Відповідно до цих узагальнень можна дійти висновку, що свавільна дія держави може також бути втілена у позитивному праві, ґрунтуватися на доктрині правового позитивізму та спрямовуватися на порушення принципів природного права (розумності, рівності, справедливості, пропорційності), конституційних прав та свобод. Наприклад, у конституційному праві ФРН свавільним позитивним правовим актом вважається акт, який порушує конституційний принцип рівності, закріплений у частині першій статті 3 Основного закону ФРН⁶⁸.

В основі конституціоналізму лежить заперечення традиційної доктрини королівського або парламентського абсолютного (необмеженого) суверенітету, згідно з якою верховенство права ототожнюється з верховенством законів, які «приймаються найвищим політичним авторитетом щодо своїх підвладних». Як зазначав більш ніж палкий захисник суверенних повноважень короля щодо законотворчості, ідейний опонент Дж. Локка, сер Р. Філмер: «Неможливо керувати людьми без повноважень творити закони, та будь-які повноваження щодо законотворчості мають бути свавільні:

⁶⁴ Словник української мови. — К.: Наукова думка, 1978. — Т. 9. — С. 63–64.

⁶⁵ Словарь русского языка. — М.: Русские словари, 1994. — С. 939.

⁶⁶ Словарь современного литературного русского языка. — М.-Л., 1961. — Т II. — С. 1107.

⁶⁷ A Dictionary of Modern Legal Usage. — Oxford: Oxford Univ. Press, 1987. — P. 59.

⁶⁸ Ipsen J. Constitutional Review of Laws. — Baden-Baden: Nomos, 1985. — P. 129.

приймати закони відповідно до законів є *contradictio in adjecto*»⁶⁹. Таким чином Р. Філмер категорично стверджує, що будь-який позитивний закон, а не тільки індивідуально-правовий акт або дія державної адміністрації, є свавільним. Проте заперечення свавілля державної влади на підставі ідеології конституціоналізму не може бути ототожнене із запереченням існування позитивного права.

Як слушно зауважує вже згадуваний Ф. Гайек, «під час громадянської війни (Англія, XVII століття. — С.ІІІ.) з'ясувалося, що парламент почав діяти так само свавільно, як і король, тому визначення ступеня свавільності державних дій стало залежати не стільки від джерела державного авторитету, скільки від їх відповідності допозитивним загальним принципам права»⁷⁰, а саме: немає покарання без закону; закони мають тільки перспективну, а не зворотну дію; дискреційні повноваження судів обмежуються законом. Для юридичної гарантії цих принципів виникає ідея створення писаної конституції, яка містила б також і неписані принципи та норми фундаментального (допозитивного) рівня, що фіксуються у рішеннях судів конституційної юрисдикції. Приклади їх застосування на практиці можна знайти у конституційному судочинстві щодо реалізації принципу пропорційності при визначенні конституційності законодавчих обмежень на конституційні права та свободи, оскільки диспропорційне обмеження може виявитися свавільним.

Конституції та конституціоналізм не є тотожними термінами. Такий висновок можна зробити на підставі твердження, що Конституція не є лише писаним позитивним правом. Як зазначає норвезький конституціоналіст Дж. Елстер: «Дуже важливо розрізняти конституції і конституціоналізм. Перше — це писаний документ, друге — спосіб мислення (очікування та норма), за яким політика має бути спрямована згідно з писаними правилами або конвенціями, писаними або неписаними, які не можуть бути легко змінені. У Конституції дух конституціоналізму виявляється у неможливості легко змінити цю Конституцію, а також у системі стримувань і противаг. Конституції можуть існувати без конституціоналізму, якщо вони передбачені як інструменти політики на короткий строк або як засіб політичної боротьби. Конституціоналізм також може існувати без писаної Конституції, якщо неписані правила гри здобувають всебічне визнання. Велика Британія — вдалий приклад другої ситуації, коли немає писаної Конституції, але є неписана»⁷¹.

Отже, цілком можливий феномен існування конституціоналізму без Конституції — за наявності незалежної судової влади: «Ми

⁶⁹ Filmer R. The Anarchy of a Limited or Mixed Monarchy (1648). — Oxford, 1949. — P. 277.

⁷⁰ Hayek F. The Constitution of Liberty. — Chicago: The University of Chicago Press, 1978. — P. 169.

⁷¹ Elster Jon. Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction / University of Chicago Law Review, 1996. — №58. — P. 463.

повинні дійти висновку, що в умовах відсутності Конституції, що пов'язано з існуючою традицією у Англії або Швеції, необхідні судді для здійснення судового контролю, якщо Конституція у політичному сенсі — низка засобів обмеження державної влади»⁷², — констатує К. Фрайдріх.

Узвичаєна віра в наявність обмежень, визначених політичною традицією здійснення демократичної влади та закріплених у відповідних судових рішеннях прецедентного характеру, дає змогу сприймати Конституцію не тільки з позитивістських позицій, а й легітимізує творчу та активну діяльність суддів при здійсненні конституційного правосуддя.

На концепції конституціоналізму засновується механізм зовнішнього обмеження державної влади «вищим» правом, оскільки вона практично не має нічого спільного з внутрішнім самообмеженням згідно з концепцією правової держави у позитивному сенсі — держава обмежена правом, яке вона приймає. Зміст цієї різниці розкривається у науковій літературі, де конституціоналізм наділяється незмінною та вічною правовою сутністю на зразок природного права: «Різниця між *Rechtsstaat* та конституціоналізмом полягає у тому, що верховенство права у правовій державі засноване на домовленості панівної еліти. Ця домовленість полягає у тому, що держава підлягає самообмеженню при здійсненні влади. Але, згідно з конституціоналізмом, цьому обмеженню надається юридична сила права (за аналогією до юридичної природи конституційних прав та свобод. — *С.ІІІ*), яка заснована на комбінації історичної традиції та філософського принципу. Це нагадує різницю між всевладним татом, який час від часу може утримуватися від тиранії над дітьми і навіть надавати їм певні сфери свободи для здійснення незалежних дій, та родиною, коли її члени вимагають певних свобод щодо дій та прийняття рішень, які поважаються і сприймаються як невідчужувані та непорушні»⁷³.

Ідея вищого, або природного права, яке є неписаним конституційним правом, оскільки обмежує державну владу у правовому сенсі, виникла як результат вирішення політичних спорів між законодавчою та виконавчою гілками влади протягом новітньої історії. Наприклад, Б. Рассел, аналізуючи політичну філософію Дж. Локка, зокрема, зазначає: «У спорах між законодавчою і виконавчою владами, каже він (Дж. Локк. — *С.ІІІ*), у деяких випадках немає судді під небесами. Оскільки небеса не виголошують ясних прилюдів, це означає, що вирішити питання можна тільки шляхом боротьби; адже вважають, що небеса віддадуть перемогу тому, в кого більше правди. Такий погляд почасти притаманний усякій теорії поділу влади. Коли його втілити у Конституцію, то єдиний спосіб уникнути принагідних громадянських воєн — йти на компроміси та керуватися здоровим глуздом. Проте

⁷² Friedrich C. Constitutional Government and Democracy. — Boston, 1950. — P. 236.

⁷³ LaPalombara J. Politics Within Nations. — Englewood Cliffs, 1974. — P. 106.

здатність до компромісів і наявність здорового глузду — особливості духу, і відобразити їх у писаних конституціях неможливо»⁷⁴.

Уже згадуваний лорд Ектон звертає увагу на роль принципу розумності як складової конституційного права у парламентських демократіях: «Погано бути гнобленим меншістю, але ще гірше бути під тиском більшості. У цьому — прихована влада маси, якій, коли вона виходить на сцену, меншість практично не може чинити опір. Від абсолютної волі всього народу немає жодної апеляції, заміни, порятунку, є тільки розум!»⁷⁵.

Очевидно, що будь-яке суспільство має свою фактичну Конституцію, тобто у суспільстві реально склався фактичний конституційний лад, існує державна влада. Отже, йдеться про Конституцію у загальному матеріальному сенсі як про «сукупність законів або звичаїв, які визначають порядок утворення та основні принципи діяльності вищих органів державної влади»⁷⁶. За радянських часів також існувала фактична Конституція у вигляді певних звичаїв, партійних документів та правових норм, згідно з якими й здійснювались владні відносини у суспільстві. Причому радянські конституції як єдиний документ мали програмний, декларативний характер, не відображали реального стану речей та не виконували функції обмеження державної влади й унеможливлення її свавільних проявів. Таким чином, незважаючи на те, що радянська наука дуже абстрактно, безвідносно до відповідної нормотворчої діяльності та судової практики визначала конституціоналізм як теорію та практику конституційного будівництва, систему конституційно-правових відносин, які опосередковують у загальному вигляді повновладдя народу, його суверенітет⁷⁷, цей термін мав зовсім інше, ніж це узвичаєно у країнах західної демократії, протилежне змістове навантаження.

Це пояснюється тим, що тільки за умов ліберально-демократичного режиму та конституційної держави, фактична Конституція стає юридичною, тобто існує у вигляді не тільки документа, який закріплює реальний стан речей у відносинах державної влади, а й містить у собі норми найвищої юридичної сили та безпосередньої дії, застосовувати які можливо через суд. Але таке твердження можливе лише за умови, що до концепції Конституції як писаного документа найвищої юридичної сили входять не тільки позитивні конституційні норми, а й неписані конституційні норми, принципи та цінності, існування яких доводиться переважно через діяльність судових органів конституційної юрисдикції.

Отже, **конституціоналізм — це режим функціонування державної влади відповідно до Конституції, причому термін «конституція» у суспільстві, в якому існує конституційна держава (діяльність**

⁷⁴ Рассел Б. — Оп. цит. — С. 533.

⁷⁵ Цит. за: Jowenel B. On Power. The Natural History of its Growth. — Indianapolis: Liberty Fund, 1993. — Р. 280.

⁷⁶ Дябло В.К. Судебная охрана конституций. — М., 1928. — С. 5.

⁷⁷ Конституційне право України. — К.: Наукова думка, 1999. — С. 103.

держави спрямовується тільки для забезпечення певних, нормативно визначених суспільних цілей згідно із загальновизнаними правовими принципами та нормами), розуміється у широкому сенсі — як Конституція, що заснована на ідеології конституціоналізму.

Реалізувати ідеологію конституціоналізму на практиці покликані судові органи конституційної юрисдикції, які для досягнення мети повинні безпосередньо застосовувати конституційні норми не лише у їх вузьконормативному позитивному значенні.

Сучасний конституціоналізм може бути певною мірою ототожнений з ідеологією лібералізму, яка набула широкого розвитку в сучасних країнах західних демократій. Її зміст полягає у тому, що «вільні від природи, аполітичні індивіди, будучи носіями фундаментальних прав, потребують і тому створюють державу, яку вони можуть та повинні контролювати. Цей контроль є необхідним, оскільки історичний досвід показує, що існує постійна тенденція перетворення держави у свавільну та деспотичну; тенденція, що походить від людської природи і є наслідком незмінної логіки діяльності державних інститутів»⁷⁸. Саме для унеможливлення свавілля державної влади та її носіїв виникла ідея писаної Конституції як засобу захисту від необмеженої авторитарної державної влади, який втілює ідею обмеженого правління на практиці та забезпечує юридичні гарантії. Конституція США 1787 року є вдалим прикладом практичного втілення цієї ідеї.

Філософія американського конституціоналізму розвивалася не тільки у межах історичної школи права, як, скажімо, в Англії, а й на основі теорії природного права, яка сприймалася без жодних сумнівів, дискусій та необхідних доведень. На думку дослідника західного права Г. Бермана, суть цієї філософії полягала у тому, що певні моральні принципи, які базуються на розумі та совісті людини, мають загальнообов'язкову правову силу. Незважаючи на те що у загальних рисах вони закріплені у позитивному юридичному документі — Конституції, їх походження (за текстом Декларації незалежності США) обумовлене законами природи та її Творцем, тобто їх значення є трансцендентним. Це означає, що названі принципи мають «обґрунтовано та розумно застосовуватися судами відповідно до нової ситуації від покоління до покоління».

Позитивним внеском США до розвитку доктрини конституціоналізму є пропозиція створити писану Конституцію, яка визначатиме «контури» обмеженого правління та об'єднуватиме не тільки позитивні норми, а й неписані норми та принципи природно-правового (трансцендентного) походження, що й було втілено в період американської революції XVIII століття. Ця ідея була абсолютно новою на тлі європейського конституційного роз-

⁷⁸ Constitutionalism / Ed. Pennock R. And Chapman J. — New York: New York Univ. Press, 1979. — P. 4.

виту того часу. Як зазначав свідок цих подій, французький соціолог А. Токвіль у своїй книзі «Про демократію в Америці»: «Усі загальні принципи, на яких ґрунтуються сучасні конституції, принципи, яких більшість європейців у сімнадцятому столітті загалом не розуміла, були визнані та закріплені в законах Нової Англії: участь громадян у публічних справах; вільне голосування щодо оподаткування; відповідальність посадових осіб держави; індивідуальна свобода; суд присяжних — усі вони були запроваджені без жодних сумнівів та з практичним ефектом»⁷⁹.

До цих загальноновизнаних принципів, що сформувалися в період з американської революції та на яких ґрунтуються сучасні конституції, належать:

1. Конституція є вищим фундаментальним правом незаперечної цінності у письмовій формі.
2. За умов демократії та демократичного режиму суверенітет належить народу, а не державним органам.
3. Політична централізація та децентралізація як основний метод організації держави.
4. Принцип поділу влади та його вплив на встановлення різних форм правління.
5. Роль судової влади, особливо Верховного суду, та судовий контроль за конституційністю законодавства.
6. Встановлення розширеної декларації фундаментальних прав та свобод.

Особливо цікавим, з огляду на тематику цього дослідження, видається принцип судової гарантії конституційності законодавства. У цьому зв'язку слід виокремити три аспекти, які підкреслює А. Токвіль: 1) політична роль суддів; 2) інститут Верховного суду; 3) судовий контроль законодавства.

Під першим аспектом А. Токвіль розуміє величезну політичну владу американських суддів, яку він вважає найважливішою політичною владою США: «американці дали своїм суддям повноваження ухвалювати рішення, спираючись більше на Конституцію, ніж на інші закони. Іншими словами, вони дозволили їм не застосовувати тих законів, що їх вони вважають неконституційними»⁸⁰. Тому у США «дуже важко знайти політичне питання, яке б рано чи пізно не стало предметом розгляду в суді»⁸¹. Отже, можна зробити висновок, що рішення Верховного суду США щодо застосування Конституції США спричинили численні політичні й суспільні зміни.

Щодо **другого аспекту** А. Токвіль зазначає, що «без суддів Верховного суду Конституція залишилася б мертвим документом; саме вони повинні

⁷⁹ Tocqueville A. Democracy in America. — London, 1968. — P. 50.

⁸⁰ Ibid. — P. 122.

⁸¹ Ibid. — P. 184.

розглядати скарги виконавчої влади про втручання у їх сферу законодавчого органу, захищати законодавчу владу від втручання виконавчої влади, примусити штати підкорятися союзу, захищати штати від надмірних претензій союзу, обстоювати публічний інтерес проти інтересу приватного, дух консерватизму проти демократичної нестабільності»⁸².

Третій аспект він вважає стрижнем судової влади, оскільки «природним правом судді є його право вибрати з кількох правових положень саме те, яке найбільше його зв'язує»⁸³. Звідси й походить ідея судового конституційного контролю: «Якщо в американському суді виникне спір щодо будь-якого правового положення, яке суддя вважатиме таким, що суперечить Конституції, він може відмовитись застосовувати його. Це повноваження американського судді має величезний політичний вплив...»⁸⁴.

Сучасний американський правознавець Л. Генкін виділяє такі риси конституціоналізму⁸⁵: 1) конституціоналізм ґрунтується на суверенітеті народу, який проголошується Конституцією; її найвища юридична сила — результат волевиявлення народу; воля народу є основою легітимзації діяльності держави; тільки народ приймає Конституцію, створює систему правління та відповідає за її належне функціонування (демократичне самоврядування); 2) Конституція є найвищим правом, а не програмним політичним документом; будь-які дії держави мають відповідати Конституції та здійснюватись у межах конституційних обмежень; 3) Конституція має приписувати представницьке правління, яке відповідальне перед народом на підставі загального всенародного періодичного волевиявлення; 3) принцип народного суверенітету не є виключною основою конституціоналізму; окрім нього, мають отримати юридичні гарантії принцип верховенства права, принцип державного правління на демократичних засадах, а також принцип обмеженого правління, поділу влади із системою стримувань та противаг: цивільний контроль за військовими силами, поліція здійснює свою діяльність на підставі закону, а суд контролює її діяльність; конституціоналізм передбачає незалежність суддів, делегування законодавчих повноважень на підставі Конституції, контроль за діями уряду з боку демократичних інститутів; 4) наявність інституту конституційного контролю як судової гарантії Конституції, функції якого покладаються на суд або інший незалежний орган із спеціальними повноваженнями щодо нагляду за здійсненням державної влади відповідно до Конституції та ефективних юридичних санкцій за можливе порушення; 5) дія Конституції не може бути припинена або скасована; Конституція не може тлумачитися політичними органами та партіями; також може бути змінена тільки згідно з певною про-

⁸² Ibid. — P. 185.

⁸³ Ibid. — P. 123.

⁸⁴ Ibid. — P. 124.

⁸⁵ *Henkin L. A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influence and Genetic Defects.* — *Cardozo Law Review*, 1991. — P. 40–41.

цедурою, яка відповідає обраній конкретним суспільством конституційній моделі та забезпечує її жорсткість та верховенство стосовно інших правових актів; 6) конституції повинні гарантувати можливість певного маневру (принцип відкритості конституційного тексту, що потребує суддівського тлумачення. — С.Ш.), який є необхідним для врахування конституційної традиції країни з метою конституціоналізації фундаментальних цінностей суспільства; 7) конституціоналізм вимагає від держави гарантії та захисту конституційних прав і свобод, захищає особисті свободи від державного або іншого примусу.

Конституціоналізм ґрунтується на розрізненні установчої влади народу, який шляхом реалізації свого суверенітету приймає Конституцію, із державної влади, яка в демократичних суспільствах тісно поєднана з виборчими повноваженнями електорату. Цей дуалізм помітив і відомий американський науковець, автор славнозвісного твору із сучасної політичної філософії «Теорія справедливості» **Дж. Роулс, вирізняючи такі ознаки конституціоналізму:**

Перша — обґрунтована Дж. Локком у його «Двох трактатах про правління» — полягає у розмежуванні конституційної влади народу, здійснюваної для заснування нового конституційного режиму, влади офіційних осіб, які представляють державу, та виборців, які здійснюють щоденну політику.

Друга — полягає у відмінності між вищим та звичайним правом. Вище право — це вираження установчої влади народу, вияв його волі; звичайне право (законодавство) є відбиттям звичайної влади парламенту, який перебуває в органічному зв'язку з електоратом. Вище право зв'язує та спрямовує звичайне право.

Третя — полягає в існуванні демократичної Конституції (що є принциповим проявом вищого права) як відображення політичного ідеалу народу, через яку він здійснює управління у певному порядку. Деякі цілі політичного суспільства можуть бути проголошені у преамбулі — встановлення справедливості, підвищення добробуту, а деякі — втілюються у біллі про права, за допомогою яких обмежується держава.

Четверта — полягає в тому, що через демократично прийняту Конституцію з біллем про права громадянське суспільство фіксує раз і назавжди певні конституційні моделі, — наприклад рівний базис політичних прав і свобод, свободи слова та асоціацій, так само як права і свободи, що гарантують безпеку та незалежність громадян, свободу пересування та вибір професії — на захист концепції верховенства права.

П'ята — полягає в тому, що у конституційній державі державна влада не може бути сконцентрована в законодавчому органі або у Верховному (Конституційному) суді, який є тільки вищим інтерпретатором Конституції. Вся влада держави розподілена між її основними гілками, які взаємозв'язані між собою і функціонують за принципами системи стримувань та противаг.

Отже, судові органи конституційної юрисдикції (Верховний або Конституційний суд) реалізують на практиці ідею подвійної конституційної де-

мократії і сприймаються як інструмент для захисту вищого права від його можливих обмежень з боку держави, і особливо з боку законодавчого органу (парламенту), точніше від його простої більшості, яка здатна приймати закони, а ще точніше — від парламентських фракцій і лобістських груп.

У Франції доктрина конституціоналізму зазнала значних модифікацій. Під час французької революції XVIII століття боротьба з королівським свавіллям та привілеями аристократії відбувалася під гаслами на захист прав людини та громадянина через реалізацію принципу жорсткого поділу державної влади. Як зазначено у статті 16 Декларації прав людини та громадянина 1789 року: «Суспільство, в якому не забезпечена гарантія прав та немає поділу влади, не має Конституції». Хоч перша писана Конституція Франції 1791 року і містила перелік природних прав особи, найвищим єдиним творцем права вважався законодавчий орган, який підлягав тільки політичному контролю з боку електорату. Відтоді у Франції не визнавалися природно-правова (ліберальна) концепція прав людини, згідно з якою будь-який державний правовий акт, що порушує фундаментальні права людини, може бути визнаний нечинним, а також природне право як джерело зовнішніх обмежень щодо здійснення державної влади. Відповідно суди не мали повноважень визнавати позитивні закони нечинними на підставі конституційних норм та принципів. Ці ідеологічні підходи створили сприятливий ґрунт для розвитку позитивістської правової теорії, згідно з якою конституційне право — це система правових норм, що видані державою, виконання яких забезпечується державним примусом (санкціями). Над законами, що приймаються обраним народом парламентом, не існувало вищого джерела права, у тому числі й прав людини як головного чинника обмеження державної влади, а природне право не було юридичною підставою для визнання актів законодавця нечинними. По суті французька держава була поліцейською (політичною) державою, а не правовою у визначальному сенсі цього терміна (держава, яка гарантує свободу індивіда), тобто державою, яка діяла на підставі принципу верховенства закону як втілення спільної волі.

Зміни у бік природно-правової концепції та правової держави у Франції відбулись тільки в 1971 році, коли Конституційна рада Франції визнала неконституційним закон, який диспропорційно обмежував свободу об'єднань громадян. Мотивуючи рішення, Конституційна рада послалася на конституційні принципи, Декларацію прав людини та громадянина 1789 року, преамбулу до Конституції Четвертої Республіки та на «республіканську традицію». Орган конституційного контролю дійшов висновку, що «закони не є вираженням спільної волі до того моменту, доки вони не відповідають Конституції»⁸⁰.

⁸⁰ *Henkin L. Revolutions and Constitutions // Louisiana Law Review. — 1989. — P. 1033.*

Доктрина конституціоналізму в сучасній Німеччині заснована на трьох основних правових традиціях класично-ліберальної, соціалістичної та християнсько-природної думки, які також лежать в основі поділу німецької партійної системи на три основні партії. Але головною об'єднавчою тезою німецького конституціоналізму є намагання забезпечити анти-тоталітарний конституційний лад через надання конституційних гарантій індивідуальним правам особи природно-правового (незалежного від держави) походження. Основний закон ФРН вимагає від держави виконати її основну функцію — забезпечити свободу людини для «досягнення нею шляхом спроб та помилок власного щастя і добробуту, замість побудови «раю на землі», що з цієї перспективи бачиться як процес постійний»⁸⁷.

Для досягнення цієї основної мети — свободи індивіда, на думку німецького конституціоналіста Е. Кляйна, необхідно дотримуватися **певних умов, що становлять основу німецького конституціоналізму**:

1. Формування волі більшості народу не може стримуватись і має відбуватися вільно, оскільки вільний процес є єдиним критерієм істинності цієї волі. Але при цьому меншість повинна мати можливість створити політичну опозицію та потенційний шанс стати більшістю.

2. Більшість у парламенті повинна поважати свободу людей та права меншості. Ні держава загалом, ні парламентська більшість не можуть претендувати на необмежену владу; навпаки, вони *a priori* підлягають обмеженням, установленим Основним законом, у якому втілена ідея обмеженого правління.

3. Необхідно передбачити конституційні засоби для запобігання централізації та зловживанню владою. З цією метою Конституцією передбачені інституційні гарантії (поділ влади, федералізм, автономія муніципальних органів влади).

4. Для запровадження конституційних обмежень щодо державної влади норми Основного закону повинні мати статус найвищого права, що зв'яже навіть діяльність законодавчого органу. Незалежні судді повинні гарантувати належне виконання законів. Федеральний конституційний суд повинен здійснювати судовий конституційний контроль щодо правової та фактичної поведінки держави та її органів.

5. Органічні елементи Основного закону втілюються у конституційну формулу «вільний демократичний загальний порядок», що його Федеральний конституційний суд витлумачив як «порядок у межах верховенства права, заснований на самовизначенні народу відповідно до волі шанованої більшості, на свободі та рівності, що виключає правління із застосуванням сили та свавілля. До фундаментальних принципів цього порядку належать, зокрема, такі: повага до прав людини, які закріплені в Основному законі,

⁸⁷ Hesse K. Grundzuge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. — 1982. — S. 62.

особливо до права на життя та право на вільний розвиток особистості, суверенітет народу, поділ влади, відповідальність держави, підпорядкованість виконавчої влади закону, незалежність судів, багатопартійна система та рівні можливості для всіх політичних партій, включаючи право на конституційний захист активної діяльності парламентської опозиції»⁸⁸.

З метою захисту згаданого порядку запроваджується конституційна заборона на внесення до Основного закону ФРН змін, запропонованих законодавчим федеральним органом — суб'єктом законодавчої ініціативи, якщо вони створюють загрозу для цього порядку. Федеральний конституційний суд має повноваження проголосити такі поправки неконституційними та нечинними.

6. Для забезпечення рівної свободи для всіх, Конституція передбачає, якщо це необхідно, правові можливості щодо обмеження індивідуальних прав для захисту прав інших, а також в інтересах суспільства. Ідея особи, що перебуває під захистом Основного закону, не означає, що вона є відокремленим від суспільства «сувереном над собою»; Основний закон вирішує конфлікт між індивідом та суспільством з позиції тісного зв'язку індивіда із суспільством, але не на шкоду органічній цінності індивіда. Це означатиме, що індивід має підкорятися санкціям щодо обмеження свободи його дій, які запроваджуються законодавцем за певних обставин для забезпечення суспільного інтересу, але при цьому автономія індивіда має бути гарантована.

Конституція, заснована на ідеології конституціоналізму, втілює його основні елементи як через текст, так і через відповідну практику її застосування, є стрижнем вільного демократичного ладу, його основною складовою.

«Конституція не усуває соціальної боротьби, релігійної, класової тощо. Зате вона надає їй цивілізованій форми. Вона не продукує соціальних реформ. Зате вона створює для них законну можливість. Вона взагалі не розв'язує по суті жодного суспільного питання. Зате без неї не можна вирішити жодного суспільного питання, бо вона визначає шляхи їх вирішення.

Хороша конституція — це те саме, що хороші шляхи сполучення. Хто опікується ними, той не запитує, чому та для чого їдуть пасажери, чи повинні вони взагалі їхати. Конституція намагається забезпечити свободу пересування всім. При цьому вона не читає у серцях, не цікавиться переконаннями, приналежністю до тієї чи іншої партії тощо, бо вона гарантує загальнолюдські блага — свободу та порядок»⁸⁹.

⁸⁸ BverfGE, 2, 1/2 et seq.; 5, 85/140.

⁸⁹ *Спекторский Е.В.* Что такое Конституция? Конституционное право. Хрестоматия. — Ч. 2. — М., 1994. — С. 64.

2.3. АНТИФОРМАЛІСТСЬКА ЄВРОПЕЙСЬКА РЕВОЛЮЦІЯ У КОНСТИТУЦІЙНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Зміна поглядів на сферу та роль конституційно-правового регулювання у сучасному українському суспільстві, інституціоналізація таких нових конституційних концепцій та принципів, як конституціоналізм, права держава, принцип верховенства права (формальна та органічна характеристики), належна правова процедура, принцип пропорційності та безпосередньої дії конституційних норм про права та свободи людини і громадянина потребують перегляду призначення та ролі органів правосуддя, які застосовують конституційні норми та принципи. Саме традиційний підхід до ролі суддів загалом, і конституційних суддів зокрема, які можуть бути зведені до «параграфів-автоматів» (М. Вебер) для застосування законів або до «вуст звичайних пасивних істот, що промовляють слова закону» (Ш. Монтеск'є), потребує суттєвого перегляду для подальшого успіху української конституційної реформи.

Хоч автор теорії поділу влади Ш. Монтеск'є й відносив судові органи до однієї з гілок державної влади, проте при цьому він робив застереження, що судова гілка влади не є владою взагалі: «З трьох гілок влади, про які ми ведемо мову, судова не є владою»⁹⁰.

Традиція розуміння ролі судді, який лише застосовує правові норми, а не створює їх, ототожнюється не стільки з ідеологічними постулатами, на яких ґрунтувалося радянське право XX століття, скільки із загальноєвропейською тенденцією посилення централізації державної влади, впливу теорії правового позитивізму та утилітаризму, занепаду теорії природного права, а також з тенденцією утворення політичних режимів парламентських демократій, що йшли на зміну королівському абсолютизму в ході ліберально-демократичних європейських революцій XVIII–XIX століть. Ця традиція, яку називають традицією Великої французької революції 1789 року, ґрунтується на принципі парламентського суверенітету та теорії жорсткого поділу влади: суди не можуть визнавати нечинними акти пар-

⁹⁰ Montesquieu. De l'esprit des lois, book xi, ch. vi; цит. за: Cappeletti M. The Judicial Process in Comparative Perspective. — Oxford: Clarendon Press, 1989. — P. 193.

ламенту — закони, оскільки судді повинні застосовувати, а не творити право, з огляду на те, що вони не обираються народам і не відповідають перед ним за свою діяльність. Згідно з такими міркуваннями закон як нормативний акт найвищої юридичної сили був для суддів священним, а принцип парламентського суверенітету — непорушним. Це положення закріплювалось, наприклад, у спеціальному законі Франції «Про судоустрій» від 1790 року: «Судді не можуть, прямо чи опосередковано, здійснювати законодавчу владу та припиняти дію або відкладати виконання актів законодавчого органу», тому у випадках, коли норми закону є незрозумілими або є необхідність розширеного їх тлумачення для вирішення справи, судді «повинні щоразу звертатися до законодавчого органу за роз'ясненням намірів законодавців або з пропозицією прийняти новий закон»⁹¹.

Подібна ситуація існувала в країнах, що догматично дотримувалися теорії Монтеск'є. Але, схоже, підпорядковане становище суддів було характерне для країн Європи за умов монархічних режимів ще до виникнення та практичного застосування цієї теорії. Особливо наочним у цьому сенсі є приклад дореволюційної Франції (до 1789 року). Суди короля, що за іронією долі називались *Parlements* (парламенти), здійснювали повноваження щодо судового контролю правових актів, відмовляючись їх застосовувати, якщо вони суперечили «фундаментальним законам реальності». Сам Ш. Монтеск'є упродовж певного часу був співголовою парламенту міста Бордо, а його дядько посідав одну з найвищих суддівських посад у Франції.

Посилаючись на неписані принципи, суди перешкоджали проведенню навіть незначних ліберальних реформ, які були покликані модернізувати деструктивний абсолютизм. Судді дуже глибоко вкоренились у монархічному режимі, захищаючи владу короля: їхній офіс успадковувався, він міг бути куплений або проданий, їхній статус, освіта, сім'я, величезна корумпованість і класові інтереси свідчили про їх відчайдушний опір будь-яким змінам. Саме тому реформа судової влади стала однією з перших цілей розбудови суспільства після перемоги французької революції. Ось як Ш. Монтеск'є теоретично її обґрунтовує: суди повинні застосовувати закони, а не займатися правотворчістю. Це повністю відповідає його теорії поділу влади, яка отримала назву теорії **класичного, або жорсткого поділу влади**.

Класичне розуміння доктрини поділу влади полягає у тому, що державна влада поділяється на три гілки, кожна з яких виконує різні функції: законодавчу (парламент), виконавчу (президент та уряд) та судову (суди) з метою уникнути узурпації державної влади (концентрації владних повноважень) в одному державному органі. Як вважає Ш. Монтеск'є: «Коли законодавчі та виконавчі повноваження об'єднує одна особа або один орган магістратури,

⁹¹ *McIlwain C. The High court of Parliament and its Supremacy. — Yale Univ. Press, 1910. — P. 323.*

про свободу вже не йдеться, оскільки виникають зловживання; єдиновладний монарх або сенат прийматиме тиранічні закони та виконуватиме їх тиранічним чином»⁹². Така жорстка модель була вперше максимально втілена у Конституції США 1787 року. Видатний діяч періоду американської революції Дж. Медісон зазначав, що навіть Ш. Монтеск'є в основу своєї теорії заклав принцип, згідно з яким за умови, коли всі повноваження однієї гілки влади здійснюються органом, який належить до іншої гілки влади, знищуються основні принципи вільної політичної системи, і не більше того. Зі слів Дж. Медісона можна зробити висновок, що французький філософ припускав взаємний частковий вплив та контроль гілок державної влади, який закладається в основу системи стримувань та противаг і полягає у частковому виконанні функцій іншої гілки влади⁹³.

Відомо, що Ш. Монтеск'є сформулював свою теорію на підставі аналізу політичної та правової системи Великої Британії, де судова правотворчість була одним з її елементів. Ідея судової правотворчості відповідає концепції системи стримувань та противаг гілок державної влади, що лежить в основі теорії поділу державної влади. Конституційне прецедентне право, сформульоване судами у процесі конституційного судочинства, стало могутнім чинником стримування та контролю законодавчої та виконавчої гілок влади з боку судової, оскільки рішення суду прецедентного характеру з питань застосування Конституції стримує інші гілки влади (у тому числі її саму) та примушує їх дотримуватися Конституції.

У сучасних конституційних системах починає переважати **м'яка модель поділу влади**, яка припускає часткове виконання «органічних», або «титультних» функцій однієї гілки влади іншими гілками як елемент системи стримувань та противаг. Виникають численні державні органи, яким закон дозволяє здійснення квазізаконодавчої (нормотворчої) та квазісудової функції. Тому судова правотворчість, з позицій такого підходу до розуміння принципу поділу влади, не забороняється, а, навпаки, допускається з метою пошуку справедливості та гарантії свободи особи, у тому числі політичної, а також забезпечує належне виконання соціальних та економічних функцій сучасної «адміністративної» держави (держави «загального добробуту»).

М'яка модель поділу влади загальновизнана у сучасних розвинутих демократичних країнах, що обумовлене тенденцією юридизації суспільного життя, зростанням ролі держави у соціально-економічній сфері та активізацією її діяльності щодо здійснення правосуддя, різким збільшенням обсягу нормативно-правових актів, результатом чого є паралельне зростання судової правотворчості при їх застосуванні.

⁹² Монтеск'є Ш. О духе законов. — М., 1955. — С. 290.

⁹³ Федералист. Политическое эссе Александра Гамильтона, Джеймса Медисона и Джона Джея. — М.: Прогресс, 1993. — С. 325.

Згідно з м'якою моделлю поділу влади відповідні положення Конституції сприймаються лише як путівники практичної діяльності держави для досягнення загального блага, тобто теорія поділу влади розглядається з позицій необхідності її застосування та практичних потреб суспільства. А тому на сьогодні одним з головних питань контролювання держави, яка діє згідно з м'якою моделлю поділу влади, є питання правового (як конституційного, так і юрисдикційного) контролю за здійсненням дискреційної державної влади.

Як зазначає М. Віле, «тенденція заперечення доктрини поділу влади (у значенні жорсткої моделі. — *С.ІІІ*), що окреслилась, не може приховати того факту, що багато практичних проблем держави ХХ століття є саме тими проблемами, вирішення яких пропонує ця доктрина. Ось чому ми є свідками дедалі частішого вживання термінів «квазісудовий», «делеговане законодавство», що є, власне, спробою пристосувати старі категорії до вирішення нових проблем»⁹⁴.

Аналогічну позицію займає український науковець І. Шахов: «... зупинятися на конструкції, нехай й геніально задуманій, було б нераціонально, тому що самі автори замислювали теорію поділу влади лише як основоположний початок прогресуючого поділу функцій»⁹⁵. Занепад жорсткої доктрини поділу влади у ХХ столітті обумовлений впливом ідеології «колективної» діяльності держави, що спрямована на досягнення загального блага. Це потребує координації дій усіх гілок влади, тоді як жорсткий поділ робить неможливим здійснення складних комплексних державних програм та функцій, що якісно змінилися у ХХ столітті. Як підкреслює російський науковець А. Осавелюк: «Не випадково домінування першої частини принципу (жорсткий поділ влади) протягом усього останнього століття (ХІХ. — *С.ІІІ*) та на початку нинішнього збіглося з пасивною роллю держави в управлінні»⁹⁶.

Інший російський науковець В. Чиркін підтримує принцип м'якого поділу влади, зазначаючи, зокрема: «Історичний досвід показує, що теорія поділу влади не може бути реалізована у вигляді непроникних перегородок між різними сферами діяльності держави. Якщо вести мову не тільки про надзвичайні, а про звичайні умови, то нормотворча (по суті законодавча) влада належить не тільки парламенту. Тобто теорія поділу влади реалізується лише в плані загального принципу, яким слід керуватися при створенні структури державних органів та визначенні контурів їх повноважень»⁹⁷.

Як підкреслювалось у російській юридичній літературі ще на початку ХХ століття, «під іменем урядової діяльності більше вже не розуміють лише

⁹⁴ Vile M. *Constitutionalism and Separation of Powers*. — Oxford, 1967. — P. 10.

⁹⁵ Шахов И. Социальный контроль в правовом государстве // Проблемы законности. — Харьков, 1995. — №29. — С. 11.

⁹⁶ Осавелюк А. Современный механизм системы сдержек и противовесов в зарубежных государствах // Советское государство и право. — 1993. — №12. — С. 106.

⁹⁷ Чиркин В. Элементы сравнительного правоведения. — М., 1994. — С. 19.

виконання законів, а якщо й продовжують називати владу уряду виконавчою, то тільки у тому сенсі, що вона виконує, реалізує завдання державного життя. Стара теорія, що зводила всю діяльність виконавчої влади до механічного застосування законів, суперечить, за слушним зауваженням Еллінека, «людській природі, адже неможливо собі уявити особистість, а отже, й державний орган, які позбавлені власної ініціативи та самостійної діяльності. Немоżliво підкорити людину чужій волі настільки, щоб вона перетворилася на виконавця велінь цієї волі»⁹⁸. Те ж саме повною мірою стосується і судової влади.

Як зазначив суддя Верховного суду США О. Голмс, «ми не можемо виявити з математичною точністю різницю між діяльністю законодавчої та виконавчої влади й помістити ці гілки в окремі ізольовані блоки»⁹⁹.

Слід також мати на увазі, що в державно-правовій практиці країн західної демократії періодично використовується і жорсткий, і м'який підходи до теорії поділу влади, що обумовлюється різними соціальними, політичними та економічними факторами.

Наприклад, Верховний суд США, ухвалюючи рішення у справі *INS v. Chadna*¹⁰⁰, виявив жорсткий підхід щодо застосування принципу поділу влади: на підставі його суперечності суд визнав неконституційним законодавче вето на акти виконавчої влади, прийняті в результаті здійснення делегованих законодавчих повноважень, оскільки законодавче вето є виключною прерогативою президента США.

В інших справах, таких як *Humpkneys Executor v. U.S.* і *Weiner v. U.S.*¹⁰¹, суд ухвалив рішення, застосувавши м'який підхід до теорії поділу влади: якщо посадові особи, що входять до складу виконавчої влади, виконують квазісудову або квазізаконодавчу роль, конгрес може обмежити або повністю скасувати повноваження президента щодо усунення з посад цих осіб.

У будь-якому разі в країнах англосаксонської правової системи судова правотворчість вважалась абсолютно припустимою у процесі здійснення правосуддя і не суперечила теорії поділу влади, як у її жорсткому (суди займаються правотворчістю, а не приймають закони!), так і м'якому варіанті. Починаючи з середини ХХ століття, у континентальній Європі набуває поширення думка, що судова правотворчість відповідає м'якому підходу до теорії поділу влади.

Судова правотворчість у Європі на офіційному рівні була тривалий час заборонена, оскільки вважалося, що вона суперечить жорсткій теорії поділу влади. Але, незважаючи на абсолютну офіційну заборону судової

⁹⁸ Алексеев А. А. Министерская власть в конституционном государстве. — Харьков, 1910. — С. 122–123.

⁹⁹ Springer v. Phillipine Inlands 227 U.S. 210 (1928).

¹⁰⁰ INS v. Chadna 462 U.S. 919 (1983).

¹⁰¹ Humpkrey's Executor v. U.S. 295 U.S. 602 (1935); Weiner v. U.S. 357 U.S. 349 (1958).

правотворчості, у континентальній Європі завжди існувала прихована судова правотворчість.

Зміст цієї судової правотворчості полягає: в заповненні прогалин у законодавстві: а) за відсутності необхідної норми при вирішенні спорів; б) якщо певна норма права була викладена нечітко та незрозуміло для її застосування суб'єктами правовідносин, що потребує додаткового тлумачення при вирішенні справи; в) при вирішенні правових колізій, коли суди формують принцип пріоритетності застосовуваних норм права, між якими наявні розходження, а згодом цей судовий прецедент (судове рішення) стає обов'язковим у судовій практиці. Постійні звернення суддів до законодавчого органу для заповнення ним прогалин у позитивному законодавстві були визнані недоцільними, оскільки суди мають здійснювати правосуддя (вирішувати справи), а не відмовляти у розгляді справ на підставі прогалин у законодавстві.

Звичайно, у межах європейської політичної традиції новітнього часу суди не мали спеціальних повноважень на заповнення прогалин у законодавстві, оскільки офіційне уповноваження на такого роду дії було б не що інше, як дозвіл судам ухвалювати рішення на свій розсуд, а не на підставі правових норм, і передусім закону, як того вимагав принцип парламентського суверенітету. Теорія правового позитивізму, яка обґрунтовувала цей принцип та зводила право до команд суверена, загалом не передбачала існування будь-яких прогалин та неузгодженостей у масиві чинних нормативних актів.

Але, напевно, більшість юристів-практиків, та й науковців, погодиться, що позитивне право не може бути абсолютно досконалим, тобто у законодавстві завжди є прогалини, що їх судді повинні заповнювати при вирішенні конкретних справ, не відмовляючи у відправленні правосуддя. Існування таких прогалин визнавалось і радянською школою права, незважаючи на її позитивістське підґрунтя. Радянські судді заповнювали прогалини в позитивному законодавстві на підставі з аналогії права та закону, а також узагальнень судової практики шляхом надання керівних роз'яснень з питань застосування законодавства, які, по суті, також були тлумаченням окремих норм позитивного законодавства (що, як правило, стосувались кримінальної та цивільної галузей права) з метою універсалізації правозастосування.

Діяльність радянських судів у цьому напрямі, а також відповідні розробки радянської юридичної науки не були принципово новими в історії юриспруденції. Незаперечним є факт, що саме всебічне вивчення науковцями Німеччини та Франції судової практики щодо заповнення прогалин у позитивному законодавстві спричинило виникнення на межі ХХ століття **школи вільного права**. Її представники Є. Ерліх, Г. Канторович, Ф. Жене у своїх працях заклали теоретичні підвалини судової правотворчості у межах континентальної системи права та переконливо обґрунтували її необхідність і корисність.

Французький науковець Ф. Жені, наприклад, наполягав, що позитивне право не може бути застосоване до кожної практичної ситуації, що виникає, оскільки позитивне право не є логічно завершеним, а отже, неминуче містить прогалини. Суддя, знаходячи прогалину у праві, повинен вільно шукати правило або принцип, згідно з яким має бути вирішена справа. *На думку Ф. Жені, пошук суддею правильного рішення є вільною діяльністю, результатом якої — певне правоположення, сформульоване суддею у процесі вільного пошуку. Воно не вважається суб'єктивним, оскільки «виводиться» з об'єктивної соціологічної реальності, потреб, цінностей, природи речей. Формулюючи таке правоположення, суддя стає законодавцем у конкретній справі.* Ф. Жені підкреслював, що цей метод прийняття рішень не новий, судді й раніше вдавалися до нього. Просто настав час для визнання творчих аспектів судочинства¹⁰².

Отже, важко не помітити зв'язку соціологічної юриспруденції з теорією природного права. Очевидно, що вона є певною модифікацією цієї теорії, що визнавали і самі представники школи соціологічної юриспруденції (вільного права), проте з певними застереженнями. На їхню думку: 1) вільне право, на відміну від природного, є не універсальним, а перехідним, яке змінюється разом із соціальними змінами; 2) воно не походить з природи (речей), а потребує акту визнання — тобто волевиявлення.

Німецький науковець Г. Кампф проводить *аналогію між традиційною догматичною юриспруденцією та теологією*. У догматичній (формалістській, позитивістській) юриспруденції головне місце посідає законодавець, тоді як у теології — Бог, чий намір виявляє привілейована каста юристів/теологів — інтерпретаторів волі Законодавця/Бога. Але у процесі цієї інтерпретації вони просто помічають те, що вважають «справжнім правом, або релігією» і не помічають решти, оскільки найвища воля має фрагментарну реалізацію — у вигляді позитивних писаних правових текстів або святого писання, окремі положення яких ще й містять суттєві розходження. Тому метод логічної дедукції слугує не стільки пошуку істини (здійснення правосуддя. — *С.Ш.*), скільки задоволенню специфічних інтересів цієї касты. Г. Канторович у цьому зв'язку слушно підсумовує: якщо дух Реформації дав теології нове життя, то юриспруденція ще марно чекає свого Лютера¹⁰³.

Свої висновки представники школи соціологічної юриспруденції (вільного права) поширювали не тільки на цивільне право, а й на інші галузі права. Вони погоджувались, що певні норми законодавства дуже важко сформулювати у достатньо чіткому і зрозумілому вигляді для правильного їх застосування суб'єктами правовідносин. Тому, на їхню думку, для ефективного регулювання суспільних відносин цілком припустима певна «абстракт-

¹⁰² Herget J. and Wallace S. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism // 73 Virginia Law Review 410.

¹⁰³ Ibid. — 73 Virginia Law Review 413.

ність» правових норм, зміст яких потребує суддівської конкретизації та оцінки. Особливо це стосується конституційних норм-принципів, які неможливо безпосередньо застосувати у суді без додаткової суддівської конкретизації та правотворчості.

Прихильником школи вільного права в Україні був видатний науковець **Б. Кістяківський**. У цьому зв'язку цікавою видається його критика німецького доктринального напрямку — юриспруденції понять (формалістської юриспруденції):

«Фанатики цього логічно конструктивного розуміння права зазвичай і наполягають на тім, що будь-яке застосування права становить собою лише суто логічну операцію побудови певного силогізму. Норма права, яка підлягає застосуванню, грає у цім силогізмові роль верхнього засновку, той випадок, до якого вона має бути застосована, є нижній засновок, а саме застосування — висновок. З такого погляду вимога індивідуалізації під час застосування правових норм, певно ж, є логічно безсенса. На противагу цьому ті, хто висуває вимогу індивідуалізації як неодмінної умови справедливого застосування правових норм, виходять з глибшого розуміння права, що охоплює його у цілому, зокрема вони беруть до уваги ірраціональну природу здійснюваного або суб'єктивного права. Оця вимога індивідуалізації чудово виражена у словах С. А. Муромцева: «Суттєве завдання судді полягає в індивідуалізації права. Якщо закон виражено загальними правилами, то справа судді за кожного випадку надати такому загальному правилу свій особливий смисл, згідний з умовами випадку». Ясна річ, що отой «особливий смисл», який суддя має «надати загальному правилу», не цілком збігається із загальним значенням права, інакше не треба було б вимагати, щоб суддя шукав та знаходив його, зважаючи на «умови випадку», тобто на право, здійснюване у житті»¹⁰⁴.

Розвиток «держави загального добробуту» в Європі в ХХ столітті, зміцнення її соціально-економічних функцій спричинили не тільки розростання державної бюрократії, а й розширення сфери нормативно-правового регулювання та кількості нормативних актів держави, що, у свою чергу, мало результатом піднесення ролі прецедентного права в питаннях конкретизації законодавства та заповнення прогалин шляхом судової правотворчості.

Ці тенденції виявились взаємозалежними: чим більший обсяг законодавства (зокрема законів), тим більший обсяг прецедентного (судового) права, оскільки «нестримне збільшення статутного права (позитивного законодавства. — С.Ш.) спричинило розширення сфери судової правотворчості, де суддівське право змушене оперувати»¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Кістяківський Б. Вибране. — К.: Абрис, 1996. — С. 195.

¹⁰⁵ Barwick J. Judiciary Law: Some Observation Thereon // Contemporary Legal Problems. — № 33. — 1980. — P. 241.

Враховуючи генезу розвитку, правотворчість європейських суддів являла собою лише конкретизацію нормативного матеріалу щодо обставин справи, тобто **у континентальній Європі прецедентне право було завжди тільки «тіною» норми**, а не самостійним джерелом права, як у країнах англосаксонської традиції. Наприклад у Великій Британії суди у процесі регулювання відносин власності, договірних відносин (контрактів), деліктів (позадовірне завдання шкоди) самі формували шляхом судової правотворчості цілі галузі права, що в сукупності дістало назву загального права. В ньому законодавство становило дуже незначну частку.

Така історична традиція спричинила з боку багатьох англійських науковців, і зокрема відомого теоретика загального права XVIII століття У. Блекстоуна, критичне ставлення до позитивного законодавства та надання переваги прецедентному праву. Схожа тенденція спостерігається в Україні, для якої характерне бачення деякими науковцями призначення прецедентного права лише у його протиставленні законам *contra legem*.

