

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО України

Заснований у 1922 р.

Видається щомісячно

Передплатний індекс 74424

Свідоцтво про державну реєстрацію
Серія KB № 23026-12866ПР

ISSN 1026-9932

DOI: 10.33498/lopu-2023-07

Головний редактор

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

Голова Редакційної ради

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України
РУСЛАН СТЕФАНЧУК

Вебсайт: <http://www.pravoua.com.ua>

Емейл: editor.pravoua@gmail.com

Адреса редакції
вул. Загорівська, 17–21
м. Київ, 04107, Україна
тел.: +380(66) 972-39-27

Офіційна сторінка у мережі “Фейсбук”:
<https://www.facebook.com/pravoua.com.ua>

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань України з юридичних спеціальностей
(наказ Міністерства освіти і науки України від 14 травня 2020 р. № 627)

Бази даних періодичних видань *Ulrichsweb (Ulrich's Periodicals Directory)* (США)
(з 2002 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних *EBSCO Publishing, Inc.* (США)
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних *Index Copernicus International* (Польща)
(з 2014 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних *HeinOnline* (США)
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

Бази даних періодичних видань з гуманітарних і соціальних наук *ERIH PLUS*
(*European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences*) (Норвегія).
(з 2020 р.)

ВИДАВЕЦЬ

© Юридичне видавництво “Право України”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Юрій Шемшученко, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Е. БАТЛЕР (WILLIAM E. BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Вячеслав Борисов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Денисов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Анатолій Довгерт, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Козюбра, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вячеслав Комаров, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Костенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Крупчан, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь Нор, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Петро Рабінович, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Селіванов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь Сіренко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; МАЙДАН СУЛЕЙМЕНОВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Олексій Ющик, д. юрид. наук, проф.

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Руслан Стефанчук (голова), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олександр Святоцький (головний редактор), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олег Посикалюк (перш. заст. головного редактора), к. юрид. наук, доц.; Тетяна Коломоець (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія Рєзнікова (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф.; Наталя Антонюк, к. юрид. наук, доц.; Ольга Бакалінська, д. юрид. наук, проф.; Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій Барабаш, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Євген Бараш, д. юрид. наук, проф.; Олександр Батанов, д. юрид. наук, проф.; Юрій Баулін, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Бевзенко, д. юрид. наук, проф.; Олександр Брьостл (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Тетяна Вільчик, д. юрид. наук, проф.; Юрій Галаєвський, засл. юрист України; Марсело Галуппо (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); Анатолій Гетьман, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Головатий, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Оксана Грищук, д. юрид. наук, проф.; Дмитро Гудима, к. юрид. наук, доц.; Борис Гулько, засл. юрист України; Олександр Дроздов, д. юрид. наук, проф.; Володимир Єрмоленко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Журавель, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН

України; Дмитро Задихайло, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Зубар, к. юрид. наук, доц.; Алієв Амір Ібрагім, д. юрид. наук, проф. (Азербайджан); Оксана Капліна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ігор Караман, доктор права; Ніна Карпачова, к. юрид. наук, проф.; Олена Кібенко, д. юрид. наук, доц.; Олександра Кологойда, д. юрид. наук, проф.; Тетяна Комарова, д. юрид. наук, проф.; Тетяна Корнякова, д. юрид. наук, проф.; Олексій Кот, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олена Кохановська, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Станіслав Кравченко, к. юрид. наук; Василь Крат, к. юрид. наук, доц.; Олексій Кресін, д. юрид. наук, проф.; Степан Кубів, д. економ. наук, доц.; Наталя Кузнєцова, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Павло Кулинич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Кучерявенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ірина Куян, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Дмитро Лубинець, д. філософії; Дмитро Лук'янов, д. юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; Дмитро Луспеник, к. юрид. наук, доц.; Павло Любченко, д. юрид. наук, проф.; Роман Майданик, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Сергій Максимов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Сергій Мінченко, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Анатолій Мірошніченко, д. юрид. наук, проф.; Віра Михайленко, к. юрид. наук; Лідія Москвич, д. юрид. наук, проф.; Анатолій Музика, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Володимир Носік, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Онщенко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Наталя Пархоменко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Петро Пацурківський, д. юрид. наук, проф.; Олександр Петришин, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Роман Петров, д. юрид. наук, проф.; Пилип Пилипенко, д. юрид. наук, проф.; Микола Погорецький, д. юрид. наук, проф.; Сергій Погрібний, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Борис Поляков, д. юрид. наук, проф.; Юрій Притика, д. юрид. наук, проф.; Олександр Прокопенко, к. юрид. наук; Лариса Рогач, к. юрид. наук; Михайло Савчин, д. юрид. наук, проф.; Ірина Сенюта, д. юрид. наук, проф.; Світлана Серьогіна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипнюк, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ксенія Смирнова, д. юрид. наук, проф.; Михайло Смокович, д. юрид. наук; Інна Спасибо-Фатєєва, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Марина Стефанчук, д. юрид. наук; Микола Стефанчук, д. юрид. наук, доц.; Хірохіде Такікава (Hiroyide Takikawa), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; Олег Ткачук, д. юрид. наук, доц.; Вячеслав Труба, д. юрид. наук, проф.; Віталій Уркевич, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Спиридон Флогатіс (Spyridon Flogaitis), Ph.D.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

in Law, Prof. (Greece); Світлана Фурса, д. юрид. наук, проф.; Євген Харитонов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Сергій Харитонов, д. юрид. наук, проф.; Наталя Хуторян, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Чиріч (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Юрій Чумак, к. юрид. наук.; Валерій Шепітько, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Оксана Щербанюк, д. юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YASHIKO YAMADA), Prof. (Japan); Олександра Яновська, д. юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національний університет “Києво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ; Юридична фірма “Юрлайн”.

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:

“ПРОЦЕДУРА ДОБОРУ СУДДІВ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ:
НА ШЛЯХУ ФОРМУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ
У СВІТЛІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ТРАДИЦІЙ ТА ЦІННОСТЕЙ”

ОКСАНА ЩЕРБАНЮК

ВСТУП ДО АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ 9

I. Механізми добору суддів конституційних судів в Україні та країнах Європейського Союзу

ОКСАНА ЩЕРБАНЮК, ЛАУРА БЗОВА

Реформування процедури добору суддів Конституційного Суду України
як умова інтеграції до Європейського Союзу:
контекстуальні та концептуальні міркування 12

ENRICO ALBANESI

The Appointment/Election of the Judges of the Italian Constitutional Court
and Some Recommendations for Ukraine in the Light of Italy's
Best Practices and the Principles of the Venice Commission 24

КШИШТОФ СКОТНІЦКІ

Кваліфікація кандидатів та процедура відбору суддів
Конституційного Трибуналу Польщі 39

II. Практично-правові проблеми інституційного дизайну Конституційного Суду України

ЮРІЙ БАРАБАШ, ОЛЕНА БОРИСЛАВСЬКА

Конституційна юриспруденція (офіційна конституційна доктрина)
в Україні: проблеми становлення 53

ТЕТЯНА СЛІНЬКО, ЄВГЕНІЙ ТКАЧЕНКО

Гарантування конституційної національної ідентичності
органами конституційного контролю 70

III. Процесуальні аспекти та практика захисту прав людини в діяльності конституційних судів країн Європейського Союзу

ЙОРГ ПУДЕЛЬКА

Конституційна скарга в Німеччині:
процесуальні аспекти 85

ПРАВО УКРАЇНИ • 2023 • № 7 • 5-6

ЗМІСТ

AGNĖ JUŠKEVIČIŪTĖ-VILIENĖ The Jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania Related to Freedom of Economic Activity	93
Висновки та рекомендації з актуальної теми	108
ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ: “Процедура добору суддів Конституційного Суду України: на шляху формування конституційної юриспруденції у світлі європейських традицій і цінностей”	114

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Віталій Ковальчук Конституціоналізм в умовах війни: питання цінностей, прав та ідентичності	115
---	-----

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Микола Кучерявенко Правова заборона: податковий аспект	128
Олег Заверуха Правові доктрини у податкових спорах: особливості, мета та завдання	142

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО

Андріанна Бадида Механізм пріоритетного питання конституційності у Французькій Республіці	152
---	-----

РЕЦЕНЗІЇ

Петро Рабінович, Сергій Рабінович Вагомий крок до формування сучасної загальної теорії конституційного права (рецензія на підручник “Конституційне право” за загальною редакцією М. І. Козюбри)	159
---	-----

ПРАВОВА ДОКТРИНА ЄВРОПЕЙСЬКИХ ЦІННОСТЕЙ

Процедура добору суддів Конституційного Суду України має забезпечувати найвищий рівень незалежності та неупередженості суду	163
---	-----

Актуальна тема наступного номера: “ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЕКОНОМІКИ ВІЙНИ ТА ПОВОЄННОГО ВІДНОВЛЕННЯ УКРАЇНИ”	
--	--

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:
“PROCEDURE FOR SELECTING JUDGES
OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE:
ON THE WAY OF DEVELOPMENT
OF CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE IN THE LIGHT
OF EUROPEAN HERITAGE AND VALUES”

OKSANA SHCHERBANYUK

Introduction to the Central Topic. 9

*I. Methods of Selecting Judges of the Constitutional Courts in Ukraine
and the Countries of the European Union*

OKSANA SHCHERBANYUK, LAURA BZOVA

Reforming the Procedure for Selecting Judges of the Constitutional Court
of Ukraine as a Condition for European Union:
Contextual and Conceptual Considerations 12

ENRICO ALBANESI

The Appointment/Election of the Judges of the Italian Constitutional Court
and Some Recommendations for Ukraine
in the Light of Italy’s Best Practices
and the Principles of the Venice Commission. 24

KRZYSZTOF SKOTNICKI

Qualification of candidates and selection procedure judges
of the Constitutional Tribunal of Poland 39

*II. Practical and Legal Issues of the Institutional Design
of the Constitutional Court of Ukraine*

IURI BARABASH, OLENA BORYSLAVSKA

Constitutional Jurisprudence (Official Constitutional Doctrine) in Ukraine:
Problems of Establishment 53

TATIANA SLINKO, YEVHENII TKACHENKO

Guaranteeing Constitutional National Identity
by Constitutional Control Bodies. 70

*III. Procedural Aspects and Practice of Human Rights Protection in the Acts
of the Constitutional Courts of the Countries of the European Union*

JOERG PUDELKA

Constitutional Complaint in Germany: Procedural Aspects. 85

ПРАВО УКРАЇНИ • 2023 • № 7 • 7-8

TABLE OF CONTENTS

AGNĖ JUŠKEVIČIŪTĖ-VILIENĖ

The Jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania
Related to Freedom of Economic Activity 93

CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS ON THE CENTRAL TOPIC 108

SELECTED BIBLIOGRAPHY ON THE CENTRAL TOPIC:

“Procedure for Selecting Judges of the Constitutional Court of Ukraine:
on the Way of Development of Constitutional Jurisprudence
in the Light of European Heritage and Values” 114

CONSTITUTIONAL LAW DURING MARTIAL LAW

VITALIY KOVALCHUK

Constitutionalism in the Conditions of War:
Issues Values, Rights, and Identity 115

FINANCIAL LAW

MYKOLA KUCHERYAVENKO

Legal Prohibition: Tax Aspect 128

OLEG ZAVERUKHA

Legal Doctrines in Tax Disputes: Features, Purpose and Objective 142

COMPARATIVE LAW

ANDRIANNA BADYDA

The Mechanism of the Priority Issue of Constitutionality
in the French Republic 152

REVIEWS

PETRO RABINOVYCH, SERHII RABINOVYCH

An Important Step Towards the Development of
a Modern General Theory of Constitutional Law
(Review of the Textbook “Constitutional Law” edited by M. I. Koziubra)

LEGAL DOCTRINE OF EUROPEAN VALUES

Procedure for Selecting Judges of the Constitutional Court of Ukraine
Must Ensure the Highest Level of Independence
and Impartiality of the Court 163

www.pravoua.com.ua

Central Topic of the Next Issue:

“LEGAL BASIS OF WAR ECONOMY
AND POST-WAR RECOVERY OF UKRAINE”

ПРАВО

УКРАЇНИ

Актуальна тема номера:
“ПРОЦЕДУРА ДОБОРУ СУДДІВ
КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ:
НА ШЛЯХУ ФОРМУВАННЯ
КОНСТИТУЦІЙНОЇ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ
У СВІТЛІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ТРАДИЦІЙ І ЦІННОСТЕЙ”



Оксана Щербанюк

докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича,
професорка Вільнюського університету,
членкиня Науково-консультативної ради
при Конституційному Суді України,
членкиня Науково-консультативної ради
при Голові Верховної Ради України

ВСТУП ДО АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Тематичний випуск правничого часопису “Право України” присвячений актуальним питанням реформування процедури добору суддів Конституційного Суду України (далі – КСУ) на шляху формування конституційної юриспруденції у світлі європейських традицій і цінностей.

Одним із семи блоків реформ, виконання яких Європейський Союз (далі – ЄС) визначив як умову статусу кандидати, є реформа КСУ у частині призначення фахових суддів шляхом нової системи їх добору.

Конституційна система призначення суддів КСУ повинна робити більший наголос на професійній кваліфікації, незалежності, неупередженості та доброчесності кандидатів на посади суддів. Судді не є абстрактними посадовими особами, а це означає, що вони повинні мати бездоганну репутацію та дотримуватися високих моральних стандартів. Крім того, діяльність судді та його доброчесність є важливими умовами для зміцнення верховенства права.

Від ефективності процесу оцінювання кандидата залежить вихідна якість діяльності судді, оскільки саме на етапі добору закладається основа. Очевидно, що найбільш ретельна, всебічна та глибока оцінка компетентностей кандидата щодо критеріїв, встановлених для посади судді конституційного суду, здійснюється під час первинного аналізу на етапі, коли особа претендує на посаду судді. Конституції та закони про конституційні суди різних країн передбачають підвищені вимоги для кандидатів з метою призначення в орган конституційного контролю найкращих.

© Оксана Щербанюк, 2023

Слід вказати, що підвищені вимоги до бездоганної репутації кандидатів на посаду судді конституційного суду пропорційні повноваженням судді. Така легітимна мета обмежень пов'язана з обов'язком держави забезпечувати належне функціонування своїх інституцій і встановлювати такі правила, щоб державна влада здійснювалася відповідно до суспільних інтересів.

У науковій літературі висловлюється думка про необхідність дотримання трьох принципів при доборі кандидатів на посади суддів. По-перше, незалежність, який гарантує незалежність судів і тому спосіб призначення є важливим. Другий принцип – принцип демократизму, що передбачає участь у призначенні суддів конституційного суду виконавчої та законодавчої гілок влади. По-третє, це система стримувань і противаг.

І тому відкритий конкурс добору суддів конституційного суду, який нині запроваджується в Україні, є способом забезпечення чесного та професійного процесу відбору та оцінки для призначення найкращих кандидатів.

У Європі немає типової чи стандартної процедури призначення суддів конституційних судів, а також європейських стандартів цієї процедури, а методи призначення суддів відрізняються залежно від різних правових традицій і правових систем. При цьому вони також можуть відрізнятися у межах правової системи.

Останніми роками роль незалежної судової системи в демократичній державі та її відносини з іншими гілками влади були предметом серйозних політичних конфліктів у багатьох країнах Європи. Наприклад, з 2011 р. в Угорщині відбулися масштабні реформи та реконструкція судової системи. У багатьох країнах почастішали словесні напади на незалежні суди з боку політичних діячів або преси. У Туреччині навряд чи існує незалежна судова система після невдалого державного перевороту влітку 2016 р.

У Польщі з 2015 р. відбулися масштабні реформи Конституційного Трибуналу, а в 2017 р. – на початку 2018 р. було запроваджено більше реформ звичайної судової системи. Вони викликають серйозні занепокоєння щодо їх сумісності з концепцією верховенства права та стандартами незалежної судової влади в сучасній демократії. Ці реформи та політичні мотиви, що стоять за ними, також спонукають до перегляду на ширшому рівні концепції легітимності судової влади та важливості судової незалежності.

Вирішуючи питання реформування системи добору суддів конституційного суду, для кожної країни та всієї спільноти сучасних конституційних демократій надзвичайно важливо підтримувати верховенство права та не допускати фундаментальних змін основ верховенства права.

Верховенство права як організаційна модель сучасного конституційного права та наднаціональних і міжнародних організацій, таких як ЄС,

Рада Європи та Організації Об'єднаних Націй, служить регулюванню публічної влади. За своєю суттю, верховенство права гарантує, що вся державна влада здійснюється відповідно до законів, прав людини та демократичних цінностей. Можливе зловживання владою у межах демократичного процесу контролюється незалежними судами. Демократичні суспільства часто мали тенденцію дозволяти почуттям більшості, які знаходять своє вираження у законах, впливати на фундаментальні права та прерогативи тих, хто перебуває в меншості.

У ЄС пильність щодо викликів верховенству права є особливо важливою: верховенство права є однією з головних цінностей, на яких базується ЄС, як це виражено в ст. 2 Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЄС) і в преамбулах як Договору, так і Хартії ЄС про основні права. Повага до верховенства права є передумовою для членства в ЄС (ст. 49 ДФЄС) і одним зі стовпів Ради Європи, що виражено в преамбулі до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) та її ст. 6. Як Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ), так і Суд Європейського Союзу (далі – СЄС) підкреслили, що верховенство права не можна зводити до формальних міркувань, а є істотним інструмент, який використовується для забезпечення дотримання та поваги до прав людини і загальних принципів права. Функціонування верховенства права в усіх державах – членах ЄС має життєво важливе значення для належного функціонування ЄС, оскільки лише він може виконати свою обіцянку стосовно “щодо тіснішого Союзу” та забезпечити функціонування “зони свободи, безпеки і правосуддя без внутрішніх кордонів”, якщо всі громадяни ЄС можуть законно довіряти всім іншим національним органам влади та правовим системам. Якби верховенство права не функціонувало належним чином у державі-члені, найважливіші повсякденні операції у межах європейського правового порядку, такі як обов'язкове виконання європейського ордеру на арешт, виданого в одній державі-члені будь-якою іншою державою-членом, не могли б працювати. Насправді вся структура законодавства ЄС базується на фундаментальній передумові, що кожна держава-член поділяє з усіма іншими державами-членами і визнає, що вони поділяють з нею, набір спільних цінностей, на яких засновано ЄС, як зазначено в Статті 2 ДЄС. Через політичну та правову взаємозалежність держав – членів ЄС, усі держави-члени страждають і повинні бути стурбовані, якщо верховенство права не повністю дотримується однією державою-членом. Саме тому реформи системи конкурсного добору суддів КСУ обговорюються не лише на національному рівні, а й спільноту тих, хто хоче підтримувати верховенство права в Європі.

Тому забезпечити незалежну, професійну та прозору процедуру добору суддів КСУ, до якої були б залучені не лише суб'єкти призначення, а й міжнародні експерти та опосередковано суспільство, є не лише правом, а й обов'язком держави. Тому тематика дослідження зосереджена на оцінці взаємної узгодженості цих аспектів.

I. Механізми добору суддів конституційних судів в Україні та країнах Європейського Союзу



Оксана Щербанюк

докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри процесуального права Чернівецького
національного університету імені Юрія Федьковича,
професорка Вільнюського університету,
членкиня Науково-консультативної ради
при Конституційному Суді України,
членкиня Науково-консультативної ради
при Голові Верховної Ради України
(Чернівці, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-1307-2535>
oksashcherbanyuk7@gmail.com

Лаура Бзова

PhD, асистентка кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича
(Чернівці, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3143-4904>
l.bzova@chnu.edu.ua



УДК 342.565.2

РЕФОРМУВАННЯ ПРОЦЕДУРИ ДОБОРУ СУДДІВ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ ЯК УМОВА ІНТЕГРАЦІЇ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: КОНТЕКСТУАЛЬНІ ТА КОНЦЕПТУАЛЬНІ МІРКУВАННЯ

АНОТАЦІЯ. У статті досліджено особливості реформування процедури добору суддів Конституційного Суду України (КСУ) як однієї з умов інтеграції до Європейського Союзу. Демократія без певної форми конституційного контролю вважається недостатньою. Європейський суд з прав людини стисло та лаконічно визначив, що центральний аспект верховенства права вимагає, щоб будь-який правовий акт, який впливає на становище будь-якого юридичного суб'єкта, потенційно мав бути переглянутий судом. Конституційні суди за своєю природою є контрмжоритарними, тому вони не можуть бути прив'язані до більшості при владі, і саме тому практика призначення суддів політичними суб'єктами створює проблеми, оскільки часто саме більшість має право призначати суддів, і у зв'язку з цим є ризик їх незалежності.

Наголошено на тому, що реформування процедури призначення суддів КСУ необхідне не тільки для того, щоб привести українську модель у відповідність до правил і практик європейських систем відбору суддів конституційних чи верхов-

них судів, зокрема Німеччини, Литви, Іспанії, США або Естонії. Це зумовлено тим, що перед суддями КСУ постає вагоме та унікальне завдання “охорони Конституції України” перед можливими зазіханнями на неї з боку різних органів влади, зокрема законодавчої. Конституційне “правосуддя” не може бути імпровізованим, і очевидна некомпетентність суддів може відобразитись у рішеннях органу конституційної юрисдикції, які повинні базуватися на ґрунтовній аргументації та спільній позиції суду у строки, визначені законом і регламентом.

Конституційна демократія ґрунтується на ідеалі чіткого розподілу повноважень, і тому найкращий метод відбору суддів конституційних судів має бути спроможним: а) гарантувати або максимізувати політичну незалежність; б) визначати якості судді та досвід у сфері конституційного права або професійну компетенцію. Для належного виконання своїх функцій судді мають бути професійно компетентними, політично неупередженими та незалежними від неправомірного впливу, тому вдалим є відбір суддів конституційного суду за допомогою двоетапного процесу: попередній відбір відповідних кандидатів у спосіб перевірки доброчесності та сертифікації, тобто відбір кандидатів, які мають відповідну (юридичну) кваліфікацію. У процесі відбору суддів КСУ важливо враховувати такі фактори, як незалежність судової влади від виконавчої та законодавчої влади; забезпечення репрезентативності та інклюзивності суддів, особливо щодо статі, статусу, етнічного походження чи походження; та забезпечення того, щоб судді КСУ були достатньо якісними та кваліфікованими для реалізації своїх повноважень. Зроблено висновок, що при формуванні конституційного суду важливо узгодити та збалансувати дві потенційно протилежні потреби, а саме: гарантувати незалежність органу конституційної юрисдикції від втручання органів державної влади та забезпечити професійні стандарти та доброчесність судді КСУ.

Ключові слова: конкурсний добір; суддя; кандидат на посаду; Конституційний Суд України; Європейський Союз.

Метою дослідження є вивчення контекстуальних і концептуальних вимог до реформування процедури добору суддів Конституційного Суду України (далі – КСУ) як умова інтеграції до Європейського Союзу (далі – ЄС).

З 2016 р. Україна працює над імплементацією Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншого (далі – Угода про асоціацію)¹. 28 лютого 2022 р. Україна подала заявку на членство в ЄС, а 17 червня 2022 р. Європейська комісія “За демократію через право” (Венеційська комісія) рекомендувала Європейській Раді надати Україні статус кандидата на вступ до ЄС за умови, що буде вжито сім кроків, першим із яких є ухвалення і впровадження законодавства щодо процедури відбору суддів КСУ, включаючи процес попереднього

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншого <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011> (дата звернення: 03.07.2023).

відбору на основі оцінки їх доброчесності та професійних навичок, відповідно до рекомендацій Європейської комісії².

На 135-му пленарному засіданні, яке відбулося 9–10 червня 2023 р., Венеційська комісія прийняла три нові висновки щодо України, третій з яких стосується відбору суддів КСУ³. У третьому висновку щодо процедури відбору кандидатів на посаду судді КСУ на конкурсній основі Венеційська комісія оцінила проект змін, підготовлений українською владою (законопроект № 9322)⁴, у світлі своїх попередніх рекомендацій щодо, зокрема, складу та моделі прийняття рішень Дорадчою групою експертів (далі – ДГЕ) – незалежним органом, завданням якого є оцінка доброчесності та професійної компетентності кандидатів на посаду судді КСУ.

Відзначаючи взірцеву готовність української влади та громадянського суспільства виконувати її рекомендації, незважаючи на агресивну війну Російської Федерації проти України, Венеційська комісія рекомендувала усунути вплив рейтингу кандидатів на порядок голосування з'їздом суддів, дати роз'яснення положень законопроекту щодо оприлюднення та оскарження рішень ДГЕ. Комісія дійшла висновку, що її попередні ключові рекомендації були виконані, і зазначила, що після прийняття поправок українським парламентом вона продовжить подання запропонованих кандидатів на посаду одного члена та одного заступника члена ДГЕ.

11 червня 2021 р. була схвалена Стратегія розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки (далі – Стратегія). Основною метою Стратегії щодо розвитку конституційного судочинства є визначення пріоритетів щодо удосконалення конституційно-правового регулювання, насамперед з питань порядку добору суддів КСУ, забезпечення їх доброчесності, професійної компетентності та політичної неупередженості, прозорих підстав та дієвих механізмів притягнення суддів до відповідальності, гарантування ухвалення КСУ обґрунтованих рішень і висновків, що ґрунтуються на засадах верховенства права, пріоритету прав і свобод людини, на цінностях і принципах, визначених Конституцією України⁵.

² Commission Opinion on Ukraine's application for membership of the European Union. Brussels, 17.06.2022 COM(2022) 407 final <<https://neighbourhood-enlargement.ec.europa.eu/system/files/2022-06/Ukraine%20Opinion%20and%20Annex.pdf>> (accessed: 03.07.2023).

³ CDL-AD(2023)022. Follow-up Opinion to the opinion on the draft Law on amendments to certain legislative acts of Ukraine on improving the procedure for the selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine on a competitive basis (Draft Law no. 9322 of 25 May 2023), adopted by the Venice Commission at its 135th Plenary Session (Venice, 9–10 June 2023) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2023\)022-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2023)022-e)> (accessed: 03.07.2023).

⁴ Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо уточнення положень про конкурсний відбір кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України від 25 травня 2023 р. № 9322 <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/41978>> (дата звернення: 03.07.2023).

⁵ Про Стратегію розвитку системи правосуддя та конституційного судочинства на 2021–2023 роки: Указ Президента України від 11 червня 2021 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/231/2021#Text>> (дата звернення: 03.07.2023).