Слід зауважити, що навіть у межах англосаксонської правової системи судовий прецедент ніколи не визнавався таким, що обов'язково суперечить позитивному законодавству. У своїй статті «Загальне право та законодавство» відомий американський соціолог права **Р. Паунд навів чотири варіанти ставлення суддів до щойно прийнятого та промудрого закону**:

1. Судді можуть повністю віднести закон до сукупності правових норм (як норм судового права — судових прецедентів, так і норм позитивного законодавства. — *С.ІІІ*), щоб застосовувати його не лише як норму, а як принцип, що лежить в основі прийняття нормативного акта, та визнати закон як остаточне й безпосереднє вираження спільної волі законодавчого органу як вищого авторитету щодо норм судового права стосовно спільного предмета; віддати йому пріоритет при прийнятті рішень за аналогією.

2. Судді можуть повністю віднести його до сукупності правових норм як підстави для застосування аналогії щодо тієї або іншої правової норми, розглядати його як рівне або рівнозначне нормам судового права джерело права.

3. Судді можуть відмовитися віднести закон до сукупності правових норм, надавши йому лише статусу прямої дії; відмовитися від його застосування за аналогією, але дати йому довільне тлумачення для застосування у тій сфері, яку він регулює.

4. Судді можуть не тільки відмовитися застосовувати закон за аналогією або застосовувати його норми як норми прямої дії, а й надати йому вузького та жорсткого тлумачення з тим, щоб застосовувати закон лише в тих випадках, які прямо під нього підпадають¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Pound R. Common Law and Legislation // 21 Harvard Law Review 383 (1908).

Після другої світової війни у Європі починається новий етап політико-правового розвитку, позначений прийняттям нових конституцій. Нові конституції були спрямовані на обмеження принципу парламентського суверенітету шляхом надання основним правам людини функції обмеження державної влади, які перетворюються для законодавчої, виконавчої та судової влади на **безпосередньо діюче право**. З метою захисту цих прав безпосередньо на основі Конституції, тобто безвідносно до конкретизуючого законодавства про права людини, а також для надання конституційним нормам статусу прямої дії, у континентальній Європі відбувається рецепція прецедентного права та збільшення його обсягу. Це пояснюється тим, що саме прецедентне право максимально прислужилося меті безпосереднього захисту конституційних прав людини, коли судді обґрунтовують свої рішення не тільки на підставі конституційних норм, а й згідно з принципами справедливості, розумності, та керуючись природним правом, дбаючи про їх відповідність моральним критеріям, суспільній необхідності та цілям конституційно-правового регулювання у суспільстві.

Історичне коріння судового прецеденту, який створюється у процесі захисту конституційних прав людини, походить із загального права: «Міркування суспільної справедливості, моральної відповідності та публічної доцільності щодо нової ситуації створюють загальне право без прецеденту»¹⁰⁷. Мотивувальні частини судових рішень стають обов'язковими правовоположеннями для інших судів при розгляді аналогічних справ — на підставі доктрини судового прецеденту. Тому самі по собі конституційні терміни «верховенство права», «належна правова процедура», «свобода», «рівність», «справедливість» тощо не мають загальнообов'язкової юридичної сили та самостійного юридичного значення без відповідного суддівського тлумачення у процесі здійснення конституційного правосуддя.

Як зазначає англійський професор права Г. Гарт, «судове рішення нерідко заглиблюється в оцінку моральних критеріїв, вибираючи, а не просто застосовуючи, який-небудь один, визнаний усіма моральний принцип; нерозумно вважати, що на незрозуміле значення правової норми мораль завжди має готове чітке роз'яснення. На цій стадії судді знов-таки можуть зробити вибір, який не буде ні свавільним, ні механічним; тут дають про себе знати специфічні судові моральні принципи, закладення яких в основу судового рішення пояснює, чому деякі люди не схильні називати такого роду діяльність законотворчістю»¹⁰⁸.

Слід підкреслити особливу роль суддів у вирішенні справ, що виникають внаслідок конфлікту різних інтересів людей. З метою примирення або визначення певних пріоритетів для вирішення справи, з урахуванням конкретної ситуації, суд виносить рішення, яким встановлює певний баланс. Це

¹⁰⁷ Кросс Р. Прецедент в английском праве. — М.: Юридическая литература, 1985. — С. 189.

¹⁰⁸ Hart H. The Concept of Law. — P. 200.

рішення, згідно з доктриною судового прецеденту, є обов'язковим при вирішенні аналогічних справ. **Р. Паунд виокремив три групи інтересів, вирішувати конфлікти між якими покликана судова правотворчість:**

1. Індивідуальні інтереси як основа позову з метою захисту сфери життєдіяльності індивіда (особисті конституційні права та негативні свободи. — *С.Ш.*):

- а) особисті інтереси: інтереси честі, гідності, особистого життя;
- б) внутрішньородинні відносини індивідів;
- в) органічні інтереси: інтереси власності, свободи об'єднань.

2. Публічні інтереси як основа позову, що розглядаються з позиції суспільного життя:

- а) інтереси держави як юридичної особи;
- б) інтереси держави як захисника суспільних інтересів.

3. Суспільні інтереси, які відображають особливості суспільного життя або інституціоналізуються через колективні позови:

- а) суспільна безпека (запобігання заворушенням, хворобам та епідеміям);
- б) безпека суспільних інститутів (запобігання суспільній напрузі шляхом рівного захисту різних конфесій);
- в) суспільна мораль (заборона проституції, розповсюдження порнографії тощо, суспільно шкідливого з морального погляду);
- г) суспільний прогрес (захист свободи слова та вільної торгівлі);
- д) особисте життя людини, яке має відповідати суспільним стандартам¹⁰⁹.

Додатковим чинником, що позначився на зростанні активності судової правотворчості у галузі конституційного права, стала жорсткість конституцій післявоєнної Європи. Вона передбачає складну процедуру внесення змін до Конституції, що також впливає на зростання ролі судового тлумачення конституційних норм та його обов'язковості при застосуванні норм європейських конституцій.

Крім того, суттєве зростання ролі органів правосуддя для успішного функціонування системи державних органів сучасних суспільств пояснюється необхідністю забезпечення функціонування системи стримувань та противаг, і особливо при визначенні конституційності законодавства. Судові органи конституційної юрисдикції як негативний законодавець беруть участь у здійсненні законодавчої функції, контролюючи закони на предмет їх відповідності конституції як за формою, так і за змістом. Конституційні суди опосередковано впливають на підвищення якості законів з огляду на зміст їх попередніх рішень щодо визнання конституційності (чи неконституційності) законодавства. Такого роду діяльність здебільшого схвалюється

¹⁰⁹ Jurisprudence: The Philosophy of Law. — London: Old Bailey Press, 1997. — P. 176.

політичними гілками влади, що пояснюється не тільки визнанням необхідності та ефективності судової охорони Конституції, а й тим, що «важко критикувати те, що вважають суто правовою ухвалою»¹¹⁰.

Віддзеркалюючи зазначені тенденції, сучасна конституційна теорія заперечує абсолютність принципу парламентського суверенітету, визнаючи правотворчі функції за органами правосуддя, що, як зазначалось вище, не суперечить теорії м'якого поділу державної влади.

Загальноєвропейська антиформалістська (антипозитивістська) революція у праві позначена не лише рецепцією природного права, а й запереченням абсолютизації формальних, позитивістських підходів до правозастосування. Принагідно зазначимо, що антиформалістська революція у праві не була суто європейським феноменом, а відбувалася також на Американському континенті. Як зазначає американський професор права Дж. Блек, «формальна раціональність або рішення, винесене лише в результаті літературного (буквального) тлумачення норми, суперечить функціональній раціональності, коли рішення ухвалюються у зв'язку з функціональними цілями політики»¹¹¹. Його висновок перегукується з думкою Г. Гарта, який вважає, що формалізм виникає з заперечення різних поглядів на один предмет, коли рішення, що пропонується, вважається оптимальним та єдиним¹¹².

Антиформалістська революція в Європі переважно була підготовлена школою вільного права у процесі боротьби з правовим позитивізмом та правовою догматикою, коли «формалізм намагається піднести до абсолюту елемент формальної, механічної логіки при прийнятті судових рішень, заперечуючи творчий, дискреційний елемент вибору»¹¹³.

Результатом такої революції стало визнання нової — творчої та активної — ролі судді у правозастосуванні та абсолютного заперечення ролі судді як «вуст закону». Цей процес був прискорений закладенням в основу сучасного судочинства принципу верховенства права, який, до речі, у Європі вже визнається як з формального, так і з органічного погляду, а відтак і той факт, що діяльність судді є набагато складнішою та більш комплексною, ніж зазвичай вважають згідно з традиційними науковими доктринами. Принаймні при ухваленні рішень її не можна звести до простого застосування дидактичної логіки (метод дедукції) — без урахування чинників економічного, політичного та морального характеру, тобто діяльність судді не може бути абсолютно нейтральною та логічно чіткою.

¹¹⁰ Рассел Б. — Оп. цит. — С. 534.

¹¹¹ Black J. Which Arrow?: Rule Type and Regulatory Policy // 1 Public Law, 1993. — №1. — P. 95.

¹¹² Hart H. Positivism and the Separation of Law and Morals // Harvard Law Review. — 1958. — №71. — P. 593.

¹¹³ Cappeletti M. The Judicial Process in Comparative Perspective. — Oxford: Clarendon Press, 1989. — P. 9.

Більш ніж стримане ставлення до судової правотворчості в Україні пояснюється традицією ототожнення права із законом та заперечення існування неписаних фундаментальних принципів надпозитивного, тобто конституційного рівня, а також заперечення активної, творчої ролі судді у процесі правозастосування. Як вважає радянський науковець В. Лазарев, «...було б крахом принципу законності, якби під виглядом тлумачення створювались нові норми»¹¹⁴. Цю тенденцію щодо ставлення до судової правотворчості у колишньому СРСР справедливо помічають відомі західні дослідники: «Очевидно, що в умовах, де право щільно пов'язане з державною політикою та де так пориваються зробити дійовим суверенітет народу, представлений його парламентом, для судової практики виключається можливість виступати у ролі творця норм права... Ця принципова позиція певною мірою підтверджується й відсутністю у країні судової касти, яка б претендувала на те, щоб стати незалежною від державної влади або бути їй суперником. Такої касти ніколи не було й у Росії, де до 1864 року судді вважалися звичайними чиновниками, а у період між 1864 та 1917 роками судовий корпус хоч і відчув необхідність автономії, але не встиг сформуватися у цій якості»¹¹⁵.

Навіть у сучасних умовах багато відомих українських науковців вважають, що будь-яке відхилення суду від позитивної правової норми, так зване творче її тлумачення (формулювання нового змісту правової норми або встановлення правового принципу), **суперечить конституційному принципу поділу влади**.

Не заперечуючи в цілому проти такого підходу, слід зазначити, що судова правотворчість суттєво відрізняється від законотворчості. Діяльність судді з формулювання нових правоположень, які стають обов'язковими згідно з доктриною *stare decisis* (з лат. — дотримуватися вирішеного), навряд чи може бути ототожнена з діяльністю законодавця, який створює норми класичної (гіпотеза — диспозиція — санкція) або нетипової структури (нетипові нормативні приписи, коли відсутній один з елементів правової норми).

На теоретичному рівні можна зробити **розмежування політичної позитивної законотворчості та судової правотворчості**:

1. Позитивне законодавство є результатом виявлення політичної волі (команди суверена — «я так бажаю»); воно обумовлене потребами поточної політики та приймається, як правило, без пояснення підстав ухвалення таких рішень. Водночас судові рішення, в яких для захисту принципу справедливості при здійсненні правосуддя формулюються певні правоположення, мають бути обґрунтовані та добре вмотивовані.

¹¹⁴ Лазарев В.В. Применение советского права. — Изд-во Казанского университета, 1972. — С. 67.

¹¹⁵ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Международные отношения, 1999. — С. 182.

В основі такого поділу лежить **розрізнення політики та принципу** (у значенні загальноправової ідеї, або права, яке є «автономним» від політики). Сутність цього розмежування пояснює відомий правознавець Р.Дворкін: «Я називаю *політикою* певний стандарт щодо встановлення мети, яка бути досягнута переважно для поліпшення економічного, політичного або соціального рівня розвитку суспільства. Під *принципом* я розумію стандарт, який має бути дотриманий не тому, що необхідно поліпшити економічну, політичну або соціальну ситуацію, а тому, що це обумовлюється вимогами або справедливості, або правосуддя, або іншими вимогами моралі»¹¹⁶. Це визначення є модифікацією думки автора «Федераліста» О. Гамільтона, який розрізняв *волю* як основний термін визначення політики та *судове рішення* як акт правосуддя, що ґрунтується на принципі розумності та справедливості. На цих підставах він розмежовує політичну та судову діяльність, а отже, й позитивну законотворчість та судову правотворчість.

В основі сприйняття політики як засобу формування політичної волі лежить суто утилітаристський принцип — досягнення найбільшого щастя найбільшою кількістю людей шляхом прийняття законів — результату волевиявлення парламентської більшості, що цілком відповідає теорії правового позитивізму. В основі ж принципу — ідея розумності та верховенства природних прав людини.

2. Позитивне законодавство приймається з дотриманням парламентських або інших процедур; судова правотворчість здійснюється у межах судового процесу та, як правило, є результатом тлумачення судом правових норм.

3. Позитивне законодавство приймається на пропозицію суб'єктів законодавчої ініціативи, фракцій та лобістських груп щодо загальних питань публічної політики; судова правотворчість є результатом розгляду конкретної справи за ініціативою сторін. Судова правотворчість передбачає: врахування принципів природної справедливості, дотримання права на справедливий судовий розгляд, вимог заборони бути суддею у власній справі, а також вимог до судді бути неупередженим та не піддаватися тиску сторін при вирішенні справи.

Слід також зазначити, що результати судової правотворчості можуть бути скасовані законодавцем шляхом прийняття нових законів чи скасування тих правових норм, що тлумачаться. У свою чергу судді можуть відмовитися від застосування певних позитивних правових норм, якщо вони не відповідають Конституції або суперечать фундаментальним принципам конституційного рівня. Ю. Лімбах — голова Конституційного суду ФРН — підкреслила у цьому зв'язку, що «формулювання права — завдання політики, а визнання права — справа правосуддя»¹¹⁷. Іншими словами, закони можуть

¹¹⁶ Dworkin R. Taking Rights Seriously. — P. 22.

¹¹⁷ Див.: Лімбах Ю. Федеральний Конституційний суд як політичний фактор влади. — Гумбольдт форум, 1996. — С. 5.

залишитися «записаними у книгах» і не матимуть ніякого практичного значення, доки не будуть визнані судами діючим правом.

У сучасній юридичній літературі без суттєвих заперечень визнається судова правотворчість при тлумаченні позитивного законодавства: «Суди повинні застосовувати законодавство, яке створене іншими інститутами; вони не повинні створювати нове право. Це є ідеалом, який з різних підстав не може бути повністю реалізований на практиці. Закони та положення загального права часто є неоднозначними для їх розуміння і мають бути розтлумачені для їх застосування у нових справах. У деяких справах порушуються проблеми, які не можуть бути вирішені шляхом тлумачення наявних правоположень. Тому судді створюють нове право незалежно від того, як вони це роблять — приховано чи відкрито. У разі творення нового права суддя фактично діє як законодавець, який аналогічну проблему вирішує шляхом прийняття закону»¹¹⁸. Заперечення судової правотворчості є одночасним визнанням нездатності суддів вирішувати конфлікти у суспільстві за допомогою права та здійснювати правосуддя у так званих важких справах.

У західній конституційній теорії майже одностайно визнається твердження, що при будь-якій інтерпретації як законів, так інших продуктів людської цивілізації (живопис, поезія, музика), необхідний певний творчий підхід та дискреційний (вільний, суб'єктивний) вибір, обумовлений талантом та досвідом інтерпретатора, що дає змогу відрізнити виконання музичного твору оркестром під диригуванням Г. Караяна від оркестру місцевої художньої самодіяльності або рішення судді Верховного Суду від рішення судді-початківця районного суду. Музичні ноти, як і слова у нормативно-правовому акті, є певними символами, значення яких не може бути остаточно з'ясоване без вирішення проблемних питань щодо їх розуміння.

Як писав у 1899 році суддя Верховного суду США О. Голмс — засновник школи американського правового реалізму, що продовжувала традиції європейської школи вільного права: «Не є правдою, що на практиці (і я не знаю жодних підстав, чому теорія не має погоджуватися з фактами) певне слово або комбінація слів повинна мати тільки таке значення, а не інше. Загальновідомо, що навіть словник дає кілька значень слова»¹¹⁹. Тому там, «де видається сумнівним застосування інструмента простої логіки, що також може виявитися недостатнім, судді покликані здійснювати суверенну прерогативу вибору»¹²⁰. У цьому зв'язку афористичне твердження О. Голмса не видається надто парадоксальним: «Оскільки життя права є не логіка, а досвід, ми маємо дійти висновку, що коли певні питання виносяться на розгляд у судовому процесі, це доводить, що вони не могли бути попередньо вирішені шляхом логічного міркування»¹²¹.

¹¹⁸ Dworkin R. Taking Rights Seriously. — P. 82.

¹¹⁹ Holmes O. The Theory of Legal Interpretation // Collected Legal Papers, 1952. — P. 203.

¹²⁰ Holmes O. Law in Science and Science in Law // Collected Legal Papers, 1952. — P. 210.

¹²¹ Jurisprudence: The Philosophy of Law. — London: Old Bailey Press, 1997. — P. 25.

Як зазначає з цього приводу доктор права Г. Гарт: «Логіка тільки гіпотетично каже, що, давши певному терміну певне тлумачення, можна дійти певного висновку. Логіка мовчить стосовно класифікації конкретних обставин справи, що є основою суддівського рішення. Він (суддя) не бачить або не хоче бачити, що загальні терміни правової норми можуть бути розтлумачені з різних позицій. Він ігнорує той факт, що перебуває в зоні напівсвітла, коли вирішує нестандартну справу»¹²². Цим твердженням **Г. Гарт популяризує ідею важкої справи, вирішити яку неможливо шляхом звичайного нормозастосування**, оскільки певні правові норми є неоднозначними, тобто складаються з «**ядра**» (правових положень, які є більш-менш зрозумілими) та «**напівсвітла**», або «**сутінкової зони**», зміст яких неможливо зрозуміти без творчої суддівської інтерпретації. Г. Гарт вважає, що майже кожна позитивна правова норма має «**сутінкову зону**» **неоднозначного розуміння**. Він наводить приклад з британського закону, що регулює діяльність публічних парків. Одна з правових норм цього закону забороняє «в'їзд до парку транспортних засобів» під загрозою застосування санкцій, але при цьому в законодавстві немає визначення, що саме розуміється під терміном «транспортні засоби» для специфічного контексту — публічного парку. Більш-менш зрозумілим видається ядро цієї норми — заборона на допуск легкових автомобілів та двадцятитонних вантажівок. Виникає запитання: чи можна застосовувати цю норму в «сутінковій зоні», коли зміст її є незрозумілим за інших обставин? Чи діє вона щодо роликівих ковзанів, автомобілів адміністрації парку, необхідних для виконання технічних робіт, або ж щодо вантажівки, яка є пам'ятником періоду другої світової війни і стоїть у парку на постаменті? Безумовно, що для кваліфікованого вирішення справи, уникнення правових суперечностей «сутінкової зони», нечітка правова норма піддається творчому, динамічному судовому тлумаченню із дотриманням принципу справедливості.

Відомий науковець Д. Кеннеді стверджує, що у сучасному американському судовому процесі всі форми права розрізняються за двома категоріями, а саме: *норми*, які є відносно вузькими та конкретними, а отже, діють об'єктивно та безпосередньо, та *принципи* — справедливості, розумності, належної процедури, що є відносно широкими та дають змогу вирішувати юридичні проблеми у конкретній ситуації¹²³.

Як зауважив Верховний суд Канади в одному із своїх рішень: «Абсолютно точні правові норми трапляються рідко, якщо вони загалом існують. Постає питання: чи встановив законодавчий орган зрозумілий стандарт, згідно з яким повинна діяти судова влада? Тлумачення того, як цей стандарт

¹²² Hart H. Positivism and the Separation of Law and Morals. // Harvard Law Review. — № 71. — P. 610.

¹²³ Kennedy D. Form and Substance in Private Law Adjudication // Harvard Law Review, 89, 1976 (1976).

застосовується у конкретних випадках, має завжди супроводжуватися дискреційним елементом, оскільки стандарт ніколи не може охоплювати всі випадки, за яких він застосовується»¹²¹.

Ідея «сутінкової зони» правової норми не є принципово новою й у країнах, які не належать до англосаксонської правової системи, зокрема: «У країнах романо-германської правової системи... вважають, що правова норма має залишати певну свободу для судді; її функцією є лише встановлення правових рамок та директив для судді: не потрібно регламентувати деталі, оскільки творець правової норми (правник або законодавець) не може точно передбачити різноманітність конкретних справ, що виникають на практиці.

З метою зміцнення стабільності правопорядку суди на практиці намагаються уточнювати норми, сформульовані найзагальнішим чином. Крім того, суди здійснюють контроль за тим, як нижчі суди тлумачать норми. За цих умов норма, створена законодавцем, — не більш ніж ядро, навколо якого обертаються вторинні правові норми (створені судами у процесі тлумачення. — *С.Ш.*)»¹²².

Як підкреслює німецький науковець О. Германн: «Є всі підстави вважати, що законодавець, використавши формули без уточнення їх точного змісту, тим самим надав повноваження на вільний (суддівський. — *С.Ш.*) додатковий пошук у межах закону. Цей вільний пошук потребує від суддів самостійних ціннісних суджень, які не можуть бути виведені з позитивного права»¹²⁶. Якщо цей висновок поширити й на конституційне судочинство, можна впевнено припустити, що конституційні норми «оцінного» змісту, або «сутінкова зона» конституційної норми мають бути розтлумачені у межах Конституції.

Право, яке твориться в результаті творчої суддівської інтерпретації при вирішенні конкретної справи, є, безумовно, новим правом у порівнянні зі «старим». «Старе» право не містить жодних положень, які б лягли в основу суддівського рішення, в якому формулюється нове правоположення. Як зазначають радянські науковці С. Братусь та А. Венгеров, «вони (судові правоположення, що конкретизують закон) є ... своєрідними новими «нормами», оскільки їх раніше не було, і без них неможливо регулювати конкретні відносини, здійснювати правозастосовчу діяльність»¹²⁷.

На підтвердження цієї думки, можна навести Рішення Конституційного Суду України в справі про набуття чинності Конституцією України від 3

¹²¹ Irwin Toy v. Quebec (Attorney-General) (1989) 1 S.C.R. 613, 621.

¹²² Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Международные отношения, 1999. — С. 7.

¹²⁶ Germann O. Problems und Methoden der Rechtsfindung. — 1967. — S. 388 // Цит. за: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Международные отношения, 1999. — С. 86.

¹²⁷ Судебная практика в советской правовой системе. — М.: Юр. лит., 1975. — С. 39–40.

жовтня 1997 року. Фабула справи полягає в тому, що громадянин України Барабаш О. Л. звернувся до Конституційного Суду України з проханням дати офіційне тлумачення частини п'ятої статті 94 та статті 160 Конституції України, оскільки зі змісту положень зазначених статей незрозуміло, з якого моменту у часі набуває чинності Конституція України. Складність проблеми полягала в тому, що Конституція України вирішує це питання двояко. Відповідно до частини п'ятої статті 94 Конституції України «Закон набирає чинності через десять днів з дня його офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самим законом, але не раніше дня його опублікування». Водночас, згідно зі статтею 160 Конституції України, Конституція набуває чинності з дня її прийняття.

Конституційний Суд України вирішив, що частину п'яту статті 94 Конституції України щодо набуття чинності законом не раніше дня його опублікування потрібно розуміти так, що дія цієї частини статті не поширюється на набуття чинності Конституцією України. Згідно зі статтею 160 Конституції України Конституція України набула чинності в день її прийняття Верховною Радою України — 28 червня 1996 року. Моментом набуття чинності Конституцією України є момент оголошення результатів голосування за проектом Конституції України в цілому на пленарному засіданні Верховної Ради України. Таке офіційне тлумачення робить універсальним правозастосування і є, по суті, «новою» нормою — результатом судової правотворчості, оскільки до тлумачення зазначеної норми судом момент набуття чинності Конституцією України не був визначений.

У рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 158 та статті 159 Конституції України (справа щодо внесення змін до Конституції України) від 9 червня 1998 року надано офіційне тлумачення деяких конституційних положень. Зокрема, у суб'єкта права на конституційне подання — Президента України — виникло питання, чи є обов'язковим для Верховної Ради України висновок Конституційного Суду України щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України вимогам статей 157 і 158 Конституції України під час розгляду його на пленарному засіданні Верховної Ради України, оскільки стаття 159 Конституції України не містить чіткої відповіді на це запитання.

У результаті аналізу матеріалів справи, застосувавши спосіб систематичного тлумачення конституційних положень, суд вирішив, що положення статті 159 Конституції України потрібно розуміти так, що законопроект про внесення змін до Конституції України відповідно до статей 154 і 156 Конституції України може розглядатися Верховною Радою України лише за наявності висновку Конституційного Суду України про те, що законопроект відповідає вимогам статей 157 і 158 Конституції України. У разі внесення Верховною Радою України поправок до законопроекту, він приймається Верховною Радою України за умови наявності висновку Конституційного

Суду України про те, що законопроект з внесеними до нього поправками відповідає вимогам статей 157 і 158 Конституції України.

Таким чином судом було створене нове правоположення про обов'язковість для Верховної Ради України висновків Конституційного Суду України щодо законопроектів про внесення змін до Конституції України. Такого правоположення не містилось у тексті Конституції України, воно було сформульоване судом у результаті тлумачення. Без такого тлумачення справа не могла бути вирішена, а проблемне питання — зняте.

Суди створюють «нове право» не лише з метою тлумачення неоднозначних для розуміння правових норм, заповнення прогалин у законодавстві чи при виникненні розбіжностей між правовими нормами тощо, інколи для захисту концепції справедливості вони діють проти закону (contra legem). Прикладом може бути відома справа принцеси Сорайя, розглянута Верховним та Конституційним судами ФРН. Її фабула полягає у тому, що німецький тижневик помістив неправдиву статтю про колишню дружину персидського шаха, за що Верховний суд зобов'язав відповідача — орган мас-медіа — сплатити потерпілій компенсацію у розмірі 15 000 німецьких марок. Це рішення порушило вимоги статті 253 Німецького цивільного кодексу, згідно з яким дозволялося присудження грошової компенсації за збитки нематеріального характеру тільки у випадках, передбачених законом. Виплата компенсації за порушення конституційного права людини на людську гідність не була передбачена у законі. Федеральний конституційний суд Німеччини, до якого звернувся відповідач, виправдав таку практику судів загальної юрисдикції, що склалася, на підставі Основного закону ФРН: «Право не є тотожним сукупності писаних законів. Поза та над позитивними правовими актами, прийнятими державною владою, існує правовий додатак, який походить з джерела, що має назву «конституційний правовий лад» — як єдність букви та духу правових значень — та яке функціонує як корелятор писаного права; виявляти його та втілювати у рішення є завданням судочинства. Сюди також належать випадки, коли писаний закон не є засобом вирішення суспільних проблем. У такому разі суддя повинен запобігти свавіллю; його рішення має ґрунтуватися на раціональній та розумній аргументації. Рішення суду заповнює цю прогалину відповідно до стандартів практичної розумності та загальних ідей справедливості, які сприймаються та поділяються суспільством»¹²⁸.

Про необхідність судового творчого тлумачення для вирішення проблеми «сутінкової зони» правової норми, а також для захисту суддями концепції справедливості згадувалося ще у праві Стародавнього Риму. У ньому під правовою нормою розумівся не тільки акт волевиявлення законодавця, а й преторське узагальнення судової практики, а також короткий виклад суті справи. Так, завершальний титул 50.17. Дигестів Юстиніана «Про різні нор-

¹²⁸ BverfGE 34, 269 (287).

ми стародавнього права» об'єднуював 211 норм, якими узагальнювалася судова практика або, точніше, формулювалися принципи, згідно з якими вирішувалися справи. У першій нормі цього розділу Дигестів дається визначення терміна «норма»: «Норма — це коротке викладення суті справи... Через норми передається стислий зміст ... якщо він не точний, то втрачає свою корисність»¹²⁰.

Багато таких принципів увійшло до підручників права або «позитивувалось» у нормативні тексти як аксіоми, що приймаються на віру без доказів, тобто безвідносно до тих справ, при вирішенні яких вони були сформульовані: «аналогічні справи мають бути вирішені аналогічно», «договір не може укладатися під примусом», «мета договору має бути досяжною, ні в якому разі не аморальною та незаконною», «норма не може вважатися правовою, якщо вона не сформульована достатньо чітко, щоб індивід міг регулювати свою поведінку відповідно до неї», принцип «обґрунтованих сподівань» (*reasonable expectations*) — наступні закони не можуть змінювати правовий статус особи, зафіксований у попередньому законі на чітко визначений період часу (будь-яке сподівання є обґрунтованим, якщо воно гарантується нормативно-правовим актом) та безліч інших.

Наприклад, вважається, що правовий принцип «не можна бути суддею у власній справі» був сформульований та дістав своє найбільш повне розкриття у рішенні судді Е. Коука у справі Бонгема, винесеному 1610 року у Великій Британії. Лікар Бонгем, доктор медицини Кембриджського університету, практикував у Лондоні, не маючи ліцензії Королівського коледжу, за що був притягнутий цим коледжем до відповідальності. На лікаря було накладено штраф, а також встановлена міра кримінального покарання у вигляді позбавлення волі. Коледж прийняв рішення на підставі указу короля Генрі VIII (указ був схвалений парламентом Великої Британії). Цим указом Королівському коледжу надавались повноваження щодо переслідування осіб, які займаються медичною практикою, не маючи на те дозволу (без ліцензії). Причому коледж мав право залишати половину штрафу, накладеного за порушення указу, собі, а іншу половину мусив віддавати королю. Е. Коук виніс рішення на користь Бонгема, обґрунтувавши його принципом *quita aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem suae rai esse judicem*, що означає: не можна бути суддею у власній справі. У даному разі коледж був зацікавлений у стягненні максимального штрафу, проте всупереч принципу справедливості.

Таким чином логічним є висновок, що судова правотворчість є не що інше, як творче тлумачення суддями нормативних положень, розширення їх змісту, розкриття та підтвердження існування фундаментальних надпозитивних принципів правової системи. Слід зазначити, що між тлумаченням позитивного законодавства судом та судовою правотворчістю немає

¹²⁰ Берман Г. — Оп. цит. — С. 141.

принципової різниці. Завдячуючи діяльності суду, норми позитивного законодавства перетворюються у *відкритий текст*, до якого у процесі судового тлумачення додаються та позитивуються, тобто закріплюються судовим рішенням, доктринально-теоретичні положення про критерії справедливості та розумності права, правові традиційні цінності та звичаї. Особливо це стосується конституційних норм, які неможливо застосувати як норми прямої дії без розширеного тлумачення їх судом. Це, звісно, робиться також для врахування конкретних обставин справи, особливо у справах про захист основних прав людини.

На момент конкретизації загальної норми з урахуванням певних обставин справи та ціннісно-моральних критеріїв звертав увагу ще Аристотель, визначаючи право справедливості як «поправку до закону, коли через загальність закону у ньому є прогалини», оскільки «будь-який закон складений на всі випадки, але про деякі речі не можна сказати точно у загальному вигляді»¹⁴⁰. У канонічному праві справедливості суворість букви закону пом'якшувалася у виняткових випадках, якщо цього вимагали добра совість, чесність, милосердя¹⁴¹.

Слід також мати на увазі, що будь-яку норму законодавства, якої мають дотримуватися суб'єкти правовідносин для правомірної поведінки, неможливо сформулювати абсолютно чітко, як того вимагає принцип верховенства права. Норми права, регулюючи певні суспільні відносини, як правило, містять певну абстрактність, а тому вони потребують судової конкретизації та правової оцінки. Наприклад, наявність «неоднозначного застосування положень Конституції України або законів України судами України, іншими органами державної влади» як підставу для конституційного звернення щодо офіційного тлумачення Конституції України та законів України згідно зі статтею 94 Закону України «Про Конституційний Суд України» від 16 жовтня 1996 року має визначати Конституційний Суд України, оскільки Верховна Рада України не встановила випадків «неоднозначного застосування».

Це — типова діяльність органів правосуддя, оскільки в результаті тлумачення судом певних норм законодавства відбувається універсалізація у праворозумінні (в нашому прикладі — терміна «неоднозначне застосування»). Без судового тлумачення, яке має обов'язкову силу, такі норми або не діють, або спричиняються до свавілля суддів або інших державних органів. Такою ж особливістю характеризуються норми Конституції України, особливо норми про права людини, які сформульовані дуже загально і потребують конкретизації їх судом згідно з ціннісними критеріями моралі, принципами справедливості та розумності, а також іншими об'єктивними критеріями.

¹⁴⁰ Аристотель. Никомахова етика, 5.10.1137b, 11–28/ Ed. By R. McKeon. The Basic Works of Aristotle. New York, 1941. – P. 1020.

¹⁴¹ Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования. — М., 1994. — С. 193.

Наприклад, у справі Лінгенса, що була розглянута Європейським судом з прав людини у 1986 році, нормою, створеною в результаті судового тлумачення для прояснення «сутінкової зони» як наслідку суперечності між правом на свободу слова та правом на повагу до людської гідності, є квінтенсенція положень параграфів 39–47 рішення. У них, зокрема, розмежовуються поняття публічної та приватної особи: «Межі допустимої критики є ширшими, коли вона стосується власне політика, а не приватної особи. На відміну від останньої, перший неминуче і свідомо відкривається для прискіпливого аналізу кожного свого слова і вчинку як з боку журналістів, так і громадського загалу і, як наслідок, повинен виявляти до цього більше терпимості. Безсумнівно, пункт 2 статті 10 дає можливість захищати репутацію інших осіб, тобто всіх людей, і цей захист поширюється і на політиків також, навіть коли вони не виступають як приватні особи; але в цьому разі вимоги такого захисту повинні розглядатися у зв'язку з інтересами відкритого обговорення політичних питань»¹³².

Слід також мати на увазі, що концепція справедливості та вирішення проблеми «сутінкової зони» правової норми, з одного боку, вимагає від суддів активної, творчої ролі у процесі правозастосування, з іншого — надто активна творча діяльність суддів у процесі правозастосування, їх немотивоване нехтування нормами права або своїми попередніми рішеннями, може порушити концепцію справедливості та призвести до суддівського свавілля. Тому при вирішенні кожної справи потрібно шукати оптимальний баланс, образно кажучи, завжди пам'ятати про терези Феміди.

Необхідність офіційного визнання в Україні судової правотворчості при тлумаченні конституційних положень, а також її загальнообов'язковості для всіх суб'єктів права обумовлена якісно новими підходами до питання щодо визначення юридичної природи Конституції України. Підставою для такого визнання є частина третя статті 8 Конституції України про пряму дію її норм, а також можливість захисту конституційних прав і свобод безпосередньо на підставі Конституції України. Без розширеного тлумачення, яке має нормативне (для всіх), а не тільки казуальне (тільки для сторін) обов'язкове значення, неможливе належне застосування Конституції України як юридичного документа прямої дії. Це означає, що Конституція України діє безвідносно до (наявності чи відсутності) відповідного позитивного законодавства, тобто має самостійну сферу та предмет конституційно-правового регулювання.

Конституційні права та свободи природно-правового походження, а також конституційні принципи, закріплені у Конституції України, неможливо захистити та застосувати на практиці без творчої та активної суддівської діяльності.

¹³² Lingens v. Austria (1986) 8 E. H. R. R. 407, EctHR, paragraph 42.

Цей підхід принципово відмінний від підходів радянської науки про державне право до питання щодо прямої дії конституційних норм. «Конституція СРСР закріплює лише головні принципові положення, які, діючи безпосередньо, водночас розкриваються та конкретизуються в інших законодавчих актах»¹⁵⁵. Тому на практиці радянські конституції залишалися лише програмними документами і не мали прямої юридичної сили, оскільки їх зміст розкривався через інші правові акти. Аналогічна хибна тенденція спостерігається у сучасній Україні на теоретичному та, певною мірою, на практичному рівні, коли зміст конституційних положень розкривається лише через призму позитивного законодавства, а не навпаки, коли Конституція повинна бути єдиним мірилом конституційності законодавства.

Без розширеного, творчого тлумачення судом Конституція України ризикує залишитися програмним документом, який складається лише з позитивних норм (букви), в якому не враховується конституційний дух, неписані конституційні норми та цінності, без чого Конституція не може слугувати дієвим інструментом обмеження державної влади.

З іншого боку, при творчому тлумаченні, існує небезпека підміни змісту Конституції суб'єктивними оцінками суддів, на що звертав увагу колишній голова Верховного суду США Г. Г'юджес: «Конституція — це те, що про неї кажуть судді». Але при цьому потрібно пам'ятати слова, сказані трохи пізніше: «Протилежне також є слушним: якщо судді не готові говорити про Конституцію, вона — ніщо».

¹⁵⁵ Брежнев Л. И. Ленинским курсом. Речи и статьи. — М., 1978. — Т. 6. — С. 524.

2.4. ЗАСТОСУВАННЯ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА У ПРОЦЕСІ ЗДІЙСНЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВОСУДДЯ

Застосування певних елементів доктрини судового прецеденту в українській практиці конституційного судочинства обумовлене необхідністю надання конституційним положенням ефекту прямої дії та забезпечення захисту конституційних прав і свобод безпосередньо на основі Конституції України. Історично ця доктрина походить з країн загального права, елементи якої сприймаються всіма європейськими країнами бодай через діяльність Європейського суду з прав людини, що здійснюється на підставі доктрини судового прецеденту.

Творча діяльність суддів у країнах англосаксонської традиції щодо розширеного тлумачення конституційних положень у процесі здійснення правосуддя ґрунтується на доктрині судового прецеденту, зміст якої полягає в обов'язковості для органів судової влади їх попередніх рішень (*stare decisis*). **Основою судового прецеденту є принцип *ratio decidendi*** (з лат.— підстава для вирішення), згідно з яким вирішено справу. Він міститься у мотивувальній частині рішення (*imperative conclusion*) і являє собою судовий стандарт — пояснення, чому саме так було вирішено конкретну справу. Для обґрунтування цього принципу судді, ухвалюючи рішення у справі, застосовують норми законодавства, попередні прецеденти та міркування (мотивацію) суддів при їх прийнятті, цитати з авторитетних доктринальних джерел, посилання на іноземні прецеденти та законодавство тощо.

Скажімо, у вже згадуваній справі генерала Піночета таким принципом є мотивація суду, що скоєння злочинів проти людства та катування людей не є офіційними діями глави держави, тому він не має імунітету від кримінального переслідування. Для обґрунтування цього принципу судді використали міжнародно-правові акти, праці відомих науковців-міжнародників, прецедентне та конституційне право США, європейське право, внутрішнє законодавство та прецедентне право тощо.

Тобто, обґрунтовуючи рішення у справі, судді посилаються не тільки на позитивні норми закону, оскільки посилання на закон (законодавство) є лише одним елементом мотивувальної частини рішення для формулюван-

ня *ratio decidendi*. Основою рішення у країнах, де діє прецедентне право, є не норми позитивного законодавства, а саме принцип *ratio decidendi*, для обґрунтування якого можуть використовуватись і норми позитивного законодавства.

Для українських суддів за *ratio decidendi* править переважно позитивна правова норма (група норм), на яку вони виключно й посилаються при обґрунтуванні рішень, оскільки доктрина прецедентного права ще не набула належного розвитку. У галузі конституційного права їй має бути надана особлива увага, зважаючи на специфіку та мету конституційного регулювання, а також на відкритість конституційних норм (їх «сутінкову зону»), які не можуть бути застосовані безпосередньо без суддівського тлумачення.

Ratio decidendi міститься у мотивувальній частині судового рішення, яке має назву **імперативного висновку**. Існують певні труднощі для виокремлення цього принципу, оскільки мотивувальна частина рішення не містить його чіткого формулювання, як, скажімо, норма права у законі. Він є частиною суддівської мотивації, тобто сукупністю суддівських пояснень. Отже, у цій частині судового рішення дуже важливо відрізнити твердження *ratio decidendi* від тверджень *obiter dictum* (з лат. — сказане між іншим).

Obiter dictum — це також міркування судді щодо правових норм для ухвалення рішення, які прямо не стосуються спірних питань у справі, але висловлені для пояснення, ілюстрації і мають загальний характер. Такі міркування, згідно з доктриною судового прецеденту, не мають зобов'язальної сили, але певною мірою впливають на зростання репутації судді та підтверджують високий рівень його професіоналізму.

На практиці у судовому рішенні іноді дуже важко відокремити його обов'язкову частину (*ratio decidendi*) від необов'язкової (*obiter dictum*). Найпоширенішими методами їх розмежування є метод Уембо та метод Гудхарта.

Згідно з **методом Уембо** суддя має спочатку знайти у рішенні те положення, яке може вважатися *ratio decidendi*, а потім надати йому протилежного значення: якщо після цього рішення не зміниться, маємо *obiter dictum*; якщо зміниться — тоді це *ratio decidendi*. Наприклад у справі генерала Піночета, якщо вважати катування людей офіційною дією глави держави, тоді рішення зміниться, тобто протилежне твердження є *ratio decidendi* цього рішення.

Згідно з **методом Гудхарта** суд вважає себе зв'язаним попереднім рішенням і приймає аналогічну ухвалу, якщо у справі, що розглядається, не з'являється новий факт, вплив якого на нове рішення він вважає суттєвим. Суд не вважає себе зв'язаним попереднім рішенням, якщо у справі, що розглядається, відсутні деякі істотні факти, які фігурували у попередній справі.

Принцип *ratio decidendi*, згідно з яким вирішено справу, набуває прецедентного та обов'язкового характеру лише за умови його повторного застосування судом при вирішенні інших справ. Інакше він не є прецедентом.

Для юриста — представника континентальної правової системи — доктрина судового прецеденту (*stare decisis*) видається децю дивною, оскільки судді, ухвалюючи рішення, покладаються не стільки на позитивний нормативно-правовий текст, скільки на попередні судові рішення, які прийняті їх колегами. **На підтримку судового прецеденту, особливо у галузі конституційного права, можна навести багато аргументів, зокрема:**

1. Принцип *stare decisis* відображає загальне правило: *панує право, а не примха*, тобто закон за однакових обставин має застосовуватися однаково, що зміцнює авторитет суддів як безсторонніх слуг правосуддя. **Цей принцип обмежує дискреційну владу суддів, оскільки, виносячи рішення, вони повинні керуватися певними правовими стандартами, що лежать в основі прецедентного права.**

2. Принцип *stare decisis* вимагає від осіб узгоджувати із законом свою поведінку в повсякденному житті, враховуючи встановлений судом порядок його застосування.

3. Врахування прецедентного права необхідне при тлумаченні правових норм, які є неоднозначними для розуміння, тобто воно полегшує праворозуміння. Особливо це актуально у зв'язку з визначенням позиції щодо необхідності судового тлумачення, якого потребує майже кожна правова норма.

4. Принцип *stare decisis* полегшує роботу суддів та процес здійснення правосуддя. Якщо судді витрачатимуть свій робочий час на вивчення справ, які вже були предметом розгляду в суді і щодо яких суд уже виносив рішення, вони фізично не матимуть можливості впоратися з великим обсягом справ, які потребують судового розгляду. За приклад можна взяти практику конституційного судочинства у ФРН, коли судді, що входять до складу палати (трое суддів), розглядають справи по суті, якщо їх обставини та рішення по суті не суперечать вже прийнятій правовій позиції сенату з цих питань.

5. Принцип *stare decisis* є важливим засобом універсалізації правозастосування у межах судової системи країни.

6. Зазначений принцип сприяє формуванню системи спільних ідеалів та правових принципів суспільства та держави, загальне визнання яких об'єднує розрізаних індивідів у єдину спільноту — суспільство. Особливо це впливає на універсалізацію розуміння конституційних норм та принципів.

7. Дотримання принципу *stare decisis* підвищує рівень легітимності органів судової влади, оскільки громадяни з довірою ставляться до відносно стабільного та незмінного у часі судового тлумачення правових норм, що є свідченням неупередженості (у тому числі й політичної) суддів.

8. Завдяки дії принципу *stare decisis* право стає більш деталізованим, що дає можливість його гнучкого застосування за нових обставин.

9. Судовий прецедент відкриває шлях до обов'язкового застосування результатів творчої, а не механічної діяльності суддів у процесі здійснення

правосуддя. Особливо у сфері конституційного судочинства, завдяки прецедентному праву, мотивація суду на ціннісних та моральних засадах стає загальнообов'язковою, що дає змогу універсалізувати та узагальнити конституційні цінності у межах правової системи. До цього закликав суддя Верховного суду США Ф. Франкфутер, зазначаючи, що судді повинні «бути віддані виключно зусиллям поміж заплутаних слів та невизначених понять у правових текстах, за допомогою прецедентів, політики, історії знайти шлях до найкращого рішення, яке смертні істоти можуть прийняти при виконанні найважчого з усіх завдань: досягнення справедливості між людиною та людиною, між людиною та державою на основі того, що називається правом»¹³¹.

Слід зазначити, що ставлення до доктрини судового прецеденту при здійсненні правосуддя навіть у країнах англосаксонської правової системи неоднозначне. **Певна річ, ця доктрина має окремі недоліки, серед яких виділимо:**

1. Судова правотворчість призводить до ускладнення розуміння права та спричиняє проблеми у процесі його застосування; перетворює право на сукупність казуальних судових рішень, а не чітких нормативних положень. Прецедентне право спричиняє розбіжності між різними джерелами права, а також — між самими прецедентами.

2. Прецедентне право ускладнює отримання громадянами адекватної інформації про чинне право, хоч, починаючи ще з кодифікаційних реформ римського імператора Юстиніана, думка про те, що право має бути настільки простим, чітким, безпробільним та зрозумілим для всіх, щоб не потребувати особливого професійного мистецтва адвоката або судді при його застосуванні, вважається спрощеною та романтичною.

3. Прецедентне право завжди має зворотну дію щодо сторін у справі. Наприклад, коли сторони звертаються до суду для вирішення спору щодо неоднозначного застосування певної правової норми, внаслідок чого вони зазнали збитків, суд, формулюючи нове правоположення, створює прецедент, якого «не існувало» до вирішення цієї справи. Згідно з принципом *res judicata* (з лат. — вирішена справа), який означає, що судові рішення, ухвалені найвищим судовим органом, є остаточним і не підлягає перегляду за тим самим предметом позову, та принципом *interest rei publicae utsit finis litium* (з лат. — в інтересах держави, щоб судові спори завершувались), щоб уникнути не зовсім нормального стану «вічного суду», судові рішення, в якому формулюється нове правоположення, поширюється назад щодо сторін у справі та вперед на всіх майбутніх учасників судового процесу. Це означає, що попередні судові рішення не переглядаються при виявленні «нових обставин справи» — нового судового правоположення прецедентного характеру в новому судовому рішенні.

¹³¹ *Frankfurter F.* Chief Justice I Have Known / Of Law and Men. — Berkeley Press, 1956. — P. 138.

Тим часом такий недолік прецедентного права, як його зворотна дія, виправдовується, зважаючи на важливе значення принципу чіткості правових норм та принципу справедливості. Як вважає Р. Дворкін, суддя у такий спосіб захищає принцип верховенства права, згідно з яким дискреція державних органів при застосуванні правових норм має бути мінімальною. Для цього самі норми права повинні бути чіткими та зрозумілими для всіх, а не тільки для державних посадових осіб.

4. Інституційна некомпетентність суддів як творців права, оскільки вони не мають відповідних ресурсів для правотворення, допоміжного апарату, і повинні дотримуватися певних вимог судового процесу та вирішувати лише питання права або фактів, що порушуються сторонами цього процесу.

5. Антимажоритарний (антидемократичний) аспект судової правотворчості, що призводить до конфлікту з політичними гілками влади (законодавчої та виконавчої), оскільки суддів ніхто не обирає і ніхто не уповноважує утверджувати правоположення, які мають обов'язкове значення для всіх суб'єктів права.

6. Жорсткість доктрини судового прецеденту, тобто попередні прецеденти важко долаються та змінюються новими. Проте це правило слухне щодо судових прецедентів, які лежать в основі загального права (контракти, власність, делікти). Але **існують підстави і для відмови дотримуватися прецедентного права, зокрема:** прецедент було прийнято *per incuriam* (через недбалість); прецедент суперечить раніше прийнятому прецеденту; прецедент застарів; попереднє рішення, яке містить прецедент, дуже широко сформульоване, є незрозумілим або виходить за межі встановленого принципу; прецедент містить два *ratio decidendi*, з яких потрібно вибрати один; прецедент був змінений законом тощо¹⁵⁵.

На користь жорсткої доктрини судового прецеденту можна навести положення, поширене в американській юридичній літературі: «якщо суди розглядатимуться як такі, що не зв'язані прецедентом, а право — не що інше, як останнє рішення суду, почастишають випадки захоплення контролю над судами, а відтак зазнає обмеження і незалежність судової влади, похитнеться довіра народу до неї»¹⁵⁶.

Щодо конституційного прецедентного (судового) права, зокрема США та Канади, то тут функціонує відносно жорстка доктрина судового прецеденту, оскільки судові рішення щодо тлумачення Конституції, яка має жорсткий характер, повинні відповідати суспільним змінам, а також новому змісту конституційних прав та свобод людини природно-правового походження, який змінюється разом із суспільним розвитком. Наприклад, Верховний суд США у рішенні щодо справи *Lochner v. New York*, розглянутої у

¹⁵⁵ Кросс Р. Прецедент в англійському праві. — М.: Юр. лит., 1985. — С. 152–153.

¹⁵⁶ Monaghan H. Stare decisis and constitutional adjudication // 88 Columbia Law Review 723, 750 (1988).

1905 році¹⁵⁷, визнав закон штату Нью-Йорк таким, що не відповідає Конституції США (зокрема 14-й поправці про належну правову процедуру щодо свободи укладення контрактів), оскільки зазначений закон скорочує робочий день працівників пекарень до 10 годин та — 60 годин на тиждень. Цей прецедент був частково подоланий тільки у 1917 році¹⁵⁸, коли суд визнав конституційним закон штату Орегон, який встановлював максимальний робочий день — 10 годин для фабричних робітників. Проте від філософії свободи контрактів, викладеній у рішенні у справі *Lochner*, Верховний суд США повністю відмовився лише наприкінці 1930-х років для забезпечення успіху новому курсу президента США Ф. Рузвельта.

В Україні, незважаючи на необхідність визнання доктрини судового прецеденту, для тлумачення незрозумілих правових норм, заповнення прогалин у позитивному законодавстві, забезпечення прямої дії Конституції України та безпосередньої дії конституційних норм про права та свободи людини і громадянина існує багато перешкод. **До них належать:** традиція ототожнення права тільки з позитивними правовими нормами; невідповідність судової правотворчості принципу парламентської демократії; слабкий рівень розвитку судової системи та недостатній рівень кваліфікації суддів низової ланки, а також низький рівень забезпечення правовою інформацією та розвитку комп'ютеризації; відокремлення юрисдикцій, зокрема — конституційної тощо.

З позиції доктрини судового прецеденту навряд чи можна назвати класичним прецедентним правом керівні роз'яснення Верховного Суду України та Вищого арбітражного суду України (ухвали пленуму або президії) з питань застосування законодавства, що є обов'язковими для судів, інших органів і службових осіб, які застосовують закон, щодо застосування якого дано роз'яснення, а також для учасників господарських правовідносин (абзац другий частини першої статті 40 Закону України «Про судоустрій України» від 1981 року та пункт 3 частини першої статті 12 Закону України «Про арбітражний суд» від 1991 року). *Зазначені роз'яснення є узагальненням судової практики із застосування певних норм законодавства, а не мотивацією суду у процесі вирішення конкретної справи обов'язкового значення.* Але все ж таки, видається, буде правильним обстоювати позицію, що такі роз'яснення є **квазіпрецедентним** правом, оскільки вони є обов'язковими для нижчих судів та опосередковано обов'язковими — для всіх суб'єктів правовідносин, які застосовують норми права, щодо яких була узагальнена судова практика у формі керівних роз'яснень.

Ознаки квазіпрецедентного права мають також рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення Конституції та законів України, які ухвалюються у процесі реалізації відповідних конституційних по-

¹⁵⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹⁵⁸ *Bunting v. Oregon*, 243 U.S. 426 (1917).

вноважень, закріплених у статті 150 Конституції України. Такий висновок можна зробити на підставі того, що обов'язковою не тільки для суб'єкта права на конституційне подання або звернення, а й для всіх суб'єктів права є не частина мотивації рішення, як у класичному прецедентному праві, а його резолютивна частина, де дається тлумачення. Водночас рішення є обов'язковим у цілому для того, хто звертається з приводу тлумачення.

У теорії права **офіційне тлумачення** є рівною мірою обов'язковим для всіх суб'єктів права, які застосовують нормативні положення, що тлумачаться, тоді як згадані керівні роз'яснення є обов'язковими насамперед для нижчих судів. Офіційне тлумачення, що містить рішення Конституційного Суду України, втрачає обов'язкову силу разом із скасуванням тих норм, які тлумачаться.

Ці ж самі ознаки щодо загальнообов'язковості, а отже, й квазіпрецедентності мають рішення Конституційного Суду стосовно визначення конституційності правових актів, зазначених у статті 150 Конституції України. Згідно з частиною другою статті 152 Конституції України «закони, інші правові акти або їх окремі положення, що визнані неконституційними, втрачають чинність з дня ухвалення Конституційним Судом України рішення про їх неконституційність». Відтак з моменту ухвалення рішення суб'єкти права не можуть застосовувати положення тих правових актів, які визнані неконституційними.

У свою чергу висновок Конституційного Суду України щодо конституційності законопроекту про внесення змін до Конституції України, є обов'язковим тільки для Верховної Ради України, оскільки, не маючи такого висновку, вона не може розглядати та у подальшому змінювати ці законопроекти без повторного висновку Конституційного Суду з дозволом на ці зміни¹³⁹. Щодо створення та застосування класичного прецедентного права, а саме, попередніх обов'язкових принципів (мотивації) при здійсненні конституційного правосуддя, то питання залишається відкритим.

Більш-менш зрозумілою видається **обов'язковість для українських судів європейського прецедентного права з прав людини**. Воно слугує додатковим джерелом права у процесі застосування та тлумачення конституційних норм про права людини, які збігаються з основними правами, закріпленими у нормах Європейської конвенції з прав людини та основних свобод 1950 року. Особа, яка звертається до Європейського суду з прав людини, не зобов'язана посилається на цю конвенцію у національних судах, якщо вона посилається на положення національного законодавства аналогічного змісту, як правило — на відповідні конституційні норми про основні права та свободи (*Кардо проти Франції* (1991) та *Садік проти Греції* (1996)).

¹³⁹ Див. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 158 та статті 159 Конституції України від 9 червня 1998 року за № 8-рп.

Це твердження ґрунтується на тому, що Україна визнала обов'язковою для себе юрисдикцію Європейського суду з прав людини в усіх питаннях застосування та тлумачення конвенції¹⁴⁰. Як додаткову аргументацію на користь цього твердження можна навести частину четверту статті 55 Конституції України: «Кожен має право після використання всіх національних засобів правового захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна»; статтю 26 Віденської конвенції «Про право міжнародних договорів» від 23 травня 1969 року (Указ Президії Верховної Ради УРСР «Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Віденської конвенції «Про право міжнародних договорів» від 14 квітня 1986 року): «Кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись» (*pacta sunt servanda*); статтю 27 цієї конвенції: «Учасник не може посилається на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору»; а також підпункти (а) і (b) пункту 3 статті 31 конвенції, в яких спеціально наголошується на тому, що разом з текстом міжнародного договору враховується практика його застосування та тлумачення, якщо на це є згода сторін договору. 17 липня 1997 року Верховна Рада України, ратифікувавши конвенцію, дала таку згоду.

При цьому Конституційний Суд України або український законодавець має встановити співвідношення європейського прецедентного права з прав людини з Конституцією України, як це зробив, наприклад, в одному зі своїх рішень Конституційний суд ФРН: «При тлумаченні Основного закону (Конституції ФРН. — *С.Ш.*) береться до уваги зміст та рівень розвитку конвенції настільки, наскільки це не призводить до обмеження та скасування правових засобів захисту, встановлених Основним законом. З цієї причини прецедентне право Європейського суду з прав людини є допоміжним засобом при тлумаченні й визначенні змісту та обсягу основних прав людини та принципів Основного закону»¹⁴¹.

Обов'язковість європейського прецедентного права з прав людини для України впливає з **принципу ієрархії юрисдикцій** — Європейському суду з прав людини належить найвища юрисдикція у галузі судового захисту прав та свобод людини, що безпосередньо впливає з частини четвертої статті 55 Конституції України, незважаючи на те, що діяльність Європейського суду є додатковою, тому що основний «тягар» щодо цього захисту мають узяти на себе національні юрисдикційні органи. Тобто рішення Євро-

¹⁴⁰ Пункт 1 Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» за № 475/97-ВР від 17 липня 1997 року.

¹⁴¹ Decisions of the Bundesverfassungsgericht — Federal Constitutional Court — Federal Republic of Germany. — Karlsruhe: Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 1992. — Vol. I/II. — S. 638.

пейського суду у цій сфері буде остаточним, і його повинні виконати відповідні національні державні органи.

Зважаючи на переважання в Україні позитивістських поглядів на право у цілому, та на європейське право з прав людини зокрема, українські правники, практичні працівники та судді можуть і далі вважати правом лише позитивні конвенційні норми, які були ратифіковані Українською державою, та приймати правові акти й судові рішення всупереч практиці (прецедентному праву) Європейського суду з прав людини, що склалася. Але тоді слід пам'ятати, що внаслідок цього досить часто можуть виникати ситуації, коли Європейський суд задовольнятиме по суті скарги заявника на дії відповідних національних державних (судових) органів влади.

Аналогічних висновків можна дійти, аналізуючи юридичну природу рішень Конституційного Суду України: оскільки він є «єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні» (частина друга статті 147 Конституції України), його рішення щодо застосування Конституції України, у тому числі й прецедентного характеру, мають остаточний та загальнообов'язковий характер. Отже, *головною особливістю прецедентного права є те, що воно поширює свою дію насамперед у межах судової системи та опосередковано є обов'язковим для всіх інших суб'єктів права.*

Іншою особливістю прецедентного права є його м'який характер — з огляду на те, що воно складається з вторинних норм як додаток до жорстких позитивних правових норм, створених судами у процесі їх застосування та тлумачення. Крім того, щоб з'ясувати, яка частина судового рішення має **загальнообов'язковий характер**, необхідно, щоб відповідний судовий орган повторно її застосував (послався) у наступному судовому рішенні, тобто сам визначив, що в попередній мотивації є обов'язковим для суду та, опосередковано, для нижчих судів та для всіх суб'єктів права.

Через цю особливість *прецедентне право має обов'язковий характер як «писаний розум» завдяки значному авторитету найвищих судових органів та суддів, які ухвалюють відповідні рішення, а не на підставі наказу суверена з погрозою, що передбачає обов'язковість правового позитивного акта як результату волевиявлення політичного державного органу.* Саме шляхом «інтелектуального сприйняття» відбувалась рецепція норм римського права у середньовічній Європі, здебільшого — через судову практику, оскільки на той час уже не існувало Давньоримської держави, що забезпечувала примус при реалізації цих норм.

Крім авторитету суддів, на обов'язковість прецедентного права впливають такі фактори, як принципова новизна і якість судового рішення, високий ступінь його передбачуваності, тобто ухвалюване рішення містить високу потенційну ймовірність того, що у майбутньому аналогічні справи вирішуватимуться аналогічно — відповідно до сформульованого принципу, що лежить в основі мотивації цього попереднього рішення (ratio decidendi). Отже, певною мірою, прецедентне право засноване на

передбаченні того, як суди ухвалюватимуть рішення в аналогічній ситуації, оскільки рішення нижчих судів можуть бути скасовані вищими судами, якщо вони суперечать судовій практиці.

З цієї перспективи певний ступінь обов'язковості має навіть те *ratio decidendi* судового рішення, яке ще не мало повторного застосування, але є велика ймовірність такого застосування.

Рішення Конституційного Суду України щодо розв'язання питання про конституційність або надання офіційного тлумачення є обов'язковими й для нього самого. Як свідчить практика, що склалася, для Конституційного Суду України обов'язковою є тільки резолютивна частина рішення, на яку він посилається, мотивуючи наступні рішення. Наприклад, у пункті третьому мотивувальної частини Висновку Конституційного Суду України у справі про внесення змін до статті 98 Конституції України від 25 березня 1999 року за № 1-в/99 зазначається, що «за відсутності висновку Конституційного Суду України Верховна Рада України розглядати такі законопроекти не може (законопроекти про внесення змін до Конституції України. – С.Ш.), що було підтверджено і Рішенням Конституційного Суду України... (справа щодо внесення змін до Конституції України) від 9 червня 1998 року № 8-рп/98»¹⁴².

Аналізуючи інші рішення Конституційного Суду України, можна дійти висновку, що склалася відповідна практика посилання на попередні рішення, але у непрямий спосіб. Скажімо, у пункті 4 резолютивної частини Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та статті 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа К. Г. Устименка) від 30 жовтня 1997 року зазначається, що «винятки з конституційних норм встановлюються самою Конституцією, а не іншими нормативними актами».

У третьому абзаці пункту 4 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі щодо відповідності Конституції України статей Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) від 29 грудня 1999 року, закріплюється цей принцип без посилання на попереднє рішення, в якому він був сформульований: «Конституційне забезпечення невід'ємного права на життя кожної людини, як і всіх інших прав і свобод людини і громадянина в Україні, базується на засаді: винятки стосовно прав і свобод людини і громадянина встановлюються самою Конституцією України, а не законами чи іншими нормативними актами».

Залишається невирішеним питання щодо обов'язковості мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду, де формулюються принципи,

¹⁴² Див. також пункт 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради України «Про внесення змін до Регламенту Верховної Ради України» від 3 грудня 1998 року за № 17-рп/98.

згідно з якими обґрунтовується неконституційність певних правових актів, дається офіційне тлумачення чи висновок, що мають певні ознаки принципу *ratio decidendi*, для всіх суб'єктів права.

Наприклад, у пункті 2 мотивувальної частини Рішення у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про Рахункову палату Верховної Ради України» від 23 грудня 1997 року за № 7-зп, зазначається, що Верховна Рада України не може через підпорядкований та підзвітний їй конституційний орган удаватися до виконання нею ж прийнятих законів на підставі закону, що надає їй виконавчих функцій, оскільки це буде порушенням конституційного принципу поділу влади.

Зрозуміло, що Верховна Рада України має враховувати цей принцип (мотивацію) Конституційного Суду України при оцінці конституційності законопроектів, але він не може бути обов'язковим з позицій прецедентного права, його має повторно застосувати Конституційний Суд України при вирішенні аналогічних справ і таким чином — повторно закріпити, тобто офіційно визнати, що такий принцип є обов'язковим для нього. Те ж саме стосується використання мотивувальної частини рішень суду іншими суб'єктами права: суддями звичайних судів, адвокатами, громадянами. Вони можуть посилалися на них як на авторитетний припис, який не є джерелом права, як і, скажімо, Коментар до Конституції України.

Але, з огляду на обов'язковість для суддів загальноправового принципу, **аналогічні справи мають вирішуватись аналогічно**, суд не може не враховувати мотивації своїх попередніх рішень при вирішенні аналогічних справ, не обґрунтувавши мотивів. Тому є всі підстави вважати, що така попередня мотивація має обов'язкову силу для всіх суб'єктів права. *Певною мірою мотивація такого роду є м'яким правом на відміну від жорсткого права — позитивних нормативно-правових актів, які характеризуються вищим рівнем обов'язковості.*

Підтвердженням цього висновку є ставлення до судового прецеденту в країнах романо-германської (континентальної) правової системи, зокрема у Німеччині. Однак воно неоднозначне. Формально судові прецеденти найвищих судових органів — як жорстке право — є загальнообов'язковими для всіх без винятків органів судової влади у країнах англосаксонської правової системи і не обов'язковими — у континентальній Європі. Але вони мають велике значення для мотивації судових рішень: для суддів їх попередні рішення є обов'язковими, тобто вони не можуть відхилитися від порядку мотивації попередніх рішень в аналогічних справах без належного обґрунтування. Це є загальним правилом, з якого є винятки.

Наприклад, у ФРН рішення Федерального конституційного суду мають прецедентний характер. Згідно з частиною другою § 16 Закону ФРН «Про Федеральний конституційний суд Німеччини», «палата (трое конституційних суддів. — С.Ш.) може, винісши одностайну ухвалу про це,

задовольнити конституційну скаргу, якщо її обґрунтованість є очевидною з огляду на те, що Федеральний конституційний суд раніше вже вирішив конституційно-правове питання, яке має значення для цього випадку. Така ухвала прирівнюється до рішення сенату» (тобто до рішення Конституційного суду. — С.Ш.).

Загальнообов'язкове значення мають рішення Верховних судів Аргентини та Колумбії з конституційних питань. У Швейцарії суди кантонів зв'язані рішеннями Федерального суду, у яких визнаються неконституційними закони кантонів. У Португалії прецедентний характер мають рішення пленуму Верховного суду. В Іспанії закон дозволяє оскаржити судові рішення у Верховному суді, якщо воно суперечить його судовій практиці (*doctrina legal*). Аналогічна процедура існує у Мексиці стосовно питань, що торкаються судового захисту конституційних прав і свобод. У ФРН вважається, якщо певне правило підтверджене постійною судовою практикою, воно розглядається як звичаєва норма, а отже, у вигляді цієї норми і має застосовуватися судами¹⁴³.

Прецеденти, встановлені судами у процесі застосування законодавства, є обов'язковими і для адвокатів, і для інших осіб, що надають юридичну допомогу. Наприклад, у німецькому законодавстві встановлена **цивільно-правова відповідальність адвокатів** за завдання збитків клієнту, зокрема якщо адвокат виявив некомпетентність у знанні судових прецедентів вищих судів¹⁴⁴. Іншою підставою щодо практичного значення судових прецедентів є необхідність судового захисту єдності правової системи та вдосконалення чинного права (див., наприклад, частину третю статті 95 Основного закону ФРН 1949 року).

У Конституції Мексики — країні, яка належить до континентальної правової системи, — закріплений принцип, згідно з яким юриспруденція або прецеденти федеральних судів, що створені на підставі задоволення конституційних скарг громадян, вважаються обов'язковими для нижчих судів¹⁴⁵.

Згідно зі статтею 30 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року, «якщо справа, яку розглядає палата, порушує серйозне питання щодо тлумачення Конвенції чи протоколів до неї або якщо вирішення питання, яке вона розглядає, може призвести до результату, несумісного з рішенням, постановленим судом раніше, палата може в будь-який час до постановлення свого рішення відмовитися від своєї юрисдикції на користь Великої палати, якщо жодна зі сторін у справі не заперечує проти цього», тобто сам суд пильно слідкує за змінами свого прецедентного права.

¹⁴³ Див.: Давид Р, Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Международные отношения, 1999. — С. 104.

¹⁴⁴ BGH NJW 1983, 1665.

¹⁴⁵ Brewer-Carias A. Judicial Review in Comparative Perspective. — Cambridge, 1989. — P. 129.

Аналогічні положення містяться у статті 73 федерального конституційного закону «Про Конституційний Суд Російської Федерації» щодо заборони прийняття на засіданнях палат рішення, що не відповідає правовій позиції, вираженій у раніше ухвалених рішеннях Конституційного суду; це можливе тільки на пленарних засіданнях. Як вважає суддя Конституційного суду Російської Федерації професор Н. Вітрук, «правові позиції — це правові висновки та уявлення Суду як результат інтерпретації (тлумачення) Судом духу та букви Конституції та витлумачення ним конституційного змісту (аспектів) положень галузевих (чинних) законів та інших нормативних актів у межах його компетенції, які знімають невизначеність у конкретних конституційно-правових ситуаціях та слугують правовою підставою для підсумкових рішень (постанов) Конституційного Суду»¹⁴⁶.

Термін **правова позиція** є своєрідним синонімом терміна *ratio decidendi* у країнах англосаксонської правової системи, зважаючи на те, що мотивувальні частини рішень органів конституційної юрисдикції у колишніх пострадянських країнах, де містяться ці «правові позиції», є максимально стислими і рідко відхиляються від пояснення дослівного значення правових позитивних норм. Тобто у цих рішеннях практично неможливо знайти *obiter dictum*. Отже, будь-яка мотивація щодо права становить зміст цих правових позицій.

Знак рівності між цими поняттями проводять багато науковців країн СНД, зокрема суддя Конституційного суду Російської Федерації Г. Гаджієв: «...у світі юридичних явищ правові позиції КС (Конституційного суду. — С.Ш.) найближчі до *ratio decidendi*, і з огляду на це саме правові позиції КС слід вважати джерелом права»¹⁴⁷.

Конституційний Суд України вперше в історії українського права наблизився до застосування прецедентного конституційного права в Рішенні у справі про ціни і тарифи на житлово-комунальні та інші послуги від 10 лютого 2000 року, в абзаці другому пункту 2 мотивувальної частини: «Виходячи з наведених положень, Конституційний Суд України у Рішенні від 2 березня 1999 року висловив правову позицію щодо розмежування повноважень Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, інших органів виконавчої влади у сфері формування та реалізації цінової політики. Відповідно до цієї правової позиції Верховна Рада України згідно з пунктом 5 частини першої статті 85 Конституції України визначає засади внутрішньої та зовнішньої політики, у тому числі цінової як однієї із складових внутріш-

¹⁴⁶ Вітрук Н. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, юридическая сила и значение // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение. — 1999. — № 3. — С. 95.

¹⁴⁷ Гаджієв Г. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации как источник конституционного права // Конституционное право: Восточноевропейское обозрение, 1999. — № 3. — С. 82.

ньої економічної і соціальної політики держави. Кабінет Міністрів України забезпечує проведення цінової політики (пункт 3 статті 119 Конституції України). Це означає реалізацію урядом визначених парламентом основ установлення і застосування цін і тарифів, що логічно включає їх регулювання та контроль за ними».

Таким чином можна дійти висновку, що в Україні починають складатися прецедентне конституційне право та відповідна судова правотворчість, що є, безумовно, значним прогресивним фактором для подальшого якісного розвитку конституційного правосуддя.

2.5. ЛЕГІТИМНІСТЬ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДДІ: ПАРЛАМЕНТСЬКА ДЕМОКРАТІЯ ПРОТИ КОНСТИТУЦІЙНОЇ

Практика безпосереднього судового захисту конституційних прав та свобод, судова правотворчість та загальнообов'язковість судових рішень, в яких надається тлумачення конституційних норм, визнається неконституційність правових актів, визначаються фундаментальні правові принципи конституційного рівня, спричиняють виникнення численних дискусій стосовно легітимності конституційних суддів у демократичних суспільствах. Особливо це стосується випадків визнання ними певних актів (законів) демократично обраного представницького органу нечинними при застосуванні конституційних норм.

Такого роду «антипарламентську» (а також «антипрезидентську» або «антиурядову») діяльність конституційних суддів дуже важко виправдати, оскільки судді не обираються народом і не відповідають перед ним за свою діяльність. Тому як можна пояснити активну творчу діяльність суддів, особливо коли зміст їхніх рішень виходить за межі позитивного законодавства, а іноді — суперечить йому, що призводить до визнання його нечинним, а з огляду на застосування доктрини судового прецеденту, це законодавство вже не може бути застосоване на практиці?

Головною проблемою для конституційних суддів в умовах режиму конституційної демократії є **дилема Медісона**, яка полягає у конфлікті *принципу демократичного самоврядування (реалізуючи законодавчі та деякі інші повноваження, парламентська більшість приймає рішення на власний розсуд тільки тому, що вона більшість) з принципом особистої автономії (те, що не може робити більшість, навіть шляхом законотворення, певні сфери, в яких індивіди повинні залишатися вільними та незалежними від волі більшості), або — конфлікту принципу народного (парламентського) суверенітету з конституціоналізмом (необхідність забезпечення безпосередньої дії конституційних прав та свобод), конфлікту між французькою та англійською концепціями свободи («позитивною» та «негативною» свободою), між юридичним позитивізмом та теорією природ-*

ного права (природних прав)¹¹⁸. Дилема полягає у тому, що ні більшість, ні меншість не може остаточно визначати сферу демократичної публічної влади та межі індивідуальної свободи.

У свою чергу неконтрольована передача державної влади більшості або меншості може означати або тиранію більшості, або тиранію меншості. У США, Німеччині, інших країнах функція залагоджування конфлікту та примирення протилежних інтересів належить неполітичному інституту — Верховному (Конституційному) суду. Розв'язання окресленої дилеми є головним завданням судового органу конституційної юрисдикції при прийнятті рішення у кожній справі, зміст якої становить конфлікт конституційних прав особи з публічною владою.

Різні підходи до вирішення зазначених вище проблем по-різному легітимізують право у демократичних суспільствах. Згідно з обґрунтуванням *легітимності права з позиції основних ідеологічних постулатів представницької демократії*, закон як вища форма права легітимізується законодавчим процесом, тому що всі громадяни можуть потенційно взяти участь у його прийнятті через систему виборів, референдум, а також через політичний зв'язок народних депутатів зі своїми виборцями. У процесі творення права переважає принцип більшості, або спільної волі (більшість у парламенті, яка ухвалює закони, завжди права).

Такий політичний режим має назву **парламентської демократії, при якому на законодавчий орган не накладається жодних обмежень, у тому числі обмеження основними правами людини, окрім тих, які він сам на себе накладає. За таких умов для правової системи основним є принцип верховенства закону або верховенства формального права (тобто знов-таки закону) для встановлення ієрархії правових норм, що збігається з позитивістською теорією у праві.**

Природно-правовий підхід та судова правотворчість у процесі визначення юридичної природи та змісту основних прав з метою забезпечення безпосередньої дії конституційним нормам за умов режиму парламентської демократії не визнаються: **права та свободи не можуть вступати у суперечність з принципом верховенства закону.** Таке заперечення на доктринальному рівні поширене також і в українській юриспруденції, оскільки, на думку деяких вітчизняних науковців, це «не узгоджується з основами демократії, які утвердилися в результаті історичного розвитку», незважаючи на нову Конституцію України, яка започаткувала трансформаційний процес переходу до конституційної демократії.

¹¹⁸ Шевчук С. Две концепции свободы и Украина // Зеркало недели. — 1998. — № 18. — С. 6.; Шевчук С. Потерянный рай. Правовая революция в Европе и Украина // Зеркало недели. — 1998. — № 28. — С. 6.

Легітимація права з позицій основних (фундаментальних) прав та свобод відбувається згідно з політико-правовими ідеями європейського лібералізму та ґрунтується на природно-правових підходах до питання юридичної природи конституційних прав та свобод. *Воля парламентської більшості при цьому обмежується правами та свободами людини*. У свою чергу головна мета права полягає у застосуванні юридичних засобів для обмеження державної влади та унеможливлення державного свавілля. При цьому Конституція є найвищим правом, яке визначає критерії правового закону та являє собою сукупність цих юридичних засобів.

У Європі до другої половини ХХ століття у літературі ліберального спрямування лише на науково-доктринальному рівні допускався конфлікт конституційних прав з правовими актами держави. Проте такий конфлікт не мав жодних практичних чи юридичних засобів його вирішення. Відомий французький письменник-гуманіст Б. де Жувенель у своєму відомому трактаті «Про владу» звертає увагу на зміст цього конфлікту: «Принцип свободи засновується на принципі права: стверджувати, що свобода полягає тільки у підкоренні законам, передбачає відповідність цих законів справедливості, а також те, що громадянин може постійно передбачати їх вимоги; сфера, в якій держава може надавати команди людині, повинна бути вузько визначеною, оскільки людина є господарем власної долі у певній визначеній сфері. Але, якщо право лише віддзеркалює примхи народу чи того органу, якому делеговані законодавчі повноваження, формулюється фракцією, яка контролює цей орган, тоді підкорення законам реально означає підкорення непостійній, невизначеній, нечіткій, свавільній волі людей, які надають цій волі форми права. У такому разі право не може гарантувати свободу»¹⁴⁹.

Демократія (від гр. *demokratia* — влада народу) — це форма державного устрою, яка характеризується належністю всієї вищої (суверенної) влади народу та ґрунтується на визнанні інших засадничих начал конституційного ладу, таких як політичний плюралізм, свобода і рівність громадян тощо. Оскільки народу належить суверенітет, державна влада здійснюється безпосередньо народом та (або) через систему державних органів, які втілюють його волю у формі правових актів. У Конституції України ідея народного суверенітету зафіксована у статті 5: «Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Ніхто не може узурпувати державну владу». Демократія як влада, що належить народу, відрізняється за своїм джерелом від монархії (влада єдиного суверена — монарха), аристократії (влада кращих), олігархії (влада небагатых).

¹⁴⁹ Jowenel B. On Power. The Natural History of Its Growth. — Indianapolis: Liberty Fund, 1993. — P. 275.

Поділ демократії на парламентську та конституційну обумовлений пошуками відповіді на класичне запитання, яке поставив німецький письменник Б. Брехт: «Якщо вся державна влада йде від народу, то куди вона йде далі?».

Режим парламентської демократії заснований на традиційному уявленні, що справжня демократія ґрунтується на **принципі парламентського суверенітету** (верховенства парламенту або закону) як втіленні народного суверенітету чи принципу диктатури закону, на який часто посилаються відомі українські політики. Зазначений принцип можна передати словами відомого дослідника англійського конституційного права В. Бейджота (*W. Bagehot*), який зазначав, що парламент у Вестмінстері може все що завгодно, крім перетворення чоловіка у жінку. Принцип парламентського суверенітету повністю виключає наявність зовнішніх конституційних обмежень щодо діяльності парламенту (судовий конституційний контроль щодо змісту законів), крім тих, які парламент сам на себе накладає (наприклад дотримання регламенту та інших процесуальних вимог у законодавчому процесі).

Як вважають прихильники зазначеного принципу, *члени політичного суспільства повинні погоджуватися з усіма рішеннями, прийнятими демократично обраним державним органом, оскільки всі громадяни такого суспільства беруть участь у виборах депутатів, які приймають закони. Таким чином проблеми несправедливого та нерозумного закону, яка на сьогодні стає однією з основних для вирішення у межах конституційного права європейських країн, для прихильників цього напрямку начебто не існує. Якщо певний закон і порушує концепцію справедливості або накладає диспропорційні обмеження на права та свободи фізичних або юридичних осіб, то єдиний засіб його скасування — це вибори нового складу парламенту на чергових виборах.*

Принцип парламентського суверенітету був максимально трансформований у принцип *повновладдя рад* у процесі будівництва радянської держави, який, хоч і був номінальним, проте довго залишався одним з головних ідеологічних стрижнів радянської влади та доктрини соціалістичної демократії. Повною мірою цей принцип був реалізований в Україні після прийняття Акта проголошення незалежності України 24 серпня 1991 року, коли Верховна Рада України взяла на себе повноваження та привілеї колишнього суверена, якому належала вся політична влада у суспільстві, — КПРС.

Принцип парламентського суверенітету вперше отримав юридичне визнання у статті 1 Закону України «Про правонаступництво України» від 12 вересня 1991 року: «З моменту проголошення незалежності України найвищим органом державної влади України є Верховна Рада України в депутатському складі Верховної Ради Української РСР». Але ще 30 серпня 1991 року Указом Президії Верховної Ради України «Про заборону діяльності Компартії України» була визначена доля майна КПРС (будинки, споруди,

друкарні, транспортні засоби та інша власність), яке було передане на баланс Верховній Раді України, Верховній Раді Кримської АРСР та відповідним обласним, міським, районним радам народних депутатів.

Схожі паралелі історичного розвитку можна навести з новітньої європейської історії, коли парламенти у ході ліберально-демократичних революцій XVIII століття приходили на місце зміщених суверенів — королів — та закріплювали за собою всю повноту державної влади, встановлюючи **режим парламентського абсолютизму**. Тому не випадково, що протягом періоду революцій XIX століття головною темою політичного життя Європи стає дискусія про місце парламенту, обраного шляхом вільних та демократичних всенародних виборів, у системі державних органів та про конституційні методи обмеження законодавчої влади. Ось що зазначає з цього приводу відомий конституціоналіст, суддя Конституційного суду ФРН Д. Грім у своїй книзі з німецької конституційної історії: «Успадкувавши монархічні традиції правління та монархічні прерогативи, парламентарі не стали частиною держави, а проблема контролю над монархом перетворилася на проблему контролю над легіслатурою»¹⁵⁰. Ідеологія зверхності та наддержавності парламенту у системі державних органів тривалий час унеможлиблювала у континентальній Європі встановлення на практиці режиму конституційної демократії.

При парламентській демократії судові органи, що здійснюють конституційну юрисдикцію, не можуть обмежити волю обраних представників народу (парламентської більшості), вдаючись до конституційного контролю законів; єдиний допустимий контроль — щодо належного застосування виборчого права, або законності переобрання парламентської більшості на наступних виборах.

З позицій сучасного конституціоналізму будь-який державний орган, у тому числі й парламент, має бути обмежений Конституцією, оскільки необмежена влада часто призводить до зловживань. Український парламент не є винятком з цього правила. Для прикладу можна навести Постанову Верховної Ради України «Про утворення Тимчасової слідчої комісії Верховної Ради України для перевірки фактів порушення прав українських акціонерів відкритого акціонерного товариства «Миколаївцемент» від 24 липня 1998 року, коли з порушенням певних конституційних норм і принципів парламент втручається у діяльність інших органів державної влади та органів правосуддя. Так, у пункті 3 Постанови зазначається: «До прийняття Верховною Радою України рішення за результатами роботи Тимчасової слідчої комісії заборонити Фонду державного майна України приймати рішення та здійснювати дії щодо акцій БАТ «Миколаївцемент», реєстратору — здійснювати будь-які дії щодо пакету акцій БАТ «Миколаївцемент», придбаного компанією «Лафарж»; Вищому арбітражному суду України зупинити провадження у справах за участю українських акціонерів БАТ «Миколаївцемент».

¹⁵⁰ Grimm D. Deutsche Verfassungsgeschichte. 1776 — 1866. — S.122.

Випадки зловживання парламентською більшістю законодавчою владою часто допускаються самим законом. Для прикладу візьмемо Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про Рахункову палату Верховної Ради України» від 23 грудня 1997 року. Як зазначається в абзаці 15 пункту 2 мотивувальної частини рішення, у разі неодноразового невиконання або неналежного виконання приписів (Рахункової палати. — *С.Ш.*) стосовно витрачання коштів Державного бюджету України, Колегія Рахункової палати має право прийняти рішення про зупинення всіх видів фінансових, платіжних і розрахункових операцій у банках за розрахунковими рахунками, а також усіх або окремих операцій за кореспондентським рахунком Національного банку України з одночасним інформуванням про це Верховної Ради України (частина четверта статті 31 закону). При цьому, якщо обов'язковий припис можна оскаржити в судовому порядку (частина шоста статті 31 закону), то рішення колегії, як це впливає з частини четвертої статті 31 закону, є остаточним і оскарженню не підлягає. Однак вчинення такого роду дій та прийняття конкретного рішення примусового характеру, яке має прямі юридичні наслідки, віднесено до повноважень виконавчої гілки влади (частина друга статті 6 Конституції України).

Безсумнівно, крайнім проявом режиму парламентської демократії є **парламентський авторитаризм** — політичний режим, за якого порядок та методи здійснення державної влади визначає парламентська більшість законодавчого органу, що уповноважена приймати закони, призначати та звільняти членів уряду, контролювати та впливати на діяльність інших державних органів, залишаючись при цьому не обмеженою правом. Рішення часто ухвалюються відповідно до цілей та суб'єктивних переконань парламентської більшості, які лише інколи відповідають суспільним цілям та потребам.

Парламентський авторитаризм характеризується такими ознаками: 1) централізація влади у руках парламентської більшості; 2) безапеляційний командний метод керівництва (визначення права як втілення волі парламентської більшості); 3) беззастережне підкорення командам парламентської більшості, які мають форму законів (диктатура закону); 4) нехтування правами парламентської меншості, підкорення меншості більшості; 5) обмеження на здійснення конституційних прав та свобод, їх гарантія та захист встановлюються лише законом; 6) монополія законодавця на правотворчість та заборона делегування законодавчих повноважень; 7) дотримання принципу верховенства закону замість принципу верховенства права; 8) відсутність належної правової процедури для перевірки змісту законодавства та судового (конституційного) контролю за здійсненням законодавчої влади; 9) відсутність Конституції або її юридичної сили; 10) прийняття ретроактивних (*post-factum*), свавільних, нераціональних, необґрунтованих та персональних (які стосуються окремих осіб) законів тощо.

Парламентський авторитаризм ґрунтується на припущенні, що здійснення парламентською більшістю законодавчої влади неможливо обмежити юридично чи встановити процедуру контролю за результатами її діяльності, оскільки вважається, що за умов демократичного режиму лише народні депутати формулюють волю народу, зміст якої неможливо заперечити юридичним шляхом.

Доктрина парламентського авторитаризму допускає, що **суверен (парламентська більшість) стоїть поза правом**, під яким розуміються основні права людини, писані та неписані правові принципи конституційного рівня, природне право. Він навіть не зв'язаний позитивним, ним же попередньо прийнятим, правом. Ці положення збігаються з положеннями доктрини правового позитивізму та ґрунтуються переважно на принципах законності (неухильне виконання законів та відповідних їм інших правових актів усіма державними органами, посадовими та іншими особами) та «заборонено все, що не дозволене законом».

Основою для сучасного парламентського авторитаризму слугує **ідея суспільного договору** французького філософа Ж.-Ж. Руссо (1712–1778) як політико-правова підстава для створення держави. При його укладанні громадяни — члени політичної спільноти — назавжди позбавляються своїх основних прав, оскільки народ і держава є зв'язаними *спільною волею народу*, яку може формулювати парламентська більшість у законах. Права меншості при цьому не гарантуються, оскільки «меншість помиляється стосовно «спільної волі», і належний до меншості громадянин має бути вдячний більшості за те, що вона примушує виконувати цю волю та позбавляє його власних помилок» (Ж.-Ж. Руссо). Таким чином, зміст основних прав та свобод людини визначається лише у законі, і юридичні гарантії вони дістають тільки згідно із законом. Руссо не врахував істотного моменту: «виправляючи» помилки індивіда, його можна позбавити його основних прав. Просто для цього філософа народ і держава являли собою одне ціле, об'єднане спільною волею народу.

Ж.-Ж. Руссо ідентифікував суверенітет народу з необмеженою законодавчою владою. Укладенням суспільного договору індивід приносив у жертву свої природні права, обмінюючи їх на створення політичного органу та гарантію «нового комплексу» громадянських прав, яких він не мав у додержавний період. Як результат формувався «моральний колективний орган, який складається з такої кількості людей, яка брала участь у конституційних зборах»¹⁵¹. Суверенітет законодавчого органу Руссо ототожнює з виявленням спільної волі народу.

А тому логічним буде висновок: немає основних прав людини, які можуть суперечити закону як виявленню спільної волі народу. У свою чергу

¹⁵¹ Rousseau J. Du Contract Social on Principes Du Droit Politique / Цит. за: Чичерин Б. История политических учений. — М., 1874. — С. 141–142.

носієм народного суверенітету може бути хто завгодно — той, хто «знає» зміст цієї волі, і навіть окрема особа. Відтак не видається дивним той історичний факт, що думка Руссо про державного діяча-законодавця, посланого провидінням, була улюбленою цитатою Наполеона. Народний суверенітет, що походить з ідеології спільної волі Руссо, навіть на сьогодні є дуже привабливою ідеєю, адже *«коли політик виграє та бере в свої руки представництво народного суверенітету, він отримує тотальну (необмежену) — С.ІІІ.) владу»* (Б. Констант).

Вчення Руссо лягло в основу ідеологічних платформ авторитарних режимів країн, що обрали шлях соціалістичного розвитку, — сателітів СРСР. Як зазначається у радянській філософській літературі, «революційно-демократичний потенціал руссоїзму не був вичерпаний у XVIII столітті. Він по-новому виявився у нашому столітті, коли народи Азії, Африки, Латинської Америки розгорнули боротьбу проти колоніалізму, імперіалізму та місцевих диктаторських режимів. На початку 60-х років відомий дослідник руссоїзму Б. Ган'єбен зазначав, що «велика кількість франкомовних політичних діячів почали читати Руссо у той час, коли їх країни домагалися незалежності. Видатні державні діячі В'єтнаму, Гвінеї, Сенегалу та інших країн визнавали, що їхній шлях у політику надихався читанням праць Руссо. Хіба Фідель Кастро не заявив кілька років тому французькому журналістові, що Ж.-Ж. Руссо був його вчителем й що коли він боровся проти режиму Батисти, він носив із собою книгу Руссо «Про суспільний договір»?»¹⁵².

Інший французький філософ права Ш. Монтеск'є, формулюючи теорію поділу влади, також вдався до припущення, що гарантією свободи є поділ державної влади на окремі гілки, де виконавча та судова гілки влади виконують волю законодавця (парламентської більшості), якого ніщо та ніхто не обмежує. Історичним прикладом парламентського авторитаризму є якобінська диктатура у Франції кінця XVIII століття.

Принцип народного суверенітету був широко висвітлений у політико-правовій літературі новітнього часу, оскільки він лежить в основі легітимності демократичної державної влади. **Суверенітет (народний, державний, парламентський) — ключовий термін у питаннях характеристики політичної влади та конституційного права.** У Декларації «Про державний суверенітет України», прийнятій Верховною Радою Української РСР 16 липня 1990 року, державний суверенітет (зокрема України) розуміється як верховенство, самостійність, повнота і неподільність влади республіки в межах її території та незалежність і рівноправність у зовнішніх зносинах.

Ж.-Ж. Руссо був тільки одним з ідеологів передачі суверенітету від монарха до народу. Доктрина суверенітету на той час була революційною,

¹⁵² Кузнецов В.Н., Мееровский Б.В., Грязнов А.Ф. Западноевропейская философия XVIII века. — М.: Высшая школа, 1986. — С. 274–275.

оскільки окреслила контури Великої французької буржуазної революції, і «вперше була проголошена у XVI столітті для виправдання прав королів, які надані Богом»¹⁵³.

Засновником сучасної доктрини суверенітету вважається французький вчений Ж. Боден (1530–1595). Він виклав основні положення зазначеної доктрини у праці «Шість трактатів про республіку» у 1576 році¹⁵⁴. Як зазначив сучасний науковець В. Фрідман, «теорія Бодена у цілому стосувалася забезпечення безпеки та єдності законодавчих повноважень монарха у Франції і їх захист від аналогічних домагань маєтків, корпорацій та Церкви»¹⁵⁵.

На розвиток концепції суверенітету Ж. Боден неодноразово зазначав, що вона стосується абсолютної та єдиної законодавчої компетенції у межах здійснення державної влади. Це означає, що держава (монарх) не може припустити існування будь-якого іншого законодавчого органу, зверхнього над ним. Його твердження, що суверенітет тотожний законодавчій монополії монарха, заперечувало правотворчі повноваження інших, недержавних органів та структур, таких як церква, комерційні підприємства та громадські організації.

Г. Гроцій (1583–1645) також визнав ідею Ж. Бодена про те, що концепція суверенітету полягає у виключних законодавчих повноваженнях політичного органу, який не підпорядковується прийнятим ним законам. Однак Г. Гроцій, на відміну від Ж. Бодена, допускав функціонування інших правотворчих органів, які можуть нормативно регулювати внутрішній порядок окремих спільнот, ухвалюючи локальні нормативно-правові акти міст, регіонів, гільдій. При цьому він зазначав, що ці органи повинні дотримувати субординації щодо суверенного законодавця¹⁵⁶.

Т. Гоббс (1588–1679) стверджував, що зміст суверенітету, який полягає у здійсненні державної влади, походить з принципу *pactum subsections*, згідно з яким кожен член суспільства зв'язує себе таким зобов'язанням: «Я уповноважую, відмовляючись від свого права керувати самим собою на користь цієї людини або асамблеї на цьому рівні»¹⁵⁷.

Інші варіації доктрини Ж. Бодена представлені в працях С. Пуфендорфа (1632–1694). Він визнавав суверена єдиним та первісним джерелом пози-

¹⁵³ Lowenfeld B. Sovereignty, Jurisdiction and Reasonables // American Journal of International Law. — 1981. — P. 257.

¹⁵⁴ Боден Ж. Шість трактатів о республіке (1576) // Цит. за: История политических и правовых учений. — М, 1995. — С. 180.

¹⁵⁵ Friedman W. Legal Theory. — London, 1967. — P. 573.

¹⁵⁶ Гроций Г. О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняется естественное право и право народов, а также принципы публичного права. — М.: Госюриздат, 1956. — С. 436.

¹⁵⁷ Гоббс Т. Левиафан. — С. 146.

тивного права, а отже, непідпорядкованим дії законодавства, яке сам приймає¹⁵⁸.

Дж. Остін (1790–1859) доходить висновку, що суверенітет, якому притаманні такі риси, як тривалість, неподільність та необмеженість, — це органічна характеристика влади для регулювання людської поведінки приймати позитивне право таким, яким воно є. Що ж до звички більшої частини населення коритися закону Дж. Остін зазначає: «Будь-яке позитивне право приймається, прямо або опосередковано, сувереном (індивідом або групою) для члена або членів незалежної політичної спільноти, в якій автору цього позитивного права належить верховенство»¹⁵⁹.

В епоху Відродження у політичній філософії з абсолютистською концепцією суверенітету відбуваються великі зміни. Зростає значення доктрини природних прав, започатковані працями англійського філософа Дж. Локка (1632–1704). Він стверджував, що законодавча влада є першим та верховним наслідком суверенітету, оскільки «тут може бути тільки одна верховна влада — яка називається легіслатура, якій усі інші повинні підкоритися»¹⁶⁰.

Під верховенством законодавчої влади Дж. Локк мав на увазі таке: 1) законодавча функція є пріоритетною щодо виконавчої, тобто остання має здійснюватися згідно з нормами — результатом діяльності законодавчої влади; верховенство парламенту означає верховенство закону; парламенту належить законодавча монополія, забороняється передача «права на прийняття законів в інші руки, оскільки це право надане народом, відтак ті, кому воно належить, не можуть передавати його іншим»¹⁶¹; 2) виконавча влада має бути підпорядкована законодавчій, а отже, їй не належать повноваження приймати закони: «Тому, хто встановлює закони для іншого, має належати верховенство»¹⁶². Дж. Локк також вважав, що, незважаючи на верховенство законодавчої влади, вона не є необмеженою, а підпорядкована праву справедливості та обмежена регламентом¹⁶³.

Водночас Дж. Локк, на відміну від Ж. Бодена, відроджує ідею народного суверенітету¹⁶⁴, яка полягає у тому, що правитель отримує свої повноваження від народу. Як уже згадувалося, ця теорія була обґрунтована у працях Руссо, а вперше — сформульована у працях Цицерона і Ульпіана: «Воля імпера-

¹⁵⁸ Pufendorf S. De ivre natural et gentium Libri. Цит. за: Lowenfeld B. Sovereignty, Jurisdiction and Reasonables // American Journal of International Law. — 1981. — P. 259.

¹⁵⁹ Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. — London, 1948 (1885). — P. 263.

¹⁶⁰ Локк. Дж. Два трактата о правлении. — М., 1988. — С. 339–340.

¹⁶¹ Там само. — С. 345.

¹⁶² Там само. — С. 350.

¹⁶³ Там само. — С. 343.

¹⁶⁴ Там само. — С. 339.

тора набуває сили права тому, що завдяки *Lex regia* народ передає йому владу та наділяє всією її повнотою та відповідними повноваженнями»¹⁶⁵.

В обґрунтування принципу *salus populi suprema lex*, який означає, що держава отримує свої повноваження від народу і повинна здійснювати їх в інтересах народу, Дж. Локк проводить аналогію між політичною владою та інститутом приватного права Англії — трастом: законодавчий орган як довірений повинен захищати природні права громадян, тобто довірителя, і якщо суверен зловживає своїми повноваженнями, він автоматично їх втрачає¹⁶⁶.

Ідея народного суверенітету набула подальшого розвитку у працях представника історичної школи юриспруденції Ф. Савіні (1779–1861), який розглядав право як явище культури — поряд із такими, як мова, мораль, система політичних принципів окремої нації. З позицій історичної школи, право — це сильне вірування народу, «спільне відчуття внутрішньої необхідності»¹⁶⁷. Визначення Ф. Савіні згодом доповнив його учень Г. Пухта, йому належить емоційна формула *der Volksgeist* (дух народу). Право, за твердженням Г. Пухти, походить не від волі законодавчого органу, а є продуктом історії: воно зароджується і розвивається разом із зародженням і розвитком народу та занепадає із втратою нацією своєї ідентичності¹⁶⁸.

«Формально, — стверджує Г. Пухта, — суверенітет здійснюється судовою владою, а не законодавчим органом: реальне функціонування права відбувається через суди, громадянське суспільство та через гілку політичної влади, яка має назву судової»¹⁶⁹.

Інший німецький вчений О. Гірке розробив свою доктрину суверенітету, яка спирається на історичну школу юриспруденції, повертаючись до основних положень абсолютистської доктрини Ж. Бодена про верховенство законодавчої влади. Він поділяє думку Ж. Бодена, що суверенітет є невід'ємною характеристикою кожної держави. Держава відрізняється від будь-яких інших соціальних утворень завдяки «власному унікальному становищу щодо реалізації суверенної влади». «Політична організація (держава) засновується на потенційній реалізації спільної волі. Це є суспільство політичної активності. Його субстанція створюється завдяки виявленню спільної волі,

¹⁶⁵ *Justinian. The Digest.* — Tit. 1. — P. 4 / Цит. за: *Vyver V. Sovereignty and Human Rights in Constitutional and International Law // Emory International Law Review.* — 1991. — P. 333.

¹⁶⁶ Там само. — С. 389.

¹⁶⁷ *Savigny T. О соответствии нашего времени законодательству и правосудию (Von Beryf Undsecreer Zein F r gesetzgebung und Rechtswissenschaft).* — 1825. / Цит. за: *Чичерин Б.* — М., 1887. — Ч. 4. — С. 428–429.

¹⁶⁸ *Puchta G. I Das Gewohn heitsrecht.* — 144 (1828). Цит. за: *Vyver V. Sovereignty and Human Rights in Constitutional and International Law // Emory International Law Review.* — 1991. — P. 338.

¹⁶⁹ *Puchta G. Ibid.* — P. 148.

його результат — організована влада, його діяльність — цільове переслідування спільного блага»¹⁷⁰.

Протягом XIX століття було неможливе відхилення від принципу верховенства закону як вираження спільної волі народу і результату втілення народного суверенітету. Ворогом Конституції була виконавча влада — монарх, який постійно прагнув до зверхності своєї волі над волею народу, що реалізовувалася через діяльність парламенту.