Україні, яка перебуває на шляху інтеграції до ЄС із міркувань внутрішньої та зовнішньої легітимності, слід забезпечити відповідність положень щодо призначення суддів інституційним стандартам судової незалежності. До таких стандартів належать, зокрема: ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права⁶, Основні принципи ООН незалежності судових органів⁷, Мінімальні стандарти Міжнародної асоціації юристів⁸. Так, відповідно до Основних принципів ООН щодо незалежності судових органів:

10. Особи, відібрані для судових посад, повинні мати високі моральні якості і здібності, а також відповідну підбору і кваліфікацію в галузі права. Будь-який метод підбирання суддів мусить гарантувати від призначення суддів за неправомірними мотивами. При підборі суддів не повинно бути дискримінації щодо даної особи за ознаками раси, кольору шкіри, статі, релігії, політичних та інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану та ін.; однак вимога про те, щоб кандидат на юридичну посаду був громадянином відповідної країни, не повинна розглядатися як дискримінаційна⁹.

Відповідно до Європейської хартії про статус суддів (далі – Хартія)¹⁰, схваленої 10 липня 1998 р., гарантії компетентності, незалежності і безсторонності суддів, на які законно розраховує кожна людина при зверненні до суду за захистом своїх прав, мають бути викладені в офіційному документі, призначеному для всіх європейських держав. Серед вимог у Хартії слід зазначити, що в основу відбору кандидатів на посаду судді мають бути покладені їхня здатність вільно і неупереджено оцінювати правові питання, які підлягатиме їхньому розгляду, та застосовувати до них закон, не втрачаючи власної гідності.

Реформування процедури призначення суддів КСУ необхідне не тільки для того, щоб привести українську модель у відповідність до правил і практик європейських систем відбору суддів конституційних чи верховних судів, зокрема Німеччини, Литви, Іспанії, США або Естонії. Це зумовлено тим, що перед суддями КСУ постає вагоме та унікальне завдання “охорони Конституції України” перед можливими зазіханнями на неї з боку різних органів влади, зокрема законодав-

⁶ Міжнародний пакт про громадянські та політичні права, ратифікований Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII (2148-08) від 19 жовтня 1973 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text> (дата звернення: 03.07.2023).

⁷ Основні принципи незалежності судових органів Схвалені резолюціями 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 року <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_201#Text> (дата звернення: 03.07.2023).

⁸ IBA standards for the independence of the legal profession (Adopted 1990) <<https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=F68BBBA5-FD1F-426F-9AA5-48D26B5E72E7>> (accessed: 03.07.2023).

⁹ Основні принципи незалежності судових органів (н 7).

¹⁰ Європейська Хартія про статус суддів від 10 липня 1998 р. <<https://court.gov.ua/userfiles/05.pdf>> (дата звернення: 03.07.2023).

чої. Конституційне “правосуддя” не може бути імпровізованим, і очевидна некомпетентність суддів може відобразитись у рішеннях органу конституційної юрисдикції, які повинні базуватися на ґрунтовній аргументації та спільній позиції суду у строки, визначені законом та регламентом.

Еволюцію конституційно-правового регулювання добору суддів КСУ можна умовно поділити на декілька етапів. Так, перший етап розпочався у лютому 1992 р., коли були внесені зміни до Конституції України, згідно з якими перевірка на відповідність Конституції України законів мала здійснюватися за моделлю судового конституційного контролю, але з урахуванням елементів адміністративної юрисдикції. Реалізацію завдань змішаного конституційно-адміністративного суду здійснював “Конституційний Суд України”. Відповідно до Конституції та Закону “Про Конституційний Суд України”¹¹ склад КСУ мав призначатися Верховною Радою України строком на десять років. Пропозиції про персональний склад суддів подають Голова Верховної Ради України та Президент України у рівній кількості, за погодженням. У разі недосягнення згоди кандидатури подаються відповідно до Конституції України¹². Другий етап розвитку конституційно-правового регулювання добору суддів КСУ пов’язаний з ухваленням Закону України “Про Конституційний Суд України”, статтями 7, 8 якого визначався тільки порядок призначення суддів КСУ Верховною Радою України та з’їздом суддів України, хоча відповідно до ч. 2 ст. 6 Закону України “Про Конституційний Суд України”, Президент України, Верховна Рада України та з’їзд суддів України призначають по шість суддів Конституційного Суду України¹³. Третім етапом було ухвалення Закону України “Про Конституційний Суд України”¹⁴, нормами якого було врегульовано порядок відбору суддів КСУ. 13 грудня 2022 р. цей документ був суттєво вдосконалений з урахуванням Висновків Венеційської комісії та доповнений, зокрема, главою 21, якою визначається порядок відбору кандидатур на посаду судді КСУ¹⁵, зокрема, ст. 10¹ визначає конкурсні засади відбору кандидатур на посаду судді КСУ. Верховна Рада України 10 червня 2023 р. прийняла за основу проєкт закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України

¹¹ Про Конституційний Суд України: Закон України від 3 червня 1992 р. № 2400-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2400-12#Text>> (дата звернення: 03.07.2023).

¹² Petro Martynenko, ‘Présentation de la Cour constitutionnelle d’Ukraine’ in Cahiers du Conseil Constitutionnel №16 (Dossier : Ukraine) Juin 2004 <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-d-ukraine>> (accessed: 03.07.2023).

¹³ Про Конституційний Суд України: Закон України від 16 жовтня 1996 р. № 422/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/422/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 03.07.2023).

¹⁴ Про Конституційний Суд України: Закон України від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2136-19#Text>> (дата звернення: 03.07.2023).

¹⁵ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення порядку відбору кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України на конкурсних засадах: Закон України від 13 грудня 2022 р. № 2846-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2846-20#n85>> (дата звернення: 03.07.2023).

щодо уточнення положень про конкурсний відбір кандидатур на посаду судді КСУ (законопроект № 9322)¹⁶.

Вирішуючи, як здійснювати відбір суддів конституційних судів, слід враховувати низку факторів. Визначено, що у світовій конституційній практиці існують три основні методи відбору: призначення, конкурсний відбір і обрання. Для кожного з цих методів передбачені певні критерії, яким повинен відповідати кандидат на посаду судді конституційного суду, наприклад вік, національність, визнання у сфері права, попередній юридичний стаж, щоб вважатися кваліфікованим. Окрім цього можуть запроваджуватися колективні критерії. Так, може бути запроваджена вимога, щоб принаймні 50 % суддів конституційного суду були відібрані з суддів апеляційних суддів, або щоб шість суддів КСУ із вісімнадцяти були обрані з'їздом суддів України (1/3). 27 липня 2023 р. Верховна Рада України виконала вимогу Європейської комісії для початку переговорів про вступ України до ЄС та ухвалила закон про відбір суддів КСУ¹⁷ за участі міжнародних експертів, в якому визначила нові правила конкурсу до КСУ на основі кращих практик, в якому візьмуть участь міжнародні експерти та представники Венеційської комісії.

*Концептуальні вимоги до процедури добору суддів
до органів конституційної юрисдикції: аналіз міжнародного
законодавства та судової практики*

Конституційна демократія ґрунтується на ідеалі чіткого розподілу повноважень, і тому найкращий метод відбору конституційних суддів має бути спроможним: а) гарантувати або максимізувати політичну незалежність; б) визначати якості судді та досвід у сфері конституційного права або професійну компетенцію. Щоб сумлінно виконувати свої функції, судді мають бути професійно компетентними, політично неупередженими та незалежними від неправомірного впливу.

Для суддів конституційних судів надзвичайно актуальним є питання легітимності. Кожний орган публічної влади обґрунтовує свою легітимність за допомогою різноманітних критеріїв. Так, органи представницької влади будуть легітимними через їх виборний характер, що зумовлений вибором громадян своїх представників. Легітимність конституційних суддів зазвичай базується на іншому. Одним із потенційних джерел легітимності є політична незалежність суддів – широка категорія, включаючи незалежність від органів державної влади, політичних партій, впливу зі

¹⁶ Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо уточнення положень про конкурсний відбір кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України № 9322 від 25 травня 2023 р. (н 4).

¹⁷ Закон України "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо уточнення положень про конкурсний відбір кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України" прийнято в цілому 27 липня 2023 р. <<https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/41978>> (дата звернення: 03.07.2023).

сторони політиків. Оскільки вони є вільними від партійного членства чи виборчих обіцянок, вважається, що таким чином судді конституційних судів матимуть кращі можливості для неупередженої юридичної оцінки “правильного” тлумачення конституції та здійснення інших своїх повноважень. Іншим потенційним джерелом легітимності є їхній досвід у сфері конституційного права. Відповідно, для того, щоб позиції суддів були зосереджені на конституції, законі, а не на політиці чи партіях, експертність у галузі права має бути єдиним відповідним критерієм відбору. На нашу думку, вибір слід робити серед конституційних “експертів”, що наближає цю пропозицію до практики атестації, коли конституційні судді відбираються на основі компетенції іншим судовим органом (наприклад, Генеральною радою суддів в Іспанії).

Цінність такої вимоги походить від здатності суддів дивитися на речі інакше, ніж обрані політики¹⁸. Тому особливо важливими в процесі відбору є три суддівські якості: повага до основних прав; відмінні юридичні знання; незалежність суджень.

Зазвичай ми очікуємо від будь-яких суддів незалежності суджень для ухвалення неупереджених рішень, зокрема, вони не повинні бути упередженими на користь однієї зі сторін, не повинні мати особистих інтересів у справі та не повинні мати афективних зв'язків з жодною зі сторін, мати імунітет до корупції. Основне при запровадженні такого критерію добору, що судді обґрунтовуватимуть свої рішення правовими джерелами, відповідно до відповідних і належним чином поданих доказів, зважаючи аргументи сторін проти доведених фактів, використовуючи раціональні та розумні правові методи.

Проте повна незалежність судження, тобто відсутність будь-якого зовнішнього впливу на судову аргументацію, є ілюзією. Ми знаємо, що на суддів, як і на будь-яку соціалізовану людину, неминуче впливають у своїх судженнях їхні політичні та релігійні переконання, освіта, контекст соціалізації, репрезентація правової системи тощо. Крім того, правові джерела, такі як законодавство та конституції, є як продуктом, так і джерелом політичних розбіжностей. Зокрема, наслідки рішень конституційних судів, безсумнівно, є політичними, “оскільки їхній об'єкт є політичним”¹⁹. Висловлюючись мовою Г. Харта, благородна мрія залишається мрією. Благородна мрія

є переконанням, можливо, вірою, що <...> можна надати пояснення та виправдання загальним очікуванням сторін у судовому процесі, що судді повинні застосовувати до їхніх справ існуюче законодавство, а не створювати для них новий закон, навіть якщо тексти певних кон-

¹⁸ D Grimm, ‘What Exactly is Political About Constitutional Adjudication?’ in Lafried C (ed), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations* (Cambridge University Press 2019) 308–9.

¹⁹ Ibid 308.

ституційних положень, статутів чи прецедентів, здається, не пропонують чіткого вирішення²⁰.

Отже, якої незалежності суджень ми можемо розумно очікувати від кандидатів на посади суддів конституційних судів? По-перше, можна очікувати, що вони не матимуть чи припинять будь-які зв'язки з політичними партіями. Це питання професійної етики. Проте це не гарантуватиме повною мірою політичну незалежність, якщо суддів призначатимуть політичні суб'єкти, такі як президент чи парламент. Це створює політичну залежність. Крім того, політичну залежність можна додатково контролювати через відокремлення часу призначення суддів від періодів виборів інших політичних інституцій. Однак навіть у цих випадках проблема не зникає повністю; від суддів, які, можливо, скористалися послугою, все одно очікується взаємність або, принаймні, вірність очікуванням тих, хто допоміг їм отримати свою посаду²¹.

Незалежність судової влади можна розуміти як частину схеми розділених повноважень, яка гарантує верховенство права. Однією з важливих причин, чому політична незалежність має значення, є те, що політична залежність шкодить розподілу влади. Судді конституційних суддів є важливими, оскільки вони повинні принаймні мати можливості вплинути на зміни або через відхилення проєктів про внесення змін та доповнень до конституції, контроль конституційності законів, які стосуються політичних змін. Судову незалежність також можна розуміти як свободу окремого судді від страху, примусу, винагороди чи будь-якого іншого неналежного впливу, який може спотворити дії судді. Незалежність суду від інших інституцій та інтересів є передумовою такої легітимності, але цього недостатньо. Також необхідно, щоб конституційний суд був політично нейтральним. Механізм призначення суддів має це враховувати.

Правила призначення суддів можуть бути сформульовані з метою забезпечення постійного діалогу між конституційним судом та іншими політичними суб'єктами з питань тлумачення конституції, наприклад, через запрошення до висунення посад виконавчої влади або призначення парламентом суддів для забезпечення того, щоб конституційний суд залишався відображенням усього суспільства. Такі правила мають бути сформульовані дуже ретельно, щоб 'забезпечити підтримку демократичної легітимності судової влади без запровадження форми політизації, яка знижує якість призначених суддів і перетворює суддів на політиків'²².

²⁰ H Hart, 'American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream' in Hart H, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Clarendon Press 1983) 123–44.

²¹ J A Griffith, *The Politics of the Judiciary* (Fontana Press 1997) 10.

²² K Malleson, in 'Introduction', Malleson K, Russell P H (eds), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (University of Toronto Press 2006) 6.

Нині існують різноманітні механізми відбору суддів, зокрема: призначення президентом одноособово; призначення главою уряду (із затвердженням парламентом); призначення главою держави за пропозицією парламенту; призначення парламентом; призначення органами суддівського самоврядування; обрання громадянами; сертифікація (складання спеціального іспиту, проходження співбесіди або отримання певної кваліфікації). Серед даних методів дослідники П.-Е. Вандам і Д. Б. Хатт віддають перевагу способу випадкового відбору, який, на їхню думку, допомагає побачити переваги та недоліки цих інших способів відбору²³.

Вибори мають переваги в тому, що відбирають широко прийнятних кандидатів і обґрунтовують свою легітимність народною згодою. Історично вбачається, що вибір суддів, принаймні в США, починаючи з епохи Джексона, який був вмотивований бажанням забезпечити народну легітимність судів, щоб 'дозволити їм ефективно конкурувати із законодавчою та виконавчою владою'²⁴. Цей спосіб має недоліки, зокрема: для того щоб бути обраним, особа має бути привабливою для виборців, і тому кандидати, які поділяють або підтримують погляди більшості, мають перевагу; вибори політизують процес відбору. Так, Верховний суд США, наприклад, у справі *Gregory v. Ashcroft*²⁵, заперечував будь-яку категоричну відмінність між обраними суддями та іншими представниками²⁶. Вибори надають перевагу харизматичним кандидатам²⁷, які не обов'язково є найкращими суддями. Якщо суддів обирають інші судді, проблема може бути менш помітною, оскільки вони, імовірно, краще поінформовані про якості кандидатів як судді, але це не зникає. Немає жодної гарантії, що юридичний досвід потенційних кандидатів буде єдиним (або навіть основним) критерієм відбору. Таким чином, вибори, як громадянами, так і іншими суддями, є непривабливим методом відбору, коли метою є створення легітимності, заснованої на компетентності та політичній незалежності. Тому якщо ми хочемо мати незалежний конституційний суд, ми повинні намагатися максимізувати його політичну незалежність.

Призначення є найпоширенішим методом відбору верховних і конституційних судів у країнах змішаної системи. У більшості країн це призначення здійснюється виконавчою владою. До країн, які використовув-

²³ Pierre-Étienne Vandamme, Donald Bello Hutt, 'Selecting Constitutional Judges Randomly' [2021] 27 (1) Swiss Political Science Review 107–27.

²⁴ P. L. Dubois, 'Accountability, Independence, and the Selection of State Judges: The Role of Popular Judicial Elections' [1986] 40 Southwestern Law Journal 35.

²⁵ *Gregory v. Ashcroft*, 501 US 452 (Supreme Court of the United States, 20.06.1991) <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/501/452/>> (accessed: 03.07.2023).

²⁶ W. Bunting, 'Election-By-Lot as a Judicial Selection Mechanism' (2006) 2 NYU Journal of Law & Liberty 187.

²⁷ B. Shamir, 'Ideological Position, Leaders' Charisma, and Voting Preferences: Personal vs. Partisan Elections' (1994) 16 Political Behavior 265–87.

ють урядове призначення для відбору своїх суддів, належать Аргентина, Австралія, Канада, Чехія, Угорщина, Індія, Ізраїль, Мексика, Намібія, Нова Зеландія, Філіппіни, Південна Африка, Велика Британія, Сполучені Штати Америки. Наприклад, виконавча, законодавча та судова гілки влади можуть розподіляти призначення: Конституційний суд Італії з п'ятнадцяти осіб включає п'ять юристів, яких призначає судова влада, п'ять – парламент і п'ять – президент. Коли задіяний законодавчий орган, можуть існувати певні вимоги до представництва політичних партій, коли кожна основна партія має принаймні одного суддю в суді²⁸.

Безумовно, ані вибори, ані призначення не гарантують відбору на основі відповідних критеріїв, можна віддати перевагу такому механізму добору суддів конституційного суду як сертифікація, який безпосередньо базується на компетентності. Форми його реалізації можуть бути різними: або співбесіда, або перегляд профілю кандидата/CV незалежною комісією експертів на основі загальнодоступних критеріїв відбору. Однак необхідно знайти певний механізм для вибору суддів із цієї групи сертифікованих кандидатів – принаймні, коли кількість останніх перевищує кількість посад, які потрібно заповнити. Належною мотивацією для запровадження такого відбору є не деполітизація суду, а деполітизація процесу відбору. І очікується не те, що судді більше не будуть політично упереджені; це те, що вони стикаються з меншими стимулами діяти на основі партійних мотивів, що є вигідним з точки зору незалежності суддів. Без достатнього знання та розуміння конституційного права майбутнього “судді” є ризику, суд стане політично залежним.

На нашу думку, корисним є відбір конституційних суддів за допомогою двоетапного процесу: попередній відбір відповідних кандидатів шляхом перевірки доброчесності та сертифікації, тобто відбір кандидатів, які мають відповідну (юридичну) кваліфікацію.

Перший етап має на меті максимізувати політичну незалежність, а другий гарантувати професійну компетентність. Метою механізму відбору є максимізувати стимули суддів ухвалювати рішення на основі правових, а не політичних мотивів. Однак виникають практичні питання, які слід врахувати при розробці способу добору суддів конституційних судів. Зокрема, необхідно приділяти більше уваги деталям процесу відбору та мінімізувати ризики упередженості комісії з відбору. Цей підхід чітко сформувала Венеційська комісія у Висновках щодо аналізу законопроекту щодо уточнення положень про конкурсний відбір кандидатур на посаду судді КСУ²⁹.

²⁸ Elliot W Bulmer, 'Judicial Appointments' (*International IDEA Constitution-Building Primer 4*) <<https://www.idea.int/sites/default/files/publications/judicial-appointments-primer.pdf>> (accessed: 03.07.2023).

²⁹ CDL-PI(2022)046. Ukraine – Urgent Opinion on the draft law “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on improving the procedure for the selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine on a Competitive Basis”, issued on 23 November 2022, pursuant

Висновки. У процесі відбору суддів КСУ важливо враховувати такі фактори: незалежність судової влади від виконавчої та законодавчої влади; забезпечення репрезентативності та інклюзивності суддів, особливо щодо статі, статусу, етнічного походження чи походження; забезпечення того, щоб судді КСУ були достатньо якісними та кваліфікованими для реалізації своїх повноважень. При формуванні конституційного суду важливо узгодити та збалансувати дві потенційно протилежні потреби, а саме: незалежність органу конституційної юрисдикції від втручання органів державної влади та забезпечити професійні стандарти й доброчесність судді КСУ.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Griffith J A, *The Politics of the Judiciary* (Fontana Press 1997) (in English).

Edited books

2. Grimm D, 'What Exactly is Political About Constitutional Adjudication?' in Lafried C (ed), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations* (Cambridge University Press 2019) 308–9 (in English).
3. Hart H, 'American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream', Hart H in *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Clarendon Press 1983) 123–44 (in English).
4. Malleson K, 'Introduction', Malleson K, Russell P H (eds), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from Around the World* (University of Toronto Press 2006) 6 (in English).

Journal articles

5. Shamir B, 'Ideological Position, Leaders' Charisma, and Voting Preferences: Personal vs. Partisan Elections' (1994) 16 *Political Behavior* 265–87 (in English).
6. Dubois P L, 'Accountability, Independence, and the Selection of State Judges: The Role of Popular Judicial Elections' (1986) 40 *Southwestern Law Journal* 35 (in English).
7. Vandamme P-É, Hutt D B, 'Selecting Constitutional Judges Randomly' [2021] 27 (1) *Swiss Political Science Review* 107–27 (in English).
8. Bunting W, 'Election-By-Lot as a Judicial Selection Mechanism' (2006) 2 *NYU Journal of Law & Liberty* 187 (in English).

Websites

9. Bulmer Elliot W, 'Judicial Appointments' (*International IDEA Constitution-Building Primer 4*) <<https://www.idea.int/sites/default/files/publications/judicial-appointments-primer.pdf>> (accessed: 03.07.2023) (in English).
10. Martynenko P, 'Présentation de la Cour constitutionnelle d'Ukraine' *Cahiers du Conseil Constitutionnel №16 (Dossier : Ukraine)* Juin 2004 <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/presentation-de-la-cour-constitutionnelle-d-ukraine>> (accessed: 03.07.2023) (in French).

to Article 14a of the Venice Commission's Rules of Procedure <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2022\)046-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2022)046-e)> (accessed: 03.07.2023).

Oksana Shcherbanyuk
Laura Bzova

REFORMING THE PROCEDURE FOR SELECTING JUDGES
OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE
AS A CONDITION FOR EU:
CONTEXTUAL AND CONCEPTUAL CONSIDERATIONS

ABSTRACT. The article examines the peculiarities of reforming the procedure for the selection of judges of the Constitutional Court of Ukraine as one of the conditions for integration into the EU. Democracy without some form of constitutional control is considered insufficient. The European Court of Human Rights succinctly and succinctly defined that a central aspect of the rule of law requires that any legal act that affects the position of any legal entity is potentially subject to judicial review. Constitutional courts are counter-majoritarian by nature, so they cannot be tied to the majority in power, and this is why the practice of appointing judges by political actors creates problems, since it is often the majority that has the right to appoint judges, and in this connection there is a risk of their independence.

It was also emphasized that reforming the procedure for appointing judges of the Constitutional Court of Ukraine is necessary not only in order to bring the Ukrainian model in line with the rules and practices of European systems for selecting judges of constitutional or supreme courts, in particular Germany, Lithuania, Spain, the USA or Estonia. This is due to the fact that the judges of the Constitutional Court of Ukraine face a weighty and unique task of «protecting the Constitution of Ukraine» against possible encroachments on it by various authorities, in particular the legislative one. Constitutional «justice» cannot be improvised, and the obvious incompetence of judges can be reflected in the decisions of the body of constitutional jurisdiction, which must be based on sound reasoning and the common position of the court within the time limits set by the law and regulations.

Constitutional democracy is based on the ideal of a clear division of powers, and therefore the best method of selecting judges of constitutional courts should be able to: a) guarantee or maximize political independence; b) determine the judge's qualities and experience in the field of constitutional law or professional competence. For the proper performance of their functions, judges must be professionally competent, politically impartial and independent from undue influence, therefore the selection of judges of the constitutional court using a two-stage process is successful: pre-selection of suitable candidates through integrity checks and certification, i.e. selection of candidates who have the appropriate (legal) qualification. In the process of selecting judges of the Constitutional Court of Ukraine, it is important to take into account such factors as the independence of the judiciary from the executive and legislative powers.

It was concluded that when forming a constitutional court, it is important to reconcile and balance two potentially opposite needs, namely: the independence of the body of constitutional jurisdiction from the interference of state authorities and to ensure the professional standards and integrity of the judge of the Constitutional Court.

KEYWORDS: competitive selection, judge, candidate for the position, Constitutional Court of Ukraine, European Union.



Enrico Albanesi

Associate Professor of Constitutional Law, University of Genova, Italy, Associate Research Fellow, Institute of Advanced Legal Studies, University of London (Genova, Italy)
enrico.albanesi@unige.it

УДК 342.565.2

THE APPOINTMENT/ELECTION OF THE JUDGES OF THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT AND SOME RECOMMENDATIONS FOR UKRAINE IN THE LIGHT OF ITALY'S BEST PRACTICES AND THE PRINCIPLES OF THE VENICE COMMISSION

ABSTRACT. The procedure to select Judges of the Constitutional Court of Ukraine has recently been reformed.

The purpose of this article is to briefly describe the system of appointment/election of the Judges of the Corte costituzionale (the Italian Constitutional Court), first; but also to enrich existing studies by offering some recommendations for Ukraine. Notwithstanding the recent reform, some issues are still there, even at the level of the Ukrainian Constitution. The Italian system of appointment/election of the Judges of the Constitutional Court is rather similar to that of Ukraine (both being a hybrid system: one third of the Judges are appointed by the President of the Republic; one third are elected by Parliament; one third are in some way elected by the Judiciary). However, in Italy there is no procedure of competitive selection of candidates for the position of Judges, like that established in Ukraine: practices in Italy in this field are mainly regulated by conventions.

Methodologically speaking, the recommendations for Ukraine will be given here in the light of the best practices (according to the principles of constitutionalism) that have been experienced in Italy for the last seven decades but also in the light of the principles of the European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe (Venice Commission).

The recommendations for Ukraine will be as follows: (i) the current hybrid system of appointment/election of Judges and the current procedure of competitive selection should be kept; (ii) the current countersignature (by the Prime Minister) of the presidential act of appointment of Judges should be kept; (iii) a qualified majority and a secret ballot (without discussion) for the election of Judges by Parliament should be introduced in the Constitution; (iv) provisions concerning the extension of the term of the office of Judges should be introduced in the Constitution; (v) the procedure of appointment/election should be set out more in detail in the Constitution (or at least in the implementing legislation), when it comes to the requisites to be appointed/elected as Judge.

Such recommendations could help Ukraine to establish a system of appointment/election of Judges of the Constitutional Court that would be in compliance with the principles of European constitutionalism and of the Venice Commission (and also to fulfil indirectly some commitments that have been required by the European Commission to grant Ukraine EU candidate status).

KEYWORDS: Corte costituzionale; Constitutional Court; Italy; appointment; election; Judges; Ukraine; European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe (Venice Commission); EU candidate status.