XX століття позначене трансформацією Конституції з «путівника законодавця» у нормативно-правовий акт, який може бути безпосередньо застосований у судах. В основі такої трансформації лежить твердження, що жодному державному органу, у тому числі й парламенту, не може належати верховенство. Європейський феномен полягав у домінуванні логіки швидше політичної, ніж юридичної. Це було своєрідне побоювання концентрації державної влади в руках парламентської більшості, що призводить до парламентського авторитаризму.

Міф про парламентарів, як виразників спільної волі народу в багатьох країнах був зруйнований. Оскільки їх законодавчий орган складався з осіб, призначених політичними партіями, а отже, репрезентував швидше партії, аніж «спільну волю». Це швидко зрозуміли у європейських країнах після 1945 року, коли було відкрито справжню фундаментальну природу Конституції як найвищого закону безпосередньої дії.

З такою еволюцією парламентських систем пов'язуються зміни у розумінні юридичної природи законів: їх почали розглядати як акти, прийняті парламентом або урядом (інститут делегованого законодавства) за участю політичних партій та лобістських груп. Закон перестав бути виразником міфічної «спільної волі», яку уособлює парламентська більшість.

Конституційна юриспруденція, згідно з ідеологічними висновками Дж. Локка, ґрунтується на принципі обмеження державного (парламентського) суверенітету фундаментальними (конституційними) правами людини. Цілком слушно зазначено, що «стара ідея, що відрізняла лібералів XIX століття, про захист свободи через закон, змінюється на експериментальну ідею про необхідність захисту свобод від закону. Така еволюція зробила екстраординарним феномен існування вищої влади над законодавцем, влади, яка накладає на законодавця обов'язок додержуватися Конституції»¹⁷¹.

У сучасній конституційній теорії законодавчий орган не може претендувати на єдиний державний орган, що реалізує та втілює на практиці принцип народного суверенітету. А тому законодавчий орган має бути обмежений Конституцією, щоб запобігти «законодавчому абсолютизму диктатора, якого обирають»¹⁷².

¹⁷⁰ Gierke O. Die grundbegriffe des Staatsrechts und die Neusten Staatsrechtstheorien. — Berlin, 1915. — S. 95.

¹⁷¹ Riverro J. Rapport de synthese. — Aix-en-Provence, 1982. — P. 519.

¹⁷² Hart H. The Concept of Law. — Oxford, 1961. — P. 38.

Сучасні конституції, у тому числі і Конституція України, визнають принцип народного суверенітету як один з її основоположних принципів. Проте водночас вважаються недоторканими конституційні права та цінності, на них не може поширюватися волевиявлення парламентської більшості. Такий «священний конституційний шлюб» народного суверенітету з конституційними правами людини природно-правового походження заперечує автоматичне ототожнення народного суверенітету з державним, доки держава порушує конституційні права людини. **У цьому сенсі Конституція стає фактором обмеження суверенітету та намагається забезпечити йому певні інституційні та правові гарантії (наприклад створення конституційних судів та прийняття конституційних норм про безпосередній судовий захист конституційних прав та свобод людини).** Особливо це стосується заходів щодо запобігання зловживанню парламентською більшістю законодавчою владою, оскільки, згідно з теорією народного суверенітету Ж.-Ж. Руссо, саме парламентська більшість може претендувати на «справжнє» виявлення спільної волі народу, що іноді призводить до диктатури.

Про **небезпеку колективної диктатури парламентської більшості** як найгіршої з усіх диктатур від «імені народу» попереджали великі мислителі М. Монтень, О. Бальзак, А. Камю, І. Кант, Д. Медісон, А. Токвіль. Останній заперечував беззастережне панування чисельної більшості у парламенті як яacobinський, прагматичний винахід Нового часу, стверджуючи, що панування більшості не може бути безмежним, оскільки над більшістю у сенсі моральному стоять гуманізм, розум та істина, а в сенсі політичному — конституційні права.

Професор Оксфордського університету Р. Дворкін заперечує ідеологію панування парламентської більшості, яка обстоює положення про те, що всі фундаментальні політичні рішення, у тому числі рішення щодо тлумачення Конституції, мають бути прийняті згідно з думкою більшості¹⁷³. Здається цілком імовірним, що парламентська більшість може скасувати або свавільно обмежити основні права людини, наприклад право на свободу слова для політичних партій, що перебувають в опозиції. **Тому демократія, яка захищає основні права від будь-якого антиправового державного акта, має назву конституційної демократії, за якої всі члени суспільства визнають основні права рівною мірою для всіх, а судовий контроль за державними правовими актами з метою захисту цих прав є виправданий та необхідний.**

Термін **конституційна демократія** відносно новий і практично не вживається в українській літературі з політології, теорії держави і права та конституційного права.

¹⁷³ *Dworkin R. Introduction. The Moral Reading and the Majoritarian Premise. — Oxford, 1996. — P. 5.*

Становлення політичного режиму конституційної демократії збігається з введенням у правову систему надійних юридичних обмежень, що закріплюються на найвищому — конституційному рівні, на здійснення законодавчої влади як у процесуальному (дотримання порядку прийняття, набуття чинності та скасування законів, регламенту та попередніх законів тощо), так і в матеріальному сенсі (встановлення певних конституційних стандартів для контролю за змістом законів). Тобто конституційна демократія починається з моменту накладення зовнішніх конституційних обмежень на «необмеженого суверена», що юридично виражається у заміні конституційного принципу верховенства закону на принцип верховенства права, закріпленні судових повноважень щодо перевірки парламентських актів на предмет відповідності Конституції та створенні конституційних судів. Необхідність наукового обговорення цих питань спричинена великою потенційною небезпекою успадкування традицій тиранії однієї партії — КПРС — парламентською більшістю у парламенті незалежної України.

Конституційна демократія ґрунтується на твердженні, що більшість у парламенті не є всесильною, й пов'язує легітимність державних нормативно-правових актів, зокрема законів України, з вимогою їх відповідності фундаментальним (конституційним) правам людини, які виконують функцію обмеження державної влади.

Наукова доктрина та відповідний емпіричний матеріал свідчать, що: 1) сам по собі демократичний процес (організація та проведення виборів, постійний політичний зв'язок виборців зі своїми народними депутатами) може бути загрозою основним правам людини та слугувати перешкодою для їх ефективного захисту, оскільки у парламенті можуть переважати партії, які представляють, скажімо, 40 відсотків електорату, тому закони, які приймаються парламентською більшістю, можуть не завжди відбивати погляди більшості народу; 2) закони можуть прийматися без широкого суспільного обговорення, лобіюванням власних інтересів окремих груп, часто за рахунок інтересів населення або суспільства в цілому, коли депутати, за словами автора теорії суспільного вибору Дж. Б'юкенена, переслідують «економічну ренту через політичні інститути»¹⁷⁴; 3) парламентська більшість та уряд, який формується цією більшістю, в умовах відсутності конституційних обмежень завжди будуть намагатися порушувати політичні права громадян та маніпулювати суспільною думкою з метою недопущення нової парламентської більшості до влади; 4) в умовах постійних політичних баталій у законодавчому органі закони приймаються під впливом пристрастей, без належного «тверезого» та виваженого обговорення; тому закони можуть суперечити принципу верховенства права та іншим за-

¹⁷⁴ Buchanan J. Liberty, Market and the State. — Brighton, 1986. — P. 250.

гальфоправовим конституційним принципам; 5) парламентська більшість шляхом прийняття законів може порушувати інтереси та права національних, релігійних та інших меншин або покласти непропорційний тягар на окремих індивідів. Усі ці та інші чинники (наприклад запобігання поверненню фашизму) призвели до встановлення в Європі після 1945 року режиму конституційної демократії, за якої державна влада обмежується основними правами людини.

Конституційній демократії як політичному режиму притаманні такі риси: 1) державна влада, у тому числі законодавча, обмежується основними (фундаментальними) правами та свободами людини і громадянина, причому їх зміст та обмеження на їх здійснення не можуть бути остаточно встановлені законом; 2) конституційні норми про права людини мають бути нормами прямої дії, тобто застосовуватися судами безпосередньо, навіть в умовах відсутності конкретизуючих законів, коли судді з метою конституційного захисту цих прав повинні виходити з принципів моралі, гуманізму та справедливості, загальноправових принципів та принципів природного права (ідея розумності та рівності); 3) самі по собі демократичні вибори не легітимізують законів, джерелом легітимності закону слугують конституційні критерії визначення його правового характеру (верховенство права, відсутність порушення основних прав людини тощо); 4) наявність певних стандартів правосуддя, що закріплюються у судових рішеннях, та визнання прецедентного права щодо встановлення обмежень на здійснення державної влади; 5) державні правові акти мають відповідати концепції верховенства права: закони приймаються та набувають чинності згідно з конституційними процесуальними вимогами; норми законів мають бути максимально чіткими та зрозумілими для всіх суб'єктів правовідносин; дискреційні повноваження органів виконавчої влади (власний розсуд) повинні бути мінімальними та супроводжуватися судовими стандартами на їх здійснення; заборона «секретних» та ретроспективних законів; закони мають бути правовими та спрямовуватися на захист та гарантію фундаментальних прав людини тощо; 6) сама держава має бути правовою, тобто не тільки діяти на підставі формального права та у відповідних правових формах, а й самі державні нормативні акти мають бути правовими, тобто відповідати ідеалам рівності, розумності, справедливості; 7) між суспільними інтересами та правами індивіда, а також між конкуруючими правами повинен існувати необхідний баланс; 8) наявність незалежного судового інституту (Конституційного суду) з повноваженнями вирішувати питання про відповідність законів Конституції; 9) наявність юридичної, реальної, жорсткої Конституції як найвищого правового акта.

Конституційна демократія ґрунтується на положенні, що принцип походження влади від народу, яка здійснюється лише його представниками (парламентською більшістю), не є засадничим у формуванні конституційної системи правління. Оскільки парламентська більшість має суттєві

переваги щодо здійснення державної влади, вона здатна на обмеження і навіть скасування наявних конституційних прав та свобод людини. Конституційна демократія не може бути ототожнена з владою парламентської більшості, оскільки остання може вдаватися до свавілля та несправедливості як, наприклад, король при абсолютистському монархічному режимі. Таким чином, конституційна демократія характеризується здійсненням постійного контролю за державою, у тому числі контролю за народними представниками — депутатами, для того щоб примусити посадових осіб держави гарантувати вільне та неупереджене здійснення людиною і громадянином своїх прав та свобод.

Головним критерієм існування конституційної демократії є юридичний захист і гарантія конституційних прав та свобод, що здійснює конституційна юстиція безпосередньо на підставі Конституції. Конституційна юстиція та інститут судового конституційного контролю є головною складовою частиною конституційної демократії, оскільки вони покликані надати Конституції юридичного характеру, забезпечити її безпосередню дію та судовий захист її норм і принципів (зокрема принципу походження державної влади від народу, принципу верховенства права та поділу державної влади, рівності, свободи слова тощо), а також у спосіб судової правотворчості розвивати та деталізувати конституційні положення.

Зверхність Конституції, її норм та принципів над парламентським законодавством ознаменувала кінець парламентського абсолютизму, трансформувавши стару концепцію необмеженого парламентського суверенітету. У Європі така тенденція була значною мірою підсилена прийняттям та практичним застосуванням Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року, яка підтвердила існування загальноєвропейської тенденції побудови конституційної демократії. З моменту створення та початку діяльності Європейського суду з прав людини у 1953 році, конвенція слугує додатковим інструментом захисту основних прав не тільки від свавілля держави у цілому, а й для захисту індивідів та груп індивідів від «ексцесів правління парламентської більшості», а також для «усунення обмежень свободи, які встановлені не свавільно, а з метою слугування загальним інтересам суспільства згідно з легітимною ціллю, але з диспропорційним або нечесним тягарем, що покладаються на окремих індивідів»¹⁷⁵.

В основі поділу демократії на парламентську та конституційну лежать теоретичні та практичні підходи до питань **авторитету та легітимності державної влади**.

Авторитет являє собою одну з форм здійснення влади¹⁷⁶ і полягає у здатності особи або групи осіб (носіїв авторитету) спрямувати без застосуван-

¹⁷⁵ *Maboney P.* Principles of Judicial Review as Developed by the European Court of Human Rights: Their relevance in a National Context. — *Restricted Papers*. — P. 25.

¹⁷⁶ *Философский энциклопедический словарь*. — М., 1983. — С. 10.

ня примусу дії та думки іншої особи (групи осіб) у певному напрямі. Авторитетна державна влада ґрунтується на загальних засадах її здійснення, які позитивно сприймаються переважною більшістю членів суспільства, і полягає у такому: 1) держава та її посадові особи мають право видавати певні правові акти; 2) підкорення цим актам — обов'язкове. За умов конституційної демократії авторитет державної влади напряму пов'язаний з конституційністю її дій.

На думку авторитетного філософа права Р. Нозіка, авторитетна державна влада ґрунтується на недопущенні порушення прав людини з боку держави¹⁷⁷. Ця концепція захищених прав передбачає захист судовими органами конституційної юрисдикції конституційних прав людини у разі неправомірного їх порушення державними органами. Ф. Гайек вважає, що авторитетна влада формується в результаті тривалого історичного процесу повільної адаптації свідомості індивідів, що втілюється у законах, традиціях, конвенціях, звичаях, за винятком тих суспільств, де політичний союз утворився внаслідок завоювання; люди сприймають авторитетну владу не тому, що вона може здійснюватися як завгодно, а тому, що вони ставляться з довірою до представника влади, якщо він діє згідно із суспільним баченням справедливості¹⁷⁸.

Деякі сучасні науковці, зокрема М. Оукшот¹⁷⁹, Х. Арендт¹⁸⁰, досліджують лише права соціальних спільнот (колективні права), обходячи індивідуальні права людини. Причиною визнання «авторитетної влади» за цих умов є те, що здійснення такої влади відбувається в ім'я «комунітарної» єдності суспільства, його ідентичності, спільних цілей та вірувань.

Для будь-якої держави необхідно, щоб більшість громадян вірила в авторитет державної влади. Саме віра в авторитет державної влади є запорукою її легітимності. На думку англійського політолога Д. Бітгема, «якщо державна влада дається та здійснюється зі згоди підвладних відповідно до загальноновизнаних принципів, ми маємо право назвати таку владу правомочною, або легітимною»¹⁸¹. У сучасних країнах конституційної демократії право, прийняте державою, є легітимним за умов його відповідності конституційним нормам, принципам та цінностям. Відтак демократичні вибори не можуть слугувати єдиною підставою для легітимації права.

Французький науковець Л. Саллерон вважає, що «саме авторитет є основою влади, а не влада — основою авторитету», з чого він виводить поняття легітимності. Л. Саллерон розрізняє легальність (*la legalite*) та легітимність (*la legitimite*), розуміючи під першою відповідність закону писаному, пози-

¹⁷⁷ Nozick R. *Anarchy, State and Utopia*. — N. Y.: Basic Books, 1974. — P. 53.

¹⁷⁸ Hayek F. *The Political Order of a Free People* // *Law, Legislation and Liberty*. — N. Y., 1979. — P. 103.

¹⁷⁹ Oakeshott M. *Rationalism in Politics and Other Essays*. — London, 1974. — P. 23.

¹⁸⁰ Arendt H. *What is authority?* — N. Y.: Viking, 1960. — P. 5.

¹⁸¹ Beetham D. *The Legitimation of Power*. — London, 1991. — P. 35.

тивному, а під другою — відповідність закону неписаному, природі людської або Господньої свідомості¹⁸² (тобто розуму. — С.Ш.). Як зазначає Р.Пілон, «термін «легітимність» у загальному розумінні відображає поєднання права та моралі»¹⁸³. На думку німецького соціолога М. Вебера, легітимність випливає з народних вірувань та переконань, тобто легітимність еквівалентна вірі у легітимність¹⁸⁴.

З трьох моделей легітимної влади — таких як харизматична (ґрунтується на «побожному ставленні до святості, героїзмі або палкому характері індивіда та відданості його нормативним зразкам поведінки або порядку»), **традиційна** (ґрунтується на «священності віковичних норм та владних повноважень») **та формально-раціональна** (ґрунтується на позитивних правових нормах; полягає у формулюванні та застосуванні абстрактних норм у процесі логічного узагальнення та тлумачення), М. Вебер вирізняв останню як владу, що здійснюється згідно з позитивно визначеними принципами та нормами і не залежить від етичних та політичних принципів чи міркувань поза сферою позитивного права. У свій час М. Вебер спостерігав загальну тенденцію, що була притаманна індустріальному (капіталістичному) суспільству, заміни харизматичних та традиційних моделей на формально-раціональну. Вчений пов'язує її з розвитком капіталізму, для якого характерні раціональність ринку, максималізація продуктивності та ефективності праці.

На думку іншого німецького філософа та соціолога Ю. Хабермаса, «формально-раціональна модель може бути легітимною, якщо виконуються такі умови:

- а) формальний лад має бути позитивно закріплений;
- б) усі суб'єкти права за такого правопорядку повинні вірити у його законність, тобто у формальну правильність процедури створення та застосування законів»¹⁸⁵.

Відповідно до основних моделей легітимної влади М. Вебер виділяв **три ідеальні типи права:**

1. Харизматичне право, яке є революційним, тобто у цілому заперечує право попереднього політичного режиму, але згодом набуває ознак або традиційного, або формально-раціонального права.

2. Традиційне право як сукупність звичаїв, неписаних конвенцій, правової трансформації нормативних положень святих писань або як загальне право.

¹⁸² Salleron L. Le fondement du pouvoir dans l'entreprise. — Paris, 1965. — P. 23.

¹⁸³ Пілон Р. Права личности, демократия и конституционный порядок: об основах легитимности // Вестник Московского университета. Серия соц.- полит. исследования. — М., 1992. — № 2. — С. 60.

¹⁸⁴ Weber M. Economy and Society: an Outline of Interpretive Sociology. — N. Y., 1967. — Vol. 1. — P. 21.

¹⁸⁵ Habermas J. Legitimation Crisis. — N. Y., 1975. — P. 98.

3. **Формально-раціональне право** як концентрація та раціоналізація всіма юридичними засобами юридично чинних норм та формування внутрішньо узгодженої та логічно завершеної системи правових приписів.

Починаючи з XVI століття, формальна раціональність як у праві, так і в економіці вважалась притаманною капіталістичному суспільству. У філософії права раціоналістичним підходам відповідає теорія правового позитивізму та утилітаризму, які практично відкидають ціннісну та моральну характеристики права: правом буде все, що приймає або державна влада, або парламентська більшість, оскільки ціннісно-моральні міркування, згідно з даною моделлю, унеможливають або значно ускладнюють процес прийняття позитивного (формально-раціонального) права. Як аналогію можна навести процес капіталістичного виробництва: мінімальні затрати — максимальний результат. Слід також зауважити, що за умов режиму парламентської демократії право максимально наближається до цього формально-раціонального типу.

Окрім наведених ідеальних типів права, М. Вебер вирізняє **четвертий тип права — ціннісно-формально-раціональний**. Ціннісна раціональність, за М. Вебером, ставить на перше місце не логічну узгодженість, а етичні (моральні) міркування, корисність, доцільність та політичні цілі¹⁸⁶. Як зазначає Г. Берман, веберівське поняття ціннісного типу права було тожним поняттю природного права та права справедливості як вимог розуму та совісті при тлумаченні норм з урахуванням їх цілей, що допускало у виняткових випадках ігнорування «буквального права» (позитивного. — С.Ш.)¹⁸⁷. *Отже, ціннісний тип права є своєрідною рецепцією природного права у сучасних суспільствах.*

На цей момент звертає увагу німецький конституціоналіст Г. Геллер, зазначаючи при цьому, що визнання легітимності державних дій передбачає розрізнення понять справедливості та несправедливості, що можливо тільки на підставі певного правового стандарту, сприйнятого як такий, що має зверхність над державою та її позитивним правом. На його думку, таким правовим стандартом для виправдання дій політичної влади понад дві тисячі років було **супрапозитивне право природи**.

Рецепція ціннісного типу права як результат антиформалістської (антипозитивістської) європейської правової революції XX століття у політичному сенсі позначена встановленням режиму конституційної демократії, який прийшов на зміну режиму демократії парламентської. Саме застосування ціннісних критеріїв до позитивних актів Ю. Хабермас назвав **правовим дискурсом**, що йде на зміну правовій раціональності. Правовий дискурс є однією з головних ознак права постмодерністського

¹⁸⁶ Max Weber on Law in Economy and Society / Ed. by M. Rheinstein. — Cambridge, Mass., 1966. — P. 63–64.

¹⁸⁷ Берман Г. — Оп. цит. — С. 516.

суспільства, що виникає у процесі занпаду формально-раціонального типу права. За Ю. Хабермасом, формальну раціональність змінює процесуальна раціональність права, що дістає свій вияв у діяльності органів правосуддя. Тому в сучасних умовах набула поширення думка, що конституційне право є швидше процесуальним правом.

Це положення особливо стосується норм про права людини, які дістають свій захист та подальшу правову конкретизацію через судовий процес та являють собою комплекс ціннісних (моральних) вимог до позитивного права. Модифікація конституційного права, згідно з вимогами ціннісного типу, знаходить свій вияв у юридичному захисті органічної характеристики принципу верховенства права, а також у безпосередньому судовому захисті конституційних прав та свобод людини.

З огляду на викладені вище міркування **обґрунтування легітимності конституційного судді у сучасному постмодерністському суспільстві матиме такий вигляд:**

1. Правовий дискурс при здійсненні сучасного конституційного правосуддя, що знаходить свій вияв у застосуванні ціннісних підходів до питання визначення конституційності позитивно-правових актів держави, створює нову парадигму легітимації права за умов режиму конституційної демократії: *позитивне право у сучасному суспільстві є легітимним (тобто підкорення йому є обов'язковим) за умов відсутності порушення або диспропорційного обмеження конституційних прав та свобод, а також його відповідності конституційним нормам, принципам та цінностям*. Для забезпечення такого **антиформалістського правового дискурсу** створюються конституційні суди, яких фактично не існувало за умов традиційного харизматичного та формально-раціонального типу права, оскільки в них не було нагальної потреби. Тобто призначення конституційних судів у сучасному суспільстві полягає в забезпеченні функціонування нової дискурсивної та ціннісно орієнтованої парадигми права, головна мета якої — забезпечення свободи особи як передумови ефективної діяльності держави. Отже, конституційні судді здійснюють функцію легітимації сучасного позитивного права.

2. Для демократичного суспільства дуже важливо запобігти необмеженій владі суверена, яка може виявлятися як у необмеженій владі парламенту, так і в необмеженій владі президента, прем'єр-міністра (кабінету) чи інших державних органів, що неминуче призводить до державного свавілля та зловживань. Для досягнення цієї мети державна влада повинна функціонувати згідно з конституційними нормами, цінностями та принципами.

У такому контексті судовий конституційний контроль не може вважатися нелегітимним лише з огляду на заборону невиборним судовим органам контролювати виборні (представницькі) державні органи, оскільки демократія не може ототожнюватися лише з народним представництвом у законодавчому органі. Демократія — це спосіб життя,

при якому захищаються невідчужувані та непорушні конституційні права і свободи людини. Крім того, ефективна система судового конституційного контролю абсолютно несумісна з будь-яким антиліберальним, абсолютистським, диктаторським режимом, що дуже просто доводить-ся історичним досвідом і порівняльним аналізом¹⁸⁸.

Американський професор права Е. Росту зазначає з цього приводу: «Це очевидно, що випадкова парламентська більшість, яка ігнорує або порушує конституційні норми, є дуже далекою від того, щоб бути легітимною. Чисельна більшість як аргумент правоти, скоріш за все, призведе до зловживання владою і її постійних атак на права меншості. Функція Конституційного суду — протистояти такому зловживанню, скасовуючи законодавчі акти, що посягають на свободу кількох або всіх громадян. Це єдиний ефективний інструмент захисту, який не має іншої можливої альтернативи. І якщо хто-небудь захоче мати ефективну гарантію свободи, то саме захисна функція суду не дасть змоги Конституції залишитися риторичною»¹⁸⁹.

Саме на цій обставині — конституційний суддя як охоронець свободи — наголошував і згадуваний вище А. Токвіль: «Повноваження американських судів оголошувати закон неконституційним є наймогутнішим бар'єром, який був коли-небудь винайдений проти тиранії політичних асамблей»¹⁹⁰.

Власне за умов парламентської демократії не має особливої необхідності у створенні конституційних судів, оскільки більшість у парламенті завжди права. Тому легітимність конституційного судді полягає в обмеженні парламентського суверенітету та забезпеченні належного функціонування режиму конституційної демократії.

3. Легітимність конституційного судді пов'язана з його діяльністю щодо забезпечення конституційних гарантій прав меншості. Певною мірою ці гарантії полягають у судовому захисті основних прав та свобод людини, що доповнюються специфічними груповими правами та привілеями, пов'язаними із захистом меншості. Але навряд чи можна виключити кожне потенційне зловживання владою з боку більшості. Тому Конституція пропонує інституційні та процесуальні засоби щодо запобігання такому зловживанню через здійснення судового конституційного контролю законодавства.

4. Легітимність конституційного судді підсилюється також **судовим захистом так званої органічної частини Конституції**, яка складається з інституційних гарантій принципу поділу влади на горизонтальному, вертикальному та федеральному рівнях. Судовий конституційний контроль у цьому контексті гарантує конституційний баланс центральної влади та територіальних органів.

¹⁸⁸ *Cappeletti M.* Judicial review of legislation and its legitimacy. — P. 11.

¹⁸⁹ *Rostow E.* The democratic character of judicial review. — 66 *Harvard Law Review* 193 (1952).

¹⁹⁰ *Ibid.* — P. 262.

Основними підставами для створення конституційних судів у країнах континентальної Європи вже з самого початку був судовий спосіб вирішення конфліктів щодо компетенції державних органів. Конституційний суд — це єдиний орган, який має особливий статус, що дає йому змогу запобігати втручанням одного органу у сферу компетенції іншого, а також підтримувати баланс поділу влади, встановленого Конституцією.

5. Ще одна причина для визнання легітимності конституційного судді полягає у здійсненні ним конституційного контролю, який є інструментом досягнення політичної стабільності та «тривалості» демократичних суспільств. У цьому є певна «інструментальна логіка» належного політичного функціонування парламентської системи держави, яка прискорює свій розвиток завдяки механізму судового контролю, спрямованого проти надзвичайного поширення впливу виконавчої влади. У цьому сенсі інститут судового конституційного контролю гармонізує владу сильного уряду та пом'якшує наслідки політичних змін, спричинених зміною більшості у парламенті чи приходом до влади нового президента. Як засвідчує специфічний приклад Франції, «Конституційна рада насамперед допускає зміни через упорядкування потоку змін, його регулювання; таким чином, законодавство нової більшості проходить через своєрідний фільтр»¹⁹¹.

6. *Легітимність конституційного судді полягає у здійсненні судової, а не лише політичної, охорони Конституції через інститут судового конституційного контролю.* Як писав Г. Кельзен, «Конституція без реальних гарантій захисту від неконституційних актів не цілком обов'язкова у технічному сенсі. Ситуація, за якої неконституційні акти або неконституційні закони залишаються чинними, тому що їх неконституційність не призводить до їх скасування, більш-менш еквівалентна, з юридичного погляду, бажанню без зобов'язальної сили»¹⁹².

7. І, нарешті, один з основних аргументів на захист легітимності конституційного судді полягає у **захисті конституційних прав і свобод органи судового конституційного контролю.**

Незважаючи на те що декларативно фундаментальні права та свободи людини існували у конституційному законодавстві європейських країн дуже давно, фактично не було жодного ефективного юридичного механізму для їх практичного захисту. Це сталося тільки після другої світової війни, коли інститут судового конституційного контролю та конституційна юриспруденція посіли своє належне місце, у тому числі та в першу чергу, в країнах переможеного фашизму — Італії і Німеччині. Справді, закріплення в Конституції фундаментальних прав і свобод людини уже само по собі є запереченням волі більшості у парламенті та виправданням існування інституту судового контролю. Жодний державний орган не здатний захистити їх так ефективно, як це може зробити Конституційний суд.

¹⁹¹ Favoreu L. Le Conseil Constitutionnel et l'alternance. — Paris, 1984. — P. 94.

¹⁹² Kelsen H. La garantie juridictionnelle de la Constitution. — Paris, 1928. — P. 226.

2.6. ЗАГАЛЬНІ ТА СПЕЦІАЛЬНІ СПОСОБИ ТЛУМАЧЕННЯ КОНСТИТУЦІЇ, ЇХ СПІВВІДНОШЕННЯ ЗІ СПОСОБАМИ ТЛУМАЧЕННЯ ІНШИХ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ

Право є одним з найбільш цікавих та комплексних соціальних феноменів нашої культури. Найбільше це стосується конституційного права посткомуністичних суспільств, в яких нова правова культура з великими перешкодами йде на зміну старій. У межах старої правової культури право сприймалось виключно як команда суверена, що супроводжується санкціями («наказами із погрозою»). Тому відповідь на запитання: «Що таке конституційне право?» не видається надто простою, якщо спробувати дати її не тільки з позицій правового позитивізму, а й з позицій інших правових теорій, зокрема теорії природного права. Конституція України має обмежувати державну владу з метою гарантії свободи особи, підвищення ефективності державної влади та встановлення духу соціального партнерства на шляху до ринкових перетворень.

Згідно з західними теоретичними підходами, концепція Конституції містить не лише позитивний нормативно-правовий текст, а й фундаментальні принципи конституційного рівня. Це певні конституційні вимоги до позитивного законодавства, які походять з природного права (принципи розумності, чіткості, справедливості, пропорційності, верховенства права, легітимної мети позитивного законодавства, безпосереднього судового захисту прав та свобод людини тощо), які можуть мати як писану, так і неписану форму, і покликані інституціоналізувати ціннісні критерії визначення чинності державних нормативно-правових актів. Разом з тим Конституція є позитивним правом найвищої юридичної сили. **Тому при тлумаченні Конституції має застосовуватися дуалістичний підхід.** Конституція може тлумачитися: а) як нормативно-правовий позитивний акт (закон), коли способи тлумачення не відрізняються від способів тлумачення законів та інших позитивних актів; б) у спосіб спеціального тлумачення — з урахуванням специфічної юридичної природи Конституції. В останньому випадку підходи щодо тлумачення відрізнятимуться від традиційних.

Безумовно, **Конституція — це насамперед позитивний текст**, який, власне, й має бути витлумачений у процесі правозастосування. Для

найбільш повного розуміння конституційного тексту мають враховуватися ідеї, які лежать в основі прийняття та позитивної фіксації конституційних положень (наприклад ідеї природного права або конституціоналізму). Відтак конституційне тлумачення можна назвати мистецтвом чи процесом відкриття змісту писаного документа — Конституції. Як підкреслює з цього приводу російський правознавець І. Малінова, «під інтерпретацією (тлумаченням. — С.Ш.) розуміється певний клас розумових операцій, що пов'язані з виведенням з тексту прямо не окреслених у ньому значень. Інтерпретація у її герменевтичному розумінні можлива лише щодо текстів, яким властива змістова подвійність: певна система значень артикульована у них (текстах) первісно й з огляду на це — очевидна, проте за цією очевидністю приховується вторинна система значень, для якої перша є формою репрезентації»¹⁹³. Тобто при тлумаченні конституційних нормативних положень необхідно знаходити «вторинні значення», які перебувають в органічному зв'язку з первісними позитивними положеннями.

Термін **інтерпретація** походить з латинської мови (*interpretatio*), означає «посередництво», а у випадку інтерпретації конституційних положень — *посередництво між текстом та реальністю як існуючою (позитивною), так і ідеальним уявленням як потенційним результатом втілення ідеалів конституціоналізму та конституційних принципів (наприклад органічна характеристика принципу верховенства права або концепція матеріальної належної правової процедури)*. До матеріалізації цих ідеальних уявлень необхідно прагнути всіма засобами конституційного права. З перспективи подвійного значення конституційних положень особливого значення набуває мета та призначення Конституції у демократичному суспільстві. Особливо це стосується сучасної України, де Конституція покликана гармонізувати правову систему на засадах гуманізму та верховенства прав людини, виконувати роль інструмента правових та соціально-економічних перетворень, трансформації українського суспільства.

Як зазначає І. Малінова, «поняття тлумачення вживається лише щодо процедур цілеспрямованої змістової інтерпретації знакових текстів. Тлумачення допускає зовнішню орієнтованість... завжди має дискурсивний характер... та пов'язане з маніпулюванням значеннями, які далеко не завжди збігаються з внутрішнім текстом»¹⁹⁴.

У протилежному випадку, коли Конституція сприймається виключно як «простий» та «зрозумілий для всіх текст», немає необхідності у конституційному тлумаченні, оскільки конституційні положення можуть бути безпосередньо застосовані на практиці з огляду на їх однозначне розуміння ще на «первісному» рівні.

¹⁹³ Малінова І.П. Философия права (от метафизики к герменевтике). — Екатеринбург, 1995. — С. 82.

¹⁹⁴ Там само. — С. 97.

Досвід перших трьох років діяльності Конституційного Суду України засвідчив факт існування так званого **парадоксу Гадамера**, а саме: у процесі тлумачення переважний вплив має традиція історичного підходу¹⁹⁵, яка визначала діяльність усіх судів пострадянського простору. Загальновідомо, що радянське право жилося з ґрунту вузького нормативізму, як наслідку панування вульгарного юридичного позитивізму. З позицій нормативізму, Конституція сприймається виключно як текст, а способи її тлумачення нічим суттєво не відрізняються від тлумачення інших позитивних нормативно-правових актів, зокрема — законів, при тлумаченні яких найчастіше вдаються до текстуального та систематичного методів.

Тлумачення Конституції за такого стану речей передбачає застосування **загальних способів тлумачення**, як і при тлумаченні законів. Ці способи вивчаються у курсі теорії держави та права як загальноправові засоби аналізу правових текстів. До них, за класифікацією відомого теоретика радянського права В. Лазарева, **належать граматичний, логічний, системний, історико-політичний, телеологічний та спеціально-юридичний способи тлумачення**¹⁹⁶. Під останнім розуміється аналіз закону виключно за допомогою понятійного апарату, техніко-юридичних засобів виявлення волі законодавця.

Тим часом, **класичні способи тлумачення позитивних нормативно-правових актів**, які набули поширення у країнах континентальної Європи¹⁹⁷, у 1840 році запропонував німецький вчений К. Савіньї у своєму трактаті з римського права. До них належать:

- текстуальний, вербальний — або граматичний;
- системний, структурний — або контекстуальний;
- історичний;
- телеологічний — або цільовий метод.

Згідно з **текстуальним тлумаченням** використовуються філологічні підходи до аналізу значення конкретного слова або речення, межа яких з'ясувати «букву» закону.

При **системному тлумаченні** значення певного юридичного положення встановлюється шляхом його засвоєння разом з іншими, логічно пов'язаними положеннями тієї ж статті, розділу, юридичного тексту в цілому, інших джерел внутрішнього та міжнародного права, права інших країн. Цей спосіб також ґрунтується на принципі єдності та взаємозалежності (детермінізму) правових систем різних країн. Застосовуючи системний спосіб при здійсненні конституційного тлумачення, використовують відповідні

¹⁹⁵ Гадамер Х.-Г. Истина и метод. — М., 1988. — С. 388.

¹⁹⁶ Див., наприклад: Общая теория права и государства / Под ред. В. В. Лазарева. — М., 1994. — С. 176–179.

¹⁹⁷ Brugger W. Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks from a German Point of View. // The American Journal of Comparative Law. — 1994. — Vol. 42. — P. 396.

положення конституцій та судову практику інших країн, особливо у галузі захисту конституційних прав людини.

При **історичному тлумаченні** суб'єкт тлумачення намагається визначити, що мали на увазі автори юридичного документа, вживаючи певні юридичні терміни, які саме відносили вони мали намір врегулювати, коли вживали певні слова та речення у первісному історичному контексті його створення. При історичному тлумаченні мають значення правові положення та тексти законів у контексті їх історичного розуміння на момент прийняття. Для з'ясування питання використовуються стенограми, мемуари, щоденники, художня та наукова література, словники.

При **телеологічному тлумаченні** аналізуються цілі авторів документа, які мають бути досягнуті шляхом застосування законів, тому тлумачення здійснюється у соціальному, культурному, економічному та інших контекстах. При **суб'єктивно-телеологічному тлумаченні** вивчаються первісні (оригінальні) наміри законодавця, тоді як при **об'єктивно-телеологічному тлумаченні** досліджуються та вивчаються розумні цілі та соціальні функції правових норм, втілені у формулі «значення та мета закону».

На додаток до загальноправових способів тлумачення юридичних документів — конституцій, законів і підзаконних нормативно-правових актів існують деякі **спеціальні принципи або канони тлумачення**, зокрема:

- закон має тлумачитись як єдиний акт, тобто окремі правові положення не можуть бути витлумачені окремо, або лише у межах статті чи розділу, вони мають розглядатися у комплексі;

- принцип *pari materia* (з того ж самого предмета) означає: закони, що регулюють однопредметні або близькі за предметом відносини, мають тлумачитись узгоджено, у взаємозв'язку, а не кожний окремо;

- принцип *eiusdem generis* (того самого роду або класу) означає: якщо загальне слово йде за двома або більше спеціальними словами, то значення цього загального слова має бути обмежене об'єднувальним значенням попередніх спеціальних слів (для прикладу можна навести справу *Powell v. Kempton Park Racecourse Co*, розглянуту палатою лордів Великої Британії у 1889 році. Сторони у справі порушили питання, чи належить іподром, розташований під відкритим небом, до місця, де можна робити грошові ставки, оскільки відповідне положення закону виписано як «дім, офіс, кімната та інші місця». Суд вирішив, що загальна фраза «інші місця» має бути розтлумачена згідно зі значенням попередніх спеціальних слів, з чого випливає, що вона стосується азартних ігор, що проводяться тільки у приміщенні);

- принцип *noscitur a sociis* (визнавати за супутнім) — якщо слово має кілька значень, його значення у законі визначається за контекстом;

- принцип *expressio unius, exclusio alterius* (включення одного виключає інше) — якщо у тексті закону встановлено певний перелік (наприклад перелік професій зі шкідливими умовами праці), то він має розглядатись як остаточний і не підлягає розширеному тлумаченню;

— принцип обмеженого тлумачення правових положень, що встановлюють юридичну відповідальність особи, коли будь-який сумнів щодо значення правової норми тлумачиться на користь особи;

— принцип *золотого правила* — якщо результати «звичайного» тлумачення, згідно з загальноприйнятим літературним читанням тексту, є абсурдними і очевидний факт, що парламент не міг саме це мати на увазі, — в такому разі застосовується інше, додаткове значення «сумнівного» правового положення;

— принцип відповідності волі законодавця: з усіх суперечливих правових положень потрібно застосовувати лише ті, що найбільше відповідають волі законодавця.

Для полегшення тлумачення законів інколи законодавець у своїх нормативно-правових актах тлумачить певні терміни та словосполучення шляхом фіксації їх значення у прийнятому законі, прийняття поправок до закону або спеціального закону про тлумачення окремих термінів. Таким законом є Закон Великої Британії «Про інтерпретацію» від 1978 року. У деяких законах закріплюються також способи тлумачення, які є обов'язковими для судової влади. Наприклад, модельний закон щодо юридичної техніки розробки та прийняття законів штату Колорадо, США встановлює загальний порядок тлумачення законів у цьому штаті:

«s. 13 Наміри при прийнятті законів»

При прийнятті законів презумується, що 1) закон відповідає конституціям штатів та США; 2) існують наміри законодавця щодо ефективності закону; 3) очікується належний та розумний результат при його застосуванні; 4) визначальними є наміри досягти реальних результатів за умови виконання закону; 5) публічному інтересу має бути відданий пріоритет перед інтересом приватним.

s. 14 Презумпція перспективної дії законів

Презумується, що дія закону поширюється на майбутнє, якщо у ньому прямо не вказується його зворотна дія.

s. 15 Порядок тлумачення чітко не визначених законодавчих положень

Якщо законодавчі положення чітко не сформульовані, суд при визначенні намірів законодавця з-поміж інших обставин бере до уваги 1) мету (об'єкт) закону, яка має бути досягнута; 2) обставини, за яких закон був прийнятий; 3) законодавчу історію його прийняття; 4) загальне право або попередні закони, у тому числі закони щодо того ж самого або аналогічного предмета; 5) технічну побудову закону; 6) преамбулу»¹⁹⁸.

Як слушно підмічають дослідники німецького права Р. Алексій та Р. Драйер, існують **три головні причини щодо необхідності тлумачення законів при їх застосуванні**: 1) відкритість статутного (позитив-

¹⁹⁸ MacCormick D. and Summers R. Interpreting statutes: a comparative study. — Hants: Dartmouth Publishing Co, 1991. — P. 451–452.

ного) права; 2) невизначеність правової термінології; 3) суперечливість філософсько-наукових поглядів щодо ідеї справедливості¹⁹⁹. Зазначені вище вчені під **відкритістю статутного права** розуміють таке:

1. Відкритість окремих норм позитивного права (правових термінів та окремих положень) як результат неоднозначного філологічного розуміння правових текстів.

Правові терміни є неоднозначними для сприйняття, коли вони мають різне значення у різних контекстах (наприклад слово «право» має кілька значень: природне право, правовий принцип, закон або підзаконний акт тощо); коли норма права беззастережно поширює свою дію на одних суб'єктів правовідносин (позитивні кандидати), не поширює на інших суб'єктів (негативні кандидати) та може стосуватися або не стосуватися третіх суб'єктів (нейтральні кандидати), — саме для визначення статусу нейтральних кандидатів необхідне суддівське тлумачення; коли правова норма має оціночний характер, — як, наприклад, «добра совість» або «розумний термін», що потребують творчого тлумачення суддями для вирішення конкретної справи.

2. Іншою складовою відкритості позитивного права є необхідність вирішення засобами судового тлумачення внутрішніх суперечностей правової системи як єдиного утворення, конфлікту між правовими нормами; заповнення прогалин; вирішення проблем щодо концептуальної незавершеності кодифікованого права; неналежної якості законодавства та часто-го вживання загальних правових термінів у текстах законів, які неможливо застосувати без відповідного тлумачення; проблеми правової координації взаємовідносин між галузями та інститутами права, а також між державними та муніципальними інститутами.

Під невизначеністю правової термінології німецькі науковці розуміють загальну наукову проблему щодо невизначеності методології правозастосування, тобто тих способів тлумачення, які можуть дати конкретний результат. Як приклад можна навести постійну суперечність між суб'єктивною (тлумачення має обов'язково враховувати цілі історичного законодавця) та об'єктивною (тлумачення здійснюється відповідно до розумних цілей закону) теоріями тлумачення. Ще більша суперечність існує щодо застосування ціннісних критеріїв або принципів природного права у процесі судового тлумачення.

Р. Алексій та Р. Драйер підтримують поширену думку, що при вирішенні важких справ виявляється суперечність філософсько-наукових поглядів щодо ідеї справедливості, коли неможливе звичайне нормозастосування на засадах однозначного філологічного розуміння певних правових положень або згідно з дедуктивною логікою. У таких випадках судді, особливо

¹⁹⁹ Alexy R. and Dreier R. Statutory interpretation in the Federal Republic of Germany. / MacCormick D. and Summers R. Interpreting statutes: a comparative study. — Hants: Dartmouth Publishing Co, 1991. — P. 74.

при здійсненні конституційного правосуддя, змушені застосовувати певні моральні принципи та цінності, які, у свою чергу, також не остаточно визначені. Проте при здійсненні, наприклад, конституційного правосуддя щодо конституційності позитивних обмежень на реалізацію конституційних прав та свобод людини, європейські судді універсально сприймають та однозначно застосовують принцип пропорційності як квінтесенцію концепції справедливості, яка вперше була викладена давньогрецьким філософом Аристотелем.

Перехід від вузького сприйняття Конституції з позитивістських позицій до визнання її комплексної та специфічної юридичної природи потребує якісного розвитку конституційної теорії, яка має бути спрямована на вивчення та застосування нових способів тлумачення Конституції, на відкриття юридичної природи конституційних положень, писаних та неписаних принципів та норм, визнання зверхності Конституції над іншими правовими актами та розуміння відмінностей між Конституцією та іншими державними правовими актами. Вивчення способів та принципів конституційного тлумачення набуває особливого значення з огляду на прямий ефект дії конституційних норм, тобто таких норм, що застосовуються судами безпосередньо.

Схожий процес нового розуміння юридичної природи Конституції намітився у Німеччині після прийняття Основного закону в 1949 році. З того часу вже багато років у наукових колах Німеччини точаться дебати з приводу відмінностей між методами тлумачення Конституції і класичними методами тлумачення законів, запропонованих К. Савінї.

Панівним у юридичних колах є переконання, що *Конституція відрізняється від законів тим, що вона має велике політичне значення, являє собою відкритий текст та менш логічно завершена*. Особливо це стосується конституційних норм-принципів та таких оціночних положень, як верховенство права, правова та соціальна держава, людська гідність, свобода, рівність, принцип зв'язаності держави правами та свободами людини як безпосередньо діючим правом тощо, існування яких у статутному праві (в законах) є швидше винятком, ніж правилом, а «тому звичайні способи тлумачення законів не можуть бути автоматично застосовані при тлумаченні Конституції»²⁰⁰. Саме на предмет відповідності конституційним принципам перевіряється позитивне законодавство при здійсненні судового конституційного контролю, починаючи від тлумачення загальних та неоднозначних для розуміння правових положень у законодавчому масиві до прийняття судових рішень *contra legem*.

Абстрактні та нечіткі конституційні положення не можуть бути витлумачені безпосередньо, але можлива їх деталізація та конкретизація через су-

²⁰⁰ Mageira F. The Interpretation of the Basic Law // Main Principles of the German Basic Law. — 1989. — P. 15.

дове тлумачення; ця різниця полягає тому, що безпосереднє тлумачення (текстуальне) цілком спирається на текст, тоді як деталізація та конкретизація положень являють собою діалектичний процес «творчого визначення результатів, які відповідають Конституції, але прямо не закріплені у її тексті»²⁰¹.

На думку відомого німецького вченого К. Гессе, **при діалектичному тлумаченні слід дотримуватися п'яти вимог**: 1) кожне тлумачення має забезпечувати єдність Конституції; 2) у випадках суперечностей між певними конституційними нормами слід застосовувати принцип практичної згоди (*praktische Konkordanz*); 3) усі державні органи повинні дотримуватися принципу функціональної диференціації Конституції, яка наділяє їх різними функціями та відповідними повноваженнями у межах системи поділу влади; 4) кожне тлумачення має створювати можливість для об'єднання та примирення сторін — учасниць конституційного диспуту; 5) усі ці вимоги, взяті разом, покликані забезпечувати легітимність Конституції²⁰².

В одному зі своїх перших рішень Конституційний суд ФРН виявив внутрішню взаємозалежність та структурну єдність тексту Основного закону як єдиного органічного цілого²⁰³: «Жодна стаття або частина статті, конституційне положення не можуть бути взяті з контексту та витлумачені окремо. Кожне конституційне положення має бути витлумачене згідно з конституційними принципами та намірами її авторів»²⁰⁴. Згідно з теорією сучасного німецького вченого Р. Сменда Конституція являє собою не тільки систему цінностей, її призначення полягає в інтеграції та об'єднанні нації навколо цих цінностей²⁰⁵. Цей спосіб конституційного тлумачення має назву **принципу єдності**, що означає цілісне бачення окремих конституційних принципів та норм, тобто певні конституційні положення, які тлумачаться, розглядаються разом, а не окремо.

Юридичною гарантією принципу єдності Конституції є метод її тлумачення, що має назву **неконституційна конституційна поправка**. Будь-яка конституційна поправка може бути неконституційною, якщо вона не відповідає основним, органічним конституційним цінностям та духу Основного закону у цілому²⁰⁶. Цей метод тлумачення може бути названий тлумаченням згідно з неписаними принципами та духом Конституції, що забезпечує захист конституційної системи цінностей.

²⁰¹ Brugger W. — P. 398.

²⁰² Hesse K. Grundzüge des Verfassungsrechts für die Bundesrepublik Deutschland. — Karlsruhe: Verlag Müller, 1988. — S. 28.

²⁰³ Southwest State Case. — 1 BVerfGE 14, 32 (1951).

²⁰⁴ Ibid. — P. 33.

²⁰⁵ Див.: Kommers D. — P. 45.

²⁰⁶ Article 77 Case. — 3 BVerfGE 225, 234 (1953).

При тлумаченні Конституції згідно з **принципом практичної згоди** (практичної конкордації), автором якого є К. Гессе, або з принципом **найбільш прийнятної для обох сторін угоди** (П. Лерхе), одна конституційна цінність не може бути захищена за рахунок іншої. Правові цінності, які отримали конституційний захист, мають тлумачитися у взаємній гармонії. У разі конфлікту між зазначеними цінностями, Основний закон має зважувати на це і необхідною мірою їх обмежувати.

Згідно з **принципом конституційно-конформістського тлумачення** закон не можна визнати нечинним, якщо його можна тлумачити як такий, що відповідає Конституції.

Під **принципом дружнього ставлення до міжнародного права** як способу конституційного тлумачення розуміється застосування міжнародного та європейського права при тлумаченні відповідних конституційних положень, зокрема конституційних норм про права людини. Тлумачення конституційних положень згідно з цим принципом поширене у європейських країнах. Наприклад, згідно з частиною другою статті 10 чинної Конституції Іспанії, конституційні положення про основні права та свободи мають тлумачитися відповідно до ратифікованих Іспанією Загальної декларації прав людини та міжнародних договорів і угод з цих питань. Аналогічні положення містяться у частині першій статті 4 чинної Конституції Республіки Молдова.

Принцип порівняльного конституційного права широко застосовується у конституційному судочинстві ФРН та інших європейських країн, особливо у сфері захисту конституційних прав та свобод людини.

Ще одним методом тлумачення Основного закону ФРН, що за змістом ідентичний принципу матеріальної належної правової процедури у конституційному праві США, є **метод пропорційності**, що його Конституційний суд ФРН вивів з природи Конституції, оскільки він не був нею прямо нормативно закріплений. Метод пропорційності ґрунтується на природному праві, зокрема принципі розумності, що дає змогу у процесі конституційного судочинства перевірити ті чи інші правові акти (закони) на предмет відповідності Конституції, а саме: чи спрямовані вони потенційно або практично проти конституційних прав та свобод людини, чи санкціонують державне свавілля, чи є недостатньо обґрунтовані, нерозумні та інше.

Метод об'єктивної системи цінностей, що використовується при тлумаченні Основного закону ФРН, також ґрунтується на структурному, органічному взаємозв'язку букви та духу Конституції, що, власне, і становить систему конституційних цінностей — результат вільного вибору німецького народу, який втілюється у прийнятті цього документа. Головними складовими такого вибору є ліберальна, представницька, федеральна парламентська демократія, в основі якої конституційні права та свободи людини. Вони вважаються об'єктивними, оскільки мають окреме, незалежне існування у ме-

жах Конституції й накладають на державу, її органи та посадових осіб обов'язок дотримуватися їх у практичній діяльності.

У ФРН конституційна цінність може мати персоніфікований характер, тобто належати особі або групі осіб, чи представляти фундаментальну цінність суспільства. Так, предметом конституційного права у ФРН може бути, наприклад, позов особи проти недержавної газети про порушене конституційне право на людську гідність. Згідно з визнаними у США конституційними цінностями предметом судового розгляду може бути тільки позов особи проти держави на підставі порушення цих цінностей.

Таким чином у США переважає ліберальна концепція об'єктивної цінності конституційних свобод. Така ліберальна концепція у конституційному праві ФРН (індивід проти держави), — заснована на негативних правах, разом з інституційною (гарантія прав асоціацій та колективних прав), ціннісно-орієнтованою (права, пов'язані з людською гідністю), демократичною (політичні права, права на свободу слова тощо) та соціальною (права, спрямовані на встановлення соціальної справедливості, економічні та культурні права) концепціями лягла в основу методу тлумачення на засадах основних прав. Жодна з названих концепцій не має суттєвого пріоритету, і тому у процесі тлумачення конституційних положень використовується гнучкий підхід, спрямований на захист конституційних цінностей з огляду на конкретні обставини справи.

Схожа ситуація і в конституційному праві США, де різновекторний підхід до тлумачення отримав назву **способу балансування**, за допомогою якого здійснюється аналіз відповідних конституційних положень з метою захисту конституційних прав та свобод, між якими наявний конфлікт. За конкуренції цих прав перевага віддається більш суттєвим конституційним цінностям, які перебувають в органічному зв'язку з певними конституційними правами, захисту яких був наданий пріоритет²⁰⁷.

Як приклад можна навести справу Лебаха, яка була розглянута Конституційним судом ФРН у 1973 році. Перед судом постало спірне питання: чи може телевізійна компанія випустити в ефір біографічний фільм про злочинця без його згоди, оскільки фільм ставить під загрозу його благополучну соціалізацію після відбуття покарання та завдає шкоди його репутації? Конфлікт, що призвів до судового розгляду, полягав у суперечності між правом на людську гідність, яке гарантується частиною першою статті 1 та частиною першою статті 2 Основного закону ФРН, і правом телевізійної компанії вільно висловлювати та поширювати інформацію, гарантованим частиною першою статті 5 Основного закону ФРН. Суд вирішив, що захист права на людську гідність є важливішим, ніж право телевізійної компанії на вільне поширення інформації, а відтак заборонив вихід в ефір цього фільму, оскільки це може вплинути на успішну ресоціалізацію засудженого²⁰⁸.

²⁰⁷ *Aleinikoff A. Constitutional Law in the Age of Balancing.* — 96 Yale L.J. 943, 944 (1987).

²⁰⁸ *Lebach Case.* — BverfGE 35, 202 (237), 1974.

У конституційному праві ФРН використовується також **спосіб природного права**, який має спільні риси з методом пропорційності, зберігаючи самостійну юридичну природу. Конституційний суд час від часу звертається до «певних супрапозитивних норм, що становлять основу конституційного ладу»²⁰⁹. Вже у 1953 році суд, зважаючи на результати та наслідки нацистського панування, відкинув «юридичний позитивізм без ціннісної орієнтації»²¹⁰, засновуючи традицію застосування концепції природного права як самостійного методу тлумачення. При тлумаченні конституційного положення про право рівності суд під природним правом розуміє «фундаментальні принципи справедливості»²¹¹.

У конституційному праві США метод природного права широко використовується при тлумаченні конституційного права рівності; при визначенні змісту «негативних» прав (право на свободу слова, власності, контрактів), неписаних конституційних принципів та норм, які мають позадержавне, тобто природне походження; при встановленні стандартів конституційного контролю.

Більшість американських науковців та практиків виділяють **п'ять основних підходів** до тлумачення Конституції США як єдиного, цілісного та комплексного документа. В їх основі — **1) текст, 2) наміри «батьків-засновників», 3) конституційна теорія, 4) судовий прецедент, 5) ціннісні або моральні аргументи**, що використовуються для пошуку справедливості при прийнятті кожного судового рішення або для виправдання належного здійснення поточної політики. Деякі автори виділяють **підхід, заснований на економічній аргументації**, згідно з якою робиться порівняльний аналіз витрат і очікуваного результату від застосування тієї чи іншої конституційної норми. Хоч, напевно, економічна аргументація при тлумаченні конституційних положень швидше належить до ціннісної аргументації.

Тлумачення Конституції на підставі її тексту здійснюється у випадку, коли конституційні положення розуміються універсально та без сумнівів (наприклад, що президенту США має бути принаймні 35 років). В інших випадках, коли текст неоднозначний для розуміння, застосовуються інші підходи до тлумачення. У процесі конституційного судочинства та тлумачення мотивація, що ґрунтується на конституційному тексті (граматичний, або філологічний спосіб тлумачення), використовується дуже обережно і застосовується нечасто. Це пояснюється тим, що у цілому текст Конституції складається зі слів та окремих положень, що мають відкритий характер і потребують додаткового тлумачення для прояснення їх змісту. Таке творче тлумачення пояснюється також складністю з'ясування змісту шляхом внесення відповідних конституційних змін.

²⁰⁹ *Kommers D.* — P. 47.

²¹⁰ Article 117 Case. — 3 BVerfGE 225, 232 (1953).

²¹¹ Parental Control Case. — 10 BVerfGE 59, 81 (1959).

Водночас тлумачення **буквального розуміння конституційного тексту** виконує **три важливі функції** при здійсненні конституційного правосуддя. **По-перше**, текстуальне тлумачення універсалізує реалізацію Конституції, проте лише у тому разі, коли конституційні терміни мають тільки одне значення, або при їх аналізі можна дійти лише одного висновку (наприклад, що президенту США має виповнитися 35 років). **По-друге**, текстуальне тлумачення дає змогу уникнути неоднозначного розуміння конституційних положень, спричиненого нетекстуальними аргументами. Наприклад, коли у тексті восьмої поправки до Конституції США вживається термін «жорстоке та незвичайне покарання», текстуальний підхід щодо його тлумачення вимагає, щоб ця конституційна заборона торкалася лише покарання. **По-третє**, в ситуації, коли на підставі різної аргументації можна дати кілька тлумачень, перевага віддається текстуальному підходу — як найбільш точному.

Текстуальний спосіб тлумачення є загальновизнаним, але ще й досі точиться дискусія щодо прийнятності аргументів, заснованих на аналізі тексту, в їх історичному контексті: **«оригіналісти»** намагаються визначити значення текстуальних положень на підставі їх філологічного та граматичного значення у період ратифікації Конституції США; **«сучасники»** вважають, що конституційний текст повинен мати сучасне значення. Наприклад, конституційний термін «гроші» у період ратифікації Конституції США означав лише металеві гроші, а не асигнації, кредитні картки та інші сучасні засоби грошового обігу. Таке тлумачення з позицій оригіналізму виглядає абсурдним, чого не можна сказати про інші специфічні випадки, коли вимагається повернення до первісного значення конституційних термінів.

Оригіналізм ототожнює зміст Конституції зі змістом волі її «батьків-засновників», тобто авторів конституційного проекту. При тлумаченні Конституції з позицій оригіналізму слід дотримуватися **двох основних вимог**: 1) не тільки намагатися визначити, як «батьки-засновники» вирішили б конкретну справу, а й обрати з кількох можливих тлумачень те, яке б найбільше відповідало їх позиції щодо конкретної справи; 2) брати до уваги наміри делегатів Філадельфійського конвенту, на якому був остаточно схвалений текст Конституції США, а також думки представників більшості законодавчих асамблей штатів, на засіданні яких була ратифікована Конституція США.

Конституційне тлумачення з перспективи намірів «батьків-засновників», а також осіб, які брали участь у ратифікації Конституції, Верховний суд США вважає «важливим фактором у конституційному судочинстві»²¹². Цей спосіб тлумачення поєднує, певною мірою, історичний та телеологічний загальноправовий способи тлумачення. У американській конституційній теорії зазначені наміри поділяються на кілька видів.

²¹² Ford v. Wainwright, 106 S. Ct. 2595, 2600 (1986).

Врахування специфічних або конкретних намірів «батьків-засновників» передбачає, що при побудові мотивації конкретної справи беруться до уваги їх відносно точні та конкретні наміри. Наприклад, історики права вважають, що автори проекту Конституції США під першою поправкою до неї мали на увазі конкретну мету — усунення державної цензури на публікації у пресі.

Абстрактні, або загальні наміри характеризуються високим ступенем узагальненості, що іноді призводить до наслідків, які не передбачалися авторами проекту Конституції США та з якими вони могли напевно не погодитися. Прикладом може служити конституційне положення про рівний захист перед законом. Автори проекту не передбачали можливості спільного навчання у публічних школах представників білої та чорної рас, а виступали за рівність лише між білими. Але це положення, витлумачене згідно з абстрактними намірами авторів проекту, стало підставою для визнання практики шкільної сегрегації неконституційною.

Конституційне тлумачення, засноване на конституційній теорії, спрямоване на розуміння Конституції як єдиного цілого, враховуючи цілі конституційно-правового регулювання у демократичному суспільстві. Як допоміжні вживаються аргументи, запозичені зі сфери моралі та політичної теорії. Як зазначає з цього приводу американський «оригіналіст» професор конституційного права Р. Борк: «Тиранія більшості виникає, коли законодавство втручається у сферу індивідуальної свободи. Тиранія меншості виникає, коли більшості забороняється здійснення її легітимної влади. Ні більшість ні меншість не може остаточно визначити сферу свободи для себе. Ця дилема вирішується Верховним судом, який має повноваження визначати сферу свободи більшості та меншості через тлумачення Конституції. Якщо судова влада не має теорії, яка б обґрунтовувала діяльність судів згідно з принципами, запозиченими з Конституції, то вона тільки нав'язує свій власний вибір цінностей чи, більше того, робить вигляд, що має таку теорію, а насправді дотримується своїх власних уподобань... Тоді це обов'язково призводить до тиранії більшості або меншості»²¹⁴.

Згідно з основними положеннями **конституційної теорії процесорієнтованого судового контролю**, викладеної американським професором права Дж. Елі, Конституція як єдине ціле утворює мажоритарну та демократичну структуру держави. Конституційні права та свободи захищаються належним функціонуванням демократичного процесу (демократичні, вільні та неупереджені вибори; моральність законотворення; повага основних прав людини з боку парламентської більшості тощо). Судовий конституційний контроль за законами з метою безпосереднього судового захисту прав та свобод людини необхідний лише у разі, коли демократич-

²¹⁴ Bork R. Neutral Principles and Some First Amendment Problems // 47 Indiana Law Journal 1, 3-4, 1971.

ний процес «збивається з визначеного шляху». Вчений так обґрунтовує це положення: якщо немає особливої причини для недовіри демократичному процесу в кожному окремому випадку, то судовий контроль щодо його результатів (законів) не може бути виправданий. Однак він використовує термін «демократія» не у його фактичному сучасному значенні. Найбільше «демократія Дж. Елі» стосується того типу демократії, за якої отримує належні правові та політичні гарантії фундаментальний принцип захисту прав меншості від дискримінаційної волі законодавчого органу.

Дж. Елі відтворює теорію, що домінувала в Америці у період прийняття Конституції. **По-перше**, пише він, «батьки-засновники» припускали гомогенність інтересів усього народу. Меншість захищається, тому що немає ніякої меншості, адже коли інтереси народу однакові, необхідно захищати не меншість, а більшість народу від парламенту та неполітичних лобістських структур. **По-друге**, Дж. Елі пропонує, щоб меншість була захищена неспроможністю більшості бути постійною та стабільною. Тенденції до гетерогенності (інтереси різних штатів) і є способом захисту меншості. У підсумковій главі своєї книги «Природа Конституції США» Дж. Елі звертає увагу на різні конституційні норми, що здатні захистити меншість у цьому процедурному сенсі²¹⁴.

Дж. Елі розглядає особливий вид теорії процес-орієнтованого судового контролю як засіб захисту меншості або окремої особи від волі більшості лише в тому разі, коли демократичний процес, на його думку, не спрацює²¹⁵. Звідси він виводить фундаментальний конституційний принцип, що суди повинні тлумачити відкриті конституційні положення та ухвалювати відповідні рішення лише тоді, коли таке тлумачення, спрямоване на захист конституційних прав і свобод, необхідне для забезпечення справедливого та рівного доступу всіх до політичного процесу або для коригування того, що він називає «недоліками демократичного процесу».

З позицій **конституційної теорії структурної єдності Конституції** вченого-правознавця Ч. Блека²¹⁶, Конституція обумовлює єдину структуру держави та гарантує її, відтак штати не можуть руйнувати єдину державну структуру федерації. Ця теорія розроблена на основі рішення Верховного суду США, винесеного у справі *McCulloch v. Maryland*, результатом якого стала заборона державним органам штату обкладати податком представництво (філію) Національного банку, що знаходиться на його території.

Конституційні теорії обґрунтовують порядок аргументації при тлумаченні Конституції США як у цілому, та і окремих положень. Наприклад, при тлумаченні першої поправки до Конституції США про свободу слова, *поправці надається першорядне значення як гарантії «ринкового обміну іде-*

²¹⁴ Ibid. — P. 73–101.

²¹⁵ *Ely J. Democracy and Distrust*. — Harvard Univ. Press, 1980. — P. 101–104.

²¹⁶ *Black C. Structure and Relationship in Constitutional Law* (1969).

ями», що підкреслювалось у відомій роботі Д. Мілля «Про свободу». Вважається, що загальне благо у суспільстві досягається тільки в результаті вільного обміну думками. Загальновідомо, що абсолютної та безперечної істини не існує, тому жодна особа, установа чи організація, і держава також, не мають монополії на істину. Вільний обмін думками сприяє суспільному піднесенню, оскільки пробуджує інтелектуальний потенціал, позбавляє остраху потрапити у немилість з огляду на панівну в тоталітарному суспільстві ідеологію. У випадку диспропорційного обмеження або скасування свободи слова кожна людина певною мірою може опинитися під державним тиском, оскільки невідомо, яка думка буде заборонена наступного разу. Як зазначив О. Голмс: «Найкраща міра істини — це здатність думки утвердитися в умовах ринкової конкуренції».

Обґрунтуванням тлумачення конституційного положення щодо свободи контрактів у Верховному суді США (кінець XIX — початок XX століття) якийсь час панувала **теорія соціал-дарвінізму**. Заснована на працях Г. Спенсера та Ч. Дарвіна, вона зводиться до принципу «виживає сильніший та найбільш пристосований до довкілля». Теорія виправдовувала необмежену ринкову конкуренцію як головну рушійну силу прогресу капіталістичного суспільства, що досягається завдяки мінімальному втручання держави у сферу приватного бізнесу. Звідси — в умовах ринкової конкуренції держава не може обмежувати свободу контрактів (наприклад встановлювати максимальний робочий час для працівників певної галузі промисловості — див. відому справу, рішення щодо якої було прийняте на підставі цієї теорії і в світлі якої був розтлумачений конституційний термін «свобода», що вживається у тексті V та XIV поправок до Конституції США, — *Lochner v. New York* (1905)).

Слід зазначити, що жодна з конституційних теорій не є панівною та універсальною при обґрунтуванні тлумачення конституційних положень з певних позицій, тобто теоретичні підходи постійно змінюються. З огляду на це, суд також може звернутися до попередніх теорій, які тривалий час не застосовувались. Як слушно підкреслив О. Голмс у своїй окремій думці щодо справи *Lochner v. New York*: «Чотирнадцята поправка (де вживається термін «свобода». — С.ІІІ) до Конституції США не відтворює популярної теорії містера Г. Спенсера. Конституція не має намірів втілити певну економічну теорію, як і теорію про патерналістське або органічне ставлення держави до своїх громадян. Свобода (як конституційне положення. — С.ІІІ) може бути порушена лише у випадку, коли розумна людина припустить, з твердим переконанням, що закон порушує фундаментальні принципи, які можна зрозуміти, ознайомившись з нашою історичною традицією та правом».

Тлумачення Конституції, засноване на судовому прецеденті, на думку професора М. Шапіро, переслідує **дві цілі**: вузьку — для запобігання сумнівним рішенням та широко — для використання і пропаганди розум-

них та корисних рішень²¹⁷. Безперечно, судовому прецеденту належить важлива роль при тлумаченні конституційних положень у процесі вирішення конкретних справ. Для того щоб судовий прецедент у конституційному праві був здатний регулювати поведінку суб'єктів права у майбутньому, він має застосовуватись при розгляді аналогічного питання. Крім того, має бути згода на його застосування з боку широкого кола науковців та правників-практиків. Застосування прецедентного права підкреслює неупередженість судді та робить стабільним конституційне право. Однак слід мати на увазі, що прецеденти сприймаються та застосовуються різними суддями по-різному.

З науково-теоретичних позицій американських науковців природне право, засноване на розумі, є джерелом та основою загального права. Загальне право функціонально пов'язане з доктриною судового прецеденту *stare decisis* (з лат. – прихильність до вирішених справ), яка полягає в тому, що суди повинні застосовувати раніше сформульовані принципи права у процесі судового розгляду конкретної справи при правовій оцінці схожих фактів та ситуацій у вирішенні аналогічних справ у майбутньому. Доктрина судового прецеденту має у певних країнах континентальної Європи «прихований» характер, оскільки, з одного боку, судовий прецедент офіційно не визнається джерелом права, а з іншого — попередні рішення є обов'язковими для суддів при вирішенні аналогічних справ.

Конституційне тлумачення, що здійснюється з урахуванням цінностей моралі, політики, соціології, має назву ціннісного тлумачення. Хоч, на перший погляд, аргументація такого роду видається сумнівною, оскільки вона не є юридичною з позицій позитивного права, за що й піддається нищівній критиці, особливо у країнах «позитивно-кодифікованої спрямованості». Якщо ж Конституцію розглядати у широкому соціальному контексті, зважаючи на цілі конституційно-правового регулювання у демократичному суспільстві, необхідність забезпечення конституційних гарантій свободи та безпосереднього судового захисту конституційних прав і свобод, а також на фундаментальні загальноправові принципи конституційного рівня, правничу реалізацію концепції природно-правового походження основних прав та свобод людини тощо, — ціннісне тлумачення конституційних положень цілком виправдане. Більше того, саме такому тлумаченню віддається абсолютна перевага у сучасних умовах, а тому воно підтримується і розвивається у всіх серйозних працях з конституційного права США.

Ціннісна аргументація при тлумаченні Конституції покликана встановити певний стандарт: що є добрим, а що поганим, бажаним чи небажаним, що є морально або політично правильним, тоді як позитивістська аргументація заснована виключно на позитивному тексті.

²¹⁷ Shapiro M. In Defense of Judicial Candor. — 100 Harvard Law Review, 731, 734 (1987).

При застосуванні ціннісної аргументації застосовуються два підходи — текстовий та нетекстовий.

При текстовому підході вдаються до розширеного тлумачення окремих конституційних положень, які конституціоналізують певні концепції або ціннісні поняття — такі як, наприклад, верховенство права, правова держава, належна правова процедура, процедурна справедливість, розумність, рівність тощо. Різні люди та практичні працівники розуміють ці положення по-різному не тому, що вони не зовсім коректно сформульовані та закріплені у тексті, а швидше тому, що відбивають певні моральні та філософські категорії та цінності, універсальних поглядів щодо яких не існує. Суд, у процесі вирішення конкретної справи, дає відповідне тлумачення та обґрунтування цих термінів, вдаючись до аргументів і сфери моралі, філософії, практичної необхідності тощо. На думку багатьох науковців, конституційні положення про права людини є позитивною фіксацією ціннісних категорій, що стосуються природи людини та особистості як ціннісні принципи фундаментального значення.

Нетекстова ціннісна аргументація засновується не стільки на тлумаченні абстрактних конституційних положень, скільки покликана встановити певний стандарт, з допомогою якого обґрунтовується пріоритет при вирішенні складних справ, наприклад у разі наявності конфлікту між конституційними правами або при захисті конституційних прав у контексті суспільних цінностей.

При цьому суддя, мотивуючи свої рішення, не вважає себе зв'язаним якоюсь ієрархією цінностей, він враховує конкретні обставини справи та конкретну ситуацію, для вирішення якої застосовуються різні ціннісні аргументи. Як правило, до основних ціннісних аргументів при тлумаченні Конституції належать: традиційна мораль, вміння досягти консенсусу у суспільстві, концепція природного права, економічна ефективність, ліберальна політична теорія.

Уважний дослідник може побачити головний конфлікт між правовим позитивізмом та іншими теоретико-доктринальними підходами при тлумаченні на підставі ціннісної аргументації.

Згідно з **інтерпретаційною моделлю** конституційні судді обмежені застосуванням конкретних, чітко визначених конституційних норм, з яких складається писана Конституція, або тих правоположень, що походять з писаних норм (проста інтерпретація). Відповідно до неї законодавство може бути визнане неконституційним завдяки застосуванню дедуктивного методу при обґрунтуванні рішення на підставі чітких нормативних конституційних положень.

Неінтерпретаційна модель дає змогу суддям вийти за межі писаного тексту Конституції і застосовувати норми та принципи, які не містяться у писаному документі, але які відображають незмінні та фундаментальні цінності суспільства та його політичної системи. Це, для прикладу, принципи

республіканського правління або безпосередньої дії природних прав людини. Зазначені принципи, які діалектично виводяться з концепції Конституції, накладають певні обмеження на здійснення державної влади.

У цьому зв'язку слід також звернути увагу на способи тлумачення Конвенції про захист прав людини та основних свобод 1950 року, оскільки 1) норми конвенції є нормами прямої дії, як, власне, й норми Конституції України, а тому підходи Європейського суду з прав людини щодо тлумачення цих норм можуть виявитися корисними для здійснення правосуддя в Україні; 2) норми Конституції України про права та свободи людини та громадянина здебільшого відтворюють конвенційні положення; 3) питання юридичних гарантій основних прав та свобод є спільною юридичною матерією як на конституційному, так і на конвенційному рівні.

При застосуванні та тлумаченні конвенційних норм передусім беруться до уваги **загальні принципи тлумачення міжнародних договорів**. Вони містяться у статтях 31–34 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року, яка інкорпорує загальноприйняті принципи міжнародного права²¹⁸. Конвенція має тлумачитись добросовісно — відповідно до загального значення, яке слід надавати термінам цього міжнародного договору в їхньому контексті, а також відповідно до об'єкта і цілей конвенції.

Необхідно враховувати й відповідну судову практику, а також відповідні норми міжнародного права, які застосовуються у відносинах між учасниками, тобто країнами, які ратифікували конвенцію. Термінам, що містяться у конвенції, можна надавати спеціального значення лише в тому разі, коли встановлено, що учасники мали такий намір. При тлумаченні конвенції слід обов'язково мати на увазі необхідність **спеціального динамічного тлумачення**, оскільки конвенція — це «відкритий текст, живий інструмент, вона має бути розтлумачена у світлі вимог сьогодення»²¹⁹.

При тлумаченні конвенції, яка створювалася для «визначення та розвитку ідеалів і цінностей демократичного суспільства»²²⁰, потрібно **враховувати її головні об'єкти та цілі**. Такими ідеалами та цінностями визнаються «плюралізм, терпимість та відкритість мислення»²²¹, «верховенство права» з «доступом до судів»²²²; а також свобода вираження поглядів, що є «однією з основних підвалин демократичного суспільства та однією з принципових умов для його розвитку та самореалізації кожної особи»²²³; свобода політичних дискусій, «що лежить у самій основі концепції демократичного суспільства»²²⁴.

²¹⁸ Golder v. United Kingdom (1975) 1 EHRR 524, 532.

²¹⁹ Tyrer v. United Kingdom (1978) 2 EHRR 1, 10.

²²⁰ Kjeldsen and others v. Denmark (1976) 1 EHRR 711, 731, EctHR, paragraph 53.

²²¹ Handyside v. United Kingdom (1976) 1 EHRR 737, 754.

²²² Engel v. The Netherlands (1976) 1 EHRR 647, 672.

²²³ Lingens v. Austria (1986) 8 EHRR 407, 418–419.

²²⁴ Lingens v. Austria (1986) 8 EHRR 407, 419.

У рішенні у справі *Klass v. Germany* (1978) суд зазначив, що одним з фундаментальних принципів демократичного суспільства є принцип верховенства права, закріплений у преамбулі до конвенції. Принцип верховенства права вимагає, *inter alia*, що втручання державної адміністрації у сферу дії індивідуальних прав має бути об'єктом ефективного контролю, який, як правило, має здійснюватися суддями, оскільки судовий контроль є найкращою гарантією незалежності, неупередженості та належної процедури²²⁵.

Важливо й те, що «конвенція гарантує не теоретичні ілюзорні права, а права, які мають безпосередню дію та практичний ефект»²²⁶. Зрозуміло, що норми конвенції про основні права розглядаються як норми прямої дії, причому головна увага приділяється не формі, а змісту цих прав, коли суди мають «розслідувати реалії, що стосуються предмета розгляду»²²⁷.

При тлумаченні **конвенція має розглядатися як єдине ціле**, а не як сукупність окремих норм, що тлумачаться, для забезпечення «справедливого балансу між загальним суспільним інтересом та вимогами захисту фундаментальних прав індивіда»²²⁸.

Юридичною основою для встановлення такого справедливого балансу слугує **принцип пропорційності**: обмеження на свободи, що гарантуються конвенцією, мають бути «пропорційні легітимній меті, яка переслідується цими обмеженнями»²²⁹, а також «між засобами, що обираються, та легітимною метою, що переслідується, при встановленні відповідних обмежень, має зберігатися розумне пропорційне співвідношення»²³⁰.

У статтях 8–11 конвенції закріплюються обмеження на здійснення таких прав, як право на повагу до приватного і сімейного життя, житла і таємниці листування, право на свободу думки, совісті й віросповідання, право на свободу вираження поглядів, на свободу мирних зібрань та свободу об'єднання з іншими. Обмежуючи ці права, держава зобов'язана довести, що будь-яке обмеження *накладається згідно із законом та є необхідним у демократичному суспільстві* для переслідування певних суспільних цілей (захист публічного порядку, здоров'я та моралі, а також інтересів інших осіб).

Розглядаючи справи про захист зазначених прав, **обмежених згідно з законом**, держава має довести, що вона діє на підставі національного закону, під яким розуміється як статутне (парламентський акт), так і загальне право²³¹. При цьому слід мати на увазі, що конвенція «не просто відсилає до

²²⁵ *Klass v. Germany* (1978) 2 EHRR 214, 235.

²²⁶ *Airey v. Ireland* (1979) 2 EHRR 305, 314.

²²⁷ *Deweert v. Belgium* (1980) 2 EHRR 439, 458.

²²⁸ *Sporrong and Lonnroth v. Sweden* (1982) 5 EHRR 35, 52.

²²⁹ *Handyside v. United Kingdom* (1976) 1 EHRR 737, 754.

²³⁰ *Fayed v. United Kingdom* (1994) 18 EHRR 393, 432.

²³¹ *Sunday Times v. United Kingdom* (1979) 2 EHRR 245, 270.

внутрішнього права, вона також покладається на якість цього права, вимагаючи його відповідності принципу верховенства права», та перевіряє «рівень юридичного захисту у внутрішньому праві від свавілля державних органів з метою захисту цих прав»²³² там, де «закон надає виконавчій владі широкі дискреційні повноваження»²³³.

У справі *Kruslin v. France* (1990) суд вирішив, що навіть у континентальній правовій системі прослуховування телефонних розмов може бути передбачене законом тільки на підставі того, що чинна правова норма була розвинута судовими рішеннями, оскільки «прецедентне право відіграє важливу роль у континентальних країнах»²³⁴.

Таким чином, при обмеженні конвенційних прав відповідним законом не можна вважати, що конвенція не порушується, оскільки такий факт не є переконливим. Держава повинна довести, що цей закон не є свавільним і відповідає принципам пропорційності й верховенства права. Причому обов'язково слід мати на увазі, що «обмеження, які дозволяються цією конвенцією щодо зазначених прав і свобод, можуть застосовуватися тільки з тією метою, для якої вони передбачені» (стаття 18 конвенції).

Одним з найважливіших **принципів (методів) тлумачення конвенції є принцип *stare decisis*, або судового прецеденту.** Суд із самого початку став на позиції доктрини судового прецеденту, посиляючись у своїх рішеннях на прецедентну практику, оскільки доктрина судового прецеденту є надійним інструментом для захисту прав людини безпосередньо на основі конвенції. Безперечно, *судовий прецедент сприяє чіткості та універсалізації розуміння конвенції, встановлює певні стандарти правосуддя, яких має дотримуватись суд, конкретизує та розвиває конвенційні положення, дає змогу правильно зрозуміти її букву та дух, дисциплінує суддів, які приймають рішення, обмежує суддівське свавілля.*

²³² *Malone v. United Kingdom* (1984) 7 EHRR 14, 40.

²³³ *Silver v. United Kingdom* (1983) 5 EHRR 347, 373.

²³⁴ *Kruslin v. France* (1990) 12 EHRR 547.

РОЗДІЛ III

СУДОВА ОХОРОНА КОНСТИТУЦІЇ

3.1. ІДЕЯ ТА ІСТОРИЧНА ПЕРСПЕКТИВА СУДОВОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ

Наявність та ефективна діяльність незалежного суду з питань перевірки відповідності державних правових актів Конституції як юридичному документу найвищої сили у писаній формі є однією з головних ознак конституційно-демократичного режиму. Конкретним практичним та юридичним механізмом реалізації конституційних приписів є судовий орган конституційної юрисдикції (Конституційний суд), який має повноваження щодо судового контролю або судової перевірки. **При здійсненні судового контролю у широкому сенсі суди діють на підставі сукупності правових норм, які закріплюють їхні повноваження контролювати юридичну відповідність правових актів (їх окремих положень) нижчої юридичної сили правовим актам вищої юридичної сили та у разі встановлення в ході судового процесу такої невідповідності — визначати їх нечинними. Рішення судів, ухвалені в результаті здійснення судового контролю, мають прямий юридичний ефект.**

У вужчому розумінні вживається термін **судовий конституційний контроль**, під яким мається на увазі *контроль, здійснюваний єдиним судовим органом конституційної юрисдикції (Конституційним судом) або всіма судами, що входять до єдиної судової системи, за відповідністю нормативно-правових актів, насамперед законів, конституційним нормам та принципам.*

Ідея судового конституційного контролю впливає з **принципу верховенства Конституції**, під яким розуміються три основні елементи.

По-перше, Конституція є найвищим фундаментальним позитивним правом. Вона є не тільки зразком, концентрованим відображенням політичних, моральних і філософських поглядів — тобто політичною декларацією, а передовсім позитивним чинним правом, яке обов'язкове для всіх суб'єктів права, з вищою стабільною юридичною сутністю у порівнянні з позитивним законодавством.

Конституція має фундаментальний характер, оскільки обмежує державні органи, містить правові гарантії щодо фундаментальних прав індиві-

дів і тому безпосередньо застосовується у судах, а також являє собою «політичний консенсус народу». Однак процес визнання такого роду поглядів у континентальній Європі був загальмований у період ліберально-демократичних революцій XVIII–XIX століть, не діставши практичного юридичного завершення на рівні конституційного права, оскільки Конституція, особливо після реставрації монархічних режимів у післяреволюційній Франції і прусській Німеччині, перетворюється на формальний абстрактний кодекс політичної системи, подарований монархом, який не міг застосовуватися у суді.

Справді, у текстах сучасних конституцій можна знайти *норми, які сформульовані як «політичний путівник» для законодавця*. Навіщо конституційні норми не застосовуються безпосередньо як норми прямої дії, доки законодавець не ухвалить позитивних законів відповідно до програмних цілей, записаних у цих нормах. Виходить, що тільки закони, а не Конституція, особливо у випадках реалізації її положень, що мають оцінний характер та є неоднозначними для розуміння, можуть застосовуватися у судах.

Слід зазначити, що визнання правового та нормативного характеру Конституції — як тенденції сучасного конституціоналізму — представниками судової влади означає застосування норм Конституції безпосередньо.

Судовий конституційний контроль здійснюється не тільки завдяки тому, що Конституція є нормативно-правовим актом, а й тому, що вона має найвищу юридичну силу і запроваджує фундаментальні цінності та принципи правової системи як критерій чинності підпорядкованих Конституції інших правових актів.

Принцип верховенства Конституції як вищого фундаментального права має давню традицію, він започаткований у середньовічній Англії Великою хартією свобод (*Magna Carta*) 1215 року. Цей перший писаний конституційний документ став результатом руху опору привілейованих баронів проти політики короля. Безумовно, це не був конституційний документ у сучасному розумінні, головною його метою було надання привілеїв баронам в обмін на їх зобов'язання перед королем, тобто він являв собою щось на кшталт сучасного конституційного договору. Цей договір містив перелік прав та свобод для всіх вільних людей королівства, для церкви та муніципалітетів. Крім того, у документі закріплювалось застереження про його постійне найвище місце стосовно законів королівства, що підтверджувалося парламентом Великої Британії різних скликань понад 30 разів¹. Українська Конституція Пилипа Орлика 1710 року є також класичним конституційним договором на кшталт *Magna Carta*.

Ідея такого суспільного договору, що дістає свій юридичний вияв як Конституція, пройшла крізь століття та втілилась в американській Консти-

¹ Holdsworth W. A History of English law. — London, 1971. — Vol. II. — P. 219.

туції 1787 року. Ця Конституція була першою з сучасних конституцій, до якої був доданий білль про права.

Для належного дотримання Конституції як нормативно-правового позитивного акта найвищої юридичної сили необхідна її судова гарантія. Ось що зазначає з цього приводу «батько-засновник» США О. Гамільтон на сторінках «Федераліста» у 1788 році:

«Конституція існує як факт і має розглядатися суддями як фундаментальний закон. Вони повинні прояснити її значення, як і значення будь-якого звичайного правового акта, прийнятого законодавчим органом. Якщо при цьому виявляються непримиренні суперечності між Конституцією і законом, слід надавати перевагу найвищим чинним зобов'язанням, іншими словами, Конституцію потрібно ставити над законом, наміри народу над намірами його представників».

Висновок Гамільтона про судову гарантію дотримання принципу верховенства Конституції ніяким чином не передбачає верховенства судової влади над законодавчою. Вважається, що влада народу вища, ніж дві зазначені влади, і коли воля законодавчої влади, що втілюється у законах, суперечить волі народу, втіленій у Конституції, судді повинні керуватися останньою, а не першою.

Отже, жодний законодавчий акт, що суперечить Конституції, не може бути чинним: «Заперечувати це — означає визнавати, що заступник стоїть над головною особою, слуга стоїть вище за свого господаря, представники народу вищі, ніж сам народ, а ті, що діють на виконання повноважень, можуть робити не тільки те, на що вони уповноважені, а й те, що їм заборонено»².

По-друге, принцип верховенства Конституції передбачає жорсткість Конституції, що означає своєрідний конституційний імунітет від втручання законодавчої влади. Така характеристика Конституції — загальна тенденція у сучасному конституційному праві, за винятком, мабуть, Великої Британії, Нової Зеландії та Ізраїлю, які мають неписану, а отже, гнучку Конституцію. Одним з фундаментальних напрямів у сучасному конституціоналізмі є концепція визнання Конституції як нормативної позитивної реальності, а не випадкового політичного компромісу партій і суспільних груп, який би щоразу призводив до її зміни. У цьому сенсі Конституція стає ефективним юридичним правовим актом, що є надійним засобом належного функціонування державного (політичного) механізму і надає легітимності та юридичної чинності існуючому правопорядку.

У принципі судовий конституційний контроль можливий лише за наявності жорстких конституцій, хоч не у всіх країнах з такими конституціями існує цей інститут. Як уже зазначалося, деякі країни з гнучкими

² Федералист. Политическое эссе Александра Гамильтона, Джеймса Мэдисона и Джона Джея. — М.: Прогресс, 1993. — С. 505.

конституціями, як, наприклад, Ізраїль або Нова Зеландія, мають інститут судового конституційного контролю.

Скажімо, в Ізраїлі замість єдиного документа — писаної Конституції — існують основні закони, прийняті законодавчим органом (кнесетом). Стаття 4 Закону «Про Кнесет», одного з основних законів, який регулює діяльність парламенту, передбачає, що «кнесет обирається на загальнонаціональних, прямих, рівних, таємних та пропорційних виборах, згідно з законодавством про вибори до кнесету; ця стаття не може бути змінена більшістю членів кнесету». У 1969 році кнесет прийняв Закон «Про державне фінансування виборчої кампанії політичних партій», які представлені у кнесеті того скликання, коли був прийнятий цей закон. Ухвалюючи рішення у справі *Bergman v. Minister of Finance*, Верховний суд Ізраїлю зазначив, що цей закон порушує положення статті 4 Закону «Про Кнесет» — про рівність, — оскільки встановлює дискримінаційні заходи щодо партій, які не представлені у кнесеті цього скликання. А тому суд зобов'язав міністра фінансів Ізраїлю не виконувати відповідних статей фінансового закону, а кнесет — привести цей закон у відповідність з рішенням суду. Як бачимо, у даному випадку Верховний суд Ізраїлю здійснив судовий конституційний контроль закону та встановив його невідповідність принципу найвищого рівня (принципу рівності).

У будь-якому разі судовий контроль за конституційністю законодавства має повний і завершений вигляд за наявності писаних та жорстких конституцій, поправки до яких додаються шляхом спеціальних процедур, а не через закони, що прийняті простою парламентською більшістю.

У жорстких конституційних системах при визначенні конституційності законів застосовується принцип *lex superior derogat legi inferiori* (вищий закон панує над нижчим), тоді як у гнучких конституційних системах, де Конституція не має сили верховного закону, застосовується принцип *lex posteriori derogat legi priori* (закон наступний має перевагу над попереднім) та *lex specialis derogat legi generali* (закон спеціальний має перевагу над законом загальним).

По-третє, принцип верховенства Конституції передбачає визнання неписаних конституційних принципів, з якими пов'язана органічна характеристика принципу верховенства права. Неписані конституційні принципи — це неписані конституційні норми (попередньо відсутні у позитивному конституційному тексті), що виникають внаслідок логічного продовження Конституції і відображають її дух, особливо у питаннях захисту фундаментальних прав і свобод громадян. Вони входять до концепції Конституції та органічно пов'язані з її текстом, тобто їм не належить вища юридична сила стосовно Конституції. Тому при здійсненні судового конституційного контролю перевіряється також і відповідність позитивного законодавства цим неписаним конституційним принципам. Це найбільш дискусійне питання у сучасному конституційному праві, обговорення якого в Україні лише починається.

Судовий конституційний контроль виник з практичної недостатності взаємного контролю між гілками влади у системі поділу влади, що взаємодіють між собою на підставі системи стримувань та противаг. Типовою є ситуація, коли одна з гілок влади може відмовитись від співробітництва при вирішенні питання, що належить до спільного відання з посиланням на антиконституційність дій іншої гілки влади. Якщо ж певне питання належить до виключної компетенції однієї гілки влади, інша може вжити політичних або юридичних санкцій для унеможливлення його позитивного вирішення: вотум недовіри, імпічмент, ініціювання народного референдуму, порушення кримінальної справи.

Єдині повноваження щодо здійснення конституційного контролю не можна передавати політичним гілкам влади (парламенту, президенту, уряду), бо, ставши суддею у власній справі, вони можуть порушити існуючий баланс між гілками влади, оскільки існує велика спокуса тлумачення та застосування Конституції на свою користь, тим більше, коли власні правові акти видані з порушенням Конституції.

Без незалежного судового органу, який здійснює конституційний контроль, є велика небезпека виникнення ситуації, коли державні органи виконавчої влади можуть відмовитись від виконання будь-якого закону на підставі його неконституційності.

На підставі аналізу європейських конституцій та спеціальних законів про конституційні суди відомий український науковець М. Козюбра цілком слушно доходить висновку, що **Конституційний Суд України є складовою судової влади, оскільки з судами загальної юрисдикції його споріднюють:**

- а) організаційна форма, яка фіксується у самій його назві — суд;
- б) функціональне призначення — здійснення конституційної юрисдикції, тобто права Конституційного суду вирішувати спори про право;
- в) процесуальна форма діяльності — конституційне судочинство;
- г) основні принципи діяльності — незалежність, колегіальність, гласність, обґрунтованість та обов'язковість рішень тощо;
- г) гарантії незалежності та недоторканності суддів, підстави для звільнення з посади та вимоги щодо несумісності;
- д) Конституційний суд не порушує питання про конституційність закону чи іншого правового акта за власною ініціативою; у процесі конституційного провадження можуть відбуватись усні дебати; обов'язковість рішень Конституційного суду тощо³.

Незважаючи на **суттєві переваги здійснення саме судового конституційного контролю** (забезпечення верховенства Конституції, політична неупередженість та незалежність суддів, відсутність судового

³ Козюбра М.І. Конституційний суд в системі органів державної влади // Державно-правова реформа в Україні. — К.: Ін-тут законодавства Верховної Ради України, 1997. — С. 22–23.

примусу щодо виконання власних рішень, фіксація у судових рішеннях неписаних фундаментальних принципів конституційного рівня з метою гарантії суспільної та індивідуальної свободи, забезпечення змагальності сторін, всебічне та виважене вивчення наданих аргументів, забезпечення відкритості та гласності конституційного судочинства, відповідність вимогам форуму тощо), ідея судового контролю протягом історії викликала значний скептицизм.

Особливо це стосувалось країн континентальної Європи, які догматично керувалися теорією поділу влади Ш. Монтеск'є, згідно з якою судова влада не є рівною з іншими гілками влади і посідає підпорядковане становище щодо законодавця як єдиного виразника спільної волі народу, який не може бути обмежений Конституцією. Такі погляди на середину ХХ століття набули широкого доктринального розвитку в науковій літературі. Основна думка переважної більшості наукових праць полягала в тому, що закони є формальним втіленням та конкретним виявом суверенітету народу. Тому функція судової влади полягає у їх механічному застосуванні для вирішення на їх підставі можливих конфліктів. При цьому суддям заборонялось розширене тлумачення законів, оскільки це було функцією законодавця.

У Франції з 1791 року, у Німеччині з 1780-го такого роду тлумачення суворо заборонялося на конституційному рівні, за порушення цієї заборони передбачалося кримінальне покарання. Дослідник французького конституційного права А. Стоун зазначає: «У Франції, руссоїсти-республіканці, роялісти та бонапартисти постійно змінювались при владі, але незаперечне правило, що судді зв'язані законом (а не правом. — *С.Ш.*), залишалось конституційною ортодоксією на всі часи»⁴.

У Німеччині до 1945 року ідея правової держави мала викривлене практичне втілення та обмежувалась принципом верховенства закону. Головною рисою судової діяльності у країнах континентальної Європи до кінця другої світової війни було заперечення судової юрисдикції щодо вищого, або природного права та її механічний, а не творчий характер при застосуванні законів, що у цілому відображало засадничу ідею панування суверена над правом. Німецький ідеолог конституційного права періоду нацистської Німеччини К. Шмітт у своїх працях навіть підкреслював, що сувереном є той, хто має повноваження порушувати Конституцію.

Конституційне право континентальної Європи цього періоду не містило інституційно-правового вирішення питання щодо зовнішнього обмеження суверенної державної влади, зокрема за допомогою фундаментальних принципів природного права. Конституції того часу могли бути легко змінені шляхом волевиявлення законодавчого органу, навіть їх відповідні положення про права людини, у розумінні яких переважала концепція

⁴ Stone A. The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective. — Oxford University Press, 1992. — P. 227.

утилітаризму та правового позитивізму. Як слушно підмічає тенденцію того часу Дж. Гоулей: «Панівною думкою було те, що індивід не може і не повинен мати права проти держави, що внутрішнє самообмеження держави є єдиним джерелом цих прав»⁵. Тому в конституційному праві не розглядалося питання зовнішніх обмежень суверена чи безпосереднього захисту конституційних прав та свобод, оскільки воно стосувалося «лише державних органів, які мають конституційний обов'язок формулювати державну волю»⁶. Тому ідея судового конституційного контролю як можливий засіб вирішення цих питань тривалий час залишалася політично незапобована.

Тим часом слід зазначити, що інститут конституційного контролю у своїх зародкових формах з'явився ще у період Священної Римської імперії і слугував цілям її єдності, розв'язуючи конфлікт між імператором та його підвладними. У Німеччині ще у 1495 році імператор Максиміліан I створив спеціальний орган — Суд імператорської палати, через який і зверталися васали до свого сюзерена (монарха) у разі виникнення суперечностей у процесі відносин щодо здійснення влади. З XVII століття цей суд починає розглядати відповідні справи та захищати «конституційні» права поміщиків-землевласників, порушувати принцями корони. Факт порушення визначався на підставі писаних документів: контрактів і договорів. Хоч і ще з давніх часів, особливо у період середньовіччя, прототипом судового конституційного контролю був судовий захист вищого надпозитивного (природного) права.

Сучасного значення інститут конституційного контролю набув починаючи з XIX століття як ключовий спосіб вирішення конституційних спорів між державами Німецької імперії, а також між державами та національним урядом. Місцем для розгляду таких спорів, за німецькими монархічними конституціями, була парламентська палата, в якій держави мали рівне представництво.

Але практичне втілення ідеї саме судового конституційного контролю, у тому числі й за законами, що порушують конституційні права та свободи, а також творча та активна діяльність суддів щодо застосування фундаментального права, була тривалий час чужою судовим системам країн континентальної Європи. Хоч іще наприкінці XVIII століття відомий ідеолог французької революції 1789 року **абат Сійєс здійснює першу на той час спробу теоретично обґрунтувати заснування інституту судового конституційного контролю**: «Конституція є сукупністю загальнообов'язкових законодавчих правил; якщо це не так, то вона нікчемна. Якщо це сукупність загальнообов'язкових правил, то де інстанція, що охороняє

⁵ *Golay J.* The Founding of the Federal Republic of Germany. — Chicago: University of Chicago Press, 1958. — P. 166.

⁶ *Jerusalem F.* Die Staatsgerichtbarkeit. — Tübingen, 1930. — S. 50.

цей кодекс, де судова влада, що його захищає? У цивільному житті упущення такого роду було б як незрозумілим, так і безглуздим; чому ж це терплять у політичному житті? Закони містять у собі можливість їх невиконання, тому необхідно примусити їх виконувати»⁷.

У середині XIX століття відомі німецькі юристи Р. Моль та Р. Ієринг, добре знайомі з практикою Верховного суду США та з «Федералістом», висловлюються за введення судового контролю та за конституційний судовий захист індивідуальних прав людини. Ідею судового контролю згідно з дифузною (американською) моделлю висловлював і відомий правник французької Третьої Республіки Л. Дюгі, якого підтримувало чимало колег, хоч деякі з них побоювались можливих політичних потрясінь, що їх може спричинити таке нововведення.

Однак усі ці прогресивні вимоги не прижилися на європейському монархічному ґрунті, попри те що у 1863 році більшість Асоціації німецьких юристів висловились за введення судового конституційного контролю державних актів. У 1924 році Асоціація німецьких суддів проголосила, що судам належать повноваження щодо судового захисту на конституційних засадах контрактних зобов'язань та права власності. Ця «революційна» заява є результатом консенсусу, досягнутого між науковцями та юристами-практиками щодо необхідності рецепції доктрини природного права, яка радикально суперечила тодішній політико-правовій ідеології, для пошуку правових засобів запобігання поширенню впливу законодавчої влади. Рецепція природного права на той час пояснювалась, здебільшого, пошуком правових засобів захисту від свавілля парламенту, в якому переважали депутати-соціалісти (представники профсоюзів та робітничого класу), які шляхом законотворчості та впливу на уряд почали реформу відносин власності.

У поновленій доктрині природного права акцентувалося на необхідності існування фундаментальної Конституції, яка містить у собі принципи природного права, що юридично зв'язують законодавця, і має творчо тлумачитися та розвиватися суддями. Але справжній ренесанс природного права як частини конституційного права відбувся на офіційному рівні лише в результаті практичної потреби надати позитивному праву ціннісної орієнтації у процесі ліквідації в Європі наслідків нацистського панування. З цією метою були створені конституційні суди та заснований інститут судового конституційного контролю, започаткований свого часу у країнах англосаксонської системи.

Зокрема у Великій Британії судовий контроль державних правових актів, за винятком законів — актів корони (враховуючи принцип парламентського суверенітету), здійснювався на предмет їх відповідності неписаній Конституції, яка складалася із загального права та конституційних

⁷ *Sieyes Em. J. Que-ce que c'est le Tiers Etat?* Цит. за: *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*. — Т. 1 — С. 296.