Introduction

The procedure to select Judges of the Constitutional Court of Ukraine has recently been reformed¹.

The purpose of this article is to briefly describe the system of appointment/election of the Judges of the Italian Constitutional Court; and to enrich existing studies by offering some recommendations for Ukraine. Notwithstanding the recent reform in Ukraine, some issues are still there², even at the level of the Ukrainian Constitution.

Methodologically speaking, the recommendations for Ukraine will be given here in the light of the best practices (according to the principles of constitutionalism) that have been experienced in Italy for the last seven decades and also in the light of the principles of the European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe (Venice Commission).

These recommendations could help Ukraine to establish a system of appointment/election of Judges of the Constitutional Court that would be in compliance with the principles of European constitutionalism and in particular of the Venice Commission. Being some principles of the Venice Commission endorsed by the European Commission, such recommendations would also help Ukraine to fulfil some commitments that have been required by the European Commission to grant Ukraine EU candidate status.

The Italian system of appointment/election of the Judges of the Corte costituzionale (the Italian Constitutional Court)

The Italian Constitutional Court (*Corte costituzionale*)³ is composed of fifteen Judges. The Ukrainian Constitutional Court is composed of eighteen Judges. In both cases, Judges are appointed/nominated for nine years, they

¹ See the Law passed by the Ukrainian Parliament on 13 December 2022, signed by the Speaker on 14 December 2022 and promulgated by the President of Ukraine on 20 December 2022.

² See: Sergiy Panasyuk, 'Why the selection process for judges of Ukraine's Constitutional Court may become a stumbling block for EU membership' (*IACL-AIDC blog*, 23.02.2023) <<https://blog-iacl-aidc.org/2023-posts/2023/2/23/why-the-selection-process-for-judges-of-ukraines-constitutional-court-may-become-a-stumbling-block-for-eu-membership>> (accessed: 10.05.2023) (in English).

³ On the Italian Constitutional Court, see: Vittoria Barsotti, Paolo G. Carozza, Marta Cartabia, Andrea Simoncini, *Italian Constitutional Justice in Global Context* (OUP 2015).

cannot be re-appointed/elected and their mandate begins on the day of their oath (Article 135, Italian Constitution; Article 148, Ukrainian Constitution).

The Italian system of appointment/election of the Judges of the Constitutional Court is rather similar to the Ukrainian system. In both States the power to select the Judges is distributed among several public institutions⁴. From a slightly different perspective, both systems can be qualified as a hybrid system between election and direct appointment⁵ (Article 135, Italian Constitution; Article 148, Ukrainian Constitution): both in Italy and in Ukraine, one third of the Judges are appointed by the President of the Republic; one third are elected by Parliament (in Italy, by Parliament in joint sitting, as the Italian Parliament is bicameral); one third are somehow elected by the Judiciary (in Italy, by the ordinary and administrative supreme courts; in Ukraine by the Congress of the Judges of Ukraine).

In Italy, those Judges who are elected by Parliament in joint sitting, are elected on a secret ballot by a majority of two thirds of the members of Parliament itself; from the fourth ballot, a majority of three fifths is sufficient (Article 3, Constitutional Act 22 November 1967, No. 2). In Ukraine, those Judges who are elected by Parliament, are elected on an open ballot by a majority of the members of Parliament, after a debate (Article 208-4, Rules of Procedure of the *Verkhovna Rada* of Ukraine).

In Italy, at the expiry of their term, Judges shall leave their office and the exercise of the functions thereof (Article 135, Italian Constitution). Similarly, in Ukraine, the authority of a Judge shall be terminated in case of expiry of the term of their office (Article 149, Ukrainian Constitution).

As for the requisites to be elected as Judges of the Italian Constitutional Court, Judges shall be chosen: (i) from among Judges, including those retired, of the ordinary and administrative higher Courts; (ii) from full university professors of law; (iii) from attorneys with at least twenty years practice (Article 135, Italian Constitution). As for Ukraine, a citizen of Ukraine who has command of the state language, attained the age of forty on the day of appointment, has a higher legal education and professional experience in the sphere of law no less than fifteen years, has high moral values and is a lawyer of recognised competence may be a Judge of the Constitutional Court (Article 148, Ukrainian Constitution).

In Italy there is no procedure of competitive selection of candidates for the position of Judges, like that established under the Law of Ukraine 'On the Constitutional Court of Ukraine' (Article 148 of the Ukrainian constitution delegates the law to regulate such a procedure): practices in Italy in this field are mainly regulated by conventions.

⁴ Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis* (Hart Publishing 2014) 208.

⁵ CDL-STD(1997)020-e The Composition of Constitutional Courts – Science and Technique of Democracy, no. 20 (1997) European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) 5–6 <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?ref=cdl-std\(1997\)020&lang=EN](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?ref=cdl-std(1997)020&lang=EN)> (accessed: 10.05.2023).

In Italy, Judges elected by Parliament in joint session are usually politicians (who have the aforementioned requites). By unwritten convention, before the ballot, the Majority and the Opposition informally agrees on candidates that can reach a bipartisan support⁶. In any case, the qualified majority to elect Judges (two thirds during the first three ballots; three fifths from the fourth ballot) prevent the Majority from electing candidates that do not find the support of the Opposition. Not surprisingly, party leaders, former party leaders or politicians who have had strong party-political viewpoints, have never been elected as Constitutional Judges.

By unwritten convention, when the President of the Republic (who, in Italy, is elected by Parliament in joint session and mainly plays a politically neutral role) appoints the Judges of the Constitutional Court, they appoint people whose cultural and legal tendencies reflect those tendencies that have been left out by Parliament, when the latter elected the Judges. The rationale of this practice is establishing a Constitutional Court that reflects the various cultural and legal tendencies that are rooted in the Italian society.

*Some recommendations for Ukraine
(in the light of Italy's best practices and the principles of the European
Commission for Democracy through Law of the Council of Europe)*

Once the system of appointment/election of the Judges of the Italian Constitutional Court and the main differences with the Ukrainian system have been briefly described, it is now time to focus on giving some recommendations for Ukraine.

Methodologically speaking, the recommendations will be given here in the light of the best practices (according to the principles of constitutionalism) that have been experienced in Italy for the last seven decades. However, in doing so, such recommendations will also be given by taking into account the principles of European constitutionalism and in particular those established by the Venice Commission. Being some principles of the Venice Commission endorsed by the European Commission, such recommendations would also help Ukraine to fulfil some commitments that have been required by the European Commission to grant Ukraine EU candidate status.

1. The hybrid system and the procedure for competitive selection

The current hybrid system of appointment/election of Judges in Ukraine should be kept.

The hybrid system is like a lake, whose water is derived from three different tributaries. In such a way, the water of the lake would always be mild: never too

⁶ Alec Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe* (OUP 2000) 46–8.

cold, never too hot. In other words, as was pointed out by the former President of the Italian Constitutional Court Marta Cartabia, 'Italian constitutional law is intensely relational – it speaks of cooperation, interdependence, interaction, links, networks, and the like'. 'Relationality', she wrote, 'is imprinted in the very structure of the Court'. Therefore, all the branches of the State have a say in the appointment/election of the Judges. As Cartabia stated, 'Although the members of the Court are fully independent and do not answer to their "constituencies", they proceed from different bodies. This fact matters'⁷.

After all, hybrid systems have been welcomed by the Venice Commission that has recommended 'establishing mechanism which help to ensure a balanced composition of constitutional courts'⁸. In the 2016 Opinion on the proposed amendments to the Constitution of Ukraine, the Venice Commission expressly stated that the Ukrainian hybrid system 'deserves to be supported'⁹.

The Venice Commission also noted that:

Constitutional justice must, by its composition, guarantee independence with regard to different interest groups and contribute towards the establishment of a body of jurisprudence which is mindful of this pluralism. The legitimacy of a constitutional jurisdiction and society's acceptance of its decision may depend very heavily on the extent of the court's consideration of the different social values at stake, even though such values are generally superseded in favour of common values. To this end, a balance which ensures respect for different sensibilities must be entrenched in the rules of composition of these jurisdictions¹⁰.

Such a system should be favoured, the Venice Commission stated, over an elective system, as the latter 'is reliant on a political agreement, which may endanger the stability of the institution if the system does not provide safeguard' when a position becomes vacant¹¹. In Hungary and Poland, the possibility for the Parliament to elect *all* the Judges of the Constitutional Court (moreover, with no special majority in Poland and with the abolition of the *equal* committee to select candidates in Hungary in 2010), has led to the 'capture' of the Constitutional Court by the ruling party in Parliament. At the end of the day, this system has contributed to the establishment of 'illiberal democracies' since 2010 in Hungary and since 2015 in Poland¹².

⁷ Marta Cartabia, 'Of Bridges and Walls: the "Italian Style" of Constitutional Adjudication' (2016) 8 *The Italian Journal of Public Law*, 37, 44–5.

⁸ CDL-AD(2016)001-e Opinion on amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016) para 116 <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)001-e)> (accessed: 10.05.2023).

⁹ CDL-AD(2015)027-e Opinion on the Proposed Amendments to the Constitution of Ukraine regarding the Judiciary as approved by the Constitutional Commission on 4 September 2015 adopted by the Venice Commission at its 104th Plenary Session (Venice, 23–24 October 2015) para 24 <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2015\)027-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2015)027-e)> (accessed: 10.05.2023).

¹⁰ CDL-STD(1997)020-e (n 5) 21.

¹¹ Ibid 7.

¹² Giacomo Delledonne, 'Appointing and Electing Constitutional judges: An Evolving Comparative Landscape' in Belov Martin (ed), *The Role of courts in Contemporary Legal Orders* (Eleven International Publishing 2019) 161.

Also the current procedure for competitive selection of Judges in Ukraine should be kept.

In the 2013 Opinion on the proposed amendments to the Constitution of Ukraine, the Venice Commission expressly stated that the selection of the candidates for the position of Judges done through contest 'is to be welcomed as corresponding to the best practices in the international and European legal standard on the judiciary'¹³.

2. The appointment by the President of the Republic: the countersignature by the Prime Minister

As already mentioned, when the President of the Republic in Italy appoints the Judges of the Constitutional Court, they appoint people whose cultural and legal tendencies reflect those tendencies that have been left out by Parliament, when the latter elected the Judges.

Should it be the same for the President of the Republic in Ukraine?

The composition of the Constitutional Court should be inspired by the principle of pluralism. Thus, also the appointment of Judges of the Constitutional Court by the President should be carried out with the aim of reflecting the pluralism of society within the Constitutional Court.

However, in Italy the President of the Republic is elected by Parliament in joint session and plays a politically neutral role. In Ukraine the President of the Republic is directly elected by the people and plays a role that is not politically neutral. This would lead to a different conclusion with the Ukrainian case, then.

That said, the powers of the President of the Republic cannot be unlimited.

Both in Italy (Articles 87 and 89, Italian Constitution) and in Ukraine (Article 106, Ukrainian Constitution), the act of appointment of the Judges of the Constitutional Court shall be countersigned by the Prime Minister. Countersignature is a fundamental tool under the principles of the European Constitutionalism: first, it assures that the political responsibility of that act is taken by the Minister before the Parliament; secondly, it assures a control (although focussed on evident legal errors only) by the Minister on the act of the President of the Republic. If only the countersignature was invented at that time, Emperor Caligula would not have been allowed to appoint his horse as Senator, perhaps...

This is the reason why the countersignature in Ukraine should be kept, especially when it comes to such a relevant act such as the appointment of Judges of the Constitutional Court.

¹³ CDL-AD(2013)014-e Opinion on the Draft Law on the amendments to the Constitution, Strengthening the Independence of Judges and on the Changes to the Constitution proposed by the Constitutional Assembly of Ukraine, Adopted by the Venice Commission at its 95th Plenary Session (Venice, 14–15 June 2013) para 27 <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2013\)014-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2013)014-e)> (accessed: 10.05.2023).

Another indirect limit to the powers of the President of the Republic is the hybrid system itself: the President cannot appoint *all* the Judges of the Constitutional Court but only one third of them.

However, there is still a huge risk. As said, the ruling party in the Parliament could easily elect one third of the Judges. If the President of the Republic and the Majority in the Parliament belong to the same party, two thirds of the Judges of the Constitutional Court would be chosen by the same political majority, with no say of the Opposition.

This is the reason why it would be essential to introduce in the Ukrainian Constitution a qualified majority for the election, by Parliament, of one third of the Judges of the Constitutional Court, as will be examined in the next Section.

3. The election by Parliament: a qualified majority and a secret ballot (without discussion) in the Constitution

As already mentioned, in Italy, those Judges who are elected by Parliament in joint sitting, are elected on a secret ballot by a majority of two thirds of the members of Parliament themselves; from the fourth ballot, a majority of three fifths is sufficient. The same can be found in Germany and Spain: as Stone Sweet noted, analysing these countries, 'Where election systems are used a qualified, or super, majority (a 2/3 or 3/5 vote) within a parliamentary body is necessary for appointment'¹⁴. On the contrary, in Ukraine, those Judges who are elected by Parliament, are elected on an open ballot by a majority of the members of Parliament, after a debate.

A qualified majority for the election of Judges by Parliament should be introduced in the Ukrainian Constitution. As already noted, the qualified majority to elect Judges in Italy has prevented the Majority from electing candidates that would not find the support of the Opposition¹⁵.

As has been noted with regards to some Post-Yugoslav States where no supermajority to elect Judges is required (viz. Bosnia and Herzegovina, North Macedonia, Serbia and Slovenia), the lack of such a supermajority 'can be criticized due to fact that the constitutional courts should have the highest possible legitimacy'¹⁶.

In the *Rule of Law Checklist* of the Venice Commission (2016), one of the questions about constitutional adjudication is as follows: 'If constitutional judges are elected by Parliament, is there a requirement for a qualified majority and other safeguards for a balanced composition?'¹⁷.

¹⁴ Stone Sweet (n 6) 46.

¹⁵ de Visser (n 4) 209.

¹⁶ Đorđe Marković, 'Procedures and Conditions for the Selection of the Constitutional Court Judges in the Post-Yugoslav States' (2019) 67 *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 3, 283.

¹⁷ CDL-AD(2016)007-e Rule of Law Checklist, adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11–12 March 2016) 27 <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e)> (accessed: 10.05.2023).

In 2015 the Venice Commission expressly recommended that Ukraine introduced a qualified majority to elect Judges of the Constitutional Court. The Venice Commission underlined the risk of having two thirds of the Judges of the Constitutional Court chosen by the same political majority (i. e., that of the President of the Republic and of the Majority in the Parliament), just as warned here in the previous Section. As in Ukraine the President is not a politically neutral institution, the Venice Commission noted, ‘there could therefore arise a situation in which twelve judges are chosen by the same political majority’¹⁸.

Such a recommendation to Ukraine has been repeated by the Venice Commission in 2020¹⁹, in November 2022²⁰ and in December 2022²¹.

It has been noted above what happened in Hungary and Poland. No qualified majority for the election of Judges of the Constitutional Court is required by the Constitution in Poland. In Hungary the *equal* committee (composed of one member for each parliamentary group) to select, on consensus basis, candidates as Judges of the Constitutional Court was abolished in 2010²². This led to the ‘capture’ of the Constitutional Court by the ruling party in Parliament and has contributed to the establishment of ‘illiberal democracies’ in those countries²³. As said, in Hungary and Poland the Parliament can elect the whole Constitutional Court on its own. However, also having two thirds of the Constitutional Court chosen by the same political majority (i.e., that of the President of the Republic and the Majority in the Parliament) with no qualified majority for Parliament, as could happen in Ukraine, would also be dangerous for the independence and the pluralism of the Constitutional Court. Obviously, such a qualified majority could be hard to obtain (as the Venice Commission admitted in 2015)²⁴. However, in Italy, the qualified majority lowers from two thirds to three fifths from the fourth ballots.

¹⁸ CDL-AD(2015)027-e (n 9) para 25.

¹⁹ CDL-AD(2020)039-e Ukraine – Urgent opinion on the Reform of the Constitutional Court, issued pursuant to Article 14a of the Venice Commission’s Rules of Procedure on 9 December 2020, endorsed by the Venice Commission on 11 December 2020 at its 125th online Plenary Session (11–12 December 2020) para 72 <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)039-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)039-e)> (accessed: 10.05.2023).

²⁰ CDL-AD(2022)046-e Serbia – Joint Opinion of the Venice Commission and the OSCE/ODIHR on the constitutional and legal framework governing the functioning of democratic institutions in Serbia – Electoral law and electoral administration, approved by the Council for Democratic Elections at its 75th meeting (Venice, 15 December 2022) and adopted by the Venice Commission at its 133rd Plenary Session (Venice, 16–17 December 2022) para 64 <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)046-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)046-e)> (accessed: 10.05.2023).

²¹ CDL-AD(2022)054-e Ukraine – Opinion on the draft law “On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on improving the procedure for the selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine on a Competitive Basis”, adopted by the Venice Commission at its 133rd Plenary session (Venice, 16–17 December 2022) para 67 <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2022\)054-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2022)054-e)> (accessed: 10.05.2023).

²² See Kriszta Kovács, Gábor Attila Tóth, ‘Hungary’s Constitutional Transformation’ (2011) 7 European Constitutional Law Review, 183, 193.

²³ On Poland, see Wojciech Brzozowski, ‘Can the Constitutional Court Accelerate Democratic Backsliding? Lessons from the Polish Experience’ in Martin Belov (n 12) 371.

²⁴ CDL-AD(2015)027-e (n 9) para 25.

From the perspective of the Italian experience, also a secret ballot should be introduced in Ukraine for the election of the Judges of the Constitutional Court. And also the debate in Parliament should be removed.

Debates and public ballots should be carried out when the person/body to be elected is not politically neutral, such as the Prime Minister and the Government (i. e., confidence vote). In that case, the confidence relationship between the Parliament and the Executive is just founded on the public ballot and the debate in Parliament. In other words, the Majority and the Opposition (i.e., who are the MPs who belong to the Majority and who are the MPs who belong to the Opposition) are legally and politically defined just thanks to such a debate and public ballot. On the contrary, there is no confidence relationship between the Parliament and the Judges of the Constitutional Court. The latter are neither representatives of the former nor of the Majority.

A public ballot does not help Judges to get their independence, once elected. First, because they could appear as the Judges that were elected by *that* Majority, by *that* party or by *those* MPs. Secondly, because, even worse, those MPs who elect the Judges, could influence the Judges themselves, if the name of the electors were known.

It is very likely that a debate would see MPs opposing one another along party-political lines, when it comes to electing Judges. Once again, this should not be the criterion to choose Judges for the Constitutional Court. As has been noted, 'parliamentary hearings and legislative appointments do not guarantee genuine debate, competition or transparency in the course of the nomination or appointment process'²⁵.

4. *The extension of the term of the office of Judges in the Constitution*

As already noted, both in Italy and in Ukraine, the authority of a Judge shall be terminated in the event of expiry of the term of their office.

However, such a provision has not been welcomed by the Venice Commission. In some States, Judges continue to serve on the Constitutional Court after the expiry of their term of office and until their successor is appointed (in Latin, such a continuation is called '*prorogatio*'). As the Venice Commission noted, the *prorogatio* 'effectively prevents a stalemate in the appointment process from destabilizing the composition of the court'²⁶.

A stalemate might occur when political forces cannot reach an agreement within Parliament, especially when a qualified majority to elect Judges is required by the Constitution. Stalemates have happened several times in Italy: in 2015 Parliament voted thirty-two times before being able to reach an

²⁵ Renáta Uitz, 'Judicial Appointments to Supreme Courts and Constitutional Courts: What Do We See and What Are We Fated to Miss?' in Renáta Uitz (ed), *Arguments that Work: Strategies, Contexts and Limits in Constitutional Litigation* (Eleven International Publishing 2013) 152.

²⁶ CDL-STD(1997)020-e (n 5) 7.

agreement and elect a Judge; in 2002 the Constitutional Court was unable to carry out its tasks because there was a legitimate impediment for some Judges on that day but at the same time two seats were vacant (i. e., Parliament was not able to reach the agreement to elect two Judges)²⁷.

This issue is rather controversial. On the one hand, the expiration of the powers of the Judges in case of expiry of their office prevents Judges from exercising their powers longer than their mandate allows. However, the risk of blocking the functioning of the Constitutional Court due to a political stalemate in electing new Judges is too big.

This is the reason why in 2006 the Venice Commission recommended that Ukraine provides that a Judge remains in office until their successor takes office²⁸. Such a constitutional provision would be even more necessary if a qualified majority for Parliament to elect Judges was introduced in the Constitution, as recommended here: with such a qualified majority, a stalemate could be always possible. However, the quorum required for the election could be lowered in case of prolonged inaction²⁹, as is set in the Italian Constitution (the qualified majority lowers from two thirds to three fifths from the fourth ballots, as already mentioned).

5. A more-detailed procedure of appointment/election in the Constitution (or at least in the implementing legislation), when it comes to the requisites to be appointed/elected as Judge

As mentioned, in Italy there is no procedure of competitive selection of candidates for the position of Judges, whereas in Ukraine the procedure of selection is set out under the Law of Ukraine 'On the Constitutional Court of Ukraine' (Article 148 of the Ukrainian Constitution delegates the law to regulate such a procedure).

However, in 2020 the Venice Commission stated with regards to Ukraine that:

While the general principle of competitive selection by screening committees applies to all three appointing bodies, the appointment procedure applied by the three appointing bodies do not ensure the highest level and professional qualification of the candidates. Each of the appointing bodies can determine its own procedure³⁰.

²⁷ Elena Malfatti, Saulle Panizza, Roberto Romboli, *Giustizia costituzionale* (Giappichelli 2021) 49.

²⁸ CDL-AD(2006)016-e Opinion on possible Constitutional and Legislative Improvements to ensure the uninterrupted functioning of the Constitutional Court of Ukraine adopted by the Venice Commission at its 67th Plenary Session (Venice, 9–10 June 2006) para 21(b) <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2006\)016-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2006)016-e)> (accessed: 10.05.2023).

²⁹ CDL-STD(1997)020-e (n 5) 22.

³⁰ CDL-AD(2020)039-e (n 19) para 74.

In particular, the Venice Commission recommended that Ukraine established a screening body (for candidates for the office of Judges of the Constitutional Court) with an international component, which could include international human rights experts and participation from civil society, to ensure the moral and professional qualities of the candidates³¹.

Such a body was established by the Law passed by the Ukrainian Parliament in December 2022: that is the Advisory Group of Experts (AGE), composed of three national and three 'international' members, that assists the subjects responsible for appointing Judges of the Constitutional Court with evaluation of moral qualities and level of competence.

However, while examining the draft bill, the Venice Commission recommended that the number of the AGE members should be increased from six to seven in order to prevent a stalemate in the decision and that the seventh member should be on the international quota³². The Venice Commission also recommended that candidates who are judged by the AGE to be 'not suitable' are to be excluded from further consideration and must not be chosen by the appointing bodies³³.

These two last recommendations have not been followed by Ukraine in the Law passed in December 2022, as the President of the Venice Commission noted on 25 January 2023³⁴. Neither the bill, registered in the Verkhovna Rada in April 2023 to amend the aforementioned Law, followed those recommendations. According to some commentators, this bill would even deepen the problems³⁵.

According to some commentators, with the Law passed in December 2022 Ukraine would not be in compliance with the commitments required by the European Commission to grant EU candidate status³⁶. As noted, the European Commission, in its communication on Ukraine's application for membership of the European Union (17 June 2022), recommended that EU candidate status should be granted to Ukraine on the understanding that (among other steps) the following step is taken: 'enact and implement legislation on a selection procedure for judges of the Constitutional Court of Ukraine, including a pre-selection process based on evaluation of their integrity and professional skills, in line with Venice Commission recommendations'³⁷. In its Statement (13 January 2023), the Spokesperson of the Delegation of the European Union

³¹ Ibid paras 77-81 and 102.

³² CDL-AD(2022)054-e (n 21) para 60.

³³ Ibid para 63.

³⁴ President of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Letter to the Chairman of the Verkhovna Rada, Ukraine* J.Dem. 50 – SGM/sm.

³⁵ M Zhernakov, S Berko, H Chyzhyk, K Butko, 'Ukrainian Players Aim to Control Constitutional Court, Forcing Europe to Greenlight It' (*European Pravda*, 24.04.2023) <<https://www.eurointegration.com.ua/eng/articles/2023/04/24/7160397>> (accessed: 10.05.2023).

³⁶ Panasyuk (n 2).

³⁷ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council and the Council – Commission Opinion on Ukraine's application for membership of the European Union* COM(2022) 407 final 20 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022DC0407>> (accessed: 10.05.2023).

to Ukraine noted that the EU was closely monitoring the alignment of the reform of the Constitutional Court of Ukraine with the recommendations of the Venice Commission. In particular, it underlined that the Venice Commission recommended that an exclusion of Constitutional Court candidates should also be done on the ground of professional competence and that the number of the AGE should be increased to seven, with the seventh member coming from the international quota³⁸.

Some general reflections could be carried out here.

In order to have a common procedure that could ensure the highest integrity and professional qualification of the candidates, the requisites to be appointed/elected as Judge should be set out more in detail in the Constitution (or at least, in the implementing legislation). Moreover, those requisites should be legally binding and the decision of the AGE concerning the lack of such requisites should prevent the candidates, who has passed the evaluation of the AGE with a negative result, to be appointed/elected Judges.

As mentioned, Article 148 of the Ukrainian Constitution requires 'high moral values' and 'recognised competence' to be appointed/elected as Judge of the Constitutional Court. However, what do exactly 'high moral values' or 'recognised competence' mean? This should be set out more in detail in the Constitution (or at least in the implementing legislation).

Under the Law of Ukraine 'On the Constitutional Court of Ukraine', 'high moral qualities' means 'integrity', as well as 'no reasonable doubts about legality of sources of origin of property, compliance of the level of life of the candidate or his/her family members with the declared income, compliance of the candidate's lifestyle with his/her status'. 'Recognised level of competence in the sphere of law' means that the candidate 'possesses necessary knowledge to fulfil authorities of the judge of the Constitutional law'. Such definitions do look rather tautological, though.

It is true that the Venice Commission stated that requisites such as 'high professional qualities'³⁹ or 'recognised legal competence'⁴⁰ are adequate, although they might be difficult to ascertain with precision in practice. It is also true that the Venice Commission stated that 'there is no requirement as such that the procedure for appointments to the judiciary be described in detail in the Constitution itself'. However, since the appointment of Judges is of vital importance for guaranteeing their independence and impartiality, with regards

³⁸ Delegation of the European Union to Ukraine, *Statement by the Spokesperson on the appointment of High Council of Justice members and the reform of the Constitutional Court*, 13 January 2023.