конвенцій, а також конституційним позитивним актам. У першому з них — Великій хартії свобод 1215 року — у статті 61 передбачалося створення спеціального органу з 25 баронів королівства, які контролюють належну реалізацію цього документа та притягають до юридичної відповідальності за його порушення.

У Великій Британії не існує судового конституційного контролю у вузькому сенсі, оскільки там не існує писаної Конституції. Конституція Великої Британії являє собою сукупність історичних документів, парламентських актів, конституційних конвенцій (неписаних звичаїв, що регулюють політичну поведінку найвищих органів державної влади й у цьому сенсі мають найвищу юридичну силу), джерел загального права (судових рішень та принципів) і міжнародних договорів, а також «м'якого» права Ради Європи та Європейського Союзу.

Джерела загального права Великої Британії, на підставі якого здійснюється судовий контроль у цій країні, можуть бути розподілені на:

а) звичаї, частково змінені статутами (законами), що визначають, які правові акти є актами парламенту;

б) судові рішення, які, за виразом А. Дайсі, становлять «Конституцію, створену суддями», щодо захисту основних прав та свобод як у матеріальному, так і у процесуальному сенсі, особливо — щодо захисту принципу *природної справедливості*;

в) прерогативи монарха як традиційний наслідок існування авторитету публічної влади, привілеїв та імунітету її носіїв. До цих прерогатив належить, наприклад, імунітет монарха від судового переслідування, право монарха на розпуск парламенту, призначення міністрів, на помилування. Але, згідно з конституційними конвенціями, це може бути зроблено лише за згодою кабінету (міністрів). У свою чергу судді можуть встановити обмеження на здійснення цих прерогатив.

Головною перешкодою на шляху прийняття писаної Конституції та встановлення судового конституційного контролю за здійсненням державної влади є доктрина парламентського суверенітету, яка ще й досі залишається одним з головних стрижнів британської конституційної системи. Відтак твердження Е. Коука, висловлене ще у 1610 році, про те, що судді контролюватимуть парламентські акти та, у разі встановлення їх невідповідності загальному праву, визнаватимуть ці акти нечинними, ще й досі у Великій Британії офіційно не реалізувалось.

Англійська Славетна революція 1688 року, в результаті якої принцип парламентського суверенітету дістав всебічне визнання, позитивно вплинула на розвиток ідеї судового конституційного контролю, що здійснюється не тільки на підставі загального права, а й на підставі найвищого фундаментального позитивного права — Конституції — і поширюється також і на закони. Згідно з англійським приватним правом кожна корпорація, при-

ватна компанія чи муніципалітет були зобов'язані діяти у правових межах, встановлених їх власним статутом (хартією або Конституцією). Відповідно до цього принципу (*ultra vires*), будь-який акт, при прийнятті якого перевищуються повноваження, встановлені такими статутами, є нечинним і не може бути застосований у суді.

Англійські колонії у Південній Америці, Індії, Австралії часто засновувались як комерційні підприємства, що функціонували згідно з **хартіями корони**, які приймалися поселенцями за типовим англійським зразком. Такі хартії розглядались як перші колоніальні конституції, оскільки законодавство колоній не могло їм суперечити. Крім того, вони визначали структуру колоніальних органів влади та їх повноваження. Як правило, у цих хартіях містилося нормативне положення про те, що закони, які приймаються колоніями, мають бути розумні і не суперечити законам Англійського Королівства. Отже, принцип парламентського суверенітету для англійських колоній був обов'язковий. Згідно з ним колоністи приймали законодавство, що не могло суперечити англійським законам як найвищому фундаментальному праву.

Спеціальний державний орган — **Таємна рада короля** — слідував за дотриманням принципу парламентського суверенітету та визнавав нечинним законодавство, прийняте колоніями, якщо воно не відповідало хартіям колоній або законам королівства⁸. При цьому слід мати на увазі, що самі колоніальні хартії практично не суперечили законам королівства.

Для реалізації принципу парламентського суверенітету, від якого походить принцип верховенства позитивного закону як результат Славетної революції 1688 року, суди колоній наділялись повноваженнями визнавати колоніальне законодавство нечинним, якщо воно суперечить англійським законам, тобто американські судді здійснювали судовий контроль щодо колоніального законодавства ще до здобуття незалежності США у 1776 році.

У процесі здобуття незалежності англійськими колоніями колишні хартії замінювались на нові конституції, які склалися з фундаментальних (основних) законів нових незалежних держав. Практика визнання колоніального законодавства, яке суперечить місцевим хартіям та англійським законам, нечинним після здобуття незалежності швидко модернізувалась у діяльність суддів з визнання законів та інших правових актів нових держав нечинними, якщо вони не відповідають Конституції. Цю тенденцію значно підсилив той факт, що у США, вперше в історії конституціоналізму, концепція Конституції об'єднала не тільки писаний позитивний текст, а й неписані принципи природного права фундаментального рівня, які отримали конституційний захист.

⁸ Навіть у наш час Судова палата Таємної ради виконує аналогічну функцію юридичного забезпечення процесу децентралізації (*devolution*) Великої Британії: перевіряє відповідність законодавства Шотландії, Уельсу, Північної Ірландії законам — актам корони, які регулюють цей процес.

Як зазначають конституціоналісти М. Кеппелетті та В. Коген, «судовий конституційний контроль ... став результатом спільного еволюційного розвитку Заходу — як у країнах цивільного, так і загального права. Спершу був період природної справедливості, коли королівські та парламентські акти мали перевірятися на предмет відповідності вищому, хоч і неписаному, праву. Потім, зі Славетною революцією в Англії та Французькою революцією століттям пізніше, прийшла ера позитивної, або законної юстиції, для якої притаманне верховенство закону та всенародно обраного законодавчого органу, що супроводжувалось відносною слабкістю суддів та теорії природного права щодо контролю цього верховенства.

Характерним для нашого часу є всебічне зростання ролі «конституційної юстиції» як поєднання процесуальних форм законної юстиції з матерією природної справедливості. ... з цією метою багато сучасних держав надали найвищим принципам (принципам природного права. — *С.ІІІ*) конституційного значення. Це стало результатом синтезу трьох окремих тенденцій: 1) верховенство певних найвищих принципів; 2) необхідність втілити це найвище право у писану форму; 3) надання повноважень судам щодо застосування Конституції всупереч позитивному законодавству. Об'єднання цих тенденцій відбулося у Сполучених Штатах, і з того часу це стало загальновизнаним необхідним елементом верховенства права (*Rechtsstaat*)»⁹.

Незважаючи на те що Конституція США 1787 року у другій частині статті 6 містила «клаузулу (положення) про верховенство Конституції», «Ця Конституція та закони Сполучених Штатів, які мають прийматися згідно з нею, а також усі договори, які укладаються зі Сполученими Штатами, вважаються найвищим правом країни, й судді кожного штату мають бути зв'язані ним». Потрібно було чекати до 1803 року, коли Верховний суд США, при вирішенні справи *Marbury v. Madison*, здійснив ці повноваження щодо судового конституційного контролю, які логічно походять від цього конституційного положення, та визнав федеральний закон США неконституційним.

На президентських виборах 1801 року президентом США став Т. Джефферсон — палкий прихильник вчення Ж.-Ж. Руссо про необмеженість правовими засобами волі народу, яку втілює всенародно обраний представницький орган — конгрес. Зрозуміло, він був налаштований вороже до судів, тим більше до Верховного суду, покликаного обмежувати народну волю, що втілюється у законах.

Зазнавши поразки на виборах, попередній президент США Д. Едемс устиг призначити на суддівські посади своїх прихильників, у тому числі й У. Марбері, але президентський мандат утратив свою чинність ще до того,

⁹ Comparative Constitutional Law. Cases and Materials. — Charlottesville: The Michie Company, 1982. — P. 11.

як була проведена офіційна інавгурація суддів. Т. Джефферсон розпорядився негайно припинити виконання всіх призначень Д. Едемса як «знуцання над добрим смаком». Так і не почавши виконувати свої обов'язки, суддя У. Марбері звернувся до суду з проханням видати судовий наказ — мендемус (*mandamus*), який би зобов'язав виконавчу владу виконати призначення¹⁰. Згідно з Законом США «Про судоустрій» 1789 року Верховний суд США мав такі повноваження.

Заява голови Верховного суду США Д. Маршалла, що суду належить необхідна юрисдикція для розгляду цієї справи, викликав хвилю обурення з боку республіканської більшості у конгресі, яка підтримувала Т. Джефферсона. Республіканці вважали, майже як руссоїсти у Франції, що потрібно негайно покінути з суддівським контролем за діяльністю законодавчої та виконавчої гілок влади, оскільки він є перепорою на шляху до парламентської демократії, а також заборонити суддям «керувати» виконавчою владою за допомогою суддівських наказів — мендемусів. На порядок денний парламенту було негайно поставлене питання про скасування Закону «Про судоустрій» 1789 року, а також Закону США 1801 року «Про окружні суди», який знімав із суддів обов'язок проводити більше ніж половину свого робочого часу на виїзних сесіях, роз'їжджаючи країною верхи на конях.

Отже, перед Верховним судом постала складна дилема щодо здійснення правосуддя, оскільки судовий наказ у цій справі спричинить обурення республіканців і, скоріш за все, не буде виконаний. Коли Верховний суд, майже через чотирнадцять місяців від початку розгляду цієї справи, нарешті оголосив рішення, стало зрозуміло, що це спірне питання блискуче розв'язане. Д. Маршалл почав із заяви, що призначення Марбері є законним і не може бути скасоване, тому виконавча влада зобов'язана офіційно затвердити суддю на посаді. Але Верховний суд не може видати судовий наказ — мендемус — оскільки розділ 13 Закону «Про судоустрій», який уповноважує Верховний суд на вчинення такого роду дій, порушує Конституцію США, а отже — є нечинним.

Основа мотивації цього рішення полягала у такому: 1) обов'язком суддів є застосування законів; 2) коли існує суперечність між двома законами, застосування одного виключає застосування іншого; 3) Конституція є верховним законом, що визначає критерії законності (у значенні чинності. — *С.Ш.*) для інших норм; 4) верховенство Конституції означає, що коли вона суперечить нормі закону, що прийнятий законодавцем, останній не може бути чинним правом; 5) заперечення попереднього твердження означатиме, що легіслатура може змінювати Конституцію шляхом прийняття звичайного законодавства, й тому Конституція не може виконати

¹⁰ Суддя У. Марбері має безпосереднє відношення до України бодай тому, що 6 грудня 1800 року він придбав будинок — Форрест-Марбері гауз — за 2250 фунтів (приблизно 5850 доларів на той час), де тепер розміщена амбада України у США.

функцію обмеження законодавчого органу; 6) законодавчий орган обмежений Конституцією; 7) якщо правовий акт, який приймається законодавчим органом, суперечить Конституції, він є нечинним для судової влади.

Вдалий хід Верховного суду США у цій справі — відмова від повноваження щодо здійснення судового конституційного контролю (самообмеження суду), з огляду на доктрину судового прецеденту, став обов'язковим для всіх судів США. Це рішення відвернуло від судової влади загрозу неминучого втручання політичних гілок влади (законодавчої та виконавчої) у незалежне здійснення конституційного судочинства і започаткувало інститут судового конституційного контролю.

Отже, для обґрунтування саме судового конституційного контролю, на підставі аналізу цього рішення можна висунути такі аргументи:

1. Писана Конституція. Першим аргументом Д. Маршалла було ствердження, що необхідність судового конституційного контролю впливає з факту писаної Конституції, яка встановлює обмеження на здійснення державної влади: «Різниця між обмеженою державою та необмеженою владою зникає, якщо ці обмеження не стосуються державних посадових осіб, яких вони торкаються». У часи Д. Маршалла (і навіть у деяких сучасних країнах) конституції існували у писаній формі, які не тільки надавали законодавцю повну свободу дій, а й не передбачали жодного конституційного інституту або органу щодо здійснення конституційного контролю стосовно відповідності державних правових актів Конституції. Тому Д. Маршалл уперше звернув увагу на необхідність конституційного контролю за позитивним законодавством, оскільки Конституція є також позитивним правом, але найвищої юридичної сили.

2. Роль судової влади. За логікою цього судового рішення, конституційний контроль повинні здійснювати суди, оскільки типовою судовою діяльністю є застосування та тлумачення права («обов'язок суддів — казати, що собою являє Конституція»).

3. Клаузула про верховенство Конституції. Позитивне законодавство, що не відповідає Конституції, є нечинним. Це твердження суду є результатом творчого тлумачення відповідного конституційного положення, яке прямо не містило у собі такого висновку, власне, як і щодо повноваження судів, а не інших державних органів здійснювати конституційний контроль. Про це прямо не зазначається у рішенні, а впливає з нього імпліцитно.

4. Наявність відповідної юрисдикції. Оскільки Конституції належить верховенство щодо всіх інших позитивних актів, обов'язок суддів полягає у застосуванні Конституції у всіх відповідних справах. Як аргументує Д. Маршалл, суд не мав би юрисдикції, якби не мав повноваження щодо перевірки конституційності актів конгресу.

5. **Суддівська присяга.** Д. Маршал керувався також і тим фактом, що судді складають присягу щодо дотримання Конституції. Хоч у США присягає кожний державний службовець, у тому числі й депутати конгресу та президент США, саме судовий конституційний контроль отримав всебічне визнання, а аргумент щодо присяги був лише додатковим та другорядним серед усіх інших аргументів.

Досвід США щодо перевірки конституційності правових актів ліг в основу американської, або дифузної моделі судового конституційного контролю, яка була у цілому сприйнята в інших країнах — як у колишніх британських колоніях (Канада, Індія), так і в країнах, які не перебували у сфері інтересів британської корони (Аргентина).

У Європі судовий конституційний контроль почав здійснювати спеціальний орган — Конституційний трибунал (суд) — що був заснований згідно з Конституцією Веймарської республіки 1919 року в Німеччині, Конституцією Австрії 1920 року та Конституцією Чехословаччини 1920 року. *Судовий конституційний контроль у континентальній Європі почав здійснюватись згідно з європейською, або концентрованою моделлю, яка докорінно відрізнялась від дифузної моделі судового конституційного контролю.*

Утворення єдиного судового органу для здійснення конституційного правосуддя стало прямим наслідком **інтелектуально-доктринального впливу австро-американського науковця Г. Кельзена**. Діяльність такого суду, на його думку, має забезпечувати «естетику права» та гарантувати логічну єдність системи правових норм, з яких складалась його концепція «чистого» позитивного права, а також захищати позитивне право від втручання у його сутність інших нормативних систем — наприклад моралі або природного права. Г. Кельзен обґрунтовував необхідність створення Конституційного суду не тільки нагальною потребою забезпечити верховенство Конституції як юридичного документа, а й «пом'якшити» підозри європейських політиків щодо суддівського втручання у здійснення їх «суверенних» законодавчих повноважень. Це була альтернативна пропозиція з метою наукової нейтралізації затятих прихильників американської моделі судового конституційного контролю. Головним аргументом Кельзена було те, що централізований судовий конституційний контроль не може бути ні узурпацією парламентського суверенітету, ні політичним контролем.

По-перше, стверджував він, необхідно розрізняти діяльність законодавця, яка є творчою та позитивною, та діяльність конституційного суду, який є «негативним законодавцем», оскільки скасування закону має ту саму природу, що і його прийняття, за винятком лише її негативного характеру. Як один з ідеологів правового позитивізму XX століття, Г. Кельзен виключав будь-яку творчу діяльність судді щодо застосування конституційних норм та відповідну судову правотворчість як логічний результат цієї діяльності, оскільки конституційний суддя здійснює правосуддя механічно і не може

вийти за позитивно закріплений зміст конституційних норм. Крім того, він повинен виносити свої рішення лише на підставі правових позитивних норм, визначених у Конституції абсолютно точно і чітко.

Як послідовний позитивіст, Г. Кельзен був упевнений, що **конституції не повинні містити біллі про права**, які він називав нормами природного права, а також норми-принципи ціннісної спрямованості: «Іноді у текстах конституцій містяться посилання на принципи (природного права) та ідеали справедливості, правосуддя, свободи, рівності, моралі тощо, без чіткого визначення цих термінів... Але, зважаючи на конституційне правосуддя, вони можуть відігравати дуже небезпечну роль. Суд може розтлумачити ці конституційні положення, які уповноважують законодавця лише брати до уваги принципи правосуддя, справедливості, рівності, як позитивні вимоги щодо змісту законів»¹¹.

По-друге, наполягає цей науковець, щоб Конституційний суд не був політичним органом і мав незалежність від політичних гілок влади, він має формуватися з професійних суддів та професорів права, а члени парламенту та уряду не можуть входити до його складу.

Отже, **необхідність створення Конституційного суду як єдиного органу конституційної юрисдикції для судового захисту Конституції** Г. Кельзен обґрунтовує на підставі трьох основних аргументів:

1. Умовою існування та належного функціонування конституційного правопорядку є логічна єдність, наявність якої забезпечується відповідністю всіх нормативно-правових актів Конституції як закону найвищої юридичної сили. Згідно з абзацом першим § 1 Конституції Чехословаччини 1920 року, яка розроблена та прийнята під впливом Г. Кельзена, «будь-який закон, що суперечить Конституції, її частинам або законам, що її змінюють та доповнюють, є нечинним».

Г. Кельзен зазначає: «Конституція без гарантій проти антиконституційних актів не є цілком обов'язковою у технічному сенсі... Конституція, згідно з якою неконституційні акти та, зокрема, неконституційні закони залишаються чинними тому, що їх неконституційність не може призвести до їх скасування, більше або менше є еквівалентом, з юридичного погляду, бажанню без зобов'язальної сили»¹².

2. Як справедливо вважав Г. Кельзен, у процесі реалізації власних повноважень та при виконанні конституційних завдань різні вищі державні органи можуть конфліктувати, а їх правові акти — не відповідати Конституції.

¹¹ Цит. за: Stone A. The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective. — Oxford University Press, 1992. — P. 229.

¹² Kelsen H. La Garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) // Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger. — Paris, 1928. — P. 250. Цит. за: Brewer-Carias A. Judicial Review in Comparative Law. — Cambridge, 1989. — P. 124.

Тому Конституційний суд є необхідним, щоб вирішувати можливі конфлікти щодо компетенції державних органів та визнавати видані ними правові акти нечинними, якщо вони суперечать Конституції, перебираючи на себе функцію негативного законодавця. Тому, за Г. Кельзенем, Конституційний суд є державним органом, який відрізняється від звичайних судів як за місцем у системі державних органів, так і за функціями.

3. Конституційний суд є органом для захисту парламентської меншості від парламентської більшості, який обмежує парламентську більшість та унеможливорює прояви її свавілля: «Якщо вважати сутністю демократії не всевладну більшість, а постійні домовленості, які укладаються суспільними групами, представленими у парламенті більшістю та меншістю, а також заснований на цьому суспільний спокій, то Конституційний суд є найбільш придатним органом для здійснення цієї ідеї. Лише сама загроза звернення до Конституційного суду може виявитися достатнім засобом меншості для запобігання антиконституційному порушенню з боку більшості тих інтересів, що захищаються правом, а отже, і для опору диктатурі більшості, яка є такою ж загрозливою для суспільного спокою, як і диктатура меншості»¹³.

Інститут судового конституційного контролю, згідно з першими європейськими конституціями ХХ століття у країнах, де була сприйнята ідея Г. Кельзена, відрізнявся від американської моделі вузькими повноваженнями: до Конституційного суду могли звертатися лише певні, чітко визначені державні органи; неможливо було визначити антиконституційність державних правових актів, зокрема законів, на підставі порушення ними основних прав та свобод, оскільки вважалось, що у Конституції неможливо позитивно закріплювати ці права або природне право.

Наприклад, за Веймарською конституцією 1919 року Конституційний суд отримує такі повноваження щодо здійснення конституційного контролю: 1) повноваження на здійснення процесу імпідменту, на вимогу парламенту, президента, канцлера або федерального міністра за будь-яке умисне порушення Конституції; 2) повноваження на вирішення спорів з питань застосування суб'єктом федерації національного (федерального) права; 3) повноваження на розгляд та вирішення конституційних компетенційних конфліктів між суб'єктами федерації.

Згідно з Конституцією Австрії 1920 року до Конституційного суду могли звертатися лише глава виконавчої влади для здійснення судового контролю щодо конституційності законів земель, та уряди земель щодо конституційності федеральних законів.

Більшість європейських країн сприйняли концепцію Г. Кельзена за єдиним винятком — вони надали конституційну юрисдикцію щодо безпосереднього захисту конституційних прав та свобод, які закріплювались у текстах європейських конституцій як позитивне право, окремому органу

¹³ Kelsen H. — Ibid. — P. 253.

судової влади. «Розквіт» судового конституційного контролю та посилення ролі конституційних судів припадає на другу половину XX століття, коли у європейських країнах була відкрита принципово інша юридична природа конституційного правосуддя з метою запобігання поверненню нацизму. Засновники нових післявоєнних конституційно-демократичних режимів в Італії, Німеччині, Австрії, а згодом — у Іспанії, Греції, надали конституційним судам повноваження та поклали відповідний обов'язок щодо захисту конституційних прав та свобод від зловживань публічної влади шляхом надання їм ефекту безпосередньої дії. А це неминуче привело до рецепції природного права у межах конституційного права та судової правотворчості при застосуванні та тлумаченні Конституції.

Крім того, на думку професора Центральноєвропейського університету А. Шайо, централізованість органів судового конституційного контролю пояснювалась міркуваннями кадрової політики, оскільки у кожній країні можна знайти десять-двадцять суддів, які мають ліберально-демократичні переконання та вміють застосовувати Конституцію як сукупність норм прямої дії. Слід також мати на увазі, що конституційне судочинство, особливо після закріплення на конституційному рівні білль про права, суттєво відрізняється від звичайного судочинства, яке у континентальній Європі здійснюють кар'єрні судді після отримання базової юридичної освіти. Тому для належного відправлення конституційного правосуддя необхідно було доручити цю справу професіоналам найвищої кваліфікації, видатним представникам юридичної еліти.

Як підкреслює з цього приводу вже згадуваний А. Стоун: «Включення до конституцій біллей про права, які гарантуються судовою владою та безпосередньо застосовуються у судах, перетворило ці суди у позитивних законодавців. Зважаючи на їх вплив на формування політики, можна сказати, що вони стали більше не схожими, аніж схожими на кельзенівську модель. Слід пам'ятати, що різниця між позитивною та негативною судовою правотворчістю полягає у визнанні чи запереченні юрисдикції щодо природних прав. За Кельзеном, будь-який суд, який здійснює повноваження щодо конституційного контролю з посиланням на природні права, неминуче виконує функцію законодавця. Різниця між законотворчістю та судовим рішенням зникає, принаймні її вже не можна пояснити з позицій вчення Г. Кельзена»¹⁴. Отже, безпосередній захист конституційних прав та свобод перетворив європейські конституційні суди, що створювались за моделлю Г. Кельзена як органи конституційного контролю (простий, або механічний конституційний контроль), на органи конституційного правосуддя.

Повноваження Конституційного суду щодо скасування законів, які порушують конституційні права та свободи як неконституційних, уперше

¹⁴ Stone A. The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective. — Oxford University Press, 1992. — P. 231.

закріплюються в Основному законі ФРН 1949 року, і з цього часу набуває розвитку європейська конституційна юриспруденція фундаментальних прав і свобод, а функції конституційних судів, їх повноваження та нова творча діяльність уже не узгоджуються з класичною кельзенівською моделлю.

Інститут судового конституційного контролю тривалий час був невідомий в Україні. Перша згадка про Конституційний Суд України міститься у статті 112 Конституції УРСР 1978 року, нова редакція якої була прийнята та доповнена Законами України від 24 жовтня 1991 року та від 3 червня 1992 року. У частині першій цієї статті зазначається, що Конституційний Суд України обирається Верховною Радою України на десять років з числа спеціалістів у галузі права у складі голови, двох заступників голови і 12 членів суду. 3 червня 1992 року був прийнятий перший Закон України «Про Конституційний Суд України».

Аналіз українських конституційних документів XIX — початку XX століття (до утворення Української Радянської Соціалістичної Республіки) дає змогу дійти висновку, що *ідея створення окремого органу конституційної юрисдикції за моделлю Г. Кельзена не отримала широкого визнання*, не кажучи вже про американську модель судового конституційного контролю. Частково це можна виправдати недовірою до суддів як судових охоронців Конституції, що пов'язувалось з догматичним сприйняттям теорії поділу влади Ш. Монтеск'є, а також виключною важливістю для конституційної системи доби Центральної ради або Української Народної Республіки принципу верховенства представницького органу державної влади. Наприклад, у статті 141 проекту Основного державного закону Української Народної Республіки 1919 року зазначається, що «суди не мають права оспорювати важності законів, що їх у належний спосіб видано і оголошено, натомість мають право рішати, чи розпорядження державної влади і самоврядування видано згідно з постановами діючих законів і чи ся влада не переступила своєї компетенції»¹⁵.

У радянський період судовий конституційний контроль також повністю заперечувався, оскільки вважалось, що він є невід'ємним елементом «буржуазної доктрини» поділу влади. Як стверджував відомий радянський юрист А. Вишинський: «Кожний закон (у буржуазних країнах) передбачається чинним до того часу, поки приватна особа або капіталістичне підприємство не надсилає петицію з вимогою оголосити або цей закон, або його параграф неконституційним. На практиці це право (повноваження) широко використовується монополістичними кліками експлуататорів для оголошення неконституційними тих законів, які суперечать їхнім інтересам»¹⁶.

¹⁵ Історія Української Конституції. — К.: Право, 1997. — С. 157.

¹⁶ Vyshinsky A. The Law of the Soviet State. — London, 1948. — P. 58.

Загальновідомо, що ідеологія диктатури пролетаріату повністю виключала теорію поділу влади та існування конституційних обмежень щодо державної влади. Пізніше відсутність цих обмежень стала характерною рисою для обґрунтування верховенства парламенту — Верховної Ради СРСР чи союзних республік — як виразника волі суверенного народу, якому, принаймні теоретично, належала верховна державна влада. Як зазначалось у радянській юридичній літературі того часу, «народні суди не можуть втручатися в оцінку внутрішньої конституційності законів, оскільки привласнення ними таких повноважень поставило б їх у становище політичних установ, які контролюють верховну владу, що суперечить духу нашої Конституції»¹⁷.

Перші конституції Радянської України регулювали механізм затвердження, зміни та доповнення Конституції, а не здійснення конституційного контролю. Скажімо, згідно з підпунктом а) пункту 1 статті 6 Конституції Української Соціалістичної Радянської Республіки 1919 року, до компетенції «Центральної Радянської Влади на Україні» належало «затвердження, зміна і доповнення Конституції».

Згідно з пунктом а) третьої частини статті 22 Конституції Української Соціалістичної Радянської Республіки 1929 року, до виключного відання верховного органу влади республіки — Всеукраїнського з'їзду рад робітничих, селянських та червоноармійських депутатів — належало затвердження, зміна та доповнення Конституції Української Соціалістичної Радянської Республіки, а також «остаточне затвердження Конституції Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки та змін і доповнень тої Конституції» пункт «б» третьої частини статті 22 цієї Конституції).

Всеукраїнський Центральний Виконавчий Комітет, який, згідно зі статтею 25 Конституції УСРР 1929 року, в періоди між всеукраїнськими з'їздами рад був верховним законодавчим, розпорядчим та виконавчим органом влади Української Соціалістичної Радянської Республіки, розглядав питання про часткові зміни Конституції УСРР, подаючи їх на затвердження Всеукраїнському з'їзду рад (пункт «з» частини першої статті 30 цієї Конституції), а також розглядав питання про зміну Конституції Автономної Молдавської Соціалістичної Радянської Республіки з подальшим поданням на остаточне затвердження Всеукраїнському з'їзду рад (пункт «и» частини першої статті 30 цієї Конституції) та порушував у порядку ініціативи перед верховними органами Союзу Радянських Соціалістичних Республік питання про зміну Конституції Союзу Радянських Соціалістичних Республік (пункт «і» частини першої статті 30 цієї Конституції).

Питання щодо здійснення конституційного контролю вперше регулюються у статті 30 Основного Закону (Конституції) Союзу Радянських

¹⁷ Дябло В. К. Судебная охрана конституций в буржуазных государствах и в Союзе ССР. — М., 1928. — С. 95.

Соціалістичних Республік 1924 року до складу якого входила Українська Соціалістична Радянська Республіка — УСРР (договір про утворення СРСР входив до другого розділу цієї Конституції). Згідно з цією статтею, Президія Центрального Виконавчого Комітету СРСР наглядала за проведенням у життя Конституції СРСР та виконанням усіх постанов з'їздів рад та ЦВК СРСР всіма органами влади. Згідно з цією Конституцією, ЦВК СРСР був вищим органом влади СРСР у період між з'їздами рад та складався з двох палат: Ради Союзу та Ради Національностей. Президія ЦВК СРСР була вищим законодавчим, виконавчим та розпорядчим органом влади СРСР у період між сесіями ЦВК СРСР.

Згідно з пунктом «б» статті 43 цієї Конституції, Верховний Суд СРСР наділявся повноваженнями щодо надання висновків на вимогу ЦВК СРСР про законність тих або інших постанов (у широкому значенні. — *С.Ш.*) союзних республік з позиції Конституції.

Відповідно до Положення про Верховний Суд СРСР (літера «А» статті 2), виданого у розвиток статті 43 Конституції, його нагляд за конституційністю законів здійснювався у двох формах: 1) Верховному Суду належало право звертатися з поданням до Президії ЦВК СРСР про припинення та скасування постанов і розпоряджень центральних органів та окремих наркоматів СРСР, крім постанов ЦВК СРСР та його Президії, з мотивів їх неузгодженості з Конституцією, як на підставі подання центрального органу союзних республік, так і з власної ініціативи; 2) Верховний Суд формулював висновки на вимогу Президії ЦВК СРСР щодо конституційності постанов верховних органів союзних республік, а також Ради Народних Комісарів СРСР. Висновки щодо конституційності постанов Ради Народних Комісарів СРСР формулювалися як на вимогу Президії ЦВК СРСР, так і з власної ініціативи, оскільки пункт «б» літери «А» статті 2 цього Положення надавав Верховному Суду СРСР право вносити протест щодо постанов та розпоряджень усіх центральних органів влади, за винятком ЦВК та його Президії¹⁸.

Як поясняє юридичну природу цих дій Верховного суду В. Дябло: «Висновки Верховного суду СРСР про неконституційність тих або інших постанов та розпоряджень не тягнуть за собою анулювання неконституційних законів без санкції Президії ЦВК. Отже, Верховсуд Союзу є ніби консультацією Президії ЦВК з питань конституційності законів. Такий характер конституційних функцій Верховного Суду позбавляє Верховсуд самостійного політичного значення. Строго кажучи, органом конституційного контролю у нас є ЦВК СРСР»¹⁹.

Порушення Конституції СРСР 1924 року, що були розглянуті **Президією ЦВК СРСР**, розподілялись на чотири групи:

¹⁸ Цит. за: Дябло В.К. Судебная охрана конституций в буржуазных государствах и в Союзе ССР. — М., 1928. — С. 94.

¹⁹ Там само. — С. 94–95.

1. Структурні порушення: а) зміни структури вищих державних органів, що здійснюються органами, не уповноваженими на це Конституцією; б) створення нових органів, що не передбачені Конституцією; в) зміни конституцій союзних республік, що не узгоджені з Конституцією СРСР.

2. Порушення компетенції: а) привласнення компетенції органів Союзу органами союзних республік; б) перевищення органами Союзу власної компетенції за рахунок компетенції союзних республік; в) втручання одних союзних наркоматів у компетенцію інших; г) видання союзними наркоматами актів, що належать до відання законодавчих органів Союзу.

3. Неузгодженість між актами вищих органів Союзу РСР та союзних республік, що суперечить Конституції СРСР: а) через порушення загальносоюзного законодавства органами Союзу РСР; б) через порушення загальносоюзного законодавства органами союзних республік; в) через порушення органами Союзу законодавства союзних республік.

4. Порушення порядку видання законодавчих актів та розпоряджень, що їх припускаються органи Союзу, а також органи союзних республік стосовно законів та розпоряджень органів союзу²⁰.

Отже, такий конституційний контроль мав політичний, а не юридичний характер, незважаючи на те що висновки щодо конституційності готувалися найвищим судовим органом СРСР, але рішення приймалися політичним органом — Президією ЦВК СРСР з урахуванням не тільки юридичної аргументації, а й політичних міркувань.

Політична модель радянського конституційного контролю була закладена й у наступних конституціях СРСР та УРСР. Так, згідно з пунктом «г» статті 14 та статтею 31 Конституції СРСР 1936 року, повноваження щодо «контролю за виконанням Конституції СРСР, за забезпеченням відповідності конституцій союзних республік Конституції СРСР» належали Верховній Раді СРСР. Аналогічні повноваження належали Верховній Раді УРСР, яка, згідно з пунктом «а» статті 19 Конституції УРСР 1937 року, здійснювала контроль за її виконанням.

З прийняттям Конституції СРСР 1977 року та, відповідно, Конституції УРСР 1978 року повноваження щодо здійснення конституційного контролю знов передаються президії представницького органу влади. Згідно з пунктом 4 статті 121 Конституції СРСР 1977 року Президія Верховної Ради СРСР «здійснює контроль за дотриманням Конституції СРСР та забезпечує відповідність конституцій та законів союзних республік Конституції та законам СРСР». Згідно з пунктом 4 статті 108 Конституції УРСР 1978 року контроль за додержанням Конституції Української РСР здійснювала Президія Верховної Ради Української РСР.

Слід також зазначити, що в СРСР періоду «перебудови» був створений уперше в радянській історії прототип сучасного Конституційного суду —

²⁰ Там само. — С. 100–101.

квазісудовий орган попереднього конституційного контролю — **Комітет конституційного нагляду СРСР** на базі Закону «Про зміни та доповнення статті 125 Конституції СРСР» від 1 грудня 1988 року з подальшими змінами, а 23 грудня 1989 року було прийнято Закон СРСР «Про конституційний нагляд в СРСР». Він втратив свою чинність у зв'язку з розпадом СРСР та укладанням 8 грудня 1991 року Угоди про створення Співдружності Незалежних Держав (СНД).

Після проголошення Декларації про державний суверенітет України, ухваленої Верховною Радою УРСР 16 липня 1990 року, Конституція УРСР 1978-го зазнала суттєвих змін (за винятком глави 10 «Виборча система», яка була прийнята в редакції Закону № 8303–11 від 27. 10. 1989 — тобто до 16 липня 1990 року) починаючи з самої назви, — тепер це була Конституція (Основний Закон) України 1978 року.

Відповідно до Закону УРСР «Про зміни і доповнення Конституції (Основного Закону) Української РСР» від 24 жовтня 1990 року (Відомості Верховної Ради (ВВР). — 1990. — № 45. — С. 606) уперше в українській історії засновується інститут конституційного суду шляхом викладення статті 112 Конституції УРСР у новій редакції:

«Стаття 112. Конституційний Суд Української РСР обирається Верховною Радою Української РСР на десять років з числа спеціалістів у галузі права у складі Голови, заступника Голови і 23 членів Суду.

Особи, обрані до Конституційного Суду Української РСР, не можуть одночасно входити до складу інших державних органів, діяльність і акти яких є піднаглядними Конституційному Суду, а також бути народними депутатами Української РСР чи належати до будь-яких політичних партій і рухів.

Особи, обрані до Конституційного Суду Української РСР, при виконанні своїх обов'язків є незалежними і підкоряються тільки Конституції Української РСР.

Організація і порядок діяльності Конституційного Суду Української РСР визначаються Законом про Конституційний Суд Української РСР».

Згідно з пунктом 19 частини третьої статті 97 Глави 12 Конституції 1978 року (Глава 12 цієї Конституції була прийнята у редакції Закону № 8303–11 від 27. 10. 1990), за Верховною Радою України закріплювалось нове повноваження — щодо тлумачення Конституції України і законів України, якого не було у попередніх радянських конституціях. У свою чергу контроль за додержанням Конституції України продовжувала здійснювати Президія Верховної Ради України, але вже згідно з пунктом 6 частини першої статті 106 цієї Конституції.

Разом з тим у зазначений період нашої історії, на рівень нагальних вийшло питання прийняття нової Конституції України, що потребувало якнайскорішого розв'язання. З цією метою Верховною Радою Української РСР 19 червня 1991 року була схвалена концепція нової Конституції України, в основу якої були покладені ідеали та принципи правової держави: пріоритет

загальнолюдських цінностей, рецепція загальноновизнаних норм міжнародного права, жорсткий механізм внесення конституційних змін та доповнень тощо. Прогресивним, з позицій розвитку українського конституціоналізму, видавався пункт 4 «Загальнометодологічних принципів Концепції»: «Норми нової Конституції — норми прямої дії. Неприпустимою є відмова від їх застосування внаслідок відсутності конкретизуючих законів або інших нормативних актів».

Розділ VIII цієї концепції спеціально присвячувався охороні (судовій) Конституції та порушував питання про необхідність створення Конституційного Суду:

«З метою неухильного дотримання Конституції, посилення контролю за конституційністю законів, а також конституційністю підзаконних актів необхідно:

визначити основоположні принципи конституційного контролю, встановити межі, форми, юридичні наслідки його здійснення;

створити Конституційний Суд Республіки;

наділити Конституційний Суд широкими повноваженнями, зокрема надати йому право припиняти дію законів, актів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, оголошувати їх юридично недійсними, ухвалювати рішення про незаконність дій, розпоряджень несудових державних влад за скаргами окремих громадян про порушення їх конституційних прав і свобод».

Наступна згадка про **Конституційний Суд України** у юридичних документах конституційного рівня з'являється у **Конституційному договорі між Президентом України та Верховною Радою України** «Про основні засади організації та функціонування державної влади і місцевого самоврядування в Україні на період до прийняття нової Конституції України», який укладено 8 червня 1995 року.

Зокрема у статті 38 цього договору зазначається: «Конституційний Суд України є незалежним органом судової влади, що забезпечує відповідність законів, інших нормативних актів законодавчої і виконавчої влади Конституції України, охорону конституційних прав та свобод людини і громадянина».

Але повноваження щодо здійснення конституційного контролю закріплювались у цьому договорі за Верховною Радою України, яка «приймає Конституцію України, закони України, кодекси та інші кодифіковані акти, вносить до них зміни і доповнення, дає їх офіційне тлумачення» (пункт 1 частини першої статті 17); «здійснює контроль за виконанням Конституції України, законів України та постанов Верховної Ради України» (пункт 2 частини першої статті 17); «здійснює контроль у сфері захисту прав людини» (пункт 3 частини першої статті 17).

Чинна Конституція України 1996 року проголосила у статті 147, що Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції в

Україні. У інших статтях Конституції України зазначається, що Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність законів та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів Кабінету Міністрів України, правових актів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, а також дає офіційне тлумачення Конституції України та законів України, висновки про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість, висновок щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента України з поста в порядку імпічменту, висновок на законопроект про внесення змін до Конституції України, а також висновок про порушення Верховною Радою Автономної Республіки Крим Конституції України або законів України.

16 жовтня 1996 року був прийнятий Закон України «Про Конституційний Суд України», на підставі якого був сформований Конституційний Суд України. Початок практичної реалізації цього закону став точкою відліку становлення та розвитку судового конституційного контролю в Україні.

3.2. ПОЛІТИЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДОЧИНСТВА: ДОКТРИНА СУДДІВСЬКОГО ОБМЕЖЕННЯ

Сучасна наука конституційного права визнає без суттєвих заперечень, що при здійсненні судового конституційного контролю суди, ухвалюючи рішення, не тільки застосовують, а й створюють право. Цей висновок ґрунтується на «мінімальній визначеності» конституційних положень, оскільки дуже важко вважати Конституцію вдалою, якщо вона представлена у вигляді максимально повного «конституційного кодексу», який містить відповіді на всі практичні запитання та не потребує додаткового суддівського тлумачення.

Таким чином, *відкритість конституційного тексту не є недоліком конституційно-правового регулювання, а скоріше — його перевагою, що дає змогу наблизити Конституцію до умов суспільно-політичного життя та зробити її реальною, юридичною.* Такою «відкритою частиною» Конституції України є, здебільшого, її положення, які містяться у першому та другому розділах, що мають бути спочатку конкретизовані для належного практичного застосування. Без визнання судової правотворчості як одного із засобів такої конкретизації, як на офіційному рівні, так і на практиці у процесі застосування конституційних положень, неможливо вести розмову про **Конституцію як сукупність норм прямої дії.**

Про виняткову важливість рішень органів конституційної юрисдикції свідчить **місцезнаходження судів у системі державних органів, які можуть:** 1) очолювати судову систему та координувати діяльність законодавчої, виконавчої та судової гілок влади (Верховний суд США); 2) знаходитися над всіма гілками влади як окремий єдиний орган конституційної юрисдикції (Конституційний суд ФРН); 3) існувати як елемент системи стримувань та противаг щодо концентрації державної влади у руках парламентської більшості, яка контролює законодавчу та виконавчу гілки влади у парламентських республіках (кінець XIX століття, Європа); 4) гарантувати верховенство законодавчої влади у державі: рішення органу конституційної юрисдикції обов'язкові для всіх органів державної влади, крім парламенту (IV Республіка у Франції, Польща); 5) створюватися як засіб контролю над парламентом з боку президента та виконавчої влади (V Рес-

публіка у Франції). При цьому слід зазначити, що роль Комітету конституційного нагляду в СРСР періоду «перебудови» зводилась до надання висновків для парламенту, тобто його рішення мали консультативний характер і були необов'язкові для державних органів.

Певна річ, при здійсненні конкретизації та тлумачення у процесі конституційного нормозастосування є велика небезпека перетворення судових органів на «верховних суверенів», або найвищих законодавців, які здійснюють політичну функцію, тобто створюють право, що має найвищу юридичну силу. Величезний вплив конституційних судів на політичний процес можна також пояснити змістом їх повноважень: вони можуть проголосити нечинними правові акти, прийняті органами державної влади, які посідають вищі щаблі державної ієрархічної системи.

Сьогодні дуже важко визначити критерії відповіді на запитання щодо того, де закінчується сфера конституційного судочинства і починається політична сфера діяльності. Наприклад, Рішення Конституційного Суду України про неконституційність смертної кари від 29 грудня 1999 року, будучи досконалим юридичним документом, має також велике політичне значення та вплив, оскільки базується на природно-ліберальних підходах, зокрема щодо визнання та захисту невідчужуваного права людини на життя. Величезне політичне значення мають і інші рішення Конституційного Суду України, зокрема Рішення у справі про застосування української мови, що навіть спричинило обмін дипломатичними нотами між Росією та Україною.

Відкриваючи перше пленарне засідання Конституційного Суду України 17 квітня 1997 року, голова Конституційного Суду України І. Тимченко зазначив: «Нас уже не раз запитували: а чи зможе ваш Суд не втручатися у політику? Ми розуміємо це питання так. Хоч багато справ, які нам доведеться розглядати, матимуть політичний характер, ми до них будемо підходити тільки з однієї позиції — конституційності. Ми — не команда пожежних для гасіння політичних пожеж. І в нас не буде різних відповідей для різних гілок влади — перед Конституцією вони всі рівні. На цьому стоїмо та стояти будемо»²¹.

Отже, очевидний **дуалізм суддівської діяльності при здійсненні конституційного правосуддя**: з одного боку, суд приймає справу до розгляду та виносить рішення, керуючись правовими нормами, а з іншого — його рішення мають величезне політичне значення. Особливо це стосується конституційного судочинства у розвинутих демократичних країнах, де суди, виносячи рішення, керуються не тільки позитивними конституційними нормами, а й неписаними конституційними нормами та принципами, а також здійснюють творче, тобто розширене тлумачення Конституції, що може викликати «підозру» щодо їх неупередженості та

²¹ Вісник Конституційного Суду України. — №2. — 1997. — С. 4.

політичної незаангажованості. При цьому аргументація О. Гамільтона та Р.Дворкіна про те, що у таких випадках суди здійснюють правосуддя, а не формулюють свою волю, як це робить орган політичної влади, тобто є повністю нейтральними та неупередженими, не може бути єдиним аргументом щодо заперечення політичної функції конституційних суддів та виправдання існування тільки «нейтральних» принципів здійснення конституційного правосуддя, особливо у пострадянських країнах.

Як зазначає професор М. Козюбра, «враховуючи потреби політичного процесу, Конституційний Суд повинен, однак, оцінювати його з позицій Конституції, а не навпаки — підлаштовувати Конституцію під потреби політичного моменту. Надмірна політизація Конституційного Суду, як свідчить досвід, призводить до втрати ним незалежності, і врешті-решт загрожує самому його існуванню»²².

Для конституційного правосуддя як правосуддя неупередженого та політично незаангажованого, а також для забезпечення динамічного балансу гілок влади та підсилення авторитету судових рішень, необхідно мати **два типи гарантій щодо його здійснення: гарантії незалежності судів та гарантії щодо зовнішнього обмеження і внутрішнього самообмеження конституційних судів**. Така необхідність гарантій значно підсилюється виключною важливістю належного здійснення конституційного правосуддя у сучасних конституційних демократіях, високим становищем органів конституційної юстиції в системі державних органів, необхідністю вирішення політичних конфліктів між центральними органами державної влади правовими засобами, тобто на підставі Конституції.

Крім того, органам правосуддя в Україні, у тому числі Конституційному Суду України, належить винятково важлива роль щодо юридичного забезпечення розбудови правової держави в Україні, оскільки, **на думку українського науковця А. Зайця, судова влада має такі важливі ознаки:**

1. Судова влада є інституційною характеристикою правової держави, виступаючи як одна з найголовніших гілок влади в системі поділу влади, яка не може бути поєднана з жодною з інших влад.

2. Судова влада тісно пов'язана з принципом верховенства права, більш того, його реалізація неможлива без самої судової влади, правосуддя, поза яким неможливо реалізувати в повному обсязі принцип верховенства Конституції і законів держави.

3. Рівень правосуддя визначає також рівень захисту прав і свобод громадян. Судові гарантії прав і свобод особи є найбільш значущими, оскільки вирішення спорів судом здійснюється у таких формах і за допомогою таких засобів, які мають на меті досягнення справедливості. Правосуддя, на відмі-

²² Козюбра М. І. Конституційний Суд в системі органів державної влади // Державно-правова реформа в Україні. — К: Ін-тут законодавства Верховної Ради України, 1997. — С. 24.

ну від відомчого і кабінетного розгляду спорів, вирішує їх публічно, неупереджено, на основі змагальності і тим самим вивіщує себе над будь-якими можливими арбітражами²⁵.

Судова влада, особливо судові органи конституційної юрисдикції, зважаючи на свою винятково важливу роль у правовій державі, має бути незалежною, й насамперед — від політичних гілок влади (законодавчої та виконавчої). Найбільш повно значення принципу незалежності судової влади розкривається у міжнародних правових та інших документах, серед яких слід згадати Загальну декларацію прав людини 1948 року (ст. 10), Міжнародний пакт ООН про громадянські та політичні права 1966 року (ст. 14), Конвенцію про захист прав людини та основних свобод 1950 року (ст. 6), Основні принципи незалежності судових органів, схвалені резолюціями Генеральної асамблеї ООН 40/32 від 29 листопада 1985 року та 40/146 від 23 грудня 1985 року, Сиракузький проект принципів незалежності судочинства 1981 року, Декларацію про незалежне судочинство, прийняту на Всесвітній конференції з питань незалежності судочинства у Монреалі (Канада) у 1983 році та ін.

Відомий український конституціоналіст, професор П. Мартиненко на підставі аналізу зазначених вище міжнародних документів так розкриває обсяг та зміст принципу судової незалежності:

По-перше, судова незалежність у міжнародно-правовому аспекті — це не тільки право людини на незалежний суд, а й право та обов'язок судді бути незалежним у процесі прийняття рішень, як від зовнішнього впливу, так «від своїх колег-суддів та керівників», а також право суддів «виступати разом з метою захисту їх судової незалежності».

По-друге, судова незалежність — це незалежність судової системи в цілому від виконавчої та законодавчої гілок влади. Згідно з міжнародно-правовими документами, жодна влада не може втручатися у судовий процес, повинна утримуватися від будь-яких дій, які можуть мати попередній вплив на рішення суду або здатні зашкодити нормальному процесу ухвалення рішення.

По-третє, судова незалежність — це матеріальна та фінансова незалежність суду. Бюджетні витрати на утримання та роботу суду визначаються компетентними організаціями спільно з органами судової системи.

По-четверте, судова незалежність — це певні стандарти особистого статусу судді: відповідна оплата праці та її умови мають гарантуватися законом і можуть бути змінені; заробітна плата суддів не може зменшуватися під час їх перебування на посаді, має відповідати їх статусу, ступеню відповідності посаді, постійно індексуватися...²⁶

²⁵ Див.: Заєць А. Незалежність судової влади як гарантія правової держави // Українське право. — №2. — 1999. — С. 17.

²⁶ Мартиненко П. Бюджет как фактор судебной независимости: опыт Конституционного Суда Украины // Вісник Конституційного Суду України. — № 5–6. — 1998. — С. 84–85.

Слід зазначити, що згідно з принципом судової незалежності всі скарги та звинувачення щодо професійної судової діяльності мають бути розглянуті невідкладно та неупереджено відповідними уповноваженими органами згідно з визначеною процедурою; судді мають право на відповідь та справедливий розгляд; забороняється неправомірне та несанкціоноване втручання у процес здійснення правосуддя, а судові рішення не підлягають перегляду політичними органами. Зважаючи на принцип відносної автономії права від політики, суд повинен виносити рішення на підставі загальноправових принципів фундаментального рівня (справедливості, розумності тощо), інколи навіть усупереч позитивним законам. Принцип незалежності суддів гарантується Конституцією та законами.

Наявність політичних, правових, фінансових гарантій незалежності конституційних судів у поєднанні з великим значенням та політичним впливом їх рішень можуть створити небезпечну ситуацію їх втручання у політичний процес, а також привласнення функцій верховного законодавця з усіх важливих суспільних та політичних питань. Це може спричинити виникнення недовіри до їх діяльності, а також ініціювати суспільно-політичну дискусію про необхідність їх існування або суттєве обмеження їх повноважень. У тих країнах, де існують судові органи конституційної юрисдикції з метою запобігання прямому втручанням конституційних судів у політику та узурпації державної влади, створено систему зовнішніх (система стримування) та внутрішніх (самообмеження) обмежень щодо їх діяльності.

Наприклад, у США існує **система зовнішнього обмеження діяльності Верховного суду США, якому належить і конституційна юрисдикція:**

1. Конституція США надає Президенту США, за згодою та порадою Сенату, право призначати суддів Верховного суду. Президенти часто призначають суддів, зважаючи на їхні погляди та філософську платформу, що дуже важливо для передбачення, з яких саме позицій будуть тлумачитися конституційні положення при здійсненні конституційного правосуддя. Хоч, як свідчить практика, деякі судді не вважають себе обмеженими своїми філософськими уподобаннями.

2. Конгрес США визначає кількісний склад Верховного суду. Перший в історії Верховний суд США складався з 6 членів і був збільшений до 9. Безумовно, зростання кількісного складу може ускладнити роботу суду. Однак жодна норма Конституції США не заперечує можливості збільшення кількісного складу членів суду, як, скажімо, Конституція України. У частині першій статті 148 Конституції України зазначається, що Конституційний Суд України складається з вісімнадцяти суддів.

Найвідоміша спроба збільшити кількість членів Верховного суду була здійснена президентом США Ф. Рузвельтом. Мета — вплив на суддів Верховного суду, які блокували його «новий курс», з огляду на свої консервативні

погляди на природу прав та свобод особи, зокрема — свободу укладення контрактів. Ф. Рузвельт у 1937 році запропонував свій план щодо «зв'язування суддів» (*court packing plan*). Він полягав в ініціюванні президентською командою у Конгресі США процесу призначення додаткового судді на кожного чинного, що досяг віку понад 70 років, має стаж роботи на посаді судді щонайменше 10 років і не має наміру піти у відставку або на пенсію. План Ф. Рузвельта передбачав збільшення кількості членів Верховного суду до 15. Згідно з планом президент США мав намір зробити шість призначень, але Конгрес США відхилив цей план, проте необхідний результат був досягнутий. Він полягав у зміні філософсько-конституційних поглядів суддів Верховного суду США відповідно до ідеології «нового курсу» Ф. Рузвельта.

Конгрес США може зменшити кількість членів Верховного суду США, однак відповідних прецедентів не було. Крім того, будь-яка спроба у цьому напрямі може бути підставою для звинувачення парламенту в порушенні принципу поділу влади, який гарантує незалежність кожної з її гілок.

3. Стаття 5 Конституції США передбачає можливість скасування рішення Верховного суду США шляхом внесення відповідної конституційної поправки, спроб прийняття якої в історії США чотири. Нечасте використання такої можливості пояснюється тим, що процес прийняття конституційної поправки у США є дуже складним.

4. Конгрес США може піддати імпічменту, звинуватити та звільнити суддів з їх посад за особливо тяжкі злочини (*high crimes and misdemeanours*). О. Гамільтон у № 79 та 81 «Федераліста» зазначав, що імпічмент є єдиною конституційною санкцією за «передбачувану небезпеку судового вторгнення у законодавчі повноваження. Цей висновок значно підсилений важливим конституційним контролем над членами суддівського корпусу — правом частини законодавчого органу вести процеси у порядку імпічменту, а іншої частини — виносити щодо них рішення. Саме це забезпечує повну безпеку»²⁵.

Проте постає запитання, на якій підставі Конгрес може піддати імпічменту членів Верховного суду США? Протягом історії США процедура імпічменту щодо федеральних суддів застосовувалася дев'ять разів і тільки у чотирьох випадках судді були визнані винними. Теоретично, будь-який федеральний суддя, який творчо тлумачить конституційні норми, тобто виходить за межі конституційного тексту, може бути підданий імпічменту за невиконання обов'язків судді відповідно до Конституції, але на практиці таких випадків не траплялося.

Аналогічно можна піддати імпічменту суддів Верховного суду США «за порушення конституційної присяги», як це зробив у 1974 році Судовий комітет Палати представників Конгресу США. Члени комітету проголосова-

²⁵ Федералист. Политическое эссе Александра Гамильтона, Джеймса Мэдисона и Джона Джея. — М.: Прогресс, 1993. — С. 523.

ли за три статті імпічменту проти президента Р. Ніксона на підставі висунутого йому звинувачення в тому, що він знехтував своїм конституційним обов'язком «слідкувати за тим, щоб закони належно виконувалися». У будь-якому разі, якщо Конгрес США не піддаватиме суддів Верховного суду США імпічменту, то сама загроза це зробити залишається могутнім чинником стримування суддів.

До речі, Конституція України та Закон України «Про Конституційний Суд України» передбачають можливість дострокового звільнення суддів Конституційного Суду України за порушення присяги (пункт 5 частини п'ятої статті 126 Конституції України, пункт 5 частини першої статті 23 Закону України). Текст присяги міститься у частині другій статті 17 Закону: «Урочисто присягаю чесно і сумлінно виконувати високі обов'язки судді Конституційного Суду України, забезпечувати верховенство Конституції України, захищати конституційний лад держави, конституційні права та свободи людини і громадянина». Зважаючи на відкритість та мінімальну визначеність тексту присяги судді Конституційного Суду України, Верховна Рада України, згідно з частиною другою статті 23 Закону, може припинити повноваження судді або, скажімо, всіх суддів, хто проголосував за рішення, яке зазнало критики, на підставі порушення присяги. Але чи йтиметься у такому разі про незалежність конституційного правосуддя?

5. З метою реалізації конституційного принципу федералізму, Конгрес США має конституційне повноваження обмежити юрисдикцію Верховного суду США та передати певні повноваження штатам. Однак, як проголошується у судовому прецеденті, створеному у справі Марбері проти Медісона, Верховний суд США є остаточним арбітром Конституції, тобто йому належить останнє слово стосовно значень певних конституційних положень.

6. Інституційна «слабкість» Верховного суду США щодо виконання власних рішень. З того моменту, коли Верховний суд не має жодної можливості виконувати власні рішення, він, за характеристикою О. Гамільтона, є «менш небезпечною владою»:

«...судова влада, згідно з сутністю її функцій, найменш небезпечна для політичних прав, визначених Конституцією, тому що у цієї влади є найменші можливості для їх порушення або обмеження. Президент не тільки розподіляє блага, а й тримає меч суспільства. Законодавча влада не лише розпоряджається гаманцем, а й приписує правила, за якими визначаються обов'язки та права кожного громадянина. Судова влада, навпаки, не має ніякого впливу ні на меч, ні на гаманець, не належить ні до сили, ні до багатства суспільства і не може приймати рішення, що тягнуть за собою активні дії. Можна справедливо дійти висновку, що цій владі не належить ні сила, ні воля, вона виносить лише рішення і, зрештою, залежить від допомоги виконавчої влади при втіленні їх у життя»²⁶.

²⁶ Там само. — С. 503.

Далі О. Гамільтон розвиває свою думку: «...слід зазначити, що можливі вторгнення судової влади у законодавчу сферу, що неодноразово підкреслювалось, насправді — фантом. Окремі хибні тлумачення та порушення волі законодавчого органу можуть траплятися час від часу, але вони ніколи не будуть настільки серйозні, щоб створити незручності або суттєво вплинути на порядок у політичній системі. Такого висновку можна впевнено дійти, враховуючи загальний характер судової влади; об'єктів її застосування; засобів її використання; її відносної слабкості та повної нездатності підтримувати силою власні спроби узурпації»²⁷.

До елементів внутрішнього обмеження (самообмеження) органів конституційного судочинства як засобів запобігання їх політизації можна віднести дотримування ними попередніх своїх рішень, застосування фундаментальних правових принципів для обмеження судової дискреції (вільного розсуду), інтерпретацію з певних позицій нормативних повноважень щодо прийнятності позовних заяв до розгляду тощо. Навіть відданість теорії правового позитивізму у країнах колишнього СРСР (суд зв'язаний лише дослівним текстом позитивних правових норм) при здійсненні конституційного правосуддя можна віднести до елементів самообмеження.

Найбільш повно меті суддівського самообмеження для запобігання втручання у політику прислужилася **доктрина політичного питання**, створена Верховним судом США. У Європі, зокрема Німеччині, їй відповідають **доктрина суддівського самообмеження** та **доктрина поля розсуду держави** (*margin of appreciation*), що використовується у діяльності Європейського суду з прав людини.

Зміст доктрини політичного питання полягає у тому, що суди не можуть вирішувати справи, в яких порушуються політичні питання, оскільки вони мають вирішуватися політичними гілками влади (законодавчою та виконавчою). Доктрина політичного питання виникла в результаті необхідності встановлення правових стандартів відокремлення права від політики. **У цілій низці своїх рішень Верховний суд США визначив, що політичні питання можуть виникати у таких ситуаціях:** 1) коли у тексті Конституції містяться повноваження щодо вирішення певних питань іншими гілками влади, крім судової; 2) коли для судів не існує чітко визначених правових стандартів для вирішення спору; 3) коли проблема має вирішуватися політичним шляхом; 4) коли суди у своїх рішеннях втручаються у сферу компетенції інших державних органів й тим самим виказують до них неповагу; 5) коли існує необхідність дотримання рішення, що прийняте іншим державним органом; 6) коли судові рішення може призвести до конфлікту між гілками влади²⁸.

²⁷ Там само. — С. 523.

²⁸ Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962).

Застосовуючи зазначену доктрину суди дотримуються конституційного принципу поділу влади, надаючи законодавчій та виконавчій гілкам певну свободу дій. Як тільки суд доходить висновку, що питання має політичний характер, це означає, що його вирішено в компетенції інших гілок влади. Як правило, політичним вважається питання, якщо воно є політично доцільним або ж відсутні певні нормативні стандарти його розгляду.

Вперше доктрина політичного питання була застосована Верховним судом США у 1849 році, коли повстанці — мешканці острова Роуд — звернулись до суду з проханням дати роз'яснення, яка саме з конфліктуючих сторін представляє республіканський уряд. Однак суд визнав це питання політичним через «відсутність критерію, за яким суд міг би визначити, яка форма уряду є республіканською»²⁹.

У цілому, Верховний суд США застосовує доктрину політичного питання, щоб запобігти винесенню суперечливих рішень, які посилюють конфлікт між Конгресом та президентом США. Наприклад, у 1967 році він відмовився на підставі цієї доктрини розглядати справу про конституційність повноважень Конгресу США на оголошення війни у В'єтнамі³⁰.

Слід мати на увазі, що майже кожне питання щодо застосування конституційних норм є, по суті, політичним питанням, бо воно стосується суспільно-політичного ладу, гарантованого Конституцією, а також зважити на особливість американської правової системи, яка була досліджена ще А. Токвілем. Вона полягає у тому, що у США дуже важко знайти політичне питання, яке рано чи пізно не перетворюється у судове.

Деякі американські конституціоналісти, зокрема Л. Генкін, заперечують існування зазначеної доктрини, оскільки наука так і не визначила чітких критеріїв та обставин, за яких вона застосовується. Вони підкреслюють значну політичну роль та вплив Верховного суду США при ухваленні будь-яких рішень щодо застосування Конституції. Крім того, ці вчені вважають, що творче, або розширене судове тлумачення Конституції США, що має своїм наслідком судову правотворчість, є символом заперечення цієї доктрини³¹.

Конституційний Суд України також почав формулювати **основи доктрини політичного питання** в Рішенні у справі про вибори народних депутатів України від 26 лютого 1998 року. У мотивувальній частині рішення суд окремо зазначив, що питання чотирьохвідсоткового бар'єра, який мають подолати політичні партії та виборчі блоки для отримання мандатів по загальному багатомандатному виборчому округу, «є питанням політичної доцільності, і воно має вирішуватися Верховною Радою України».

Зміст доктрини суддівського самообмеження також неможливо чітко визначити, але, як вважає німецький конституціоналіст Е. Бенда, Кон-

²⁹ Luther v. Borden, 7 How. 1 (1849).

³⁰ Mora v. McNamara, 389 U.S. 934 (1967).

³¹ Henkin L. Is there a political question doctrine? // 85 Yale Law Journal 596.

ституційний суд не може обмежувати свої повноваження та функції, а повинен виконувати свої завдання. З іншого боку, він не може їх розширювати, враховуючи принцип поділу влади³². На думку німецьких науковців, принцип поділу влади забороняє не обмежене певними стандартами та нормами конституційне тлумачення. Другий сенат Конституційного суду ФРН зробив спробу дати визначення доктрини суддівського самообмеження. На його думку, **принцип розумного самообмеження** не є обмеженням компетенції суду або скороченням його повноважень, а означає його відмову від «здійснення політики» та «спрямований на те, щоб тримати відкритим гарантоване Конституцією для інших конституційних органів поле вільної політичної організації»³³.

На підставі аналізу практики Конституційного суду ФРН можна дійти висновку, що доктрина суддівського самообмеження є еквівалентом доктрини політичного питання. Так, у справі *Kalkar*, порушеній за скаргою громадянина, в якій він висловив протест проти побудови атомної станції, суд відмовився від розгляду питання про конституційність окремих положень Закону ФРН «Про атом». Зміст спору полягав у тому, наскільки повно законодавець врегулював процедуру отримання дозволу на будівництво атомних станцій та визначив межі допустимого ризику від їх діяльності. При цьому суд зазначив, що це питання належить, у першу чергу, до політичної відповідальності законодавця та уряду, оскільки вони можуть «приймати рішення, які вважають за доцільні. При такому стані речей не є завданням суддів заступати політичні органи та давати таку оцінку, оскільки у цьому випадку бракує правових критеріїв»³⁴.

Доктрина поля розсуду держави, або свободи державної дії, що використовується Європейським судом з прав людини для обґрунтування відмови у розгляді деяких питань по суті, нагадує також доктрину політичного питання, але вже в аспекті діяльності міжнародних юрисдикційних органів. Вона полягає у тому, що державі, яка ратифікувала Конвенцію про захист прав людини та основних свобод 1950 року, належить певний рівень дискреції (вільного розсуду) щодо забезпечення права, яке гарантоване конвенцією, у діяльності законодавчої, виконавчої та судової гілок влади. Певною мірою держава перебуває у кращій ситуації, ніж Європейський суд з прав людини щодо регулювання питань реалізації цих прав та свобод. Доктрина поля розсуду держави була вперше сформульована в рішенні у справі *Handyside v. U.K.* про припустимість кримінального покарання за написання та розповсюдження довідника непристойного змісту у співвідношенні з частиною другою статті 10 конвенції, яка допускає такого роду обмеження свободи вираження поглядів, якщо це необхідно для захисту мо-

³² Benda E. Constitutional Jurisdiction in West Germany // 19 Columbia Journal of Transnational Law 11 (1981).

³³ BverfGE 36, 1.

³⁴ Kalkar I Case, 49 BverfGE 89, 1978.

ралі. У мотивувальній частині рішення суд окремо зазначив: «З огляду на прямий та тривалий контакт з життєвими реаліями своїх країн, державні органи знаходяться, у принципі, у вигіднішій ситуації, ніж міжнародний суддя, для формування судження щодо точного змісту цих вимог (моралі) так само, як і щодо необхідності обмеження або покарання для їх задоволення.

Разом з тим стаття 10(2) (конвенції. — *С.Ш.*) не надає державам необмежених повноважень щодо їх розсуду. Суд, який є відповідальним за здійснення нагляду за державними зусиллями, разом з комісією уповноважений прийняти остаточне рішення щодо того, чи узгоджується обмеження або покарання з правом на свободу вираження поглядів, яка захищається статтею 10. Внутрішнє поле розсуду держави перебуває у тісному зв'язку з європейським наглядом»³⁵.

Основними факторами, що лежать в основі створення та застосування доктрини поля розсуду держави, є: 1) ідея легітимності національних парламентів та урядів, які насамперед повинні вирішувати питання захисту прав людини, а не міжнародний юрисдикційний орган; 2) високий рівень експертизи з метою оцінки та належного розв'язання проблем державними органами, які знаходяться у вигіднішій ситуації, ніж Європейський суд; 3) рішення Європейського суду з прав людини у конкретній справі може порушити баланс конкуруючих інтересів, що склався у країні; 4) визнання культурних, етнічних та інших відмінностей між країнами — членами Ради Європи.

Доктрина поля розсуду держави застосовується судом у різних ситуаціях по-різному, тобто не можна окреслити чіткі стандарти або критерії її застосування. Крім того, вона виправдовує наявність певного рівня судової дискреції. У ній відображено субсидіарну роль конвенції у питаннях захисту прав та свобод, зміщено акцент на відповідну державну діяльність щодо їх захисту, оскільки державні органи знаходяться у вигіднішій ситуації для прийняття відповідних рішень. При цьому слід також узяти до уваги міжнародні зобов'язання держав, які ратифікували конвенцію, щодо забезпечення належного рівня захисту прав людини, тобто державам належить основна визначальна роль щодо цього захисту.

³⁵ Handyside v. U. K. 1 E.H.R.R. 737 (1976), paragraph 48–49.

3.3 ДИФУЗНА МОДЕЛЬ СУДОВОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ (на прикладі США)

Дифузна модель судового конституційного контролю* була започаткована 1803 року Верховним судом США в рішенні у *справі Марбері проти Медісона*, в якому було дано відповідне тлумачення принципу верховенства Конституції, для захисту якого необхідний саме судовий конституційний контроль. Здійснення судового контролю за відповідністю державних правових актів Конституції стало *унікальним американським «винаходом»*, на чому наголошував іще А. Токвіль. Тобто саме суду надавалися повноваження визнавати державні правові акти нечинними на підставі їх неконституційності, в результаті чого Верховний суд США отримував найважливішу владу у країні, яка, до того ж, має і «приховане політичне значення».

Дифузна модель існує не тільки у країнах англосаксонської правової традиції (США, Канаді), а й у країнах континентальної правової системи (Швейцарії, Португалії та Греції), але з певними місцевими модифікаціями.

На підставі порівняльного аналізу типових рис та особливостей дифузної моделі судового конституційного контролю у різних країнах можна виокремити **загальні типові риси, що притаманні саме цій моделі та визначають її раціональність:**

1. Нечинність антиконституційного державного правового акта.

Це означатиме, що будь-який державний правовий акт, визнаний судом нечинним на підставі його невідповідності Конституції, втрачає свою юридичну силу та породжує певні юридичні ефекти. Для втрати чинності достатньо лише рішення суду, рішення іншого державного органу у вигляді відповідного правового акта на виконання цього судового рішення — не потрібне. Як правило, антиконституційні правові акти проголошуються судами нечинними з моменту їх прийняття, тобто ці судові рішення мають *ex tunc* або *pro-praeterito* (зворотний) характер.

Неконституційний правовий акт починає вважатися сукупністю «мертвих букв», таким, що «ніколи не існував», «неконституційний акт конгресу —

* Основна характеристика цієї моделі викладена у монографії *Brewer-Carias A. Judicial Review in Comparative Perspective*. — Cambridge, 1989. — p. 127–155.

те саме, що акт, якого ніколи не існувало»³⁶. Разом з тим рішення судових та адміністративних органів, прийняті у результаті застосування актів, що визнані неконституційними, не переглядаються з огляду на доктрину *res judicata*, а нечинність цього акта не вважається новою обставиною, що тягне за собою перегляд судового рішення. Отже, відповідні рішення Верховного суду США мають зворотну дію лише стосовно сторін у справі, в результаті розгляду якої певні положення закону або закон у цілому були визнані неконституційними. Єдиним винятком є кримінальне право — згідно з процедурою *habeas corpus* судом можуть бути переглянуті кримінальні вироки та припинене відбування покарання за ними, якщо ці вироки винесені на підставі закону, окремі положення якого потім визнані нечинними.

Повноваження щодо проголошення нечинними державних правових актів, що не відповідають Конституції, закріплюються виключно за судами. Здійснення конституційного контролю є конституційним обов'язком суддів. Проте судді, з метою забезпечення принципу стабільності правової системи, здійснюють конституційний контроль тільки у випадках, які вони визнають «абсолютно необхідними для вирішення справи». До прийняття відповідного судового рішення будь-який правовий акт вважається чинним і є обов'язковим для всіх суб'єктів права.

2. Повноваження щодо судового конституційного контролю належать усім судам, що входять до єдиної судової системи.

Це впливає з принципу верховенства Конституції та його судової гарантії. Ці повноваження належать усім без винятку суддям судової системи, а не суддям спеціального органу конституційної юрисдикції — Конституційного суду. При цьому слід мати на увазі певну ієрархію правових актів та юрисдикцій, компетенцію судів різних рівнів щодо вирішення питань конституційності. Наприклад, у США Верховний суд штату не може визначати конституційність федерального закону.

3. Випадковий характер моделі.

Питання про конституційність державного правового акта виникає у процесі розгляду конкретної судової справи, яка не може бути порушена, на підставі звернення особи до суду з метою вирішення абстрактного питання про конституційність зазначених актів безвідносно до завданої позивачеві шкоди. Позивач повинен довести, що йому завдано конкретної шкоди внаслідок реалізації правового акта, що не відповідає Конституції.

4. Ініціатива суддів.

Оскільки одним з головних обов'язків суддів є застосування Конституції при винесенні конкретного рішення у справі, питання конституційності певних правових актів може бути вирішене з власної ініціативи суддів, навіть якщо жодна зі сторін у процесі судового розгляду не порушила питання щодо їх конституційності.

³⁶ United States v. Realty Co. (1895).

5. Ефект *inter partes* судового рішення (стосується сторін).

Рішення, що ухвалюється судом, у тому числі й щодо конституційності певних правових актів, стосується лише сторін у справі (*in casu et inter partes*). Позивач звертається до суду в разі завдання йому моральної, фізичної або матеріальної шкоди, вимагаючи відшкодування. При цьому не має значення, хто заподіяв шкоду — держава, фізична чи юридична особа. Якщо у результаті цього процесу суд дійде висновку, що певний державний правовий акт не відповідає Конституції, а тому втрачає свою чинність, це не означає, що суд скасовує цей акт, оскільки його скасування (відміна) здійснюється тим державним органом, який його прийняв, або вищим органом. Цей правовий акт визнається неконституційним лише стосовно сторін у справі. Але, згідно з доктриною *stare decisis*, акт визнаний таким, що не відповідає Конституції, особливо у рішенні Верховного суду США, не може бути застосований іншими судами, тобто втрата його чинності має загальнообов'язковий характер (*erga omnes* — стосується всіх). Додатково, з власної ініціативи, законодавець може змінити позитивне право у частині, що визнана неконституційною.

6. Ефект *stare decisis* судового рішення.

Рішення, ухвалене судом, не має ефекту *erga omnes* (спільне для всіх), а стосується тільки сторін. Наприклад, закон, визнаний неконституційним, судом не скасовується і не анулюється, а залишається «записаним у книзі», тобто в офіційному виданні. Скасування неконституційного правового акта є виключним повноваженням того державного органу, який його прийняв. Проте жоден нижчий суд уже не зможе застосовувати його у тій частині, що визнана неконституційною завдяки доктрині *stare decisis et non quieta movere* — судового прецеденту, що є джерелом права.

Обов'язковість рішень Верховного суду для нижчих судів судової системи дає змогу надати тлумаченню Конституції універсального характеру і допомагає уникнути суперечностей при винесенні відповідних рішень.

Слід також зазначити, що доктрина *stare decisis* функціонує по-різному, залежно від конкретних умов, тобто у деяких ситуаціях закон може бути визнаний нечинним і чинним у інших — якщо обставини, що розглядаються, не збігаються в нюансах з попередньою справою. Обов'язковість рішень Верховного суду залежить також від характеру заперечення конституційності правового акта, оскільки сторона, що бере участь у судовому розгляді, намагається довести неконституційність правового акта у цілому або тільки його частини, посиляючись на певні юридичні факти та наводячи докази.

Слід також мати на увазі глобальну юридизацію державних функцій у країнах західних демократій. Це означає, що юридичні служби законодавчої та виконавчої гілок влади спеціально слідкують за кожним суттєвим судовим рішенням, що має прецедентний характер, і пропонують відповідні зміни у законодавстві, які, як правило, оперативно приймаються відповід-

ними державними органами. Зрозуміло, що судові рішення, наприклад Верховного суду США, обов'язкове тільки для нижчих суддів, і не має «безпосередньої» обов'язковості для інших гілок влади — згідно з принципом поділу влади. Але, зважаючи на величезний авторитет судових органів (інтелектуальний критерій визнання судових рішень), а також з огляду на те, що аналогічний правовий акт, що викликає сумніви щодо його конституційності у світлі щойно прийнятого рішення, негайно буде оскаржений у суді відповідної юрисдикції (процесуальний критерій), судові рішення такого роду мають загальнообов'язковий характер.

Наприклад, Конституційний Суд України в рішенні у справі про вибори народних депутатів України від 26 лютого 1998 року визнав положення закону, що забороняють особам, які перебувають у місцях позбавлення волі, брати участь у виборах народних депутатів України, неконституційними. Водночас аналогічні положення Закону України «Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів» залишилися чинними, отже, цим особам заборонено брати участь у місцевих виборах. Якщо умовно трансформувати цю ситуацію до країни, де функціонує дифузна модель, законодавчий орган сам би скасував аналогічні положення закону, що суперечать судовому рішення, а виконавча влада відмовилась би виконувати відповідні норми закону до прийняття відповідних змін на підставі ухваленого судового рішення.

7. Судовий контроль усіх державних правових актів.

Слід мати на увазі, що у країнах дифузної моделі концепція Конституції сприймається як юридичний засіб захисту особи від зловживань державної влади, тобто предметом оскарження щодо відповідності Конституції може бути тільки правовий акт того органу, що входить до законодавчої, виконавчої чи судової гілок влади або виконує державні функції; він може бути як нормативний, так й індивідуально-правовий.

8. Декларативний характер судових рішень. Кожне судові рішення, яке стосується питань конституційності державних правових актів, зокрема законів, має неабияке значення. Воно обговорюється на сторінках засобів масової інформації ученими-правниками, політиками, громадськістю. Особливо слід підкреслити виховне значення цих рішень, зважаючи на те, що повага до Конституції у демократичних суспільствах виховується з дитинства. Крім того, це зайвий раз свідчить про те, що судді є справжніми охоронцями та надійними гарантами Конституції.

Особливості здійснення конституційної юрисдикції розглянемо на прикладі Верховного суду США як країни, де функціонує класична дифузна модель. Згідно з доктриною судового прецеденту саме рішенням Верховного суду США надається виняткова важливість.

Для здійснення судового конституційного контролю Верховний Суд США має **обов'язкові та дискреційні повноваження** щодо розгляду судових справ, у результаті якого може бути винесене рішення прецедентного характеру з питань конституційного права.

Обов'язкові повноваження поділяються на **повноваження щодо розгляду справ а) на правах суду першої інстанції** (оригінальна юрисдикція), **б) на правах обов'язкової апеляційної інстанції**.

Згідно з частиною другою розділу другого статті III Конституції США, до **оригінальної юрисдикції Верховного суду США** належать «усі справи, що стосуються послів, інших повноважних представників та консулів, а також справи, у яких однією стороною є штат, підсудні Верховному суду США як першій інстанції. У всіх інших випадках Верховний суд є апеляційною інстанцією, що вирішує як питання права, так і питання факту з тими обмеженнями та відповідно до правил, що будуть встановлені конгресом».

До «всіх інших випадків», на які Верховний суд США поширює **обов'язкову апеляційну юрисдикцію**, Конституція США у частині першій розділу другого статті III відносить справи, що стосуються Конституції, законів Сполучених Штатів та міжнародних договорів, що вже укладені або які можуть бути укладені; справи, що стосуються послів, інших повноважних представників та консулів; справи, що стосуються адміралтейства та інші «морські» справи; спори, у яких Сполучені Штати є стороною; спори між двома та більше штатами; між штатами та громадянами іншого штату; між громадянами різних штатів; між громадянами одного штату з приводу земель, отриманих як дарунок від різних штатів; а також між штатом, його громадянами та іноземними державами, громадянами та підданими.

Згідно з законами США, що прийняті у розвиток цих конституційних положень, **апеляційна юрисдикція була конкретизована й розподілена на обов'язкову та дискреційну** (перегляд справи в апеляційному порядку здійснюється тільки на власний розсуд суду).

Апеляційна юрисдикція Верховного суду США настільки широка, що немає жодної можливості перелічити тут усі випадки подання апеляцій. Зазначимо лише **випадки здійснення обов'язкової апеляційної юрисдикції Верховним судом США**: 1) справи, у яких федеральний суд визнав акт конгресу неконституційним і в яких федеральний уряд був стороною; 2) справи, в яких федеральний апеляційний суд визнав закон штату таким, що не відповідає Конституції США, а отже, нечинним, а також міжнародні договори та закони США; 3) справи, в яких Верховний суд штату поставив під сумнів чинність міжнародного договору або закон США і в своєму рішенні схиляється до визнання їх нечинними; 4) справи, в яких Верховний суд штату поставив під сумнів чинність закону будь-якого штату, міжнародного договору або закону США на підставі їх невідповідності Конституції США і в своєму рішенні схиляється до визнання їх нечинними; 5) справи про конституційність правових актів, які вирішені в особливому порядку трьома спеціальними суддями районних судів федерального підпорядкування³⁷.

³⁷ *Brewer-Carias A. Judicial review in Comparative Perspective. — Cambridge, 1989. — P. 141.*

Слід мати на увазі, що рішення Верховного суду США, які ухвалюються у порядку здійснення апеляційної юрисдикції, практично не привносять нічого нового у розвиток конституційного прецедентного права, оскільки не містять у собі мотивувальної частини, де формулюється прецедент. У 1988 році суд практично позбавив себе апеляційної юрисдикції, тому більшість справ ним розглядається у порядку *certiorary* (з лат. — бути поінформованим).

Він є наказом Верховного суду США до нижчих судів передати справу для слухання по суті з метою виправлення помилок у правосудді. Отже, на підставі цього наказу Верховний суд США здійснює дискреційні повноваження, а саме — самостійно визначає, які справи він розглядатиме, для чого необхідна згода чотирьох суддів.

У статті 17 внутрішнього нормативного акта — Регламенту Верховного суду — перелічуються **підстави, згідно з якими Верховний суд видає наказ *certiorary* та приймає справу до розгляду:** 1) конфлікт між різними федеральними апеляційними судами; 2) конфлікт між верховними судами двох штатів або між Верховним судом штату та федеральним апеляційним судом; 3) суд штату або федеральний суд виніс рішення щодо важливого питання, яке ще не було вирішене Верховним судом США. Усі ці випадки мають обов'язково бути узгоджені з порядком застосування федерального права.

Верховний суд США діє також **як юридичний консультативний орган згідно з процедурою сертифікації.** Вона дуже рідко застосовується та має складні формальні підстави щодо її ініціювання. При використанні цієї процедури, нижчий федеральний апеляційний суд або суд федеральних претензій може звернутися до Верховного суду з проханням надати висновок щодо складних та суперечливих правових питань, а не щодо фактів. Рішення Верховного суду США з цих питань не мають прецедентного характеру, як, власне, й рішення щодо відмови у *certiorary*.

Здійснюючи судовий конституційний контроль, Верховний суд США опрацював **три його стандарти.** Ця класифікація необхідна для безпосереднього захисту конституційних прав та свобод у їх співвідношенні з цілями правових актів, насамперед — законів, що лежать в основі їх прийняття.

1. Найскладніше для держави, при виправданні конституційності своїх дій, задовольнити **стандарт пильного розгляду (*strict scrutiny*),** який використовується у судовому захисті найважливіших конституційних прав та свобод: свобода слова, віросповідання; прайвесі (право на індивідуальну автономію); прав, що стосуються концепції належної правової процедури; принципу рівності та інше.

Для задоволення цього стандарту судового конституційного контролю державний правовий акт має переслідувати «вимушену» мету, тобто абсолютно необхідну, нагальну, а не рядову, і засоби, обрані державою у цьому акті, мають бути максимально необхідні для досягнення цієї «вимушеної» мети.

Якщо Верховний суд обирає цей стандарт, тягар доведення конституційності своїх актів покладається на державу, але, у більшості випадків, при дотриманні цього стандарту судового конституційного контролю, державні правові акти визнаються неконституційними.

2. Державі найлегше виправдати конституційність своїх дій на підставі **стандарту простої раціональності**, який обирається судом у випадках, коли порушувані у справі питання стосуються не захисту фундаментальних прав та свобод, а здебільшого конституційності правових актів, що регулюють соціально-економічні питання (але не торкаються фундаментального права власності, що є природно-правовим, або негативним!), наприклад щодо права на безкоштовну освіту, державну допомогу тощо.

Для задоволення цього стандарту держава, приймаючи правовий акт, повинна мати на меті легітимний державний інтерес. Практично будь-який державний інтерес, спрямований на підвищення загального добробуту, безпеки, на турботу про здоров'я населення визнається легітимним. Іншою вимогою є мінімальне раціональне співвідношення між обраними засобами та метою, яку дуже легко задовольнити.

Згідно із зазначеним стандартом тягар доведення покладається на індивіда, й суд практично у всіх випадках виносить рішення на користь держави.

3. Проміжним є **стандарт середнього рівня**, що застосовується судом у справах про дискримінацію за ознаками статі, незаконнонародженість, контрактні зобов'язання та про деякі специфічні аспекти реалізації права на свободу слова (нейтральне державне регулювання «часу, місця та порядку» його реалізації).

При цьому держава має переслідувати «важливу» мету як щось середнє між «вимушеною» та легітимною, а засоби, обрані державою, мають «безпосередньо стосуватися» «важливої» мети (щось проміжне між «максимальною необхідністю» та «мінімальним раціональним співвідношенням»).

Тягар доведення при дотриманні такого стандарту рівномірно покладається на сторони, а практика, що склалася, свідчить, що рішення також приблизно п'ятдесят на п'ятдесят відсотків приймаються на користь обох сторін.

Для того **щоб справа була розглянута судом**, позивачеві, окрім загальної вимоги — відповідності юрисдикції Верховного суду, необхідно дотримуватися кількох важливих спеціальних умов. **По-перше**, питання, яке порушується позивачем, не може мати консультативного, гіпотетичного або абстрактного характеру, що впливає з частини першої розділу другого статті III Конституції США, яка уповноважує судову владу розглядати тільки судові справи, предметом яких є спір між сторонами.

По-друге, позивач повинен мати *standing* — суттєвий особистий інтерес у розв'язанні спору та у вирішенні справи по суті. Для цього він повинен довести, що справді постраждав, тобто зазнав **фактичної шкоди** —

фізичної, моральної або матеріальної; шкода має бути конкретно та індивідуалізованою; певні дії, від яких, на думку позивача, він постраждав, мають бути фактичною причиною цієї конкретної шкоди. Організації або асоціації можуть задовольнити критерій *standing*, якщо вони подають позов на користь своїх членів, які мають суттєвий особистий інтерес у справі. Позови не можуть бути прийняті до розгляду, якщо вони виникають у порядку громадської ініціативи *actio popularis*, тобто за ініціативою громадських організацій з метою судового розв'язання болючих суспільних питань, а не конкретної справи своїх членів з приводу конкретно завданої їм шкоди. Наприклад, суд не може прийняти до розгляду позов громадської екологічної організації, яка вимагає відшкодування збитків від заводу, що забруднює довкілля.

По-третє, справа не може бути розглянута, якщо вона сумнівна в тому сенсі, що спірні питання, які існували на момент подачі позову, втратили свою актуальність на момент розгляду внаслідок особливих подій, що сталися після подання позову, а позивач — утратив суттєвий інтерес до її розгляду. Наприклад, абітурієнт подав позов на державний університет, звинувативши навчальний заклад у тому, що його програма відбору студентів має расово-дискримінаційний характер, що завадить йому вступити на навчання і завдасть моральної шкоди. Але коли справа дійшла до Верховного суду в порядку апеляційного розгляду, цей абітурієнт уже став студентом і завершував останній рік навчання. При цьому університет навів докази того, що позивачеві буде дозволено його закінчити. Суд відмовив у розгляді цієї справи, оскільки вона є сумнівною⁴⁸.

По-четверте, справа не може бути розглянута, якщо вона ще не «визріла», тобто певний правовий акт справді порушує Конституцію і його застосування може спричинити певну шкоду індивіду, але поки що немає конкретної справи, в якій він застосовується, і навіть реальної ймовірності його застосування. Наприклад, якщо особа порушує питання щодо конституційності кримінального закону, суд повинен переконатися, що існує реальна небезпека його застосування щодо конкретного індивіда. Скажімо, у справі *Poe v. Ullman*, що надійшла до Верховного суду США, дві подружні пари звернулися з позовом про визнання неконституційним закону штату Коннектикут, який встановлює міру кримінального покарання за використання контрацептивів. Більшість суддів відмовилася розглядати справу на тій підставі, що цей закон на той час існував уже 80 років «у книгах» і виконувався лише один раз, а відтак немає реальної «однозначної загрози покарання»⁴⁹.

По-п'яте, згідно з доктриною утримування, яка пов'язана з принципом федералізму та суверенітету штатів, федеральний суд може тимчасово утри-

⁴⁸ DeFunis v. Odegaard, 416 U.S. 312 (1974).

⁴⁹ Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

матися від вирішення питання про конституційність, якщо позов, у якому воно порушується, супроводжується невірним по суті позовом, що має бути розглянутий відповідно до права штату.

По-шосте, Верховний суд не розглядатиме справи, якщо у ній, як уже згадувалось, порушуються політичні питання.

Отже, рішення Верховного суду США, у тому числі й щодо питань конституційного права, мають випадковий та декларативний характер. Позивач не може звернутися з абстрактним позовом про неконституційність правового акта, оскільки він повинен зазнати особистої шкоди. Суд, у свою чергу, тільки оголошує рішення, а не виконує їх. Але позивач може звернутися до суду (у своєму позові) з проханням, у разі позитивного рішення, видати **спеціальний судовий наказ на виконання свого рішення, що має певний юридичний ефект та є обов'язковим для виконання**. Цей наказ може бути виданий і за власною ініціативою суду.

Так, згідно з **наказом *injunction*** суд забороняє будь-яке подальше виконання правового акта (закону) органами державної влади щодо особи, яка довела у суді його неконституційність.

Згідно з **наказом *mandamus*** суд вимагає від офіційної особи здійснити ті дії, яких вимагав позивач (наприклад поновлення на роботі).

Згідно з **наказом *habeas corpus*** позивач, який заперечив окремі положення кримінального закону на підставі їх неконституційності та позбавлений волі на підставі їх застосування, звільняється одразу після доведення нечинності цих окремих положень кримінального закону.

3.4. КОНЦЕНТРОВАНА МОДЕЛЬ СУДОВОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ (на прикладі ФРН)

Концентрований моделі судового конституційного контролю*

притаманне функціонування єдиного судового органу конституційної юрисдикції, який перевіряє відповідність правових актів Конституції, перелік яких є конституційно визначеним, як, власне, визначені його повноваження щодо здійснення цього контролю. У Конституції мають бути закріплені основні принципи організації та функціонування концентрованої моделі судового контролю.

Згідно з принципом верховенства Конституції та її зверхності над усіма правовими актами всі судді можуть діяти як конституційні судді при застосуванні конституційних положень, які є однозначними для розуміння та не викликають сумнівів. Але вони не можуть визнавати неконституційними певні категорії правових актів, оскільки відповідні повноваження закріплені лише за Конституційним судом. Це пояснюється багатьма чинниками, головними з яких є створення, за моделлю Г. Кельзена, конституційних судів як окремих органів, а також переконання «архітекторів» нових конституційних систем, що конституційне правосуддя є більш складним, ніж звичайне, й тому функції щодо здійснення контролю не можна передавати звичайним судам.

Отже, контури концентрованої моделі судового конституційного контролю мають бути обов'язково позитивно окреслені у Конституції *expressis verbis*. Вона не може розроблятися шляхом конституційного тлумачення, як це було в результаті прийняття рішення у справі *Marbury v. Madison*. Крім того, здійснення конституційного контролю відповідно до цієї моделі належить не лише окремому органу — Конституційному суду, а й, певною мірою, іншим судам, зокрема Верховному суду. Вибір саме цієї моделі є європейським вибором XX століття, що обумовлений історичною трансформацією парламентських демократій на шляху до створення демократій конституційних.

Створення єдиного органу конституційної юрисдикції є результатом традиційного побоювання представників політичних гілок влади

* Основна характеристика цієї моделі викладена у монографії *Brewer-Carias A. Judicial Review in Comparative Perspective*. — Cambridge, 1989. — p. 185–196, 203–214.

суддівської. Особливо це стосується питання творчого тлумачення звичайними суддями конституційних положень.

До загальних типових рис концентрованої моделі судового конституційного контролю належать:

1. Визнання певних державних правових актів нечинними.

Як підкреслював засновник цієї моделі конституційного контролю Г. Кельзен, нечинність неконституційного акта означає, що цей акт об'єктивно не може вважатися правовим актом. Тобто, в принципі, не має крайньої необхідності видавати інший додатковий правовий акт для скасування акта, який визнано неконституційним. На основі ухваленого рішення кожен суб'єкт права, у тому числі і державні органи і приватні особи, вважатимуть цей акт неконституційним і таким, що не має зобов'язальної сили. Проте це можливо лише після оголошення відповідного рішення органом конституційної юрисдикції. За умов концентрованої системи, повноваження оголошувати правові акти неконституційними має тільки конституційний суд, причому відповідні його повноваження поширюються лише на визнання неконституційними певних категорій актів. Як правило, ці акти посідають важливе місце у правовій системі, оскільки приймаються найвищими конституційними органами державної влади — парламентом, президентом, урядом (закони, укази, постанови тощо) і мають відповідати Конституції. Вважається, що всі інші правові акти мають відповідати актам вищих органів державної влади, насамперед — законам, що становить суть принципу законності.

Згідно з теоретичною моделлю Г. Кельзена забороняється надавати іншим державним (судовим) органам повноваження щодо визначення конституційності тих правових актів, які не закріплені за конституційним судом. Хоч у сучасних умовах, згідно з принципом верховенства Конституції, повноваження щодо перевірки відповідності правових актів Конституції належать суддям судів загальної юрисдикції, як і застосування конституційних норм у випадку виявлення суперечностей.

Усім суддям, з огляду на необхідність дотримання принципу законності, надані відповідні повноваження оголошувати нечинними підзаконні акти, якщо вони суперечать законам.

І тільки єдиний орган конституційної юрисдикції — Конституційний суд — наділений повноваженнями оголошувати правові акти вищих органів державної влади неконституційними. До моменту визначення його неконституційним правовий акт вважається чинним. Підзаконні нормативні акти можуть бути оголошені неконституційними та нечинними Конституційним судом тільки в тому разі, якщо вони приймаються на підставі прямих приписів Конституції (наприклад акти делегованого законодавства або акти, ухвалені вищими органами виконавчої влади в умовах надзвичайного стану). Проте це питання є дискусійним, у різних країнах воно вирішується по-різному.

2. Повноваження спеціального конституційного органу щодо визнання нечинними певних державних актів на підставі їх неконституційності.

Концентрована модель судового конституційного контролю передбачає створення, згідно з Конституцією, окремого спеціального державного органу, який перевіряє відповідність визначених державних актів Конституції. Як зазначалося вище, теоретичні підвалини формування окремого органу конституційної юрисдикції заклав Г. Кельзен у своїй роботі «Чиста теорія права»: «За умов існування правових норм, нижчі норми мають підпорядковуватись вищим, а Конституційний суд має гарантувати цю ієрархію правових норм та правопорядок. Саме через своє «нижче ієрархічне становище» звичайні суди позбавлені повноважень оголошувати неконституційними державні правові акти».

Згідно з теоретичною концепцією Г. Кельзена Конституційний суд є негативним законодавцем, який визначає неконституційність закону абстрактним шляхом, тобто не за конкретними обставинами справи, і не вирішує справи по суті. За логікою Г. Кельзена, оголошення Конституційним судом закону неконституційним має ефект *erga omnes*, що є типовою законодавчою дією. Рішення суду має фактично силу закону.

Ця ідея найбільш чітко та послідовно прослідковується у частині другій § 31 Закону ФРН «Про Федеральний конституційний суд Німеччини» від 12 березня 1951 року: «У випадках, передбачених § 13, п. 6, 11, 12 і 14, рішення Федерального конституційного суду мають силу закону. Це правило діє також у випадках, передбачених § 13, п. 8а, якщо Федеральний конституційний суд визнає закон таким, що відповідає чи не відповідає Основному закону або є нечинним».

Безумовно, логіка міркувань Г. Кельзена пояснювалася панівною на той час у Європі концепцією верховенства парламенту, з чого випливала вимога до судової влади застосовувати закон, а не піддавати сумніву щодо його конституційності. Проте для реалізації принципу верховенства Конституції, якої повинен дотримуватись парламент, Конституційний суд стає логічним доповненням парламенту, так би мовити, його зворотною стороною. Тому законодавча влада, за Г. Кельзенем, розподіляється між двома органами: парламентом, якому притаманна політична ініціатива, втілена у законодавстві (позитивний законодавець), та Конституційним судом як гарантом конституційності цього законодавства (негативний законодавець). За логікою Г. Кельзена, Конституційний суд потребує відокремлення від органів судової влади, оскільки він не є судовим органом у прямому розумінні цього слова.

Слід зазначити, що після другої половини ХХ століття, починаючи з часу визнання права на конституційну скаргу, конституційні суди здійснюють безпосередній конституційний судовий захист основних прав та свобод людини і громадянина. Це дає підстави вважати конституційні суди органа-

ми правосуддя, а не лише органами судового конституційного контролю. Зважаючи на це, ієрархічна схема конституційного контролю Г. Кельзена зазнає суттєвих модифікацій, оскільки особа, конституційне право якої порушене, може звернутися до Конституційного суду з конституційною скаргою на будь-який правовий (нормативний чи індивідуальний) державний акт.

3. Прямий та випадковий характер розгляду конституційних питань.

Розгляд питання щодо конституційності правового акта виникає в результаті прямого звернення до суду суб'єкта, який має на це повноваження. Принагідно зазначимо, що питання, яке порушується за ініціативою політичних державних органів, є, як правило, єдиною підставою для початку конституційного судочинства (абстрактний конституційний контроль).

Питання щодо конституційності акта може бути розглянуте Конституційним судом «випадково», в результаті співучасті при здійсненні загального судочинства. Якщо під час провадження виникає питання щодо конституційності акта, суд відкладає розгляд справи, доки це питання не буде вирішене Конституційним судом (конкретний конституційний контроль).

У першому та другому випадках зацікавлені сторони можуть запрошуватися для участі в усних слуханнях у цих справах, тобто можуть мати обмежений *standing*.

4. Відсутність власної ініціативи з боку конституційних судів щодо здійснення судового конституційного контролю.

Для концентрованої моделі судового конституційного контролю характерна відсутність повноважень Конституційного суду щодо визначення за своєю ініціативою відповідності правових актів Конституції. Таким чином, можна стверджувати, що Конституційний суд у межах цієї моделі діє лише в одному напрямі при розгляді питань, порушуваних у конституційних поданнях та зверненнях (скаргах), але він не може порушити справу за власною ініціативою, що можливо за умов дифузної моделі судового конституційного контролю.

5. Ефект *erga omnes* рішень Конституційного суду.

Рішення, винесене Конституційним судом, має загальнообов'язковий характер, оскільки такий характер мають правові акти (або їх окремі положення), що визнаються неконституційними та нечинними. Причому характер звернення до Конституційного суду (прямий або випадковий) не має суттєвого значення, оскільки його рішення стосується аспектів права, а не фактів, тобто суддя не вирішує справу по суті, а розв'язує лише питання конституційності окремих правових актів. Але слід зазначити, що рішення суду має ефект *erga omnes* лише у випадку визнання нечинним правового акта на підставі його неконституційності.

6. Дія рішень, ухвалених Конституційним судом.

При ухваленні рішення про неконституційність правового акта, акт стає нечинним з моменту оголошення цього рішення. Це рішення має *ex-nunc* характер (поширюється на майбутнє). Проте у деяких країнах, в яких функціонує концентрована модель конституційного контролю, розрізняється абсолютна та відносна нечинність закону. Якщо правовий акт грубо та суттєво порушує конституційні норми, він оголошується нечинним з моменту його видання, а рішення має зворотну силу та ретроактивний (*ex-tunc*) характер. Якщо ж порушення не є серйозними, оголошується нечинність правового акта на майбутнє, тобто *ex-nunc*.

У своєму рішенні Конституційний суд може вказати відкладальні умови втрати чинності закону в майбутньому, що розглядається як завдання законодавцю — з метою недопущення прогалин у законодавстві — за певний визначений термін прийняти нову редакцію закону, враховуючи рішення суду. Якщо до закінчення вказаного терміну законодавець зазначених дій не вчинив, відповідні положення закону (або іншого правового акта) автоматично втрачають чинність.

Досвід роботи Федерального конституційного суду Німеччини, який функціонує у межах концентрованої моделі судового конституційного контролю, є надзвичайно корисним з огляду на його практичне використання при здійсненні конституційного правосуддя в Україні. Конституційний Суд України також створювався саме за цією моделлю і відповідно до неї функціонує.