³⁹ CDL-AD(2017)011-e Armenia – Opinion on the draft Constitutional Law on the Constitutional Court, adopted by the Venice Commission at its 111th Plenary Session (Venice, 16–17 June 2017) para 13 <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)011-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)011-e)> (accessed: 10.05.2023).

⁴⁰ CDL-AD(2016)034-e Ukraine – Opinion on the draft Law on the Constitutional Court, adopted by the Venice Commission at its 109th Plenary Session (Venice, 9–10 December 2016) para 11 <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)034-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)034-e)> (accessed: 10.05.2023).

to Ukraine, ‘it is recommended to regulate the procedure of appointment in more detail in the Constitution’⁴¹.

Not surprisingly, in 2022 the Venice Commission noted that the concepts of ‘moral qualities’ and ‘legal competences’ that the AGE shall assess, are not defined. The Venice Commission also stressed the importance of developing the methodology to assess moral qualities and legal competences based on the best international practice⁴².

The Italian Constitution could be used as a model. As already mentioned, the Italian Constitution clearly sets out in details the requisites (at least, when it comes to competence) to be elected as Judges of the Italian Constitutional Court: (i) being a Judge, including those retired, of the ordinary and administrative higher Courts; (ii) being a full university professor of law; (iii) being an attorney with at least twenty years practice.

As mentioned, these requisites concern the ‘level of competence’. However, such a way of drafting the requisites could be followed also when it comes to ‘high moral qualities’.

Conclusions

The purpose of this article was to briefly describe the system of appointment/election of the Judges of the Italian Constitutional Court; but also to enrich existing studies by offering some recommendations for Ukraine. Notwithstanding the recent reform in December 2022, some controversial issues are still there, even at the level of the Ukrainian Constitution.

Methodologically speaking, the recommendations for Ukraine has been given here in the light of the best practices (according to the principles of constitutionalism) that have been experienced in Italy for the last seven decades but also in the light of the principles of the European constitutionalism and in particular of the Venice Commission.

At the end of the day, the recommendations for Ukraine are as follows:

- (i) the current hybrid system of appointment/election of Judges and the current procedure of competitive selection should be kept;
- (ii) the current countersignature (by the Prime Minister) of the presidential act of appointment of Judges should be kept;
- (iii) a qualified majority and a secret ballot (without discussion) for the election of Judges by Parliament should be introduced in the Constitution;
- (iv) provisions concerning the extension of the term of the office of Judges should be introduced in the Constitution;
- (v) the procedure of appointment/election should be set out more in detail in the Constitution (or at least in the implementing legislation), when it comes to the requisites to be appointed/elected as Judge.

⁴¹ CDL-AD(2016)034-e Ukraine – Opinion on the draft Law on the Constitutional Court, adopted by the Venice Commission at its 109th Plenary Session (Venice, 9–10 December 2016) (n 40) para 10.

⁴² CDL-AD(2022)054-e (n 21) paras 52–3.

Such recommendations could help Ukraine to establish a system of appointment/election of Judges of the Constitutional Court that would be in compliance with the principles of European constitutionalism and of the European Commission for Democracy through Law of the Council of Europe.

Moreover, enacting and implementing legislation on a pre-selection process based on evaluation of their integrity and professional skills in line with Venice Commission recommendations, would also very practically mean fulfilling one of the commitments that have been required by the European Commission to grant Ukraine EU candidate status.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Barsotti V, Carozza P G, *Cartabia M, Simoncini A, Italian Constitutional Justice in Global Context* (OUP 2015) (in English).
2. de Visser M, *Constitutional Review in Europe. A Comparative Analysis* (Hart Publishing 2014) (in English).
3. Malfatti E, Panizza S, Romboli R, *Giustizia costituzionale* (Giappichelli 2021) (in Italian).
4. Stone Sweet A, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe* (OUP 2000) (in English).

Edited books

5. Brzozowski W, 'Can the Constitutional Court Accelerate Democratic Backsliding? Lessons from the Polish Experience' in Belov M (ed), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders* (Eleven International Publishing 2019) (in English).
6. Delledonne G, 'Appointing and Electing Constitutional judges: An Evolving Comparative Landscape' in Belov M (ed), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders* (Eleven International Publishing 2019) (in English).
7. Uitz R, 'Judicial Appointments to Supreme Courts and Constitutional Courts: What Do We See and What Are We Fated to Miss?' in Uitz R (ed), *Arguments that Work: Strategies, Contexts and Limits in Constitutional Litigation* (Eleven International Publishing 2013) (in English).

Journal articles

8. Cartabia M, 'Of Bridges and Walls: the "Italian Style" of Constitutional Adjudication' (2016) 8 *The Italian Journal of Public Law*, 37 (in English).
9. Kovács K, Tóth G A, 'Hungary's Constitutional Transformation' (2011) 7 *European Constitutional Law Review*, 183 (in English).
10. Marković Đ, 'Procedures and Conditions for the Selection of the Constitutional Court Judges in the Post-Yugoslav States' (2019) 67 *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 267 (in English).

Websites

11. Panasyuk S, 'Why the selection process for judges of Ukraine's Constitutional Court may become a stumbling block for EU membership' (*IACL-AIDC blog*, 23.02.2023) <<https://blog-iacl-aidc.org/2023-posts/2023/2/23/why-the-selection-process-for-judges-of-ukraines-constitutional-court-may-become-a-stumbling-block-for-eu-membership>> (accessed: 10.05.2023) (in English).

12. Zhernakov M, Berko S, Chyzhyk H, Butko K, 'Ukrainian Players Aim to Control Constitutional Court, Forcing Europe to Greenlight It' (*European Pravda*, 24.04.2023) <<https://www.eurointegration.com.ua/eng/articles/2023/04/24/7160397>> (accessed: 10.05.2023) (in English).

Енріко Альбанезі

ПРИЗНАЧЕННЯ/ОБРАННЯ СУДДІВ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ ІТАЛІЇ ТА ДЕЯКІ РЕКОМЕНДАЦІЇ ДЛЯ УКРАЇНИ У СВІТЛІ ПЕРЕДОВОГО ДОСВІДУ ІТАЛІЇ ТА ПРИНЦИПІВ ВЕНЕЦІЙСЬКОЇ КОМІСІЇ

АНОТАЦІЯ. Порядок відбору суддів Конституційного Суду України (КСУ) нещодавно було реформовано.

Мета статті – коротко описати систему призначення/обрання суддів *Corte costituzionale* (Конституційного Суду Італії), збагатити існуючі дослідження, запропонувавши деякі рекомендації для України. Незважаючи на нещодавню реформу, деякі питання все ще існують, навіть на рівні Конституції України. Італійська система призначення/обрання суддів Конституційного Суду досить подібна до української (обидві системи є змішаними: одна третина суддів призначається Президентом Республіки, одна третина обирається парламентом, один треті певним чином обираються судовою владою). Однак в Італії відсутня процедура конкурсного відбору кандидатів на посади суддів, подібна до тієї, що встановлена в Україні: практика Італії у цій сфері переважно регулюється конвенціями.

Методологічно кажучи, рекомендації для України будуть надані у світлі найкращих практик (відповідно до принципів конституціоналізму), які були напрацьовані в Італії за останні сім десятиліть, а також у світлі принципів Європейської комісії “За демократія через право” (Венеційська комісія).

Рекомендації для України будуть такими: (i) поточну гібридну систему призначення/обрання суддів і діючу процедуру конкурсного відбору слід зберегти; (ii) поточний підпис (прем’єр-міністра) президентського акту про призначення суддів повинен зберігатися; (iii) кваліфікована більшість і таємне голосування (без обговорення) для обрання суддів парламентом мають бути введені в Конституцію; (iv) положення щодо продовження строку повноважень суддів мають бути внесені до Конституції; (v) процедура призначення/обрання повинна бути більш детально викладена в Конституції (або принаймні в імплементаційному законодавстві), коли йдеться про вимоги для призначення/обрання на посаду судді.

Такі рекомендації могли б допомогти Україні створити систему призначення/обрання суддів КСУ, яка б відповідала принципам європейського конституціоналізму та Венеційської комісії (а також опосередковано виконувати деякі зобов’язання, яких вимагала Європейська комісія про надання Україні статусу кандидата в Європейський Союз).

Ключові слова: *Corte costituzionale*; Конституційний суд; Італія; призначення; обрання; судді; Україна; Європейська комісія “За демократію через право” (Венеційська комісія); статус кандидата в Європейський Союз.



Кшиштоф Скотніцкі

професор права, доктор габілітований,
керівник кафедри конституційного права
Лодзького університету,
президент Польського товариства конституційного права
(2009–2021),
віцепрезидент Лодзького наукового товариства,
член Польсько-Чеського наукового товариства,
член Польсько-Українського клубу конституціоналістів.
Почесний консул Чеської Республіки у Лодзі
(Лодзь, Польща)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9428-2103>
kskotnicki@wpia.uni.lodz.pl

DOI: 10.33498/opus-2023-07-039

УДК 342.565.2

КВАЛІФІКАЦІЯ КАНДИДАТІВ ТА ПРОЦЕДУРА ВІДБОРУ СУДДІВ КОНСТИТУЦІЙНОГО ТРИБУНАЛУ ПОЛЬЩІ

АНОТАЦІЯ. Конституційний Трибунал був створений у Польщі в 1982 р. У статті аналізуються кваліфікаційні характеристики кандидатів і порядок відбору суддів цього суду. Суддів обирає Сейм. Кандидатів пропонує Президія Сейму або 50 депутатів. Відповідно до Конституції від 1997 р. судді мають вирізнятися юридичними знаннями, що є прикладом “юридичних пустих слів”. Чинний Закон від 2016 р. про статус суддів Конституційного Трибуналу передбачає, що ці судді повинні відповідати тим самим умовам, що й судді Верховного Суду та Вищого адміністративного суду. Це означає, що суддя: 1) повинен мати лише польське громадянство; 2) не може бути законно засуджений за вчинення умисного злочину, переслідуваного за публічним обвинуваченням, або за умисний фінансовий злочин, або щодо якого не винесено остаточного вироку про умовне закриття кримінального провадження за вчинення умисного злочину, що переслідується за публічним обвинуваченням, або умисного фінансового злочину; 3) має бути старше 40 років; 4) мати бездоганний характер; 5) має закінчити вищу юридичну освіту в Республіці Польща та мати ступінь магістра або іноземне отримати іноземну юридичну освіту, визнану в Республіці Польща; 6) відзначатися високим рівнем правових знань; 7) за станом здоров’я повинен бути здатним виконувати обов’язки судді; 8) мати не менше десяти років стажу роботи суддею, прокурором, головою Генеральної Прокураторії Республіки Польща, її віцепрезидентом, радником або не менше десяти років займатися професією адвоката, юрисконсульта або нотаріуса в Польщі; 9) не може у 1944–1990 рр. служити, працювати або бути співробітником органів державної безпеки. Суперечки щодо складу Конституційного Трибуналу в 2015 р. започаткували конституційну кризу в Польщі та призвели до падіння авторитету цього органу. У триваючій дискусії про відновлення його конституційної ролі він містить, серед іншого, пропозиції щодо змін у порядку обрання суддів Конституційного Трибуналу. Перш за все, пропонується розширити коло суб’єктів висування кандидатів, а також обирати суддів більшістю в 3/5 голосів за наявності не менше половини від визначеної законом кількості депутатів.

Ключові слова: Конституційний Трибунал; судді Конституційного Трибуналу; Сейм; кваліфікація суддів Конституційного Трибуналу; порядок добору суддів Конституційного Трибуналу.

© Кшиштоф Скотніцкі, 2023

У сучасних демократичних правових державах надзвичайно важливою проблемою є вирішення питання про відповідність конституції закону. Її поява зумовлена ієрархізацією правової системи, ухваленням конституцій (конституційних законів) і наданням їм найвищої юридичної сили. У США понад 200 років тому конституційність закону перевіряв кожен суд. У Європі через 100 років сформувалася централізована модель контролю, в якій це завдання було покладено на новостворений судовий орган – конституційний суд. Орган цей має різні назви – конституційний суд, конституційний трибунал, конституційна рада. Різними є й їхні завдання хоча б через допустимість та обсяг конституційної скарги, що дає змогу розмежувати абстрактний і конкретний, попередній і наступний перегляд. Цьому судовому органу часто доручають інші завдання, наприклад, ухвалення судових рішень у певних справах проти глави держави (імпічмент, нагляд за політичними партіями, виборчі питання чи референдуми). Кількість суддів Конституційного Трибуналу, тривалість їхніх повноважень і термін повноважень також різний. Вони залежні від системних умов, (таких як, наприклад, однопалатний чи двопалатний парламент чи позиція глави держави), традиції та меж юрисдикції.

У Польщі завдання конституційного суду виконує Конституційний Трибунал. Його заснування було передбачено конституційною поправкою від 26 березня 1982 р., натомість його перше законодавче положення було введено в 1985 р. після гарячих дискусій щодо його форми. Положення це діє від 1 січня 1986 р. Порівняно з початковими регуляціями, сучасні були значно змінені. Спочатку Конституційний Трибунал складався з 12 суддів, які обиралися Сеймом на 8 років, причому кожні 4 роки змінювалася половина його складу. Конституція від 1997 р. передбачала, що склад цього органу буде збільшений до 15 суддів, які одноособово обираються Сеймом на дев'ятирічний термін (ч. 1 ст. 194).

Початковий обсяг його повноважень був обмежений, а рішення про неконституційність законів не були остаточними і розглядалися сеймом, який міг їх відхилити двома третинами голосів. Натепер, відповідно до ст. 188 Конституції, до завдань Конституційного Трибуналу належить контроль за відповідністю правових норм нижчого ряду (законодавчих або підзаконних) правовим нормам вищого ряду, що містяться насамперед у Конституції Польщі та міжнародних угодах, ратифікованих за попередньою згодою вираженою в законі (отже, орган цей є судом права) і розгляд конституційних скарг, вирішення спорів щодо повноважень між центральними конституційними органами держави, винесення рішень щодо відповідності Конституції цілей або діяльності політичних партій, а також ухвалення рішень про виникнення тимчасової перешкоди у виконанні обов'язків Президентом Республіки Польща.

Мета дослідження – представити порядок відбору суддів Конституційного Трибуналу Польщі. Піддаємо аналізу не лише те, хто їх обирає, а насамперед, яким конституційним вимогам має відповідати кандидат, суб'єкти, які можуть висувати кандидатів, процедура перевірки кандидатів, проведення відбору, і, врешті-решт, критика чинного законодавства та пропозицій змін.

Як вже було зазначено, суддів Конституційного Трибуналу обирає Сейм, а це означає, що це інша модель, ніж у випадку суддів усіх інших судів, які відповідно до ст. 179 Конституції призначаються Президентом Республіки Польща за поданням Національної Ради Юстиції. Обрання суддів Конституційного Трибуналу Сеймом було цілком зрозумілим у період соціалістичної Польщі, оскільки тоді діяв принцип одноманітності влади, а Сейм був найвищим органом влади. Збереження цієї структури після 1989 р., коли було прийнято принцип поділу влади, впливає з переконання у необхідності балансу повноважень, оскільки конституційний суд ухвалює рішення щодо конституційності законів, парламент повинен мати можливість формувати його склад, що надає конституційному судові основи демократичної легітимності. Слід також пам'ятати, що в Польщі в системі державних органів надалі (традиційно) домінуючим органом є Сейм¹. Звісно, можна поставити питання, чи така монополія першої палати парламенту є доцільною.

Конституційна регламентація порядку обрання суддів Конституційного Трибуналу є дуже навіть надто лаконічною. Проте не викликає сумнівів, що така регуляція допускає вибір серед більшої кількості кандидатів. Конституція також не визначає, якою більшістю голосів мають бути проведені вибори суддів Конституційного Трибуналу.

Більш докладне розширення конституційних положень, що стосуються процедури обрання суддів Конституційного Трибуналу, передбачені у законі та в Регламенті Сейму. У Польщі вже діяло багато законів про Конституційний Трибунал. Першим був вищезгаданий Закон від 29 квітня 1985 р. про Конституційний Трибунал². Наступним був Закон від 1 серпня 1997 р. про Конституційний Трибунал³, ухвалений після ухвалення Конституції 1997 р., але ще до набрання нею чинності. Чергова регуляція, це Закон від 25 червня 2015 р. про Конституційний Трибунал⁴. Його чинність була однак дуже короткою, оскільки після виборів до Сейму та Сенату в 2015 р. у Польщі сталася конституційна криза, яка була спричинена вагомою правовою та політичною суперечкою щодо її тлумачення та порушення її положень, а також низкою актів, які назива-

¹ L. Garlicki, 'Uwaga 5 do art. 194'w L. Garlicki (red), Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom IV, (2005) 4–5.

² Dz.U. 1985 nr 22 poz. 98 ze zm.

³ Dz.U. 1997 nr 102 poz. 643.

⁴ Dz.U. z 2015 r. poz. 1064 ze zm.

вають “коригуючими законами”. Однак вони замість вирішити питання часто посилювали пануючий хаос. Нині чинні три закони, що стосуються Конституційного Трибуналу: Закон від 30 листопада 2016 р. про організацію та порядок провадження в Конституційному Трибуналі⁵, Закон від 30 листопада 2016 р. про статус суддів Конституційного Трибуналу⁶ (котрий регулює питання кваліфікації кандидатів на посаду суддів Конституційного Трибуналу та порядок їх відбору, який обговорюється у цьому дослідженні) та Закон від 13 грудня 2016 р. – Положення про введення Закону про організацію та порядок провадження перед Конституційним Трибуналом і Закону про статус суддів Конституційного Трибуналу⁷. Закон про статус суддів Конституційного Трибуналу не є розбудованим в аспекті регулювання способу добору суддів, він лише повторює положення Конституції, оминаючи положення про індивідуальний вибір суддів⁸; також посилається на Регламент Сейму (друге речення ч. 2 ст. 2), тобто на постанову Сейму Республіки Польща від 30 липня 1992 р. – Регламент Сейму Республіки Польща⁹.

Конституція від 1997 р., яка передбачає, що судді Конституційного Трибуналу обираються Сеймом, не визначає, хто має право висувати кандидатів на цих виборах. Те саме було і в Конституції від 1952 р. У доктрині, що склалася під впливом практики Конституційного Трибуналу, вважається, що обрання Сеймом має здійснюватися на термін, протягом якого закінчується строк повноважень уступаючого судді¹⁰. Але якщо він з якихось причин цього не зробить, це право переходить до Сейму наступної каденції¹¹.

На жаль, щодо обрання суддів Конституційного Трибуналу також важко говорити про рішучість польського законодавця. Закон про Конституційний Трибунал від 1985 р. не регулював цього питання, Закон про Конституційний трибунал від 1997 р. вказував, що кандидати “представляються щонайменше 50 депутатами або Президією Сейму” (ч. 4 ст. 5), Закон про Конституційний Трибунал від 2015 р. спочатку передбачав, що це право надається Президії Сейму та групі щонайменше 50 депутатів (ч. 1 ст. 19). Запис цей згодом був скасований після парламентських виборів. Поточний Закон про статус суддів Конституційного Трибуналу від 2016 р. посилається на додаткові положення, вказуючи, що “правила виборів і відповідні терміни процедури викладені в Регламенті Сейму”

⁵ T.j. z 2019 r. poz. 2393.

⁶ T.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1422.

⁷ Dz.U. z 2016 r. poz. 2074.

⁸ K. Skotnicki, A. Szmyt, ‘Powolywanie sędziów sądu konstytucyjnego – przykład słowacki na tle polskim’ w L. Orosz, Grabowska S., Majerčák T (red), *Ústavné dni. Tretie funkčné obdobie Ústavného súdu Slovenskej republiky – VII. Ústavné dni, Zborník príspevkov, Kancelária Ústavného súdu Slovenskej republiky* (Košice 2019) 122.

⁹ T.j. M.P. z 2022 r. poz. 1204.

¹⁰ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, t II: Komentarz do art. 87–243* (Safjan M, Bosek L red, 2016) 1278.

¹¹ *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* (Tuleja P red, 2019) 579.

(друге речення ч. 2 ст. 2). Останній передбачає, що кандидатів може пропонувати Президія Сейму або щонайменше 50 депутатів, а кожен депутат може підтримати лише одну кандидатуру (ч. 1 ст. 30).

Як видно з наведених положень, незалежно від того, який правовий акт визначав суб'єктів уповноважених висувати кандидатів на посаду судді Конституційного Трибуналу, це завжди були Президія Сейму (у складі Маршалка Сейму та віцемаршалків Сейму, кількість яких визначається Сеймом на початку кожного терміну повноважень) і щонайменше 50 депутатів. Різниця полягала лише в тому, чи використовувалися сполучники “або”, “і”, “чи”. Звертаю на це увагу, тому що в 2015 р. правляча більшість прийняла абсурдне тлумачення, що оскільки вжито сполучник “і”, це означає, що кандидатуру мають подавати разом обидва ці суб'єкти, тобто Президія Сейму та щонайменше 50 депутатів. Як наслідок, вважалось, що судді, обрані Сеймом 8 жовтня 2015 р., не були обрані належним чином, і Сейм навіть прийняв досить несподівану постанову 25 листопада 2015 р. про “визнання втрати законної сили” постанов Сейму від 8 жовтня 2015 р. про обрання суддів Конституційного Трибуналу. Однак важко вважати це достатнім виправданням того, що Президент не прийняв присяги від цих суддів, а на їх місце призначено нових суддів. Це стало початком конституційної кризи, яка триває до сьогодні, і є підставою, зрештою справедливою, звинувачення Польщі в порушенні принципу верховенства права¹². Водночас слід зазначити, що на практиці Президія Сейму не користується цією компетенцією, а кандидатів пропонують депутати, які зазвичай належать до однієї політичної групи, хіба що не було досягнуто конкретних домовленостей між депутатами правлячої коаліції чи співпрацюючими депутатами парламентської опозиції¹³.

Конституція Республіки Польща від 1997 р., що слід вважати її недоліком, не визначає вимог, яким повинні відповідати кандидати на посади суддів Конституційного Трибуналу, а лише визначає у ч. 1 ст. 194, що судді обираються з числа осіб, “які вирізняються високим рівнем юридичних знань”. Таким чином, ця стаття повторює термінологію, використану у поправці до Конституції від 1952 р., внесеної у 1982 р. під час створення Конституційного Трибуналу (ст. 33а). Це дивно, оскільки цю концепцію різко критикували як неточну, розпливчасту та оціночну. У доктрині навіть стверджується, що це “типовий приклад юридичних порожніх слів”¹⁴.

¹² Див.: K Skotnicki, ‘Ginčas dėl Lenkijos Konstitucinio Tribunolo sudėties’ w *Lietuvos ir Lenkijos konstitucines teises aktualios. Straipsnių rinkinys* (Vilnius universitetas 2020) 105–14.

¹³ P Radziejewicz, ‘Zasady i procedura wyboru sędziów polskiego Trybunału Konstytucyjnego’ <<https://www.inpris.pl/wazne/omx-monitoring/omx-tk-poprzednie-wybory/procedura-wyboru-sedziow-tk>> (accessed: 13.04.2023).

¹⁴ L Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu* (2022) 406.

Негативно слід оцінити також відсутність інших конституційних вимог відносно кандидатів на посаду судді Конституційного Трибуналу, оскільки їх встановлення в законі нівелює значення конституційного регулювання. Можливість такого продовження повинна бути прямо дозволена Конституцією, і це, безсумнівно, не ст. 197 Конституції, оскільки вона стосується лише законодавчого регулювання організації Трибуналу та процедури перед ним¹⁵.

У доктрині, а також у судовій практиці Конституційного Трибуналу стверджується, що вимога “вирізняються високим рівнем юридичних знань” має розглядатися у контексті нормативних актів, що стосуються інших суддів, оскільки кваліфікації суддів Конституційного Трибуналу повинна бути щонайменше такі самі, як і для суддів Верховного Суду та Вищого Адміністративного Суду¹⁶.

Однак така вимога прямо встановлена лише в законах, що стосуються Конституційного Трибуналу. Чинна ст. 3 Закону про статус суддів Конституційного Трибуналу в цьому випадку чітко посилається на попередні положення (ч. 3 ст. 15 Закону про Конституційний Трибунал від 1985 р., ч. 3 ст. 5 Закону про Конституційний Трибунал від 1997 р. і п. 1 ст. 18 Закону про Конституційний Трибунал від 1997 р., який, однак, згадує лише кваліфікацію, необхідну для обіймання посади судді Верховного суду). Проте проявом високого рівня юридичних знань можуть бути, наприклад, наукові досягнення певної особи або досвід, отриманий у результаті тривалої практики в одній з юридичних професій, таких як суддя, адвокат чи юрисконсульт, оскільки виконання цих професій пов’язане з потрібним досвідом, важливим з уваги на факт, що Конституційний Трибунал процедує на основі положень цивільного процесуального кодексу¹⁷.

Чинний Закон від 5 грудня 2017 р. про Верховний Суд у § 1 ст. 30 говорить:

На посаду судді Верховного Суду може бути призначена особа, яка: 1) має лише польське громадянство і користується повними громадянськими та громадськими правами; 2) не була законно засуджена за вчинення умисного злочину, з публічного обвинувачення, або за вчинення умисного фінансового злочину, або щодо якої не винесено остаточного вироку про умовне закриття кримінального провадження за вчинення умисного злочину за публічним обвинуваченням, або умисного фінансового злочину; 3) виповнилося 40 років; 4) має бездоганний характер; 5) закінчила вищу юридичну освіту в Республіці Польща та здобула ступінь магістра або іноземну юридичну освіту, визнану в Республіці Польща; 6) виріз-

¹⁵ Skotnicki, Szmyt (n 8) 114.

¹⁶ Wyrok z 9 grudnia Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 35/15 (OTK-A 2015/11/186).

¹⁷ Radziejewicz (n 13).

няється високим рівнем юридичних знань 7) здатна за станом здоров'я виконувати обов'язки судді; 8) має не менше десяти років досвіду роботи суддею, прокурором, головою Генеральної Прокуратури Республіки Польща, її віце-президентом, радником або практикувала професію адвоката, юрисконсульта чи державного нотаріуса в Польщі не менше десяти років; 9) не проходила службу, не працювала і не співпрацювала з органами державної безпеки, зазначеними у ст. 5 Закону від 18 грудня 1998 року про Інститут Національної Пам'яті – Комісію з переслідування злочинів проти польського народу¹⁸.

Кілька вимог цього положення заслуговує на додаткові роз'яснення.

Той факт, що суддя Верховного Суду має польське громадянство, зрозумілий, але тільки чинний закон про Верховний Суд встановлював його виключність, яка аргументувалася призначенням суддів для суспільного блага (виключність польського громадянства була розширена до всіх суддів усіх судів тогочасної Польщі).

Вимога досягнення 40 років для судді Верховного Суду є відносно високою межею, але раніше вона була запроваджена для суддів Вищого Адміністративного Суду, що було передбачено Законом від 25 листопада 2002 р. – Право про устрій адміністративних судів¹⁹. Слід також пам'ятати, що Закон про Конституційний Трибунал від 2015 р. на момент його прийняття передбачав, що суддя Конституційного Трибуналу на день обрання не може бути старшим ніж 67 років (ч. 2 ст. 18). Встановлення цієї верхньої межі було добре сприйняте в літературі предмету²⁰, однак у 2015 р. цей віковий ценз було скасовано.

Як і у випадку з “вирізняються високим рівнем юридичних знань”, термін, що стосується ще однієї вимоги, а саме “бездоганний характер”, є настільки ж неточним. Немає сумніву, що це стосується моральної компетентності особи. З лінгвістичної точки зору видається, що це поняття є однозначним, оскільки бездоганний характер ‘є таким, що нічим не заплямований, а бездоганність – стан, який однозначно перешкоджає формулюванню будь-яких заперечень морального характеру по відношенню до професіонала’²¹. На практиці визначити зміст цього поняття не так просто, про що найкраще свідчать різні оцінки поведінки, а особливо висловлювань осіб, які претендують на посади суддів або обіймають їх.

Вимога юридичної освіти означає необхідність закінчити вищу юридичну освіту в Польщі в галузі права та отримати професійний ступінь

¹⁸ T.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1904, z 2022 r. poz. 480, 1259, 2280, 2600, z 2023 r. poz. 181.

¹⁹ T.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2492.

²⁰ A Zoll, ‘Sposób wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego’ (2016) 1 Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 49.

²¹ G Ławnikowicz, S Pilipiec, ‘Nieskazitelność charakteru i nieposzlakowana opinia w prawie prawniczych samorządów zawodowych’ [2016] G (LXIII) Acta Univeritatus Mariae Curie-Skłodowska 235.

магістра або іноземну юридичну освіту, визнану в Республіці Польща. Це означає, що особи, які отримали іншу освіту, тобто не мають юридичної освіти, навіть якщо вони отримали ступінь доктора або доктора габілітованого юридичних наук (наразі в галузі суспільних наук у дисципліні юридичні науки) не можуть бути суддями Конституційного Трибуналу.

Щодо вимоги відповідного стажу, він обчислюється спільно для зазначених посад і професій (§ 3 ст. 30 Закону про Верховний Суд), тому він досягається, коли особа була, наприклад, суддею протягом 5 років і адвокатом протягом 5 років. Однак особи, які мають вчене звання професора або вчений ступінь доктора габілітованого юридичних наук і працювали у польському вищому навчальному закладі, Польській академії наук, дослідницькому інституті чи іншій науковій установі, звільняються від вимоги стажу роботи на зазначених посадах або виконання певних професій (§ 2 ст. 30 Закону про Верховний Суд).

Моральна кваліфікація судді Верховного Суду, хоч і не тільки, відповідає вимозі, щоб суддя в 1944–1990 рр. не служив, не працював і не співпрацював з органами державної безпеки. Ця вимога стосується лише осіб, які народилися до 1 серпня 1972 р. (§ 4 ст. 30 Закону про Верховний Суд). Отже, кандидати в судді, а також інші особи, які виконують державні функції або кандидати на державні посади (наприклад, кандидати в депутати та сенатори) подають так звані люстраційні заяви щодо такої роботи (співпраці) чи її відсутності, які потім перевіряються Інститутом національної пам'яті, а у спірних випадках – також судами. Факт такої праці чи співпраці, навіть якщо особа сама призналася до неї, унеможливорює зайняття певних посад чи функцій, зокрема і судді чи отримання звання професора.

У літературі на цю тему роками вказувалося, що закон повинен містити список обмежень щодо можливості бути суддею Конституційного Трибуналу. Зокрема, це має стосуватися колишніх і діючих народних депутатів або осіб, пов'язаних з органами виконавчої влади. Політики не повинні бути суддями, оскільки це підвищує ризик конфлікту інтересів і загрозу не зберегти зовнішні ознаки неупередженості судді Конституційного Трибуналу, оскільки вони будуть оцінювати конституційність законів, в ухваленні яких вони брали участь²². Цей постулат народився завдяки тому, що такі випадки вже мали місце на практиці в минулому, і його влучність пояснюється тим, що вони не є поодинокими і зараз. Водночас зазначається, що коли таке виключення вводиться, має бути

²² L. Garlicki, 'Uwaga 8 do art. 194' w Garlicki L (red), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t IV (2005) 10.

дуже чітко визначено, які посади призведуть до заборони бути суддею Конституційного Трибуналу²³.

Конституція не визначає жодних елементів процедури добору суддів Конституційного Трибуналу, що слід вважати її недоліком. Лише Регламент Сейму визначає кінцевий термін подання кандидатури на посаду судді Конституційного Трибуналу. Він змінюється залежно від підстави обрання і становить: у разі закінчення строку повноважень судді – 30 днів, у разі закінчення повноважень судді – 21 день, у разі інших причин термін цей визначає Маршалок Сейму (ч. 3 ст. 3). До заяви додаються дані кандидата, обґрунтування та згода на висування кандидатури (ч. 2 ст. 30). До даних про кандидата входять, зокрема, його резюме та інформація про його професійні досягнення. Відповідна заява подається Маршалку Сейму.

Як правило, пропозиції не можуть бути поставлені на голосування раніше ніж на сьомий день після вручення документу з кандидатами депутатам, однак Сейм може прийняти інше рішення (ч. 4 ст. 30).

Маршалок Сейму, згідно зі ч. 5 ст. 30 Регламенту Сейму, направляє отримані заяви, що містять список кандидатів на посаду суддів Конституційного Трибуналу, до відповідної комісії Сейму (наразі Комісії з питань правосуддя та прав людини), а інший зацікавлений комітет може делегувати своїх представників на свої засідання. Комітет запрошує кандидатів на засідання, де може поставити їм запитання. Робота комітету завершується підготовкою письмового висновку, який містить його рекомендацію щодо обрання конкретної особи на посаду судді Конституційного Трибуналу. Висновок подається Маршалкові Сейму (ч. 6 ст. 30), який розпоряджається про його друк і доставку всім депутатам. Розгляд подання Сеймом може відбутися не раніше наступного дня після передачі депутатам документа, що містить висновок комітету (ч. 8 ст. 30). Проте в особливих випадках Сейм може скоротити провадження, продовживши розгляд подання, не надсилаючи його до відповідного комітету, або зробивши це протягом коротшого періоду часу (ч. 9 ст. 30).

Конституція у ст. 194 не вирішує якою більшістю голосів має бути обраний суддя Конституційного Трибуналу, а це означає, що конституційний орган довірив вирішення цього питання законодавцю. Це впливає зі ст. 120 Конституції, згідно з якою постанови, як правило, приймаються простою більшістю голосів, однак статутом чи постановою сейму може бути встановлено інше²⁴.

На нашу думку, це не є правильним рішенням, оскільки питання обрання суддів Конституційного Трибуналу має таке важливе значення для державного устрою, що має вирішуватися безпосередньо конституцій-

²³ Skotnicki, Szmyt (n 8) 118.

²⁴ M Chmaj, J Juchniewicz, *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 120, 121, 122, 123, 124* (2022) 30.

ною нормою. На жаль, це питання не врегульовано навіть в законі про статус суддів Конституційного Трибуналу. Це робить лише Регламент Сейму, згідно з яким обрання Сеймом особи на посаду судді Конституційного Трибуналу здійснюється абсолютною більшістю голосів (ч. 1 ст. 31). Обрання кожного судді має відбуватися окремо, що означає, що неможливо голосувати *en bloc* (спільно) за двох чи більше кандидатів. Постанова про обрання судді оголошується в Офіційному журналі Республіки Польща “*Monitor Polski*” (ч. 3 ст. 31).

Положення, що регулюють обрання суддів Конституційного Трибуналу в літературі з цього питання, оцінюються як технічні, детальні та типові для парламентських процедур²⁵.

Дискусія відносно складу Конституційного Трибуналу, що почалася в 2015 р., призвела не тільки до конституційної кризи в Польщі, яка триває донині, і до зростання порушення принципу верховенства права, а й до припинення належного функціонування політизованого Конституційного Трибуналу. Це добре видно з кількості розглянутих ним справ або внутрішніх суперечок, які створюють ризик повного паралічу його роботи. Це призвело до падіння його авторитету. Тому триває дискусія про те, як вирішити цю проблему. З одного боку, лунають голоси про заміну кельсенівської (європейської) моделі перевірки конституційності закону на розосереджений контроль (американська модель), який здійснюють усі суди. Переважає переконання, що не буде постійного рішення, а буде унікальне, випадкове, і воно буде визначатися доктриною необхідності²⁶.

З другого боку, передбачається введення положень, що стосуються Конституційного Трибуналу, які відновлять його роль, що впливає з Конституції, і запобіжить подібним ситуаціям у майбутньому. Важливим елементом таких розглядів є пропозиції щодо внесення змін у методику відбору суддів цього органу. Пропозиції йдуть у двох напрямках. Перший вимагає внесення змін до Конституції, оскільки він передбачає обрання або призначення суддів Конституційного Трибуналу різними органами (наприклад Сеймом, Сенатом і Президентом). Але це не надто реально, тому що в існуючій політичній ситуації в Польщі немає шансів внести якісь зміни до Конституції. Тому надію на більший успіх можна пов'язувати з другим напрямком, який передбачає внесення суттєвих законодавчих змін у межах чинного конституційного регулювання. Безумовно, цьому сприяє зазначена раніше висока (надмірна) лаконічність його положень. Проявом такого способу мислення є “Суспільний проект закону про Конституційний Трибунал”, який підготувала група юри-

²⁵ Skotnicki, Szmyt (n 8) 123.

²⁶ A Rytel-Warzocho, ‘Jak nie Trybunał Konstytucyjny to co? O rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa w Polsce’ (2022) 3 Przegląd Prawa Konstytucyjnego 25–37.

дичних експертів, що діє при Фундації ім. Стефанана Баторія²⁷ (а також проєкт закону – Положення про введення закону про Конституційний Трибунал, спрямований на відновлення верховенства права в Трибуналі відповідно до Конституції).

Суспільний проєкт закону про Конституційний Трибунал у частині зміни способу обрання суддів Конституційного Трибуналу передбачає кілька суттєвих змін.

Перша – розширення кола суб'єктів, уповноважених висувати кандидатів. Окрім Президії Сейму та групи з 50 депутатів, передбачено надання цього права Президенту, групі не менше 30 senatorів, Загальній асамблеї суддів Верховного Суду, Загальній асамблеї суддів Вищого Адміністративного Суду, Вищій Раді Адвокатів, Національній Палаті Юрисконсультів і Національній Раді Прокурорів (ст. 18). Це, безсумнівно, слухна пропозиція. Можна ще розглянути питання про те, чи не слід надати це право Польській академії наук чи її Президії, або Комітету юридичних наук Польської академії наук і польській академії мистецтв і наук і навіть факультетам університетів, де проводяться дослідження в галузі юридичних наук. Однак існує небезпека, що Сейм зробить свій вибір лише з-поміж кандидатів, запропонованих депутатами, які належать до правлячої більшості. Тому оптимально, але без шансів на успіх постулювати, щоб депутати та сенатори не мали права висувати кандидатів на посади суддів Конституційного Трибуналу.

Друга – обмежує вік судді на момент обрання від 40 до 70 років (ч. 1 ст. 17).

Третя передбачає, що депутати, сенатори, члени Європейського Парламенту та члени Ради Міністрів можуть балотуватися лише після того, як минуло щонайменше 4 роки після закінчення повноважень або припинення повноважень функції члена Ради Міністрів (ч. 2 ст. 17). На нашу думку, якщо це рішення буде запроваджено, то має бути чітко визначений момент закінчення необхідного строку, чи це має бути день відкриття процедури обрання судді, заява про оголошення кандидата, чи навіть після вступ такої особи на посаду судді Конституційного Трибуналу.

Четверта – Маршалек Сейму зобов'язаний перевіряти, чи кандидати були подані уповноваженим органом і чи відповідають встановленим законом критеріям для подання на посаду судді Конституційного Трибуналу (ч. 5 ст. 18), а потім представити їх депутатам, Національній раді юстиції та громадській думці (ч. 1 ст. 19).

²⁷ Społeczny projekt ustawy o Trybunale Konstytucyjnym geneza oraz zasadnicze kierunki projektowanych zmian, (Fundacja im. Stefana Batorego, 2022) <<https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2022/07/Spoleczny-projekt-ustawy-o-Trybunale-Konstytucyjnym.pdf>> (accessed: 13.04.2023).

П'ята – обов'язком Національної ради юстиції є надання Маршалку Сейму після заслуховування кандидатів, висновків щодо відповідності кандидатів посаді (ч. 2 ст. 19).

Шоста – обов'язок Маршалка Сейму розпорядитися про відкрите публічне слухання кандидатів за участю депутатів і громадських організацій (ч. 3 ст. 19).

Сьома передбачає, що судді Конституційного Трибуналу обираються Сеймом кваліфікованою більшістю у 3/5 голосів за наявності щонайменше половини визначеної законом кількості депутатів (ч. 1 ст. 16). Обґрунтовується, що це має

призвести до представлення кандидатів, які завдяки своїм юридичним знанням і досвіду можуть отримати широку підтримку в Сеймі, також серед опозиційних груп. Ця постанова має на меті протидіяти практиці призначення на посаду судді Трибуналу кандидатів, які не вирізняються юридичними знаннями та професійним досвідом, але залишаються в тісних стосунках з угрупованням, яке зараз утримує парламентську більшість²⁸.

Я в цьому не переконаний. Обрання суддів Конституційного Трибуналу кваліфікованою більшістю голосів не обов'язково призведе до консенсусу серед політиків, але це може призвести до паралічу конституційного суду, оскільки правляча більшість не обов'язково хоче контролювати прийняті нею закони, а оскільки посади суддів не будуть заповнені, то не буде кому судити.

Представлений аналіз кваліфікації кандидатів і процедури відбору суддів Конституційного суду Польщі показує, що конституційні та законодавчі норми, які застосовуються в цьому відношенні, а також у Регламенті Сейму Республіки Польща, не позбавлений дефектів. Нині проблему загострює ігнорування правлячою більшістю існуючого конституційного ладу. Тому зміни в законодавстві необхідні, але, безперечно, це буде нелегко, про що свідчать наявні суперечки та триваюча дискусія.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Chmaj M, Juchniewicz J, *Komentarz do Konstytucji RP. Art. 120, 121, 122, 123, 124* (Warszawa 2022) (in Polish).
2. Garlicki L, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu* (wydanie 9, 2022) (in Polish).

²⁸ Społeczny projekt ustawy o Trybunale Konstytucyjnym geneza oraz zasadnicze kierunki projektowanych zmian (n 27) 14–5.

Edited books

3. Garlicki L, 'Uwaga 5 do art. 194' w Garlicki L (red), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t IV* (2005) 4–5 (in Polish).
4. Garlicki L, 'Uwaga 8 do art. 194' w Garlicki L (red), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t IV* (2005) 10 (in Polish).
5. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz* (Tuleja P red, 2019) (in Polish).
6. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, t II: Komentarz do art. 87–243* (Safjan M, Bosek L red, 2016) (in Polish).

Journal articles

7. Ławnikowicz G, Pilipiec S, 'Nieskazitelność charakteru i nieposzlakowana opinia w prawie prawniczych samorządów zawodowych' [2016] G (LXIII) *Acta Universitatis Mariae Curie-Skłodowska* 235 (in Polish).
8. Rytel-Warzocho A, 'Jak nie Trybunał Konstytucyjny to co? O rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa w Polsce' (2022) 3 *Przegląd Prawa Konstytucyjnego* 25–37.
9. Zoll A, 'Sposób wyboru sędziów Trybunału Konstytucyjnego' (2016) 1 *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 49 (in Polish).

Conference papers

10. Skotnicki K, 'Ginčas dėl Lenkijos Konstitucinio Tribunolo sudėties' w *Lietuvos ir Lenkijos konstitucines teisės aktualios. Straipsnių rinkinys* (Vilniaus universitetas 2020) 105–14 (in Lithuanian).
11. Skotnicki K, Szmyt A, 'Powoływanie sędziów sądu konstytucyjnego – przykład słowacki na tle polskim' w Orosz L, Grabowska S, Majerčák T (red), *Ústavné dni. Tretie funkčné obdobie Ústavného súdu Slovenskej republiky – VII. Ústavné dni, Zborník príspevkov, Kancelária Ústavného súdu Slovenskej republiky* (Košice 2019) 122 (in Polish).

Websites

12. Radziejewicz P, 'Zasady i procedura wyboru sędziów polskiego Trybunału Konstytucyjnego' <<https://www.inpris.pl/wazne/omx-monitoring/omx-tk-poprzednie-wybory/procedura-wyboru-sedziow-tk>> (accessed: 13.04.2023) (in Polish).
13. Społeczny projekt ustawy o Trybunale Konstytucyjnym – geneza oraz zasadnicze kierunki projektowanych zmian (*Fundacja im. Stefana Batorego*, 2022) <<https://www.batory.org.pl/wp-content/uploads/2022/07/Spoeczny-projekt-ustawy-o-Trybunale-Konstytucyjnym.pdf>> (accessed: 13.04.2023) (in Polish).

Krzysztof Skotnicki

QUALIFICATION OF CANDIDATES AND SELECTION PROCEDURE JUDGES OF THE CONSTITUTIONAL TRIBUNAL OF POLAND

ABSTRACT. The Constitutional Tribunal was established in Poland in 1982. The article presents an analysis of the qualifications of candidates and the procedure for selecting judges of this court. Judges are elected by the Sejm. Candidates are proposed by the Presidium of the Sejm or 50 deputies. Pursuant to the Constitution of 1997, judges must be distinguished by legal knowledge, which is an example of "legal empty words". The current Act of 2016 on the status of judges of the Constitutional Tribunal provides that these judges should meet the same conditions as judges of the Supreme Court and the Supreme Administrative Court. This means that a judge: 1) must have only Polish citizenship;

ПРАВО УКРАЇНИ • 2023 • № 7 • 39-52

2) may not be validly convicted of an intentional crime prosecuted by public indictment or convicted for committing an intentional fiscal crime or against whom a final judgment conditionally discontinuing criminal proceedings for committing an intentional crime prosecuted by public indictment or intentional fiscal crime has not been issued; 3) must be over 40 years old; 4) be of impeccable character; 5) must have completed higher studies in law in the Republic of Poland and have a master's degree or a foreign law degree recognized in the Republic of Poland; 6) be distinguished by a high level of legal knowledge; 7) must be able, due to his health condition, to perform the duties of a judge; 8) have at least ten years of experience as a judge, prosecutor, President of the General Attorney's Office of the Republic of Poland, its vice-president, counselor, or for at least ten years practiced the profession of an advocate, legal adviser or notary public in Poland; 9) could not in the years 1944–1990 serve, work or be a collaborator of the state security authorities. Disputes over the composition of the Constitutional Tribunal in 2015 initiated a constitutional crisis in Poland and led to the collapse of the authority of this body. In the ongoing discussion about the revival of its constitutional role, it includes, among others, proposals for changes in the manner of electing judges of the Constitutional Tribunal. First of all, it is proposed to extend the circle of entities proposing candidates, as well as to elect judges by a 3/5 majority of votes in the presence of at least half of the statutory number of deputies.

KEYWORDS: Constitutional Tribunal; judges of the Constitutional Tribunal; Sejm; qualifications of judges of the Constitutional Tribunal; procedure for selecting judges of the Constitutional Tribunal.

II. Практично-правові проблеми інституційного дизайну Конституційного Суду України

DOI: 10.33498/Юш-2023-07-053



Юрій Барабаш

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
проректор з науково-педагогічної роботи
та стратегічного розвитку,
професор кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
голова Науково-консультативної ради
при Конституційному Суді України
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1145-6452>
yu.g.barabash@nlu.edu.ua

Олена Бориславська

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри конституційного права
Львівського національного університету імені Івана Франка,
членкиня Науково-консультативної ради
при Конституційному Суді України
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8338-0966>
Researcher ID: HZH-6018-2023
olena.boryslavska@lnu.edu.ua



УДК 342.565.2

КОНСТИТУЦІЙНА ЮРИСПРУДЕНЦІЯ (ОФІЦІЙНА КОНСТИТУЦІЙНА ДОКТРИНА) В УКРАЇНІ: ПРОБЛЕМИ СТАНОВЛЕННЯ

Анотація. Попри те, що орган конституційної юстиції функціонує в Україні упродовж досить тривалого періоду часу, питання стосовно природи й сутності конституційної юриспруденції (офіційної конституційної доктрини) досі є предметом дискусій для вітчизняної наукової спільноти. Водночас світовий дискурс із цього питання обертається навколо того, що сучасні конституційні суди творять право, а конституційна юриспруденція, як результат їхньої діяльності, суттєво впливає на розвиток національних суспільно-політичних систем. У цій статті ми намагалися проаналізувати, що являє собою конституційна юриспруденція сьогодні, якою є її природа та головні проблеми становлення в Україні. Пошук відповідей на ці питання потребував аналізу кількох суміжних питань методологічного характеру: щодо сутності конституції, системи джерел конституційного права та місця у ній конституційної юриспруденції.

© Юрій Барабаш, Олена Бориславська, 2023

Оскільки концепція офіційної конституційної доктрини досить активно розвивається у Литві, окрему увагу ми присвятили аналізу литовського досвіду, де конституційне право розуміють як “право конституції”, що охоплює, окрім офіційного конституційного тексту, інтерпретаційні акти Конституційного суду.

Враховуючи виокремлені властивості конституційної юриспруденції, ми спробували поглянути на її формування в Україні крізь призму національних особливостей. У результаті з’ясували, що на її становленні негативно позначились передусім поширені впродовж тривалого періоду часу підходи в академічній доктрині, зокрема “радянський” підхід до розуміння джерел конституційного права, що призвело до применшення ролі конституційної юриспруденції.

Крім того, ми проаналізували окремі вади у формуванні вітчизняної офіційної конституційної доктрини. Характеризуючи сучасний етап розвитку офіційної конституційної доктрини в Україні, можна констатувати, що загалом Конституційний Суд України сформував методологічну й аксіологічну основи своєї юриспруденції. Особливо цінними з погляду аксіологічної наповненості видаються останні рішення, ухвалені судом вже після початку повномасштабної збройної агресії Росії проти України, в яких чітко артикулюється на конституційних цінностях та їхньому фундаментальному характері.

Ключові слова: конституційна юриспруденція; офіційна конституційна доктрина; конституційний суд; конституційна юстиція; конституціоналізм.

Вступ

Навряд чи сьогодні існують сумніви в тому, що конституційні суди творять право. Спираючись на погляди батьків-засновників американської Конституції, що конституція потребує особливого захисту як акт, який має пряму дію та володіє юридичним верховенством¹, ідея конституційного контролю (*constitutional review*) розвинулася у цілком самодостатню доктрину конституційної юстиції, а конституційні суди набули серйозної ваги в політико-правових системах сучасних держав². Таке зростання ролі останніх можна пояснювати різними причинами. До прикладу, Д. Робертсон стверджує, що, ‘оскільки традиційні інститути морального авторитету втратили свою силу, конституційні судді заповнили цю прогалину, докорінно змінивши традиційні уявлення про те, що можуть і повинні робити суди’³. К. МакКоліфф наголошує на посиленні ролі конституційної юриспруденції (зокрема, тлумаченні конституції) у зв’язку

¹ А Гемілтон, ‘Федераліст № 78’ в Антологія лібералізму: політико-правничі вчення та верховенство права (Головатий С, Козюбра М, Сироїд О упоряд, Книги для бізнесу 2008) 465–73.

² Звичайно, тут ідеться про країни з кельзенською моделлю конституційного контролю. Проте конституційна юриспруденція загальних судів (якщо розглядати категорію конституційна юриспруденція із погляду змісту судових рішень, а не органів, які здійснюють повноваження конституційного контролю) також повторює цю тенденцію.

³ D Robertson, *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review* (Princeton University Press 2010).

з гарантуванням основоположних прав⁴. Г. Хеннінг пов'язує ці процеси із загальною тенденцією до юридизації політики⁵.

Проте, незважаючи на причини, доконаним є факт, з якого ми почали виклад цієї статті: конституційні суди творять право, і конституційна юриспруденція, як результат їхньої діяльності, суттєво впливає на розвиток національних суспільно-політичних систем. Така тенденція проглядається вже при поверхневому погляді на діяльність органів конституційної юстиції консолідованих демократій упродовж кількох останніх десятиліть, і підтверджується при більш прискіпливому аналізі більшості із них⁶. Проте, що являє собою конституційна юриспруденція сьогодні, якою є її природа та головні проблеми становлення в Україні? Видається, що пошук відповідей на ці питання потребує аналізу кількох суміжних. Зокрема, питань методологічного характеру – щодо сутності конституції, системи джерел конституційного права та місця у ній конституційної юриспруденції.

Метою дослідження є аналіз природи й сутності конституційної юриспруденції та ключових проблем її становлення в Україні.

Сутність конституційної юриспруденції.

Конституційна юриспруденція vs офіційна конституційна доктрина

Дискусія про природу конституційної юриспруденції відсилає до вчення про живу конституцію, під якою розуміють писану конституцію з усією сукупністю 'офіційних тлумачень, що охоплюють вплив звичаїв, практики політичних партій, дій чи бездіяльності парламенту [Конгресу] і Президента, та, особливо, судової інтерпретації'⁷. Запровадження спеціалізованих органів конституційної юстиції в європейських державах початково не мало на меті перетворення практики конституційних судів на своєрідне "право конституції", що дуже нагадує живу конституцію в її американському трактуванні. Проте поступове посилення ролі конституційних судів, зумовлене, зокрема, і наданням їм функції захисту основоположних прав людини, та одночасне зростання ролі такої функції, якщо не призвело до цього результату, то принаймні суттєво наблизило до нього.