До основних причин, що вплинули на запровадження концентрованої моделі судового конституційного контролю у ФРН, можна віднести:

1. Глибоке переконання, яке переважало у країнах романо-германської правової системи до середини ХХ століття, що судовий контроль за конституційністю законів є суто політичною функцією: «Конституційне право, як і міжнародне, — суто політичне право, на відміну від, наприклад, цивільного та кримінального права»¹⁰.

Проте, враховуючи тенденції розвитку сучасної конституційної теорії та практики, ця упередженість вже не є панівною у країнах континентальної Європи, але її наслідки залишаються у вигляді концентрації повноважень щодо визначення конституційності правових актів окремим органом — Конституційним судом.

2. Розгалужена судова система, бюрократизм, службова ієрархія суддів, які починають свою кар'єру з моменту закінчення юридичного навчального закладу, їх нечітке уявлення про принципи та методи перевірки відповідності нормативних актів конституційним нормам — усі ці фактори вплинули на створення окремого судового органу, сформованого з консти-

¹⁰ Leibholz G. Politics and law. — Leyden, 1965. — P. 329.

туційних суддів з числа відомих юристів-практиків та авторитетних науковців-правників.

3. Відсутність доктрини *stare decisis*, на якій заснована дифузна модель судового конституційного контролю, позначила необхідність створення єдиного органу конституційної юрисдикції — Конституційного суду.

4. Загальна упередженість, що прищеплювалась студентам-правникам у процесі навчання щодо панування принципу верховенства парламенту. Зміст принципу полягає у тому, що судді зобов'язані застосовувати закон, а не оцінювати його розумність та зміст.

Федеральний конституційний суд (далі — ФКС) де-юре був заснований Конституцією (Основним законом) ФРН 23 травня 1949 року, яка визначила його основні повноваження та категорії тих правових актів, які він повинен розглядати на предмет конституційності. Організаційно, згідно з Конституцією ФРН, ФКС входить до судової гілки влади (стаття 92) і є «найвищим охоронцем Конституції», якому належить останнє слово щодо конституційності державних правових актів.

На розвиток відповідних конституційних положень, 12 березня 1951 року найвищим представницьким органом державної влади ФРН був прийнятий **Закон «Про Федеральний конституційний суд»**, яким: 1) встановлені вимоги до кваліфікації конституційних суддів та визначений період обіймання судьями посад; 2) уточнені необхідні процедури відбору суддів; 3) засновані два сенати; 4) визначена юрисдикція кожного сенату; 5) встановлені повноваження щодо певних юрисдикційних категорій; 6) визначені повноваження пленуму ФКС; 7) визначені умови для відставки та заміщення конституційних суддів.

28 вересня 1951 року Конституційний суд ФРН розпочав свою роботу в місті Карлсруе, що неподалік від тодішньої столиці ФРН — Бонна. Статус ФКС як конституційного органу враховано при визначенні порядку його формування. Згідно з Конституцією ФРН судді ФКС рівнозначно обираються від кожної з двох палат парламенту: бундестагу (Національна рада) та бундесрату (Федеральна рада). Причому вони не обов'язково мають бути членами парламенту, федерального уряду або обіймати посади у відповідних державних органах земель. Усі судді, які претендують на посаду федерального судді, повинні мати спеціальний допуск (стаж, освіта, складання відповідних іспитів). Певна кількість суддів — по троє для кожного сенату — обираються з числа діючих федеральних суддів.

Федеральний закон про ФКС визначає поділ Конституційного суду на 2 сенати. Вони мають рівні повноваження, але різні юрисдикції. Такий поділ відбувся в результаті тривалої дискусії у німецьких наукових та політичних колах щодо того, чи є цей суд політичним органом, чи органом правосуддя. Ідея поділу Конституційного суду на 2 сенати виникла внаслідок досягнутого компромісу між законодавцями: одні вважали, що Конституційний суд — це вищий судовий орган, що складається з суддів-професіоналів, інші — що

він має складатися з академіків права та політиків для здійснення абстрактного конституційного контролю. Від самого початку перший сенат вирішував питання про конституційність нормативно-правових актів та розв'язував питання щодо конституційності, які виникали у процесі звичайного судового розгляду. Крім того, перший сенат розглядав конституційні скарги громадян, тоді як другий сенат вирішував політичні питання (спори щодо компетенції між державними органами, питання про вибори, конституційність політичних партій, участь у процедурі імпічменту).

Цілком зрозуміло, що через такий нераціональний розподіл обов'язків виникли значні перевантаження першого сенату. Наприклад, у 1992 році перший сенат отримав до розгляду 3 365 справ, тоді як другий — лише 34. Тому через певний час другий сенат почав розглядати додаткові питання міжнародного права, екстрадиції, громадянства, права на притулок. Слід зазначити, що первісно встановлена юрисдикція сенатів може бути перерозподілена між ними лише за рішенням пленуму ФКС.

Кожний сенат складається з президента (віце-президента) та 7 суддів і має право виносити рішення від імені Конституційного суду, якщо присутні не менше ніж шість суддів. Судді, у свою чергу, не мають права змінювати склад сенатів. Президент першого сенату очолює свій сенат і Конституційний суд, віце-президент очолює другий сенат і має обов'язки першого адміністратора. Згідно з частиною першою § 16 Закону ФРН «про Федеральний конституційний суд Німеччини», «якщо рішення щодо тлумачення права одного із сенатів відрізняється від попередніх рішень іншого сенату, то з метою універсалізації практики правозастосування такі рішення виносяться на розгляд пленуму Федерального конституційного суду».

Один або два рази на рік судді обох сенатів збираються разом на пленум, на якому головує президент. Пленум скликається з метою універсалізації практики конституційного судочинства, а також для вирішення організаційних питань. Передача юрисдикції допускається тільки у разі надмірного навантаження одного з сенатів, найчастіше першого. У 1956 році відбувся поділ сенату на підрозділи — палати (*Kammer*), що складаються з 3 суддів. Кожний сенат має 3 палати, члени яких щороку переобираються.

Палати мають повноваження щодо здійснення попереднього аналізу процесуальних звернень до ФКС на предмет їх можливого розгляду. *Якщо всі троє суддів палати проголосують за відмову у задоволенні конституційного звернення на підставі того, що воно «неприпустиме або не має жодних підстав для майбутнього успішного розгляду», це рішення є остаточним, однак його мотиви мають бути пояснені у спеціальному меморандумі.* Незгода бодай одного судді тягне за собою розгляд справи сенатом у повному складі, де також діє «правило трьох»: якщо принаймні троє суддів сенату вважають, що звернення порушує питання конституційного права, що має бути розв'язане шляхом ухвалення відповідного рішення, або заяв-

ник може серйозно постраждати, якщо рішення не буде ухвалене, звернення приймається до розгляду. Крім того, палата одноголосно може задовольнити звернення, якщо результат його вирішення у сенаті буде зрозумілий для всіх трьох суддів, коли його обґрунтування чітко базується на правових стандартах, що встановлені практикою (прецедентному праві) ФКС. Тоді ця ухвала матиме силу рішення ФКС. Але палата не може визнавати закон неконституційним, як не може вирішувати питання суперечності федеральних законів, оскільки це є повноваженням сенату.

У Конституції ФРН, на відміну від Конституції США, встановлений **виключний перелік повноважень ФКС у сфері публічного (конституційного) права**. Вони закріплені у § 13 Закону ФРН «Про Федеральний конституційний суд Німеччини»:

«Федеральний конституційний суд виносить рішення у випадках, визначених Основним законом, а саме:

1) про втрату та позбавлення основних прав (стаття 18 Основного закону);

2) про антиконституційність партій (стаття 21, частина 2 Основного закону);

3) за скаргами на рішення бундестагу, які стосуються дійсності виборів або набуття чи втрати членства депутатом бундестагу (стаття 41, частина 2 Основного закону);

4) за обвинуваченнями, що висунуті федеральному президенту бундестагом або бундесратом (стаття 61 Основного закону);

5) про тлумачення Основного закону у зв'язку зі спорами про обсяг прав та обов'язків будь-якого вищого федерального органу чи інших сторін, наділених, згідно з Основним законом або регламентом вищого федерального органу, правами, які вони можуть здійснювати самостійно (стаття 93, частина 1, пункт 1 Основного закону);

6) за наявності розбіжностей чи сумнівів стосовно того, чи відповідає федеральне право землі за своєю формою чи змістом Основному закону, або стосовно того, чи відповідає право землі іншому федеральному праву, коли про вирішення цього питання звертається з клопотанням федеральний уряд, уряд землі або третина членів бундестагу (стаття 93, частина 1, пункт 2 Основного закону);

7) за наявності розбіжностей стосовно прав та свобод федерації та земель, зокрема у випадках застосування землями норм федерального права і при здійсненні федерального нагляду (стаття 93, пункт 1, стаття 84, частина 4, речення 2 Основного закону);

8) за іншими публічно-правовими спорами між федерацією та землями, між різними землями або в межах однієї землі, якщо не передбачено іншого судового порядку їх розгляду (стаття 93, частина 1, пункт 4 Основного Закону);

8а) за конституційними скаргами (стаття 93, частина 1, пункт 4а і 4б Основного закону);

9) за обвинуваченням проти суддів федеральних судів та судів землі (стаття 98, частини 2 і 5 Основного закону);

10) за конституційними спорами, що виникли у межах землі, якщо на підставі закону землі вирішення спору передано Федеральному конституційному суду (стаття 99 Основного закону);

11) про відповідність федерального закону чи закону землі Основному закону або про відповідність закону землі чи іншого правового акта землі федеральному закону, коли про таке вирішення звертається з клопотанням суд (стаття 100, частина 1 Основного закону);

12) у разі сумнівів щодо того, чи є норма міжнародного права складовою частиною федерального права і чи породжує вона безпосередньо права та обов'язки для окремої особи, коли для цього вирішення звертається з клопотанням суд (стаття 100, частина 2 Основного закону);

13) коли Конституційний суд землі розходиться в тлумаченні Основного закону з рішенням Конституційного суду або Конституційного суду іншої землі і звертається з клопотанням щодо прийняття рішення Федерального конституційного суду (стаття 100, частина 3 Основного закону);

14) за наявності розбіжностей стосовно того, чи продовжує діяти право як федеральне (стаття 126 Основного закону);

15) в інших випадках, віднесених федеральним законом до його відання (стаття 93, частина 2 Основного закону)».

Згідно з § 14 Закону ФРН «Про Федеральний конституційний суд Німеччини» **встановлюється компетенція та закріплюється юрисдикція двох сенатів ФКС:**

«1. Перший сенат Федерального конституційного суду має повноваження здійснювати провадження з перевірки конституційності правових норм (§ 13, пункт 6 і 11), в ході якого підлягає з'ясуванню питання про відповідність правового припису основним правам, або правам, що впливають зі статей 33, 101, 103 і 104 Основного закону; провадження за конституційними скаргами, за винятком скарг, що подаються згідно з § 91 (конституційна скарга громад та об'єднання громад. — *С.ІІІ*), та скарг, які стосуються виборчого права.

2. Другий сенат Федерального конституційного суду правоможний виносити рішення у випадках, передбачених § 13, п. 1–5, 7–9, 12 і 14, а також здійснювати провадження з перевірки конституційності правових норм і розгляду конституційних скарг, що не віднесені до компетенції першого сенату.

3. У випадках, передбачених § 13, пунктом 10 і 13, компетенція сенатів визначається згідно з частинами 1 і 2».

Ці повноваження ФКС можна поділити на 6 груп: 1) діяльність ФКС щодо захисту конституційного ладу; 2) захист принципу поділу дер-

жавної влади; 3) діяльність ФКС щодо збереження виборчо-представницького характеру політичної системи; 4) здійснення повноважень щодо захисту фундаментальних прав та свобод; 5) реалізація повноважень щодо тлумачення Основного закону; 6) здійснення контролю за конституційністю усіх нормативно-правових актів держави.

До першої групи належать найважливіші повноваження ФКС щодо судової охорони демократичного ладу, захисту суспільства від можливої узурпації державної влади. З цієї перспективи, Конституційним судом ФРН припиняються будь-які спроби як фізичних, так і посадових осіб, органів і політичних партій, спрямованих на повалення конституційно-демократичного ладу, який встановлений Основним законом.

Конституційний суд ФРН має повноваження щодо заборони діяльності політичних партій на підставі їх неконституційності, якщо їхні цілі або поведінка їх членів спрямовані на підлив, зруйнування вільного демократичного ладу або становлять небезпеку для існування Федеративної Республіки Німеччини (стаття 21, частина 2 Основного закону). Так, згідно з цією статтею, у 1952 році неонацистська партія Німеччини була проголошена неконституційною.

ФКС захищає конституційний лад, якщо політичні партії або їх члени зловживають певними основними правами та свободами, що загрожує «усталеному, фундаментальному та вільному демократичному ладу». Стосовно вищих посадових осіб держави, то Конституційний суд функціонує як захисник конституційного ладу, беручи участь у процедурі імпідменту федерального президента за поданням бундестагу або бундесрату за умисне порушення ним Конституції або інших федеральних законів (стаття 61 Основного закону), а також розглядає обвинувачення, висунуті проти федеральних суддів, якщо вони «при виконанні своїх обов'язків або поза службою порушують принципи Основного закону або посягають на конституційний лад землі» (стаття 98, частина 2 Основного закону).

До другої групи повноважень Конституційного суду належать конституційні гарантії інституційного функціонування держави. Ці повноваження наділяють КС компетенцією щодо розгляду конфліктів, що впливають з вертикального та горизонтального поділу державної влади.

Оскільки формою державного устрою ФРН є федерація, юрисдикція ФКС поширюється і на землі у разі «наявності опорів стосовно прав та обов'язків федерації та земель, зокрема, при застосуванні землями норм федерального права та при здійсненні федерального нагляду» (стаття 93, частина 1, пункт 3 Основного закону). Крім того, ця юрисдикція поширюється на «інші публічно-правові спори між федерацією та землями, між різними землями або у межах однієї землі, якщо не передбачений інший порядок судового розгляду» (стаття 93, частина 1, пункт 4 Основного закону).

При гарантії вертикального поділу державної влади, ФКС розв'язує конфлікти між федерацією та землями, з одного боку, та муніципалітета-

ми — з іншого, «за конституційними скаргами громад та об'єднань громад з приводу порушення будь-яким законом їхнього права на самоврядування; стосовно законів землі це можливо лише у випадку, коли скарга не може бути подана до Конституційного суду землі» (стаття 93, частина 1, пункт 4b Основного закону).

При гарантії горизонтального поділу державної влади, ФКС розв'язує конфлікти, що виникають шляхом тлумачення Конституції ФРН «у зв'язку із спорами про обсяг прав та обов'язків будь-якого верховного органу влади федерації або інших сторін, які наділені Основним законом або регламентом верховного органу влади федерації правами, що їх вони можуть здійснювати самостійно» (стаття 93, частина 1, пункт 1 Основного закону). До верховного федерального органу, за змістом цієї статті, належать бундестаг, бундесрат, президент федерації, федеральний уряд і постійна комісія бундесрату.

Третя група повноважень стосується виборчо-представницьких основ політичної системи. ФКС повинен розв'язувати спори щодо рішень бундестагу про правильність результатів виборів (стаття 41 частина 2 Основного закону), про набуття або втрату статусу депутатом бундестагу, а також скарги на непризначення референдуму згідно із статтею 29 Основного закону, коли утворена нова адміністративно-територіальна одиниця федеральної території як наслідок змін кордонів земель.

Четверта група повноважень стосується захисту фундаментальних прав і свобод людини від держави. Особливо у федеральній Конституції наголошується на «скаргах з приводу неконституційності», які може у вільній формі викласти будь-яка особа, яка вважає, що її основні права та свободи порушені публічною владою. Це повноваження було закріплене у частині першій пункту 4а статті 93 Основного закону лише у 1969 році. Згодом ця форма конституційного контролю з успіхом розвивається, реалізуючи основний принцип, що лежить в основі Конституції, — принцип обмеження державної влади фундаментальними правами та свободами людини.

У конституційній скарзі особа може оскаржити у ФКС будь-яку дію або бездіяльність органів державної влади, у тому числі законодавчі акти, рішення виконавчої влади та судові рішення. Слід мати на увазі, що у ФРН неможливо отримати відшкодування шкоди, якщо вона завдана в результаті застосування законодавчих актів у звичайних судах. Тому конституційна скарга має виняткове значення, хоч і є, по суті, додатковою, тобто від заявника вимагається вичерпання всіх попередніх засобів оскарження. Але, якщо вірогідним є те, що законодавчий акт може спричинити «суттєву та невідворотну шкоду», особа може подати конституційну скаргу до ФКС без вичерпання цих засобів захисту.

Необхідно зазначити, що «скарги з приводу неконституційності» стосуються не тільки фундаментальних прав і свобод («негативних прав»), а й «позитивних» прав громадянина, встановлених державою. Це, наприклад,

зобов'язання держави щодо захисту певних цінностей: життя та здоров'я людини, її право на соціальну допомогу. Як зазначає Д. Коммерс, «суд повністю задовольняє приблизно один відсоток від усіх конституційних скарг, але ці скарги спричиняють ухвалення найбільш значних рішень і становлять приблизно 55 відсотків від усіх винесених публічних рішень»⁴¹.

П'ята група повноважень становить, власне, основну частину конституційної юриспруденції ФКС, зважаючи на тлумачення та застосування Конституції та федерального законодавства для універсалізації застосування норм та принципів Основного закону в межах федерації.

Можна виділити дві підгрупи повноважень ФКС щодо тлумачення:

а) якщо Конституційний суд землі розходиться у тлумаченні Основного закону з рішенням Федерального конституційного або Конституційного суду іншої землі, він повинен звернутися до Федерального конституційного суду (стаття 100, частина 3 Основного закону);

б) у випадку розходження думок про те, чи продовжує раніше прийняте право діяти як федеральне, рішення виносить Федеральний конституційний суд (стаття 126 Основного закону) — йдеться про правові акти федерального рівня, ухвалені до набуття чинності Основного закону 1949 року.

Окремо слід сказати про роль ФКС у питаннях застосування міжнародного права, яке, згідно з Основним законом, становить частину федерального законодавства. ФКС вирішує спірні питання про місце міжнародних договорів у федеральному законодавстві, про права та обов'язки, що випливають з них.

До **шостої групи** повноважень належить контроль ФКС за конституційністю нормативно-правових державних актів, насамперед за конституційністю законів.

На практиці конституційного судочинства **для здійснення судового конституційного контролю за державними нормативно-правовими актами використовуються три способи**: 1) *прямий (абстрактно-конкретний)* — на підставі прямого звернення до ФКС; 2) *конкретно-випадковий* — на підставі запиту нижчого суду до ФКС щодо питань конституційності, що виникли у ході розгляду конкретної справи; 3) *непрямий спосіб*, при якому Конституційний трибунал вирішує питання про конституційність нормативного акта для розв'язання іншої проблеми, що виникла у процесі конституційного судочинства.

У *прямий (абстрактно-конкретний) спосіб* конституційний контроль здійснюється на підставі прямого звернення до ФКС. Мета цього звернення полягає у намаганні зацікавленої сторони визнати неконституційним певний нормативно-правовий акт, причому заявник може як ставити під

⁴¹ *Kommers D. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany.* — Durham and London: Duke University Press, 1997. — P. 15.

сумнів застосований до нього правовий акт, внаслідок чого він зазнає особистої шкоди (*конкретний контроль*), так і намагатися з'ясувати абстрактні питання конституційності безвідносно до завданої йому шкоди (*абстрактний контроль*).

Конкретний контроль здійснюється за прямим зверненням до ФКС на підставі розгляду конституційної скарги будь-якої особи, яка вважає, що її конституційні права та свободи порушені внаслідок застосування певного нормативно-правового акта. Це також може бути конституційна скарга муніципалітету (громади), яка вважає, що його право на самоврядування порушене федеральним законом. У всіх випадках умовою прийнятності звернень є факт спричинення шкоди або доведеність неминучої загрози її заподіяння застосуванням правового акта, конституційність якого оспорується у ФКС. Державний орган може завдавати шкоди особі, порушуючи її права та свободи або діючи всупереч закону (самоуправність) чи на підставі неконституційного закону.

Абстрактний контроль здійснюється за прямим зверненням до ФКС деяких вищих органів державної влади (федерального уряду, уряду землі або однієї третини членів бундестагу) «у разі наявності розбіжностей або сумнівів щодо того, чи відповідає федеральне право або право землі за своєю формою та змістом Основному закону, або щодо того, чи відповідає право землі федеральному праву» (стаття 93, частина 1, пункт 2 Основного закону). У цьому випадку суб'єктам права на таке звернення не завдано особистої шкоди, оскільки вони звертаються з абстрактних питань, що, певною мірою, мають політичний характер.

У конкретно-випадковий спосіб конституційний контроль щодо правових актів здійснюється *ситуативно*, у результаті вирішення питань, що постають у процесі звичайного судочинства (*конкретний контроль*):

«Якщо суд вважає, що закон є неконституційним, а від визнання його чинним залежить рішення суду, — процес має бути призупинений. У випадках, коли йдеться про порушення Конституції землі, рішення виносить суд землі, компетентний у вирішенні конституційних спорів, а у випадку, коли йдеться про порушення Основного закону, — Федеральний конституційний суд. Це положення діє і тоді, коли йдеться про порушення Основного закону правом землі або про несумісність закону землі з федеральним законом» (стаття 100, частина 1 Основного закону). Це правило діє і щодо вирішення питання про застосування норм міжнародного права як складової частини федерального права (стаття 100, частина 2 Основного закону).

Конкретно-випадковий спосіб звернення до ФКС відрізняється від прямого конституційного звернення (скарги) тим, що питання про конституційність порушується нижчими судами. Після вирішення ФКС питання конституційності акта по суті, судовий процес у звичайному суді поновлюється, а рішення ФКС враховується. Така складна процедура пояснюється відсутністю у звичайного суду повноважень приймати рішення про

відповідність нормативно-правових актів Конституції — згідно з логікою концентрованої моделі судового конституційного контролю.

Слід зазначити, що повноваження ФКС реалізуються лише у вигляді ухвалення рішення про конституційність акта. ФКС не може за своєю ініціативою розглядати справи по суті або вимагати справи, що розглядаються у звичайних судах, для вирішення питання щодо конституційності актів.

Непря́мий спосі́б визначення конституційності правових актів спричиняється випадками, в яких ФКС вирішує питання про конституційність нормативно-правового акта, розв'язуючи інше питання, коли:

а) відповідно до частини 1 статті 93 Основного закону, при тлумаченні Основного закону у зв'язку зі спорами про обсяг прав та обов'язків будь-якого федеративного органу влади або інших сторін, ФКС може за власною ініціативою визнати неконституційним певний нормативно-правовий акт, якщо не використовується абстрактний спосіб звернення до ФКС;

б) оскаржується не сам нормативно-правовий акт, а судові рішення, винесене на його підставі, коли ФКС скасовує це рішення і визнає відповідний правовий акт неконституційним, а отже — нечинним.

Згідно з § 78 Закону ФРН «Про Федеральний конституційний суд Німеччини», якщо ФКС зробить висновок, що федеральний закон не відповідає Основному закону, або закон землі не відповідає Основному чи іншому федеральному закону, він оголошує закон або його окремі положення нечинними.

Рішення ФКС є обов'язковими для всіх конституційних органів федерації та земель, а також для всіх судів та відомств (частина перша § 31 закону), в тому числі й для самого ФКС, та опосередковано для всіх суб'єктів права. Це означає, що **вони є загальнообов'язкові (*erga omnes*)**.

Вважається, що правовий акт, визнаний неконституційним, є нечинним з моменту його прийняття. Проте на практиці *рішення ФКС мають зворотну дію лише щодо судових рішень у кримінальних справах, винесених на підставі кримінального закону, який визнано неконституційним*. У цьому разі рішення переглядаються на підставі визнання ФКС кримінального закону нечинним. У всіх інших випадках судові рішення або рішення виконавчої влади, винесені на основі правових актів, які визнані неконституційними та нечинними, не переглядаються. Виняток становить задоволення ФКС конституційної скарги конкретної особи щодо спричинення їй шкоди певними рішеннями органів державної влади, коли ФКС скасовує ці рішення (частина 2 § 95 закону).

У цілому слід зазначити, що ФКС дуже обережно розглядає питання щодо конституційності законів. Якщо помилки законодавця не є суттєвими, ФКС намагається уникати оголошувати їх неконституційними. У певних випадках ФКС може визнати **просту неконституційність** закону та встановити відкладальний термін для набуття чинності відповідним рішенням

ФКС, щоб законодавець встигнув затвердити нову редакцію цього закону з метою усунення прогалин у законодавстві.

Отже, рішення ФКС діють на майбутнє (ефект *ex-nunc*). Як уже зазначалося, зворотна дія надається рішенням ФКС лише у разі декларування **грубої неконституційності** закону і, головним чином, стосується кримінального законодавства.

3.5. ВІД ПОЛІТИЧНОГО ДО СУДОВОГО КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ (на прикладі Франції)

Догматичне дотримання теорії поділу влади Ш. Монтеск'є та сприйняття принципу верховенства парламенту як єдиного наслідку реалізації на практиці концепції народного суверенітету призвело до заснування у Франції протягом XVIII–XX століть інституту конституційного контролю, докорінно відмінного від аналогічних інститутів у інших країнах. За Конституцією П'ятої Республіки, інститут конституційного контролю має попередній характер, тобто здійснюється після прийняття законів, але до їх промульгації. За своєю природою він є проміжним інститутом між інститутами політичного та судового контролю і позначає процес трансформації політичного контролю конституційності державних правових актів у судовий.

Власне, на прикладі Франції помітна загальна тенденція романо-германської правової системи підносити культ парламенту, який покликаний формулювати спільну волю народу. За цих умов роль незалежної судової влади у державному механізмі була дуже незначною. Як зазначає американський науковець-компаративіст Д. Меррімен, «правовий позитивізм, догма поділу влади, ідеологія кодифікації... все це підсилює намір принизити роль судді та уславлює законодавця»⁴².

Низький престиж публічного права у Франції протягом століть пояснюється його політичним характером, до чого спричинилося невтручання держави у приватну сферу, що регулюється цивільним кодексом, який виконував конституційні функції, гарантуючи визнання та забезпечення державою приватних прав.

Незважаючи на заперечення судового конституційного контролю, у Франції ще з часів «старого режиму» (*ancienne regime*) визнавалась теорія найвищого права у вигляді загальнообов'язкових принципів. Королівські

⁴² Цит. за: Stone A. The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective. — Oxford University Press, 1992. — P. 31.

суди мали повноваження перевіряти на предмет відповідності цим принципам позитивне законодавство, але щоб судові рішення не суперечили волі суверена — короля.

У революційний період функцію конституційного контролю виконував політичний орган — **Касаційний трибунал**, заснований у 1790 році з метою гарантії «принципу поділу влади як головної умови стабільного існування держави». Касаційний трибунал здійснював контроль за судовою владою на предмет її вторгнення у законодавчу сферу та слідкував за тим, щоб судді саме застосовували «букву закону», а не займалися творчим тлумаченням та судовою правотворчістю.

Створення саме такого органу спричинене переконанням законодавців, що судді при здійсненні тлумачення зобов'язані застосовувати лише правову норму в її літературному (дослівному) значенні, оскільки повноваження щодо тлумачення закріплювались за законодавчим органом. Законодавчий орган цього історичного періоду тлумачив правові норми у своїх декретах на вимогу суддів, якщо у них виникав сумнів щодо значення законодавчого тексту. Заперечення розширеного суддівського тлумачення ґрунтувалося на формальному (жорсткому) підході до теорії поділу влади. Тому Касаційний трибунал скасовував судові рішення, що «явно суперечили тексту закону», на вимогу приватних осіб або ж за власною ініціативою.

На пропозицію відомого діяча французької революції абата Сійєса, у 1799 році створюється інститут конституційного контролю — **сенат**, якому конституційними актами 1799 та 1804 років надавались повноваження захищати публічні свободи та скасовувати будь-які правові акти на підставі їх неконституційності на вимогу уряду або парламенту. За своїм характером цей орган був цілком політичний. Він складався з вісімдесяти членів, що призначалися з урахуванням їх політичної орієнтації. Звертатися до сенату можна було тільки до промугляції правових актів. Після промугляції, у разі виникнення сумнівів, законодавство вже не могло розглядатися на предмет його конституційності. На практиці, цей орган у Франції періоду імперії ніколи не скасовував законів та актів виконавчої влади, незважаючи на те, що вони періодично порушували конституційні тексти. У свою чергу Наполеон використовував сенат з метою досягнення антиконституційних цілей: для скасування судових рішень, які його не задовольняли, та для «заповнення прогалин у Конституції»¹⁵.

У післяреволюційній Франції склалася традиція визнавати закон як акт виявлення «спільної волі народу», який є сувереном. Вважалося, що закон неможливо визнати нечинним навіть якщо він суперечить Конституції, тому судді просто «заплющували очі» на факти очевидної невідповідності.

Доктрина абсолютного парламентського суверенітету була закладена в основу конституційних текстів та відповідної практики періоду

¹⁵ Там само. — С. 30.

Першої — Четвертої Республіки (з 1792 по 1958 роки). Конституції вважались актами парламенту, який поєднував установчу та законодавчу влади, і переглядалися шляхом прийняття конституційних поправок простою парламентською більшістю. Як зазначалося у французькій публіцистичній літературі періоду Четвертої Республіки, «якщо у пересічного француза запитати про те, що таке демократія, він, не вагаючись, відповів би, що вона є суверенітетом народу, чия воля формулюється більшістю в обраному представницькому органі».

Ця тенденція не була подолана навіть створенням, згідно з Конституцією П'ятої Республіки 1958 року, **Конституційної ради**, яка надала повноваження перевіряти закони на предмет їх відповідності Конституції до їх промугляції. Цей орган квазісудового конституційного контролю, що продовжив історичну традицію здійснення політичного контролю Касаційним трибуналом та сенатом, був покликаний гарантувати стабільність специфічної системи поділу та розподілу державної влади, що була встановлена зазначеною Конституцією.

Ця Конституція була прийнята внаслідок розв'язання гострої політичної кризи. Вона **розподілила законодавчу компетенцію між законодавчою та виконавчою владами**. У політичній історії Франції це була перша спроба відмовитись від концентрації законодавчих повноважень у єдиному законодавчому органі — парламенті. Певною мірою такий підхід щодо розподілення законодавчої компетенції відбиває бонапартистську традицію, згідно з якою парламент розглядався як «джерело політичної нестабільності», тому його робота має бути «раціоналізованою», тобто передана під централізоване управління виконавчої влади.

Зрозуміло, що у сучасній Франції, де визнається та діє принцип поділу влади, виконавча влада не може керувати парламентом. Проте у нетрадиційній системі поділу влади Конституційна рада діє як *«гармата, направлена на закон»*, тобто головною ідеєю створення цього інституту був контроль за діями французького парламенту. Парламент приймає закони, предмет яких чітко визначений у статті 34 Конституції. Конституційна рада здійснює конституційний контроль за реалізацією законодавчих повноважень парламентом для того, щоб парламент не втручався у законодавчу компетенцію виконавчої влади, сфера якої визначена статтею 37 Конституції.

Зокрема, згідно зі статтею 34 Конституції, закони можуть прийматися з питань громадянських прав та основних гарантій, що надаються громадянам для користування публічними свободами; громадянства; сімейних відносин; визначення злочинів та правопорушень, встановлення покарання за них; встановлення податків та порядку грошової емісії; порядку виборів до парламенту та органів місцевого самоврядування; націоналізації підприємств; режиму власності; цивільних прав; трудового та профсоюзного права тощо. Усі інші питання, що чітко не визначені як предмет закону

згідно зі статтею 34 Конституції, резервуються за виконавчою владою. Крім того, стаття 40 Конституції забороняє депутатам парламенту вносити на розгляд законопроекти, які спричиняють зростання фінансових витрат з державного бюджету або скасовують певні статті публічних фінансових витрат.

На думку дослідника французького конституційного права А. Стоуна, **політичні аспекти конституційного контролю у Франції дістають свій вияв у таких рисах:** 1) Конституційна рада складається з дев'яти членів, більшість яких попередньо працювала у парламенті або виконавчих структурах влади. Вони призначаються у політичний спосіб (президентом республіки, президентами сенату та Національних зборів). До того ж процес призначення відбувається без визначеної процедури публічного обговорення питань призначення та політичних консультацій; 2) Конституційна рада визначає конституційність лише законів, які остаточно прийняті парламентом, але не промудьговані виконавчою владою; після цього закони не можуть перевірятися на предмет їх конституційності за зверненнями громадян або запитам судів загальної юрисдикції; 3) тільки політики — президент, прем'єр-міністр, президенти двох палат парламенту та, починаючи з 1974 року, шістдесят senatorів або депутатів Національних зборів мають повноваження поставити перед Конституційною радою питання щодо конституційності цих законів; 4) Конституційна рада функціонує, як усі суди у Франції: внутрішні обговорення при винесенні рішення є таємними, окремі думки та результати голосування її членів не публікуються; цей орган формально відокремлений від судової системи Франції⁴⁴. Крім того, для обіймання посад у Конституційній раді нормативно не існує жодних вимог до професійної кваліфікації.

Конституційна рада складається з 9 членів, які обіймають посади протягом 9 років без права на повторне призначення. Третина складу Конституційної ради заміщується кожні 3 роки. 3 члени призначаються президентом республіки, 3 — президентом Національної асамблеї, 3 — президентом сенату. Крім зазначених 9 членів, довічно членами Конституційної ради є колишні президенти республіки. Президент Конституційної ради призначається президентом республіки. Йому належить вирішальне слово при рівності голосів.

Конституція Франції надає Конституційній раді «вищу політичну юрисдикцію» з повноваженнями щодо контролю за парламентським законодавством — органічними законами та регламентами палат парламенту (частина перша статті 61), «правильністю» парламентських (стаття 58) і президентських виборів (стаття 59), референдуму (стаття 60). Наслідки ухвалених рішень щодо виборів становлять широкий спектр: від визнання недійсними виборчих бюлетенів та процедури виборів до звільнення обраного кандидата з посади.

⁴⁴ Там само. — С. 8.

Крім зазначених функцій, Конституційна рада вирішує, чи в змозі президент республіки здійснювати свої повноваження. Ідеться не про імпічмент, а про нездатність президента виконувати свої функції через психічні розлади, хворобу або внаслідок нещасного випадку. На цих підставах Конституційна рада оголошує нові вибори, які мають відбутися протягом 20–50 днів після винесення рішення.

Конституційна рада, консультуючи президента республіки, може висловлювати думку з приводу ситуації у країні, що загрожує існуванню демократичних інститутів або незалежності країни, цілісності її території, дотриманню міжнародних договорів, або коли переривається здійснення конституційної влади у звичайних умовах. Їй належить право давати президентові поради щодо запобігання такій небезпеці. Щоб вжити адекватних заходів, президент ради повинен консультувати прем'єр-міністра та президентів парламентських палат. У цьому разі думка Конституційної ради має бути опублікована. Якщо ж до Конституційної ради звертається президент (стаття 16 Конституції), то думка Конституційної ради не публікується.

Головне повноваження Конституційної ради — здійснення контролю за конституційністю законодавства (включно з усіма органічними законами, виданими парламентом у порядку реалізації статті 34 Конституції, та регламентами палат парламенту), що має абстрактний, політичний та квазісудовий характер.

Повноваження Конституційної ради Франції щодо здійснення конституційного контролю можна поділити на дві групи: 1) попередній конституційний контроль над законами, що не набули чинності; 2) конституційний контроль за розподілом законодавчої компетенції між законодавчою та виконавчою гілками влади.

При здійсненні конституційного контролю над законами, що не набрали чинності, здійснюється як **обов'язковий контроль** за органічними законами та парламентськими регламентами, так і **додатковий контроль** за звичайними законами і міжнародними договорами.

Конституція Франції до органічних відносить закони, що регулюють вибори членів парламенту та їх відповідність статусу члена парламенту (стаття 25), «делеговане голосування» (стаття 27), процедуру прийняття фінансового законодавства (стаття 47), організацію та функціонування Конституційної ради (стаття 63), судового корпусу (стаття 65), Економічної і Соціальної рад (стаття 71). На відміну від звичайних, процес ухвалення таких законів є найбільш складним і регулюється статтею 46 Конституції. Наприклад, у разі незгоди між палатами парламенту, законопроект може бути прийнятий Національними зборами в останньому читанні лише у тому випадку, якщо він буде схвалений абсолютною більшістю Національних зборів.

Відповідно до статті 61 Конституції **органічні закони та парламентські регламенти** мають бути обов'язково перевірені Конституційною радою на відповідність Конституції до їх промульгації та набуття чинності. При цьому має дотримуватися певна процедура: вони розглядаються за зверненням прем'єр-міністра Конституційною радою. Прем'єр-міністр у разі необхідності повинен наполягати на ухваленні Радою термінового рішення. Парламентські регламенти передаються на розгляд ради президентами палат.

До **звичайних законів** (*la lois*) належать нормативно-правові акти, що ухвалюються парламентом, які не є органічними законами та не входять до сфери законодавчої компетенції виконавчої влади. Ці закони передаються до Конституційної ради президентом республіки, прем'єр-міністром або президентом однієї з палат парламенту, 60 депутатами Національних зборів або 60 сенаторами (стаття 61) з проханням перевірити їх відповідність Конституції.

Такий додатковий контроль поширюється також на міжнародні договори. У цьому разі Конституційна рада вирішує, чи містить міжнародний договір положення, що суперечать Конституції. На вимогу президента республіки, прем'єр-міністра або президента однієї з палат Конституційна рада дає згоду на підписання договору або відмовляє в цьому.

У будь-якому разі, з моменту, коли до Конституційної ради надходить запит щодо конституційності органічних законів, парламентських регламентів, звичайних законів чи міжнародних договорів, і до винесення рішення, нормативні акти не можуть набрати чинності. Рішення виносяться протягом місяця (стаття 61), а в разі особливої необхідності цей строк скорочується до 8 днів.

Конституційний контроль за розподілом законодавчої компетенції між законодавчою та виконавчою гілками влади здійснюється у таких випадках:

1. Якщо у процесі законотворення у парламенті, зокрема в нижній палаті, або у виконавчій влади виникає сумнів щодо відповідності законопроекту вимогам статті 37 Конституції, на вимогу зацікавленої сторони воно передається на розгляд Конституційній раді. У цьому разі законодавчий процес призупиняється на 8 днів, протягом яких Конституційна рада зобов'язана оголосити своє рішення.

2. Конституційна рада перевіряє конституційність відповідних нормативно-правових актів, якщо виконавча влада намагається змінити закони актами виконавчої влади у порядку реалізації статті 37 Конституції. Це може статися у двох випадках: а) коли закон прийнято до Конституції 1958 року, б) коли парламент прийняв закон із втручанням до його законодавчої компетенції виконавчої влади, і цей закон з якихось причин, у тому числі політичного характеру, не був переданий до Конституційної ради для визначення його конституційності.

У першому випадку виконавча влада може самостійно змінити закони, що набули чинності до початку дії Конституції 1958 року, але тільки за наявності консультативного висновку Конституційної ради (консультативної думки) щодо цього питання.

Другий випадок є результатом здійснення виконавчою владою своїх повноважень щодо зміни законів, прийнятих парламентом після 1958 року, актами виконавчої влади, якщо ці закони регулюють питання, що належать до компетенції виконавчої влади. У цьому разі виконавча влада звертається до Конституційної ради для отримання висновку, чи порушує цей закон статтю 37 Конституції, тобто чи втручається він у сферу виконавчої влади. Якщо Конституційна Рада підтверджує таке втручання, закон змінюється актом виконавчої влади.

Конституція 1958 року не містить розширеної декларації фундаментальних прав людини, своєрідного білля про права. Єдине положення, яке стосується питання нормативного закріплення основних прав та свобод, зафіксоване у конституційній преамбулі:

«Французький народ урочисто проголошує свою прихильність до прав людини та принципів національного суверенітету, які визначені у Декларації 1789 року, підтверджені та доповнені у преамбулі Конституції 1946 року».

У 1971 році Конституційна рада, посилаючись на конституційні принципи, Декларацію прав людини та громадянина 1789 року, преамбулу Конституції IV Республіки та республіканську традицію⁴⁵, визнала неконституційним закон, прийнятий парламентом, що обмежує свободу асоціацій.

З моменту винесення цього рішення, Конституційна рада почала розвивати конституційну юриспруденцію фундаментальних прав людини, додавши до ролі охоронця прерогатив виконавчої влади роль захисника фундаментальних прав та свобод на підставі здійснення абстрактного конституційного контролю. В результаті за три місяці — з січня по березень 1994 року — Конституційна рада винесла стільки рішень, скільки було ухвалено за 16 років її діяльності (з 1958 по 1974 роки).

Наслідки рішень Конституційної ради щодо конституційності законів та регламентів можуть мати такий характер: 1) якщо правовий акт парламенту визнається конституційним, він промульгується та набуває чинності; 2) якщо акт визнається неконституційним, на нього накладається вето, він залишається у «постійному відкладальному стані» і не може бути промульгований; 3) якщо правовий акт визнається частково неконституційним, він може бути промульгований, але за винятком його неконституційної частини; 4) правовий акт може бути визнаний частково неконституційним, але він не може бути промульгований після виключення його неконституційної частини, якщо визнається її органічний нерозривний

⁴⁵ Bell J. French Constitutional Law. — Oxford, 1992. — P. 245.

зв'язок із законом у цілому, а тому ці неконституційні положення закону не можуть бути відокремлені.

Рішення Конституційної ради є остаточними, не підлягають оскарженню та обов'язкові для всіх органів державної влади, у тому числі органів виконавчої та судової влади. Юридична сила надається не тільки резолютивній частині рішення, а й порядку мотивації (правовій позиції).

Слід зазначити, що, крім Конституційної ради, конституційний контроль здійснюють такі державні органи, як Адміністративна рада та Касаційний суд.

Адміністративна рада, яка є вищим Адміністративним судом Франції, у рішенні у справі *Syndicat General des Ingenieurs-Conseils*¹⁶, розглянутій у 1955 році, проголосила, що вона має повноваження щодо визнання неконституційними актів виконавчої влади, прийнятих у порядку реалізації законодавчої компетенції згідно зі статтею 37 Конституції. У процесі здійснення конституційного контролю за актами виконавчої влади Адміністративна рада посилається не тільки на конституційний текст, а й на «вище право» у вигляді «загальноправових принципів, що в основному впливають з преамбули Конституції».

Починаючи з 1975 року, після винесення рішення у справі *Administration des Douanes v. Societe Cafes Jacques Varbre*, **Касаційний суд Франції** у деяких випадках діє вже за дифузною моделлю судового конституційного контролю. Касаційний суд ухвалив, що французькі судді не можуть застосовувати закони Франції, якщо вони суперечать міжнародним договорам загалом і праву Європейського Союзу зокрема. Отже, на сьогодні у Франції певною мірою здійснюється судовий контроль за законами вже після їх промугації, що символізує перехід від політичного контролю за законами до судового. Хоч у цьому випадку роль Конституції виконує міжнародне право.

¹⁶ Judgement of 26 June 1959, Conseil d'Etat [1959].

ВИСНОВКИ

Впливовий французький науковець у галузі публічного права Л. Дюгі ще в 1917 році помітив, що «постійні намагання французької судової доктрини полягали в пошуках правового базису для встановлення правових обмежень державної влади... та в доведенні факту, що здійснення державних повноважень обмежене правовими принципами, що є вищими за державну владу. Чи існує правовий принцип, вищий за державу, який забороняє їй робити певні речі і наказує робити інші? Якщо відповіддю є «ні», тоді публічне право не може існувати, оскільки будь-яка дія або бездіяльність держави не може бути визнана такою, що суперечить праву»¹.

Це твердження надзвичайно актуальне в умовах сучасної України, у період формування конституційного права на нових засадах, яке може і повинно увібрати всі передові досягнення західної цивілізації, оскільки **Україна є частиною Європи не лише географічно, а й інтелектуально, що передбачає необхідність та перспективність сприйняття європейської правової традиції, у тому числі в галузі публічного права.** Але це дослідження аж ніяк не ставить собі за мету повністю зруйнувати основи правового позитивізму для переходу до цілковитого панування природного права. Проблема полягає у тому, що за умов сприйняття конституційного права лише з позицій правового позитивізму конституційне право не виконує своєї головної функції — обмеження державної влади задля гарантії свободи особи.

Ідеологія марксизму в радянській інтерпретації не мала нічого спільного з концепцією правової держави. Як зазначав один з керівників СРСР Л. Каганович у своєму виступі перед радянськими юристами у 1929 році: «Ми відкидаємо поняття правової держави. Якщо людина, яка претендує на звання марксиста, говорить серйозно про правову державу й, тим більше, застосовує поняття правової держави до радянської держави, це означатиме, що вона відходить від марксистсько-ленінського вчення про державу»².

¹ Цит. за: Stone A. The Birth of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective. — Oxford University Press, 1992. — P. 34.

² Виступлення Л. Кагановича в Інституті Советського строительства и права // Советское строительство и революция права. — № 1. — 1930. — С. 9.

Історичний розвиток країн західної демократії переконливо доводить, що **держави, які обмежені конституціями, є сильнішими та ефективнішими за держави, де конституції виконують роль «парадного фасаду» та не мають жодного юридичного значення**. Обмежена держава є державою, яка не може знищити дух соціального партнерства та активності, в тому числі в економічній сфері, що сприяє не лише розвитку демократії та піднесенню свободи особи, а й економічному зростанню суспільства, наповненню державного бюджету та збільшенню кількості та обсягу соціальних програм.

Отже, за умов відсутності ефективних конституційних обмежень кожна з політичних гілок влади може бути свавільною (парламент, президент, уряд). Незважаючи на те що у цій праці значна увага приділяється проблемі парламентського авторитаризму (свавілля парламентської більшості) та її вирішення конституційними засобами, шляхом визначення органічних критеріїв конституційності законів, слід також не забувати про конституційні обмеження щодо діяльності інших гілок влади.

Правові обмеження конституційного рівня походять не лише з позитивного (конституційного тексту), а й з природного права. Тобто вони «відкриваються» судовими органами конституційної юрисдикції у процесі творчого, а не механічного застосування та тлумачення конституційних норм. Принципи природного права стабілізують правову систему, роблять конституції не тільки жорсткими, унеможливаючи їх часті зміни, а й ефективними, адже «країни, де конституції часто переглядаються, де законодавець ведеться на мінливі амбіції політичних діячів, щасливими назвати не можна»³.

Держава, що обмежена правом і керується у своїй діяльності законом розуму, є **правовою державою**, а держава, яка підпорядковується Конституції як сукупності писаних та неписаних норм, принципів та цінностей, має назву **конституційної держави**. Але головним обмеженням щодо діяльності правової конституційної держави є визнання та безпосередній конституційний захист прав людини та основних свобод, на що ще на початку ХХ століття звертав увагу видатний український філософ та правознавець Б. Кістяківський: «Головний принцип правової або конституційної держави полягає у тому, що державна влада у ній обмежена. У правовій державі владу поставлено у певні межі, яких вона не повинна і правовим чином не може переступати. Обмеження влади у правовій державі створюється визнанням за особистістю невід'ємних, непорушних і недоторканих прав. У правовій конституційній державі вперше визнається, що є певна сфера самовизначення і самовираження особистості, в яку держава не має права втручатися»⁴.

³ Боботов С. В., Жигачев И. Ю. Введение в правовую систему США. — М.: Норма, 1997. — С. 270.

⁴ Кістяківський Б. Вибране. — К.: Абрис, 1996. — С. 243.

Якщо історичний розвиток, на думку відомого історика А. Тойнбі, полягає у пошуку відповіді на виклик часу, то Україна перебуває саме на порозі нового якісного розвитку. Основа для цього закладена у Конституції України 1996 року, яка має величезний, проте, на жаль, ще не розкритий потенціал.

Суспільному прогресу в Україні, у тому числі й у галузі публічного права, заважає «радянська спадщина» з її марксистсько-матеріалістичною ідеологією, що, безумовно, тісно пов'язано з узвичаєним правовим позитивізмом та формалізмом. Цю небезпечну тенденцію ще на початку ХХ століття помітив російський філософ Н. Бердяєв, який передбачав, що соціалізм, пов'язаний з позитивною філософією, не дасть можливості обґрунтувати цінність та незалежність особистості. Тому саме сьогодні є всі підстави для якісного розвитку конституційного права та конституційної юриспруденції, зокрема конституційної юриспруденції прав людини та основних свобод, юридичну природу яких ми лише починаємо відкривати.

Навчальне видання

Станіслав ШЕВЧУК

ОСНОВИ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

*Свідощтво
про внесення СПКІФ «Консум»
до державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
серії ДК № 162 від 01.09.2000 р.*

Керівник видавничих проєктів *В. В. Сунцов, канд. юрид. наук*

Обкладинка *Микола Сапунцов,
Руслан Бурлаков,
Олексій Крилов*

Редактор *Ніна Мельник*
Комп'ютерна верстка *Сергій Задворний*
Набір *Лідія Онищенко*
Коректор *Галина Колінько*

ISBN 966-7920-26-7



9 789667 920265

Підписано до друку 03.07.2002 р. Формат 60×90 $\frac{1}{16}$,
Папір офсетний. Гарнітура Garamond. Друк офсетний.
Ум. друк. арк. 18,5. Обл.-вид. арк. 19,9.
Вид. № 2-19. Наклад 1000 прим. Ціна договірна. Зам. №

Спільне колективне підприємство фірма «Консум»

Україна, 61057 м. Харків, а/с 9123.

Тел./факс (0572) 23-76-75, 170-119.

E-mail: book@konsum.kharkov.ua

<http://www.konsum.kharkov.ua>

Інтернет магазин

<http://delko.com.ua>

ПП «Торнадо»

Харків, вул. Отакара Яроша, 18