Показовим у цьому контексті є литовський досвід, де конституційне право розуміють як, уже згадане вище, "право конституції", що охоплює,

⁴ 'Більш про права надає широкі за змістом гарантії, які потребують спеціального судового тлумачення для з'ясування мети, обсягу та значення конкретних конституційних гарантій'. Див.: С. М. А. McCauliff, 'Constitutional Jurisprudence of History and Natural Law: Complementary or Rival Modes of Discourse?' [1988] 24 (2) California Western Law Review 287.

⁵ Henning Glaser (ed), *Constitutional Jurisprudence: Function, Impact and Challenges* (Nomos 2016).

⁶ Такому аналізу присвячено низку монографічних праць, зокрема: Monika Florczak-Wątor, *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts* (1st ed, Taylor and Francis 2020); Glaser (n 5).

⁷ Howard Lee McBain, *The Living constitution, a consideration of the realities and legends of our fundamental law* (The McMillan Company 1937) 284.

окрім офіційного конституційного тексту, інтерпретаційні акти Конституційного суду. Загалом, за визначенням колишньої судді Конституційного Суду Литви Е. Куріс, поява конституційної юстиції призвела до радикальної трансформації конституційного права.

Ця зміна включала три ключові елементи: (i) офіційне закріплення концепції живої Конституції, тобто юридичної Конституції, яка постійно розвивається шляхом її офіційного тлумачення; (ii) підняття актів Конституційного Суду – абсолютно нового джерела права – за своїм статусом до рівня джерел конституційного права; і (iii) виключення з переліку джерел конституційного права всіх інших актів, крім тексту Конституції та актів Конституційного Суду (оскільки вони містять офіційне тлумачення Конституції). Слідом за практикою Конституційного Суду такий конституціоналістський підхід був прийнятий (хоча і не відразу) і литовською правничою наукою⁸.

Відповідно до цього підходу конституція – це не тільки положення нормативно-правового акта найвищої юридичної сили, який називається Конституцією, а й конституційна юриспруденція – практика Конституційного Суду, в якій цей правовий акт тлумачиться і розвивається⁹. У процесі тлумачення конституційних положень, за визначенням голови Конституційного Суду Литви у відставці Д. Жалімаса, передусім відбувається з'ясування змісту конституційних норм і принципів, їхнього значення та взаємозв'язку.

Таким чином, первинний конституційний текст трансформується у вторинні тексти – постанови, висновки та рішення Конституційного Суду, в яких формуються офіційні доктринальні положення, що розкривають сутність і зміст положень первинного тексту. Зміст положень Конституції розкривається поступово, формулюючи відповідну офіційну конституційну доктрину в конкретних справах. За першим тлумаченням може слідувати друге і третє тлумачення того самого положення. Друге тлумачення вже пов'язане з першим, а перше і друге – з третім. Таким чином, конституційна юриспруденція забезпечує життєздатність Конституції та динаміку конституційного ладу, гарантуючи його стабільність¹⁰.

Звернемо увагу на те, що литовська правнича наука оперує терміном “офіційна конституційна доктрина”, що є об'єктом критики з боку дея-

⁸ Egidijus Kuris, ‘Constitutional Law as Jurisprudential Law: The Lithuanian Experience’. Report, *International Scientific and Practical Conference. “Constitutional Control Bodies in the Integration of Legal Systems: The International Experience and Practice in Tajikistan”* <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2010\)022-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2010)022-e)> (accessed: 11.07.2023).

⁹ Dainius Zalimas, ‘The Constitution of the Republic of Lithuania as the Jurisprudential Constitution’ in A Jakubčionis and others, *Lithuanian Constitutionalism: The Past and the Present* (Constitutional Court of the Republic of Lithuania 2017) 289.

¹⁰ Ibid 289–90, 344.

ких українських учених, які вказують на те, що доктрина за своєю сутністю апріорі не може бути офіційною. Хоча, з огляду на тлумачення змісту слова “доктрина” Академічним тлумачним словником української мови, одним із його семантичних значень є “система поглядів”¹¹. Тож видається, що у такому значенні доктрина як система поглядів, якщо вона сформована Конституційним Судом, цілком може набувати ролі офіційної.

Водночас наголошуємо, що дискусія у цьому випадку ведеться не про сутність офіційної конституційної доктрини чи факт її існування, а виключно про застосовувану термінологію. Ще одним застереженням щодо терміна “офіційна конституційна доктрина” є нібито її протиставлення неофіційній (академічній) доктрині. З приводу цього зауважимо, що такої конфронтації насправді не існує. Навпаки, практика діяльності Конституційного Суду України (далі – КСУ) показує синергію академічної доктрини та конституційної юриспруденції, яка значною мірою формується під впливом науки, із застосуванням позицій, викладених у наукових експертних висновках, наданих за зверненням КСУ, а також *amicus curiae*. Вплив конституційної юриспруденції на академічну доктрину також очевидний; при цьому остання жодним чином не зазнає обмежень у результаті того, що конституційна юриспруденція у ролі синонімічної назви йменується офіційною конституційною доктриною.

Хочемо привернути увагу до того, що термін “офіційна конституційна доктрина” може мати цілком видиме практичне значення, і справа ось у чому. Досить часто орган конституційної юстиції та його юриспруденція стають об’єктами критики через недостатню передбачуваність його рішень. У контексті цього зауважимо, що роль офіційної доктрини полягає, зокрема, і в тому, щоб забезпечити передбачуваність і послідовність у діяльності самого КСУ. Він також зв’язаний своїми офіційними позиціями. У виняткових випадках допускається зміна позицій КСУ, але такий *overruling* має бути ретельно аргументований. Тож застосовуваний термін “офіційна” доктрина окремо підкреслює обов’язковість позицій КСУ для нього ж.

Але, повертаючись до сутності конституційної юриспруденції, чи то офіційної конституційної доктрини, хочемо привернути увагу до кількох її властивостей, виокремлених Д. Жалімасом. До них належать: 1) офіційна доктрина повинна розкривати зміст Основного Закону на основі конституційних цінностей, як тих, що прямо в ній відображені, так і тих, які містяться у ній імпліцитно; 2) результат інтерпретаційної діяльності Конституційного суду має бути юридично обов’язковим, причому юридична сила інтепретаційних актів Суду прирівнюється до сили Конституції, адже в сукупності вони й становлять “*The Constitution*”, тобто “пра-

¹¹ ‘Доктрина, и, жін., книжн. Політичне, наукове, філософське, військове і т. ін. вчення, теорія, система поглядів’. Див.: *Словник української мови, т 2: Г–Ж* (Білодід І голова редкол, Наук думка 1971) 356.

во Конституції”; 3) офіційна конституційна доктрина характеризується системністю та послідовністю; 4) існування офіційної конституційної доктрини не допускає тлумачення Конституції через акти поточного законодавства, зокрема й закони¹².

Враховуючи ці властивості, спробуємо поглянути на формування конституційної юриспруденції в Україні.

Передумови становлення конституційної юриспруденції в Україні

Розгляд цього питання почнемо із загального зауваження стосовно особливостей запровадження інституту конституційної юстиції та, відповідно, передумов формування конституційної юриспруденції, у пост-соціалістичних державах.

Введення у правові системи колишніх соціалістичних країн нових інституцій, якими для них були конституційні суди, варто розглядати з двох позицій: по-перше, інституційної (як створення органу влади з новими повноваженнями та введення його в систему поділу державної влади); по-друге, фундаментальної, що передбачала докорінні зміни в правовій системі, які мали охопити не тільки інституційний дизайн державної влади, а й усю правову систему, починаючи з джерел конституційного права (і визнання конституційної юриспруденції одним із них), абсолютно нового розуміння конституції та сприйняття її сутності. Проте не в усіх країнах такі зміни відбулися одночасно.

Тим країнам, в яких відбулося сприйняття конституційної юстиції на обидвох рівнях (інституційному та фундаментальному) одночасно, вдалося значно швидше побудувати ефективну систему реалізації та захисту конституції, а їхнім конституційним судам – послідовно розвивати власну конституційну юриспруденцію (прикладом може слугувати, зокрема, Литва). Натомість країни, політичні еліти яких були неготові до сприйняття нової (порівняно з колишнім авторитарно-соціалістичним підходом) ролі конституції та конституційних судів, залишилися на маргінесі конституційної демократії. До таких країн, на жаль, доводиться віднести Україну, політичні еліти якої впродовж багатьох років фактично опиралися становленню КСУ як дійсно незалежної інституції.

Крім того, не сприяли цьому і досить поширені впродовж тривалого часу після проголошення державного суверенітету України застарілі підходи в академічній доктрині, зокрема “радянський” підхід до розуміння джерел конституційного права, що вплинуло на применшення ролі конституційної юриспруденції. Незважаючи на досить прогресивні погляди, які панували в науці права і політики в дорадянську добу, період радянської окупації зачепив і науку конституційного права. Запроторення

¹² Žalimas (n 9) 289–388.

юридичної науки в комуністичні ідеологічні окови призвело до того, що конституційна матерія була “загнана” в межі так званого “державного права” (при цьому в радянській юридичній науці проводився водорозділ між “державним правом” та іншими публічно-правовими галузями, для яких державне право нібито було основою)¹³.

І якщо в дорадянський період у “Загальній науці права і політики” (1923 р.) С. Дністрянський розмежовує джерела і форми права¹⁴, конституцію вважає ‘засновним [ред. – установчим] законом, від якого бере почин законотворча власть’¹⁵ і виокремлює “право юриспруденції”¹⁶, вже незабаром радянська тоталітарна ідеологія не просто відкидає ці та низку інших прогресивних ідей, а й примушує забути про їхнє існування на багато десятиліть.

У першому комуністичному підручнику з державного права під редакцією А. Вишинського цьому питанню практично не приділялось уваги¹⁷, хоча саме він заклав основи радянсько-нормативістського підходу і того світогляду, який надовго закарбувався у свідомості юристів та якого, на жаль, не вдалося цілком позбутися і донині. Тож у подальших виданнях аналогічного спрямування автори вже пропонували конкретизацію “джерел” за таким форматом: окрім конституції, до них пропонувалось відносити такі специфічні форми закріплення норм, як укази президії Верховної Ради, основи законодавства, а також постанови Ради Міністрів та окремі акти місцевих органів державної влади¹⁸.

Варто відзначити, що певним проривом вважалась поява у “брежнєвську епоху”, як певного різновиду вільнодумства, ідеї про те, що в системі радянського права існує не державне, а конституційне право. Перший та єдиний підручник із цієї дисципліни, який побоюлись назвати підручником, ознаменувавши монографією, пропонував читачеві абсолютно аналогічну до прихильників державного права систему “джерел” цієї галузі. Акцентувалось на тому, що до джерел слід відносити і постанови ради міністрів, рішення місцевих рад та їхніх виконкомів¹⁹. І це при тому, що автори видання пропонували дійсно прогресивний для тих тоталітарних часів підхід, відповідно до якого галузь мала йменуватись саме як конституційне право, зокрема із тієї причини, що ‘регулювання основ правового положення громадян – це не одне й те саме, що регулювання діяльності держави’²⁰.

¹³ С. Алексеев, *Структура советского права* (Юрид лит-ра 1975) 206.

¹⁴ Станислав Дністрянський, *Загальна наука права і політики, т I* (Городиський І, Земан І наук ред, Видавництво УКУ 2019) 80.

¹⁵ Там само 231.

¹⁶ Там само 80.

¹⁷ Див.: *Советское государственное право* (Вышинский А ред, Юриздат НКЮ СССР 1938) 648.

¹⁸ *Советское государственное право* (Кравчук С ред, 2-е изд, перераб и доп, Юрид лит 1975) 39–45.

¹⁹ *Советское конституционное право* (Русинова С, Рянжин В ред, Изд-во ЛГУ 1975) 15.

²⁰ Там само 5.

Навіть на зламі епох, коли радянська державність добігала свого кінця, підходи в науці державного права суттєво не змінилися. Зокрема, пропонувалось відносити до джерел державного права спільні постанови партії та уряду. При цьому предметне регулювання таких актів, що наводились як приклад, свідчить про збереження радянсько-стереотипного зневажливого ставлення як до самої конституції, так і до галузі, джерелом якої вона є. Абсурдність такого підходу можна проілюструвати таким прикладом: “джерелом права” вважалась постанова партійних органів та уряду про мобілізацію на сільськогосподарську роботу в колгоспи працездатного населення міст і сільської місцевості²¹.

Здавалось би, що після здобуття незалежності та утвердження принципів правової та демократичної держави як основ конституційного ладу, мало б змінитись і ставлення до значущості конституції та сутності конституційного права. Натомість в одному з перших підручників із цієї дисципліни ми натрапляємо на майже аналогічний до зазначеного вище радянського підходу, що, зрештою, з огляду на спадковість у наукових підходах не є чимось надзвичайно дивним. До “джерел” пропонувалось відносити, окрім Конституції, також закони, акти референдуму, регламент парламенту, акти “делегованої законотворчості”, акти уряду, конституційно-правовий договір, укази президента²². Однак, чи не вперше пропонувалось надати статус джерела конституційного права актам КСУ (щоправда, слід пам’ятати, що робота писалась ще до ухвалення Конституції України 1996 р. та заснування повноцінного КСУ). При цьому актам КСУ надавався достатньо дивний статус “індивідуальних конституційних актів”²³.

Аналіз праць, написаних пізніше, свідчить, що принципово підходи з цього питання не змінилися. Так, В. Мелашенко в наступному академічному виданні, оприлюдненому вже значно пізніше після ухвалення Конституції та початку діяльності КСУ, не змінив своїх підходів у досліджуваному питанні (за винятком відмови від вказаної раніше характеристики актів КСУ)²⁴.

Водночас були спроби встановити реальне значення офіційної доктрини для конституційного права:

До конституційних прецедентів можуть бути віднесені і окремі рішення Конституційного Суду України, оскільки, не створюючи нових правових норм, він цими рішеннями, по-перше, визначає правову політику, якої повинні додержуватися при прийнятті нових нормативно-правових

²¹ Е. Лукьянова, ‘Источники советского государственного права в период между двумя конституциями (1936–1977 гг.)’ (1990) 2 *Советское государство и право* 125.

²² В. Мелашенко, *Основи конституційного права України: курс лекцій* (Вентурі 1995) 143–62.

²³ Там само 156.

²⁴ *Конституційне право України* (Погорілко В ред, Наукова думка 2003) 51.

актів парламентом інші правотворчі органи держави; по-друге, своїми рішеннями (з питань визнання неконституційними законів, інших правових актів повністю чи їх окремих положень; офіційного тлумачення Конституції та законів України)²⁵.

Стверджувалось також, що 'суд вносить певні зміни до чинної системи національного законодавства, уточнює зміст і межі правового регулювання'²⁶. Загалом же картина щодо аналізу системи джерел конституційного права була майже ідентична, незалежно від того, роботу якої вітчизняної правничої школи ми беремо для аналізу:

– до "джерел конституційного права" пропонується відносити конституцію, закони, інші акти нормативного характеру, нормативні акти Президента України, нормативні акти Кабінету Міністрів України (наприклад, постанову, яка затверджує положення про легалізацію об'єднання громадян), міжнародні договори, нормативні акти колишнього СРСР та УСРС, акти органів місцевого самоврядування та як допоміжні джерела – рішення КСУ²⁷;

– джерелами є конституція, декларації, акти всеукраїнського референдуму, міжнародні акти, акти Верховної Ради України, акти Президента та Кабінету Міністрів України, статuti та інші акти територіальних громад; також пропонується відносити і акти КСУ, які, на думку авторів, мають нормативний характер²⁸;

– аналогічно пропонується характеризувати акти КСУ, який із формального погляду не є правотворчим органом, 'однак його акти, які внаслідок особливостей об'єкту правового регулювання за своєю юридичною силою знаходяться вище актів Парламенту та Президента, вони мають нормативний характер і обов'язкові до виконання'²⁹.

В інших випадках маємо аналогічні підходи до розуміння джерельної бази з майже обов'язковим посиланням на регулятивний вплив на конституційному рівні актів органів місцевого самоврядування (зокрема, якими визначався порядок проведення мирних зібрань³⁰), періодичним додаванням до цього переліку роз'яснень Центральної виборчої комісії³¹ або ж актів Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини³².

Серед майже суцільної однотайності в цьому питанні, натрапляємо і на більш конструктивні підходи, насамперед щодо сутності рішень КСУ

²⁵ О Фрицький, *Конституційне право України: підручник* (Юрінком Інтер 2002) 50.

²⁶ Там само 50.

²⁷ В Кравченко, *Конституційне право України: навчальний посібник* (Атіка 2007) 35–7.

²⁸ В Чушенко, І Заяць, *Конституційне право України: підручник* (Ін Юре 2007) 35–50.

²⁹ *Курс конституційного права України, т 1: Общая часть: Основы теории конституционного права: учебник* (Баймуратов М, Батанова А ред, Одиссей 2008) 222–3.

³⁰ *Конституційне право: підручник* (Бакумов О, Гудзь Т, Марчук М ред, ХНУВС 2019) 20.

³¹ О Скрипнюк, *Курс сучасного конституційного права України: академічне видання* (Право 2009) 52.

³² *Конституційне право України: прагматичний курс* (Афанасьєва М, Єзеров А ред, Юридична література 2017) 41.

як джерел конституційного права: ‘<...> формою здійснення офіційного нормативного тлумачення виступає інтерпретаційний акт як різновид правових актів (інші різновиди – нормативний та індивідуальні акти)’³³. Водночас дивує включення до системи джерел конституційного права суто адміністративних актів та рішень суб’єктів місцевого самоврядування, за окремими із яких навіть визнається установчий характер³⁴.

Слід відзначити, що в зарубіжній літературі теж частково можна натрапити на таку розгалужену систему джерел конституційного права. Так, грецький фахівець Ф. С. Спірополос пропонує виділяти у межах національної правової системи, поруч із міжнародними договорами, конституцією, законами, конституційними звичаями, конституційними конвенціями та основоположними принципами права, так само і президентські декрети як джерела конституційного права. Щоправда, на це є низка причин. По-перше, при цьому вказується, що глава держави наділений достатньо специфічними повноваженнями із вирішення питань конституційного значення, таких як, приміром, визначення (у спосіб видання декрету) кількості депутатів парламенту для кожного виборчого округу з урахуванням чисельності його населення за результатами останнього перепису (ч. 2 ст. 54 Конституції Греції)³⁵. Так само не потрібно забувати, що система конституційного контролю в Греції, попри всю демократичність системи управління у цій країні та відповідність стандартам верховенства права, не має такого рівня впливу на конституційно-правову дійсність, як у тій же Німеччині чи Італії.

Тобто радянський науковий “спадок” позначився на формуванні академічної доктрини з самого початку здобуття незалежності. Уже поверхневий аналіз свідчить про те, що навіть визнання конституції актом установчої влади з найвищою юридичною силою, на жаль, не усунуло всіх “адміністративних” залишків її сприйняття як регуляторного документа, зміст якого може бути реалізований на рівні відповідних актів нижчої юридичної сили аж до локального рівня. Тобто конституція, хоча і є актом, який перебуває на вершині піраміди нормативного регулювання, попри це досі сприймається як акт, що через загальність її норм може бути деталізований на рівні як законів, так і підзаконних актів. Цим самим частково “розмивається” унікальний аксіологічний характер конституції, завдяки якому насправді вона і є основою стабільності конституційного ладу.

Завершуючи цю частину, зауважимо, що питання природи й сутності офіційної доктрини (чи конституційної юриспруденції) досі є предметом дискусії не тільки для вітчизняної наукової спільноти, а й деяких ін-

³³ В Шаповал, *Сравнительное конституционное право* (Княгиня Ольга 2007) 36.

³⁴ Н Чудик, ‘Статут територіальної громади як джерело конституційного права: проблемні питання теорії’ (2008) 3 Часопис Київського університету права 135.

³⁵ Philippos C. Spyropoulos, *Constitutional Law of Hellas* (Kluwer Law International 1995) 54.

ших постсоціалістичних країн. Так, приміром, для наукового дискурсу чеських колег так само характерне жваве обговорення того, чи є ухвалення рішення органом конституційної юрисдикції проявом “негативного законотворення”, а також чи слід шукати “конституційний матеріал” виключно в резолютивній частині рішень конституційного суду, чи юридичні позиції, що містяться в мотивувальній частині, так само є основою для формування згаданої офіційної доктрини³⁶.

Ключові проблеми становлення конституційної юриспруденції в Україні

Окрім наведеного, негативно позначились на становленні конституційної юриспруденції також помилки, які допускав і сам КСУ. Вкажемо на декілька з них, що, на нашу думку, мали найбільший вплив на проблему, яку ми розглядаємо.

По-перше, йдеться про *непослідовність КСУ та необґрунтовану зміну ним власних позицій*. І тут річ не тільки в передбачуваності рішень органу конституційної юстиції, що є вимогою верховенства права (хоча це дуже важливо). Але крім цього, як уже зазначалося вище, специфіка конституційної юриспруденції полягає у тому, що вона формується поступово, а кожне наступне тлумачення того самого положення зв'язане попереднім. Ми цілком погоджуємось із позицією В. Речицького щодо передумов існування офіційної конституційної доктрини:

Сама по собі офіційна доктрина може існувати лише тоді, коли більшість поглядів на роль і функції Основного Закону є усталеними (“класичними”). У випадку, коли погляди конституційних суддів є хронічно змінюваними, говорити про офіційну конституційну доктрину можна лише із застереженнями, тобто умовно³⁷.

Як приклад можна навести дві справи з питань, які стосувалися організаційних форм діяльності парламенту України, в яких КСУ висловив дві протилежні позиції щодо розуміння одного і того ж положення Конституції України. Так, розглядаючи справу щодо повноважності Верховної Ради України, КСУ досить чітко висловився, що “питання про внесення змін до Конституції України має бути розглянуте і вирішене на двох чергових сесіях Верховної Ради України послідовно (стаття 155 Конституції України)”³⁸. Однак, повернувшись до цього питання через

³⁶ D Kosar, L Vyhnánek, *The Constitution of Czechia: a Contextual Analysis* (Hart Publishing 2021) 54–7.

³⁷ В Речицький, “Чи може існувати в Україні офіційна конституційна доктрина?” (2017) 3 Вісник Конституційного Суду України 72–80.

³⁸ Рішення Конституційного Суду України від 17 жовтня 2002 р. № 17-пп/2002 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-02#Text>> (дата звернення: 13.07.2023); Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 13.07.2023).

певний час, КСУ, пославшись формально на існування вже ухваленого рішення з подібного питання та не пояснивши мотиви свого відступу від вже існуючої юридичної позиції у межах сформованої ним офіційної доктрини, виступив вже з іншою точкою зору, встановивши, що

наступною черговою сесією Верховної Ради України є чергова сесія парламенту, яка має відбутися відповідно до положень розділу XIII “Внесення змін до Конституції України” Основного Закону України та Регламенту Верховної Ради України і на якій законопроект про внесення змін до Конституції України, попередньо схвалений більшістю від конституційного складу Верховної Ради України, вважатиметься прийнятим як закон, якщо за нього проголосує не менш як дві третини від конституційного складу Верховної Ради України³⁹.

Тим самим фактично відмовившись від своєї попередньої позиції.

По-друге, важливою помилкою методологічного характеру були *спроби тлумачити Конституцію через положення актів законодавства*. Вище вже згадувалося про те, що це принципове питання для існування феномену конституційної юриспруденції, адже природа конституції та конституційної юстиції пов’язана з установчою владою та потребою захисту результатів її волевиявлення (яким є конституція). Первинний характер установчої влади, з одного боку, та похідний – влади законодавчої і, тим паче, виконавчої, з другого боку, – логічно приводить до висновку про те, що орган конституційної юстиції як інтерпретатор конституції не може бути зв’язаний актами законодавчої чи виконавчої влад.

Натомість у практиці КСУ, на жаль, є приклади застосування протилежного підходу, що найбільш яскраво проявилось у справі про коаліцію депутатських фракцій:

Тлумачення положень частини шостої статті 83 Конституції України в Рішенні Конституційного Суду України від 17 вересня 2008 року № 16 рп/2008 дано без урахування положень Регламенту, оскільки Тимчасовий регламент Верховної Ради України цим же Рішенням був визнаний таким, що не відповідає Конституції України <...> Конституційне положення щодо встановлення засад формування коаліції Конституцією України і Регламентом реалізоване з набуттям чинності 17 лютого 2010 року Законом України “Про Регламент Верховної Ради України” № 1861-VI, тому офіційне тлумачення відповідних положень Конституції України та Регламенту щодо формування коаліції має відбуватися у їх системному зв’язку⁴⁰.

³⁹ Рішення Конституційного Суду України від 15 березня 2016 р. № 1-пп/2016 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-16#Text>> (дата звернення: 13.07.2023).

⁴⁰ Рішення Конституційного Суду України від 6 квітня 2010 р. № 11-пп/2010 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-10#Text>> (дата звернення: 13.07.2023).

По-третє, серйозною проблемою, що стала на заваді ефективному формуванню конституційної юриспруденції в Україні, стала *недостатня аргументованість* деяких рішень КСУ, особливо тих, що викликали значний суспільний резонанс. Тут варто зауважити, що визнання закону (чи його окремих положень) неконституційним щоразу є важливим кроком, адже йдеться про втрату чинності актом загальнонаціонального представницького органу, що представляє волю народу⁴¹. А це накладає на орган конституційного правосуддя обов'язок детальної і ґрунтовної аргументації щодо кожного положення, яке визнається неконституційним. Проте коли йдеться про особливо чутливі питання та резонансні справи, значення аргументації рішення КСУ набуває особливої ваги. У таких випадках чітким та очевидним стає такий взаємозв'язок: легітимність його рішення – авторитет органу конституційної юстиції – авторитет та повага до конституції. Показовою у контексті наведеного була криза, спричинена рішенням КСУ у справі щодо електронного декларування та повноважень Національного агентства з питань запобігання корупції⁴².

Та незважаючи на це, КСУ вдалося сформувати цілу низку важливих положень із ключових питань становлення і розвитку України як конституційної демократії. Ідеться про його позиції щодо національної ідентичності, верховенства права, поділу влади, безпосередньої демократії, пропорційності обмеження прав людини тощо. Характеризуючи сучасний етап розвитку офіційної конституційної доктрини в Україні, можна констатувати, що загалом КСУ сформував методологічну та аксіологічну⁴³ основи своєї юриспруденції. Особливо цінними з погляду аксіологічної наповненості видаються останні рішення, ухвалені ним вже після початку повномасштабної збройної агресії Росії проти України, в яких чітко артикулюється на конституційних цінностях та їхньому фундаментальному характері. До прикладу: 'Свобода є фундаментальною цінністю для демократичної держави'⁴⁴; 'Підтримання високого рівня обороноздатності є найвищим державним інтересом і однією з найбільш захищених конституційних цінностей України'⁴⁵ тощо. Безумовно, це підсилює роль конституційної юриспруденції та підвищує її значення.

Щоправда, і тут є сфера для вдосконалення. Видається, що національній конституційній юриспруденції все ще бракує так званого *landmark decision* – знакового рішення, за прикладом рішення Федерального Кон-

⁴¹ H F Pitkin, *The Concept of Representation* (University of California Press 1967) 330.

⁴² Рішення Конституційного Суду України від 27 жовтня 2020 р. № 13-п/2020 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-20#Text>> (дата звернення: 13.07.2023).

⁴³ М Савчин, 'Конституційні цінності та конституційна юриспруденція в Україні' (2010) 1 Вісник Конституційного суду України 111–20.

⁴⁴ Рішення Конституційного Суду України від 27 грудня 2022 р. № 4-п/2022 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va04p710-22#Text>> (дата звернення: 13.07.2023).

⁴⁵ Рішення Конституційного Суду України від 6 квітня 2022 р. № 1-п(II)/2022 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v001p710-22#Text>> (дата звернення: 13.07.2023).

ституційного Суду Німеччини у справі *Luth*, яким він визнав людську гідність ключовою конституційною цінністю, захисту якої мають бути підпорядковані всі державні дії, включаючи обмеження прав людини:

Основоположні права – це, перш за все, право на захист громадянина від держави; проте в положеннях Основного Закону щодо основоположних прав втілюється також об'єктивна система цінностей, що вважається конституційно-правовим базовим принципом для всіх галузей права⁴⁶.

У монографічній літературі з цього приводу абсолютно слушно відзначається, що за цією перспективою стоїть визначення важливих концепцій, які підтримують припущення, що основоположні права є частиною аксіологічного порядку, наприклад, ідея людської гідності як найвищої цінності на противагу ліберальній концепції захисту індивідуальної свободи. Звідси впливає особливий підхід Конституційного суду: людська гідність охороняється не лише тоді, коли діяльність держави щодо індивідуальної свободи обмежується, а й тоді, коли ця свобода інтерпретується відповідно до соціального моменту та загального правового порядку⁴⁷.

Висновки. Узагальнюючи ключові проблеми становлення конституційної юриспруденції в Україні, зауважимо, що сам КСУ не поспішав наголошувати на важливості своїх рішень для стабільності функціонування конституційної системи. Попри це, вважаємо, що значна частина провини все-таки лежить на академічній доктрині, яка після стількох років так і не спромоглася чітко визначити пріоритетну роль органу конституційної юстиції у забезпеченні аксіологічного значення Конституції. Періодично відводячи другорядну роль рішенням КСУ, досі дискутуючи про юридичну природу цих рішень, академічна наука сприяла тому, що як професійне середовище, так і громадська думка сприймає його діяльність не як визначальну для розуміння сутності конституції, а як щось другорядне.

⁴⁶ BVerfGE 7, 198 (Luth / Лют), Избранные решения Федерального Конституционного Суда Германии (Клаудиа Кроуфорд ред, перевод с немецкого, Infotropic Media 2018) <https://www.kas.de/documents/278107/5436368/Ausgew%C3%A4hlte+Entscheidungen_Book.pdf/8efadafe-e03e-75c2-66da-e0f976928330?version=1.0&t=1555592705132> (дата звернення: 13.07.2023).

⁴⁷ Juliano Zaiden Benvindo, *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism* (Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010) 58.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Benvindo J Z, *On the Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism* (Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010) (in English).
2. Florczak-Wątor M, *Judicial Law-Making in European Constitutional Courts* (1st ed, Taylor and Francis 2020) (in English).
3. Kosar D, Vyhnánek L, *The Constitution of Czechia: a Contextual Analysis* (Hart Publishing 2021) (in English).
4. McBain H L, *The Living constitution, a consideration of the realities and legends of our fundamental law* (The McMillan Company 1937) (in English).
5. Pitkin H F, *The Concept of Representation* (University of California Press 1967) (in English).
6. Robertson D, *The Judge as Political Theorist: Contemporary Constitutional Review* (Princeton University Press 2010) (in English).
7. Spyropoulos Ph C, *Constitutional Law of Hellas* (Kluwer Law International 1995) (in English).
8. Alekseev S, *Struktura sovetskogo prava* (Jurid lit-ra 1975) (in Russian).
9. Chushenko V, Zaiats I, *Konstytutsiine pravo Ukrainy: pidruchnyk* (In Yure 2007) (in Ukrainian).
10. Frytskyi O, *Konstytutsiine pravo Ukrainy: pidruchnyk* (Iurinkom Inter 2002) (in Ukrainian).
11. Kravchenko V, *Konstytutsiine pravo Ukrainy: navchalnyi posibnyk* (Atika 2007) (in Ukrainian).
12. Melashchenko V, *Osnovy konstytutsiinoho prava Ukrainy: kurs lektzii* (Venturi 1995) (in Ukrainian).
13. Shapoval V, *Sravnitel'noe konstitucionnoe pravo* (Knjaginja Ol'ga 2007) (in Russian).
14. Skrypniuk O, *Kurs suchasnoho konstytutsiinoho prava Ukrainy: akademichne vydannia* (Pravo 2009) (in Ukrainian).

Edited books

15. Glaser Henning (ed), *Constitutional Jurisprudence: Function, Impact and Challenges* (Nomos 2016) (in English).
16. Žalimas D, 'The Constitution of the Republic of Lithuania as the Jurisprudential Constitution' in Jakubčionis A and others, *Lithuanian Constitutionalism: The Past and the Present* (Constitutional Court of the Republic of Lithuania 2017) 289 (in English).
17. Dnistrianskyi Stanyslav, *Zahalna nauka prava i polityky, t I* (Horodyskyi I, Zeman I nauk red, Vydavnytstvo UKU 2019) (in Ukrainian).
18. Hemilton A, 'Federalist № 78', *Antolohiia liberalizmu: polityko-pravnychi vchennia ta verkhovenstvo prava* (Holovatyi S, Koziubra M, Syroid O uporiad, Knyhy dlia biznesu 2008) 465–73 (in Ukrainian).
19. *Konstytutsiine pravo Ukrainy* (Pohorilko V red, Naukova dumka 2003) (in Ukrainian).
20. *Konstytutsiine pravo Ukrainy: prahmatychnyi kurs* (Afanasieva M, Yezerov A red, Yurydychna literatura 2017) (in Ukrainian).
21. *Konstytutsiine pravo: pidruchnyk* (Bakumov O, Hudz T, Marchuk M red, KhNUVS 2019) (in Ukrainian).
22. *Kurs konstitucionnogo prava Ukrainy, t 1: Obshhaja chast': Osnovy teorii konstitucionnogo prava: uchebnik* (Bajmuratov M, Batanova A red, Odissej 2008) (in Russian).

Юрій Барабаш, Олена Бориславська

23. *Sovetskoe gosudarstvennoe pravo* (Vyshinskij A red, Jurizdat NKJu SSSR 1938) (in Russian).
24. *Sovetskoe gosudarstvennoe pravo* (Kravchuk S red, 2-e izd, pererab i dop, Jurid lit 1975) (in Russian).
25. *Sovetskoe konstitucionnoe pravo* (Rusinova S, Rjanzhin V red, Izd-vo LGU 1975) (in Russian).

Dictionaries

26. *Slovnnyk ukrainskoi movy, t 2: H–Zh* (Bilodid I holova redkol, Nauk dumka 1971) (in Ukrainian).

Journal articles

27. McCauliff C M A, 'Constitutional Jurisprudence of History and Natural Law: Complementary or Rival Modes of Discourse?' [1988] 24 (2) California Western Law Review 287 (in English).
28. Chudyk N, 'Statut terytorialnoi hromady yak dzherelo konstytutsiinoho prava: problemni pytannia teorii' (2008) 3 Chasopys Kyivskoho universytetu prava 135 (in Ukrainian).
29. Luk'janova E, 'Istochniki sovetskogo gosudarstvennogo prava v period mezhdv dvumja konstitucijami (1936–1977 gg.)' (1990) 2 Sovetskoe gosudarstvo i pravo 125 (in Russian).
30. Rechyskyi V, 'Chy mozhe isnuvaty v Ukraini ofitsiina konstytutsiina doktryna?' (2017) 3 Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy 72–80 (in Ukrainian).
31. Savchyn M, 'Konstytutsiini tsinnosti ta konstytutsiina yurysprudentsiia v Ukraini' (2010) 1 Visnyk Konstytutsiinoho sudu Ukrainy 111–20 (in Ukrainian).

Conference papers

32. Kuris Egidijus, 'Constitutional Law as Jurisprudential Law: The Lithuanian Experience'. Report, *International Scientific and Practical Conference. "Constitutional Control Bodies in the Integration of Legal Systems: The International Experience and Practice in Tajikistan"* <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU\(2010\)022-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2010)022-e)> (accessed: 11.07.2023) (in English).

Iurii Barabash
Olena Boryslavska

CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE
(OFFICIAL CONSTITUTIONAL DOCTRINE) IN UKRAINE:
PROBLEMS OF ESTABLISHMENT

ABSTRACT. Despite the fact that the body of constitutional justice has been functioning in Ukraine for quite a long period of time, the question of the nature and essence of constitutional jurisprudence (official constitutional doctrine) is still a subject of debate for the domestic scientific community. At the same time, the world discourse on this issue revolves around the fact that modern constitutional courts create law, and constitutional jurisprudence, as a result of their activity, significantly affects the development of national socio-political systems. In this article, we tried to analyze what constitutional jurisprudence is today, what is its nature and the main problems of its development in Ukraine. The search for answers to these questions required the analysis of several related

questions of a methodological nature: regarding the essence of the constitution, the system of sources of constitutional law and the place of constitutional jurisprudence in it.

Since the concept of official constitutional doctrine is quite actively developing in Lithuania, we devoted special attention to the analysis of the Lithuanian experience, where the constitution is understood as “constitutional law”, which includes, in addition to the official constitutional text, interpretative acts of the Constitutional Court.

Considering the isolated properties of constitutional jurisprudence, we tried to look at its formation in Ukraine through the prism of national characteristics. As a result, it was found that its formation was negatively affected, first of all, by long-standing approaches in academic doctrine, in particular, the “Soviet” approach to understanding the sources of constitutional law, which led to the downplaying of the role of constitutional jurisprudence.

In addition, we analyzed some defects in the formation of the domestic official constitutional doctrine. Characterizing the current stage of the development of the official constitutional doctrine in Ukraine, it can be stated that, in general, the Constitutional Court of Ukraine has formed the methodological and axiological foundations of its jurisprudence. Particularly valuable from the point of view of axiological content are the latest decisions adopted by the Court already after the beginning of Russia’s full-scale armed aggression against Ukraine, which clearly articulate constitutional values and their fundamental nature.

KEYWORDS: constitutional jurisprudence; official constitutional doctrine; constitutional court; constitutional justice; constitutionalism.



Тетяна Слінсько

кандидатка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6290-3625>
t.m.slinko@nlu.edu.ua

Євгеній Ткаченко

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри конституційного права України
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2510-5362>
ye.v.tkachenko@nlu.edu.ua



УДК 342.41

ГАРАНТУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ НАЦІОНАЛЬНОЇ ІДЕНТИЧНОСТІ ОРГАНАМИ КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ

АНОТАЦІЯ. У статті з'ясовано сутність концепції конституційної національної ідентичності. На підставі аналізу думок науковців розуміння ними змісту цієї категорії виокремлено широкий і вузький підходи до тлумачення конституційної ідентичності. У першому випадку, тобто у широкому сенсі, йдеться про сукупність певних принципів, інститутів і традицій, які лежать в основі нормотворчої та правозастосовної діяльності. За вузького підходу вона означає наявність незмінюваних положень Основного Закону. За результатами аналізу зроблено висновок, що усвідомлення суті конституційної національної ідентичності має важливе значення при внесенні змін і доповнень до Основного Закону, адже саме принцип, що досліджується, слугує певним запобіжником, діє, так би мовити, як охоронець, який стоїть на заваді намаганням певним чином викривити чи підмінити поняття, відокремлюючи ті зміни, які є прийнятними для національної правової системи, від тих, які можуть виявитися руйнівними для неї.

Наголошено, що ця категорія для українського конституційного права є відносно новою, тоді як вона поширена в європейському праві, передусім завдяки практиці Федерального Конституційного Суду Німеччини. Зокрема, орган конституційної юрисдикції Німеччини через застереження "вічності" розробив доктрину конституційної ідентичності. Зі свого боку Конституційний Трибунал Польщі визначає

ідентичність Конституції Республіки Польща через “непередані повноваженням органів державної влади”, які визначені різними положеннями Основного Закону. Конституційний Суд Італії розуміє конституційну ідентичність через концепцію контрмеж або конституційних кордонів.

Констатовано, що в основі доктрини конституційної ідентичності лежить національний аспект або національна самоідентифікація певної політичної нації та держави, що, звісно, має основоположне значення. Підґрунтям національної конституційної ідентичності вважається ідея політичної нації як стійкої спільноти людей, що історично склалася, виникла на базі спільності мови, єдиної території, економічного життя і психічного складу, який знаходить прояв у спільності культури й держави. Саме цей аспект розуміння конституційної ідентичності було нещодавно вперше визнано Конституційним Судом України, коли він сформулював відповідний термін у рішенні у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про забезпечення функціонування української мови як державної”.

Ключові слова: ідентичність; конституційна ідентичність; національна ідентичність; конституційний лад; конституційні цінності; євроінтеграція; державна мова.

Однією з актуальних проблем сучасного конституційного права України, як, до речі, й інших європейських країн, є розуміння суті і значення, змістовного наповнення поняття “конституційна ідентичність”. Варто наголосити, що ця правова категорія для національної науки є відносно новою, а її трактування було надано в рішеннях конституційних судів у другій половині XX ст. при розгляді справ, пов’язаних із процесами європейської інтеграції.

Метою дослідження є аналіз практики органів конституційного контролю з позицій гарантування конституційної ідентичності.

Поняття й особливості гарантування конституційної національної ідентичності органами конституційного контролю європейських держав

Передусім варто наголосити, що у науковців-конституціоналістів ця категорія й досі породжує низку питань, серед них і те, як розуміти конституційну ідентичність? Так, якщо звернутися до праці “Конституція свободи” А. Шайо та Р. Уїтц, то, на їхню думку, конституційна ідентичність – це те, що є необговорюваним у часи конституційних змін, наприклад, суверенні права, які можуть бути передані міжнародним організаціям, або ні¹.

Суддя Конституційного Трибуналу Республіки Польща у відставці М. Гранат наголошує на трьох функціях, які виконує конституційна ідентичність, серед яких, по-перше, констатація тих положень, які є най-

¹ A Sajó, R Uitz, *The Constitution of Freedom: an introduction to legal constitutionalism* (Oxford University Press 2017) 65.

важливішими у конституції, тобто визначення “стрижня” або “ядра” будь-якого основного закону; по-друге, встановлення меж можливих змін, які вносяться до конституції; по-третє, виконання ролі своєрідного “бар’єру” між національним правом і правом Європейського Союзу (далі – ЄС), при встановленні їх співвідношення².

Ю. Барабаш, звернувшись до аналізу думки К. Берналя, зазначає, що сутність цієї концепції загалом полягає у тому, що в Конституції існують основоположні цінності й принципи, які визначають “ідентичність Конституції”, нівелювати сутність яких – неприпустиме явище у правовій демократичній державі. Зважаючи на це, завдання суду полягає у блокуванні всіх конституційних ініціатив, спрямованих проти згаданих цінностей та принципів, з метою недопущення “заміщення Конституції” у такий спосіб. Важливим у контексті сказаного, на думку вченого, є те, що до положень, які визначають конституційну ідентичність, Конституційний Суд відніс права людини, верховенство права, поділ влади й дорадчу демократію. Слід визнати, що подібні доктрини “конституційної ідентичності” фактично є зброєю, яку використовують суди, що проявляють активізм у захисті конституційних цінностей за формальної відсутності належного інструментарію³.

Більш широко концепцію національної конституційної ідентичності розглядає М. Савчин. На його переконання, вона включає такі основні елементи:

- а) національна конституційна культура і доктрина; б) правовий стиль ухвалення юридичних рішень; в) система судового конституційного контролю; г) інституційний дизайн: горизонтальний і вертикальний поділ влади; д) вибори та контроль над владою⁴.

На думку О. Щербанюк, конституційна ідентичність – це система інтерпретаційних аргументів, що використовуються конституційними судами для обґрунтування рішень, ухвалених у справах щодо встановлення відповідності національній специфіці конституційних норм. Звичайно, це стосується категорій так званих “складних справ”, для аргументації яких потрібна система вагомих доводів⁵.

Що стосується законодавства ЄС щодо розуміння концепції національної конституційної ідентичності, то слід звернутися перш за все до

² М Гранат, ‘Конституційна ідентичність та її значення’ (2021) 4 Український часопис конституційного права 3–7.

³ Ю Барабаш, ‘Роль академічної думки у формуванні офіційної конституції доктрини’ в *Взаємні здобутки Європейської Комісії “За демократію через право” і органів конституційної юстиції та проблеми тлумачення у конституційному судочинстві: зб. матеріалів і тез Міжнар. онлайн-конф.* (BAITE 2020) 39–44.

⁴ М Савчин, *Порівняльне конституційне право* (BAITE 2020) 37.

⁵ О Щербанюк, ‘Конституційна ідентичність в аргументації рішень конституційних судів’ (2020) 3 Конституційно-правові академічні студії 77–84.

ст. 4 п. 2 Договору про ЄС⁶ 7 лютого 1992 р. (у редакції від 13 грудня 2007 р.) Крім того, згідно з п. б ч. 3 ст. 19 Договору про ЄС саме Суд ЄС на звернення судів або трибуналів держав-членів ухвалює попередні рішення щодо тлумачення законодавства Союзу або чинності актів, ухвалених установами. Категорія “національна ідентичність” також згадується в абз. 3 преамбули Хартії основоположних прав Європейського Союзу⁷ 2000 р., абз. 4 преамбули Договору про запровадження конституції для Європи⁸ 2004 р.

Що стосується практики європейських конституційних судів, то слід передусім звернутися до юридичних позицій Федерального Конституційного Суду Німеччини, якому одним із перших довелося вирішувати питання щодо пріоритетності права ЄС над німецьким Основним Законом. Наприклад, у рішенні від 30 червня 2009 р. *BVerfGE* 123, 267 у справі щодо Лісабонського договору (*Lissabon*) Федеральний Конституційний Суд Німеччини роз’яснив, що ст. 79.3 Основного Закону визначає ідентичність конституції (п. 208). Крім того, на його думку:

Установча влада німців, які ухвалили для себе Основний Закон, хотіла встановити непереборну межу будь-якому майбутньому політичному розвитку. Зміни до Основного Закону, що зачіпають принципи, викладені у його ст. 1 та ст. 20, не допускаються (ст. 79(3) Основного Закону). За допомогою так званої гарантії вічності з повноважень законодавчого органу, що вносить зміни, вилючається повноваження з розпоряджання ідентичністю вільного конституційного ладу. Основний Закон не лише передбачає суверенну державність Німеччини, а й гарантує її (п. 216)⁹.

Федеральний Конституційний Суд Німеччини інтерпретує ст. 4(2) Лісабонського договору як таку, що зобов’язує поважати конституційні принципи держав-членів, а також їхню установчу владу (пункти 234, 235).

Таким чином, Федеральний Конституційний Суд Німеччини через застереження “вічності” розробив доктрину конституційної ідентичності¹⁰. Ба більше, саме такі юридичні позиції німецького органу конституційного контролю заклали основу для подальшого розвитку доктрини національної конституційної ідентичності на європейському континенті.

⁶ Consolidated version of the Treaty on European Union <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12016M004>> (accessed: 25.07.2023).

⁷ Charter of Fundamental Rights of the European Union <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016P/TXT>> (accessed: 25.07.2023).

⁸ Договір про запровадження Конституції для Європи (проект) <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/994_647#Text> (дата звернення: 25.07.2023).

⁹ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009. 2 BvE 2/08 <https://www.bverfg.de/e/es20090630_2bve000208en.html> (accessed: 25.07.2023).

¹⁰ В Колісник, Г Берченко, Т Слінько, ‘Конституційна ідентичність як втілення установчої влади’ [2022] 29 (3) Вісник Національної академії правових наук України 69–88.

Наприклад, у рішенні Конституційного Трибуналу Польщі від 24 листопада 2010 р. К 32/09 вказано, що ідентичність Конституції Республіки Польща визначається “непереданими повноваженнями органів державної влади”, передбаченими різними положеннями цього акта. Крім того, Конституційний Трибунал заявив, що “непередані повноваження” також впливають із суверенітету держави, нормативним виразом якого є сама Конституція Республіки Польща. Однак головне те, що заборонені до передачі компетенції відображають цінності, на яких ґрунтується Конституція Польщі. Вони відповідають “жорсткому ядру” (“визначальні основи державного устрою”). Отже, з аргументації Суду стає зрозуміло, що він схилився до державних повноважень (тих, які ніколи не можуть бути передані до органів ЄС)¹¹.

Розглянемо практику судової інстанції ще однієї країни. Так, у рішенні Конституційного Суду Угорщини від 30 листопада 2016 р. 22/2016. (XII. 5.) AB) підкреслюється:

Повага та захист суверенітету Угорщини та її конституційної ідентичності є обов’язковим для кожного (включаючи Національну асамблею, яка робить свій внесок у механізм прийняття рішень Європейським Союзом, і уряд, який безпосередньо бере участь у цьому механізмі), і відповідно до статті 24(1) Основного Закону головним органом захисту є Конституційний Суд (п. 55)¹².

До речі, на думку останнього, конституційна самоідентичність Угорщини не є переліком статичних і замкнутих цінностей. Суд навів декілька прикладів: свободи (*freedoms*), розподіл влади, республіканська форма правління, повага автономії, свобода віросповідання, здійснення законних повноважень, парламентаризм, рівність прав, визнання судової влади, захист національностей, які проживають поруч (п. 65). На підставі ст. 4(2) Договору про ЄС Суд вирішив, що конституційна ідентичність Угорщини дозволяє національному суду не застосовувати, зокрема, заходи міграційної політики ЄС, використовуючи широке тлумачення ст. 4(2) Договору про ЄС без залучення Суду ЄС за попереднім зверненням¹³.

Висвітлюючи обране питання і прагнучи зробити це комплексно і всебічно, не можна оминати концепції контрмеж або конституційних кордонів, яка зародилася в італійській правовій доктрині, а її автором вважається П. Баріле. Відповідно до його підходу право ЄС й Організація Об’єднаних Націй мають обмежений вплив на національні правові

¹¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 listopada 2010 r. sygn. akt K 32/09 <<https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20102291506>> (accessed: 25.07.2023).

¹² Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E) (2) of the Fundamental Law <https://api.alkotmanybirosag.hu/en/wp-content/uploads/sites/3/2017/11/en_22_2016-1.pdf> (accessed: 25.07.2023).

¹³ Див. Колісник, Берченко, Слінько (н 10) 69-88.

системи, а ступінь інтегрованості наднаціональних норм ґрунтується на їх відповідності загальним принципам конституційного ладу країни, які, зі свого боку, визнаються бар'єром (*counter-limit*), своєрідним обмеженням для дії норм спільноти. Показовим є те, що основні положення цієї доктрини викладено у рішенні Конституційного суду Італії від 27 грудня 1973 р. № 183/73 у справі Фронтіні¹⁴ й у рішенні Федерального Конституційного Суду Німеччини від 25 травня 1974 р. (Соланж I)¹⁵. Національні органи конституційної юстиції в цих рішеннях роблять такі висновки: незважаючи на визнання верховенства права ЄС, норми, які суперечать “основним принципам конституційного ладу” або “основним конституційним правам”, не можуть бути застосовані у внутрішньому праві¹⁶.

Розглядаючи концепцію країн Європи, Ф. Фукуяма взагалі вважає, що європейський порядок денний повинен починатися з перегляду визначень цієї категорії. На переконання науковця, в ідеалі Євросоюзу слід запровадити єдине громадянство, вимоги до претендентів на яке ґрунтувалися б на дотриманні основних ліберально-демократичних принципів. Ба більше, “супергромадянство” має прийти на зміну національним законам про громадянство. Зауважимо, що таке і раніше було політично неможливо, а зараз, зі зростанням популістських партій по всьому континенту, і зовсім нереально. Було б корисно, якби ЄС демократизувався, передавши повноваження від комісії парламенту, і спробував надолужити згаяний час, інвестуючи у формування європейської ідентичності через створення відповідних символів і наративів, які можна було б прищепити в рамках загальної системи освіти. Це також, імовірно, перевищує можливості союзу з 28 держав, кожна з яких, як і раніше, ревно обстоює національні прерогативи та готова накласти вето на подібну програму¹⁷.

Гарантування конституційної національної ідентичності в Україні

Пристаюючи до розгляду цього питання, передусім слід зупинитися на зовнішньому аспекті конституційної ідентичності, який знайшов своє втілення у змінах, внесених до Преамбули Конституції України, а саме: ‘<...> підтверджуючи європейську ідентичність Українського народу і незворотність європейського та євроатлантичного курсу України <...>’¹⁸. Таким чином, на рівні Основного Закону чітко задекларована мета – набуття членства в ЄС і НАТО. Закріплений у Преамбулі зовніш-

¹⁴ 183/73 Frontini v. Ministero Delle Finanze [1974] 2 C.M.L.R. 372 <<https://giurcost.org/decisioni/1973/0183s-73.html>> (accessed: 25.07.2023).

¹⁵ BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 Solange I-Beschluß. 29 May 1974 <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=588>> (accessed: 25.07.2023).

¹⁶ Щербанюк (н 5) 80–1.

¹⁷ Ф. Фукуяма, *Ідентичність. Потреба в гідності й політика скривдженості* (пер з англ, Наш формат 2020) 180–1.

¹⁸ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 25.07.2023).

ній аспект конституційної ідентичності зумовлює необхідність гармонізації національного законодавства і законодавства ЄС. Вбачається, що з огляду на це набуває важливості проблема усвідомлення (визначення) меж повноважень національного органу конституційної юрисдикції щодо можливого конституційного контролю за актами органів ЄС.

Як уже зауважувалося, для доктрини конституційної ідентичності основоположне значення має національний аспект або національна самоідентифікація певної політичної нації й держави. Як наголошують науковці, конституційна ідентичність “розкривається” через реконструкцію історичних фактів життя відповідної нації¹⁹. Саме тому в основі національної конституційної ідентичності лежить ідея політичної нації як стійкої спільноти людей, що історично склалася, виникла на базі єдності мови, території, економічного життя і психічного складу, який проявляється у спільності культури й держави²⁰. Підкреслимо, що особливістю Основного Закону України є те, що в його тексті нація застосовується як у політичному сенсі (як народ), так і в етнічно-культурному (як українська нація). Зокрема, на згадку про українську націю можемо натрапити у Преамбулі, де міститься таке положення: Конституція України була ухвалена на основі “здійсненого українською нацією, усім Українським народом права на самовизначення”. Крім того, в окремих статтях закріплено: “держава сприяє консолідації та розвитку української нації” (ст. 11); “земля є основним національним багатством” (ст. 14); “зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів” (ст. 18)²¹. Таку позицію парламентарів Ю. Барабаш пояснює ‘відсутністю достатньої їх впевненості в тому, що етнічний чинник після прийняття Конституції не набуватиме у подальшому такої гостроти, щоб спонукати до появи сепаратистських настроїв та виникнення міжетнічних конфліктів’²².

Саме цей аспект розуміння конституційної ідентичності було нещодавно вперше визнано Конституційним Судом України (далі – КСУ), коли він сформулював відповідний термін у рішенні у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про забезпечення функціонування української мови як державної”:

Із урахуванням попереднього офіційного тлумачення статті 10 Конституції України та на його розвиток Конституційний Суд України зазначає, що закарбований приписами частин першої, другої статті 10 Конституції

¹⁹ Гранат (н 2) 3–7.

²⁰ Є Ткаченко, *Конституційно-правове регулювання мовних відносин* (ФІНН 2010) 336.

²¹ Конституція України (н 18).

²² Ю Барабаш, ‘Установча влада українського народу як конституційний феномен’ (2009) 11 *Право України* 73–84.

України юридичний статус української мови як державної є водночас засадничою конституційною цінністю, питомою ознакою й ключовим чинником єдності (соборності) Української держави та невіддільною частиною її конституційної ідентичності²³.

У доповнення слід наголосити, що зміна державної політики України та така юридична позиція КСУ щодо мовного питання продиктовані широкомасштабним вторгненням й окупацією українських земель державою-агресором. Коротко зупинимось на цьому.

Україна на момент проголошення незалежності була доволі різнобарвною країною. Це стосувалося питань мови, етнічного складу, релігії, ставлення до історії, поглядів на майбутнє. Слід погодитися із С. Плохім, що в Україні були два сценарії прощання з СРСР: перший, “балтійський”, який був характерний для Західної України, де відбувалися повний розрив із радянським минулим, процес декомунізації, поява нових політичних лідерів. Другий – “пострадянський”, або “російський”, за якого декомунізація майже не відбувалася, а при владі залишилися колишня партійна номенклатура²⁴. Безумовно, така різнобарвність українського населення і регіонів не могли не вплинути на відмінність поглядів щодо політики розвитку державної мови та консолідації українського народу, ролі російської мови в суспільстві, правового статусу національних та етнічних меншин, розвитку української автокефальної церкви й правового статусу церкви Московського патріархату²⁵. Проте унікальність українського суспільства полягала в тому, що ця його різнобарвність дала змогу побудувати політичну культуру, засновану на компромісі, адже галичанам необхідно було домовлятися з донеччанами, націоналістичним політичним елітам зі старою політичною номенклатурою. Саме такий компроміс ми можемо побачити в положеннях ст. 10 Конституції України, в якій за українською мовою закріплюється статус державної, а російській та іншим мовам національних меншин гарантується можливість розвитку і застосування у різних сферах суспільного життя. Український парламент ратифікував Європейську хартію регіональних мов або мов меншин. Крім того, тривалий час був чинним ще радянський закон про мови, яким гарантувалися умови використання російської мови у різних сферах публічного життя.

До 2014 р. стосовно російської мови й російськомовного населення майже не проводилися політика заборон чи обмежень. Релігійним

²³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про забезпечення функціонування української мови як державної” від 14 липня 2021 р. № 1-п/2021 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v001p710-21#Text>> (дата звернення: 25.07.2023).

²⁴ S Plokyh, *The Russo-Ukrainian War. The Return of History* (Allen Lane 2023).

²⁵ Кетрін Ваннер, *Тягар мрій: Історія та ідентичність у пострадянській Україні* (пер з англ. Дух і літера 2023) 316.

організаціям Московського патріархату надавалися всі умови для вільного віросповідання і розвитку власних поглядів.

*Як же змінилася політика після окупації українських земель 2014 р.
і збройної агресії 2022 р.*

Відповідно до ст. 11 Конституції України держава сприяє консолідації та розвитку української нації, її історичної свідомості, традицій і культури, а також розвитку етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності всіх корінних народів і національних меншин України, тобто на рівні Основного Закону закладено ключові принципи гуманітарної політики держави: з одного боку, публічна влада України як відносно молодій державі, що перебуває на етапі державотворення, має створити умови й механізм для об'єднання української нації через підтримку розвитку української як мови державної, національної культури, книговидавання, театру, освіти, релігійних традицій тощо; з другого – для України як для багатонаціональної, полімовної та багаторелігійної країни важливою передумовою забезпечення суспільної злагоди є гарантування мовних, етнічних, релігійних та інших особливих прав усіх меншин України.

Перший зазначений вище напрям гуманітарної політики особливо актуалізувався вже у 2014 р. Головним кроком у проведенні нової мовної політики стало ухвалення 25 квітня 2019 р. Закону України «Про забезпечення функціонування української мови як державної»²⁶, яким значно підвищується роль української мови у державному та суспільному житті. Вважаємо, що Верховна Рада України цей Закон ухвалила саме з метою посилення державотворчих і консолідаційних функцій української мови, а також підвищення її ролі в забезпеченні територіальної цілісності та національної безпеки держави. Переконані, що такі кроки важливі для єднання українського народу, створення організованого й потужного супротиву ворогу, який під гаслами захисту російськомовного населення намагався захопити й поглинути українські території. Саме об'єднання українських громадян навколо ідеї відсічі російській агресії та перемоги над ворогом стане історичним міфом, який буде основним підґрунтям для єдиного українського народу як для багатонаціональної, полімовної та багатоконфесійної спільноти. Саме цим керувалася Верховна Рада України, ухвалюючи 13 грудня 2022 р. Закон України «Про основні засади державної політики у сфері утвердження української національної та громадянської ідентичності»²⁷.

²⁶ Про забезпечення функціонування української мови як державної: Закон України від 25 квітня 2019 р. № 2704-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2704-19#Text>> (дата звернення: 25.07.2023).

²⁷ Про основні засади державної політики у сфері утвердження української національної та громадянської ідентичності: Закон України від 13 грудня 2022 р. № 2834-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2834-20#Text>> (дата звернення: 25.07.2023).

Характерно, що саме на необхідності консолідації українського народу, зокрема і через посилення підтримки застосування української мови як головної мови країни, пов'язана аргументація КСУ.

Загроза українській мові рівносильна загрозі національній безпеці України, існуванню української нації та її держави, оскільки мова – це своєрідний код нації, а не лише засіб спілкування. Без повноцінного функціонування української мови в усіх ділянках публічного життя суспільства на всій території України українській нації загрожує втрата статусу й ролі титульної й державотвірної нації, що є рівнозначним загрозі зникнення Української держави з політичної карти світу. Українська мова – доконечна умова (*conditio sine qua non*) державності України та її соборності. Україна – це єдиний у світі ареал, де можуть бути гарантовані збереження, існування й усебічний розвиток української мови і, відповідно, української нації як державотвірної, тому будь-які зазіхання на юридичний статус української мови як державної на території України неприпустимі, оскільки порушують конституційний лад держави, загрожують національній безпеці та самому існуванню державності України» (абзац шостий підпункту 4.1 пункту 4 мотивувальної частини).

Виходячи з об'єктивного стану, в якому натеper перебуває Україна у зв'язку з військовою агресією з боку Російської Федерації й використаням нею “мовного питання” як одного з інструментів своєї геополітичної експансії, Конституційний Суд України наголошує, що загроза українській мові рівносильно є загрозою національній безпеці України (перше речення підпункту 13.9 пункту 13 мотивувальної частини)²⁸.

Держава на своїй території повинна забезпечити такий рівень взаєморозуміння громадян, який сприятиме не лише стабільному й ефективному її розвитку, а й збереженню гармонійних міжособистісних відносин на території всієї країни. Отримання, збереження і передача інформації в усній та письмовій формі через надійний і зрозумілий для всього населення засіб комунікації, яким є державна мова, – гарантія забезпечення стабільного та мирного розвитку суспільства і держави. Як бачимо, державна мова має виконувати консолідуючу роль на території держави в політичній, соціально-економічній та культурній сферах, оскільки дає можливість об'єднати представників усіх національностей, що проживають у межах її території, в єдину соціальну спільноту – народ країни. Крім того, знання особою державної мови дає змогу їй якомога швидше інтегруватися у суспільство відповідної держави. На консолідуючу роль української мови як державної вказує і КСУ у рішенні від 14 липня 2021 р. № 1-р/2021, підкреслюючи, що як інститут української державності, що поєднує юридичний і ціннісний складники, українська мова

²⁸ Рішення Конституційного Суду України від 14 липня 2021 р. № 1-р/2021 (н 23).

покликана виконувати інтегрувальну (соборницьку) функцію й забезпечувати єднання й монолітність українського суспільства різнорівнево. Українська мова як державна – це важливий інструмент упорядкування діяльності всієї державної влади та місцевого самоврядування, їй належить вирішальна роль у забезпеченні політичної єдності держави та суспільної згуртованості суголосно одному з прагнень, що ними керувався конституцієдавець при ухваленні Конституції України 28 червня 1996 р., зокрема, ‘підключись про зміцнення громадянської злагоди на землі України’²⁹.

У контексті сказаного не менш важливо й те, що державний суверенітет отримує зовнішній прояв у різних атрибутах держави, під якими сьогодні розуміють суттєві й необхідні ознаки держави, виражені у матеріально відчутних формах. Державну мову поряд із зазначеними атрибутами в певному сенсі слід також розглядати як ознаку держави, що дає змогу її ідентифікувати як самостійну і суверенну державу. Зважаючи на це, ще однією важливою функцією державної мови вважається символічна.

Отже, в Україні з моменту проголошення незалежності сталися позитивні зміни, українська мова як державна стала сприйматися й усвідомлюватися як символ нашої країни і як один з основних чинників консолідації багатонаціонального народу України. Як наголошує КСУ, поряд із Державним Прапором України, Державним Гербом України та Державним Гімном України українська мова є невіддільним атрибутом Української держави. Тому будь-які прояви зневаги до неї слід розцінювати як такі, що ганьблять саму державу, а отже, є недопустимими. Публічний глум над українською мовою або її умисна дискредитація є зазіханням на конституційний лад України, образою національної гідності її громадян, що має переслідуватися законом (рішення від 14 липня 2021 р. № 1-р/2021)³⁰.

Аналіз цього рішення показує, що національний орган конституційного контролю пішов не шляхом прив’язки конституційної ідентичності до питань європейської інтеграції, а розглянув цю категорію через питання національної самоідентифікації, використав її для підсилення аргументації щодо конституційності закону про мову, надання окремим елементам (до речі, залишається питання: всім чи ні) засад конституційного ладу характеристики конституційної ідентичності³¹.

Водночас слід погодитися з Л. Летнянчиним у тому, що наприкінці рішення КСУ все ж таки зробив прозорий натяк на зв’язок мовної про-

²⁹ Конституція України (н 18).

³⁰ Рішення Конституційного Суду України від 14 липня 2021 р. № 1-р/2021 (н 25).

³¹ Г. Берченко, ‘Повага до конституційної ідентичності держав-членів ЄС: перспективи для України’ в Гетьман А (ред), *Український конституціоналізм: виклики, народжені свободою* (Права людини 2022) 34–5.

блеми із європейською інтеграцією. ‘Підтвердження конституцієдавцем, зокрема, “незворотності європейського курсу України” та визначення “курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі стратегічним’ вказує на бажання України просуватися до цінностей єдиної Європи.

<...> “Верховенство права” (правовладдя) як невідокремний елемент системи цінностей, що їх покладено в основу сучасного європейського правопорядку, належить до тріади принципів спільної спадщини європейських народів поряд із такими її складниками, як правдива демократія й людські права. У рамках спільного юридичного простору Європи існує консенсус щодо стрижневих елементів правовладдя (абзац третій підпункту 13.3 пункту 13 мотивувальної частини)³².

Проте, аналізуючи це рішення КСУ, слід наголосити, що така практика органів конституційного контролю не є унікальною. У цьому аспекті можна звернутися до доволі схожого рішення від 15 червня 1999 р. Конституційної Ради Франції, яка визнала неконституційними положення закону про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин, якими дозволялося використання регіональних мов у сфері державного управління, освіти, інформації і культури на території проживання носіїв регіональних мов – національних меншин. Конституційна Рада вказує на принцип, згідно з яким французький народ є єдиним і жодна його частина не може претендувати на здійснення національного суверенітету, також має конституційний статус; у контексті цих основоположних принципів жодні колективні права не можуть бути визнані приналежними будь-якій групі, яка має спільне походження, культуру, мову чи переконання. Оскільки вони, на думку органу конституційної юрисдикції, не відповідають Конституції Франції (статті 1 та 2) і можуть підірвати конституційні принципи неподільності Республіки, рівності перед законом та єдності Французького народу (п. 10 Рішення). Крім того, ці положення Хартії також суперечать абзацу 1 ст. 2 Конституції в тому, що вони, здається, визнають право використовувати мову, відмінну від французької, не лише в “приватному житті”, а й у “суспільному житті” – категорії, до якої Закон про мови включає судові й адміністративні органи, державні служби³³. Таким чином, в основу цього рішення органу конституційної юрисдикції також покладено ідентичність французької політичної нації, ключовими показниками якої визнаються французька

³² Л. Летнянчин, ‘Вплив війни на розвиток офіційної конституційної доктрини України’ у *Вплив війни на систему управління. Роздуми в контексті збройної агресії Російської Федерації проти України* (WSPiA Rzeszowska Szkoła Wyższa 2023) 88.

³³ Decision 99-412 DC of June 1999 European Charter for Regional or Minority Languages <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/a99412dc.pdf> (accessed: 25.07.2023).

мова як державна, неподільність та єдність французької спільноти, що належать до основоположних конституційних цінностей.

Висновки. Підбиваючи підсумки, можемо констатувати, що в науковій літературі категорія “конституційна ідентичність” розглядається у широкому та вузькому аспектах. У першому випадку йдеться про сукупність певних принципів, інститутів і традицій, які лежать в основі нормотворчої та правозастовної діяльності. Вузький підхід до розуміння цього поняття означає наявність незмінюваних положень Основного Закону.

Крім того, при внесенні змін до Основного Закону розуміння суті і значення конституційної національної ідентичності є одним із ключових, адже цей принцип діє як своєрідний охоронець, який стоїть на заваді певним змінам, відокремлюючи ті, які є прийнятними для національної правової системи, від тих, які можуть виявитися руйнівними для неї.

Наголошено, що категорія, яка досліджувалася, для національного конституційного права є відносно новою, але вона поширена в європейському праві, передусім завдяки практиці Федерального Конституційного Суду Німеччини. Як відомо, орган конституційної юрисдикції Німеччини через застереження “вічності” розробив доктрину конституційної ідентичності. Крім того, Конституційний Трибунал Польщі, Конституційний Суд Італії, Конституційний Суд Угорщини та інші вивчали тлумачення і застосування цієї категорії.

Для доктрини конституційної ідентичності основоположне значення має національний аспект або національна самоідентифікація певної політичної нації й держави. Саме таке розуміння конституційної ідентичності було нещодавно вперше визнано КСУ, коли він сформулював відповідний термін у рішенні у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про забезпечення функціонування української мови як державної”. Слід наголосити, що зміна державної мовної політики України та така юридична позиція КСУ з мовного питання (українська мова як державна є водночас засадничою конституційною цінністю, питомою ознакою і ключовим чинником єдності (соборності) Української держави та невіддільною частиною її конституційної ідентичності) продиктовані військовою агресією та окупацією українських земель армією Російської Федерації.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Ploky S, *The Russo-Ukrainian War. The Return of History* (Allen Lane 2023) (in English).

2. Sajó A, Uitz R, *The Constitution of Freedom: an introduction to legal constitutionalism* (Oxford University Press 2017) (in English).
3. Savchyn M, *Porivnialne konstytutsiine pravo* (VAITE 2020) (in Ukrainian).
4. Tkachenko Ye, *Konstytutsiino-pravove rehuliuвання movnykh vidnosyn* (FINN 2010) (in Ukrainian).

Edited and translated books

5. Berchenko H, 'Povaha do konstytutsiinoi identychnosti derzhav-chleniv YeS: perspektyvy dlia Ukrainy', A Hetman (red), *Ukrainskyi konstytutsionalizm: vyklyky, narodzheni svobodou* (Prava liudyny 2022) (in Ukrainian).
6. Vanner K, *Tiahar mrii: Istoriia ta identychnist u postradianskii Ukraini* (perek z anhl, Dukh i litera 2023) (in Ukrainian).
7. Letnianshyn L, 'Vplyv viiny na rozvytok ofitsiinoi konstytutsiinoi doktryny Ukrainy', *Vplyv viiny na systemu upravlinnia. Rozdumy v konteksti zbroinoi ahresii Rosiiskoi Federatsii proty Ukrainy* (WSPiA Rzeszowska Szkoła Wyższa 2023) (in Ukrainian).
8. Fukuiama F, *Identychnist. Potreba v hidnosti y polityka skryvdzhenosti* (per z anhl, Nash format 2020) (in Ukrainian).

Journal articles

9. Barabash Yu, 'Ustanovcha vlada ukrainskoho narodu yak konstytutsiinyi fenomen' (2009) 11 *Pravo Ukrainy* 73–84 (in Ukrainian).
10. Granat M, 'Konstytutsiina identychnist ta yii znachennia' (2021) 4 *Ukrainskyi chasopys konstytutsiinoho prava* 3–7 (in Ukrainian).
11. Kolisnyk V, Berchenko H, Slinko T, 'Konstytutsiina identychnist yak vtilennia ustanovchoi vlady' [2022] 29 (3) *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy* 69–88 (in Ukrainian).
12. Shcherbaniuk O, 'Konstytutsiina identychnist v arhumentatsii rishen konstytutsiinykh sudiv' (2020) 3 *Konstytutsiino-pravovi akademichni studii* 77–84 (in Ukrainian).

Conference papers

13. Barabash Yu, 'Rol akademichnoi dumky u formuvanni ofitsiinoi konstytutsii doktryny' v *Vzaiemni здобутky Yevropeiskoi Komisii "Za demokratiiu cherez pravo" i orhaniv konstytutsiinoi yustytzii ta problemy tлумachennia u konstytutsiinomu sudochynstvi: zb. materialiv i tez Mizhnar. onlain-konf.* (VAITE 2020) (in Ukrainian).

Tatiana Slinko
Yevhenii Tkachenko

GUARANTEEING CONSTITUTIONAL NATIONAL IDENTITY BY CONSTITUTIONAL CONTROL BODIES

ABSTRACT. The article clarifies the essence of the concept of constitutional national identity. Based on the analysis of scientists' opinions and their understanding of the content of this category, a broad and narrow approach to the interpretation of constitutional identity is distinguished. In the first case, i.e. in a broad sense, we are talking about a set of certain principles, institutions and traditions that are the basis of law-making and law-enforcement activities. Under a narrow approach, it means the presence of unchanged

ПРАВО УКРАЇНИ • 2023 • № 7 • 70-84

provisions of the Basic Law. Based on the results of the analysis, it was concluded that awareness of the essence of the constitutional national identity is important when making changes and additions to the Basic Law, because the principle under study acts as a certain safeguard, acts, so to speak, as a “chain dog” (guardian), which stands in the way of attempts to distort or replace concepts in a certain way, separating those changes that are acceptable to the national legal system from those that may prove destructive to it.

It is emphasized that this category is relatively new for Ukrainian constitutional law, while at the same time it is widespread in European law, primarily due to the practice of the Federal Constitutional Court of Germany. In particular, Germany’s body of constitutional jurisdiction developed the doctrine of constitutional identity through the “eternity” clause. In its turn, the Constitutional Tribunal of Poland determines the identity of the Constitution of the Republic of Poland through the “undelegated powers of state authorities”, which are defined by various provisions of the Basic Law. The Italian Constitutional Court understands constitutional identity through the concept of counter-borders or constitutional borders.

It has been established that the doctrine of constitutional identity is based on the national aspect or national self-identification of a certain political nation and state, which, of course, is of fundamental importance. The basis of the national constitutional identity is considered to be the idea of a political nation as a stable community of people that has formed historically and emerged on the basis of a common language, a single territory, economic life and mental composition, which is manifested in a common culture and state. This very aspect of the understanding of constitutional identity was recently recognized for the first time by the Constitutional Court of Ukraine, when it formulated the relevant term in the decision in the case based on the constitutional submission of 51 people’s deputies of Ukraine regarding the conformity of the Constitution of Ukraine (constitutionality) with the Law of Ukraine “On Ensuring the Functioning of the Ukrainian Language as a State Language”.

KEYWORDS: identity; constitutional identity; national identity; constitutional system; constitutional values; European integration; state language.

III. Процесуальні аспекти та практика захисту прав людини в діяльності конституційних судів країн Європейського Союзу

DOI: 10.33498/journ-2023-07-085



Йорг Пуделька

PhD, суддя адміністративного суду Берліну,
голова представництва Німецького товариства
з міжнародного співробітництва (GIZ) у Казахстані
(Ташкент, Узбекистан / Берлін, Німеччина)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2220-1404>
joerg.pudelka@giz.de

УДК 342.565.2

КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА В НІМЕЧЧИНІ: ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ

АНОТАЦІЯ. Конституційна скарга до Федерального конституційного суду є особливо важливим інститутом для німецької правової системи: для громадян це можливість розглянути порушення конституційних прав у незалежній інстанції після вичерпання звичайного судового процесу. Високий рівень довіри до Федерального конституційного суду серед населення опосередковано впливає на репутацію всієї німецької держави.

Крім того, з юридичного погляду конституційна скарга є важливим інструментом захисту конституції та її основоположних принципів. Тоді як спеціалізовані суди розглядають здебільшого спеціалізоване право у межах простого права, не слід недооцінювати той фактор, що сумісність спеціалізованого права з фундаментальними цінностями конституції може також розглядатися незалежним судом, який не належить до жодної з юрисдикцій. Таким чином, конституційна скарга є наріжним каменем конституційного ладу в Німеччині.

Ключові слова: конституційна скарга; Федеральний конституційний суд; судові рішення; судовий розгляд.

Вступ

Інститут індивідуальної конституційної скарги, з якою будь-яка особа може звернутися до конституційного суду, стверджуючи, що якесь із її прав порушено актом державної влади, існує у багатьох країнах світу. У Європі це, наприклад, Австрія, де конституційний суд, створений 1920 р., є найстарішим конституційним судом світу, Ліхтенштейн, Німеччина та Іспанія. Східноєвропейські держави також передбачили можливість конституційної скарги, як, наприклад, Чехія, Хорватія чи Україна. З початку 2023 р. і в Казахстані було створено Конституцій-

© Йорг Пуделька, 2023

ний суд, у компетенції якого перебувають також конституційні скарги. Громадяни Казахстану вже за перший – відносно короткий проміжок часу – цим активно почали користуватися.

Конституційна скарга у Німеччині існує не лише на федеральному рівні як провадження у Федеральному конституційному суді, а й у федеральних землях, зокрема у земельних конституційних судах¹. При цьому провадження за конституційною скаргою у Федеральному конституційному суді має набагато більше значення².

Історичний розвиток

Після того як конституційна скарга вже передбачалася раніше, але не була ухвалена Конституцією 1849 р., цей інститут вперше був запроваджений у Баварії у республіканській конституції, затвердженій у 1926 р. у німецькому місті Бамберг. На відміну від сучасної конституційної скарги, ця конституційна скарга могла бути подана тільки проти конкретного акта, прийнятого органом державної влади, але не проти акта законодавчої влади. У федеральній землі Гессен відповідний засіб правового захисту було введено з ухваленням (земельної) Конституції 1946 р. (позов про порушення основних прав, що подається до конституційного суду землі).

Під час обговорення питань, пов'язаних зі створенням Основного закону Німеччини, у Парламентській раді розглядалося й питання про ухвалення цієї моделі на рівні федерації, проте спочатку це не було реалізовано. У Законі про Федеральний конституційний суд³ цей засіб правового захисту було запроваджено простим законом, тобто поза текстом Основного закону. І лише 1969 р. конституційна скарга була включена до самого тексту Основного закону⁴ (що виключило можливість скасування конституційної скарги простим законом). Приводом для цього стало запровадження права опору в абз. 4 ст. 20 Основного закону, що було задумано на протидію змінам у межах конституційних положень, які діють у надзвичайних обставинах. Його порушення мали відкрити можливість подання конституційної скарги. У зв'язку з цим був доповнений

¹ Hans Jarass, Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar* (C.H. Beck 2016) 17. Aufl. 2022, Art. 93, Rn. 8.

² Це пов'язано з тим, що земельний Конституційний суд перевіряє акти лише на їхню відповідність земельному конституційному праву: Brocker/Dröge/Jutzi (Hrsg.), *Verfassung für Rheinland-Pfalz. Handkommentar*, 2. Aufl. 2022, Art. 130 Rn. 45.

³ Act on the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) Date of signature: 12 March 1951 <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFile&v=1> (accessed: 10.05.2023).

⁴ Basic Law for the Federal Republic of Germany in the revised version published in the Federal Law Gazette Part III, classification number 100-1, as last amended by the Act of 28 June 2022 (Federal Law Gazette I p. 968) <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html> (accessed: 10.05.2023).

цей засіб правового захисту, доти ж регульований лише у формальному законі, і мав бути закріплений у самій конституції.

Зміст конституційної скарги

Конституційна скарга є надзвичайним засобом правового захисту⁵, яку може подати до Федерального конституційного суду будь-яка особа, тобто як громадяни Німеччини, так і іноземці, заявляючи про порушення державною владою – наприклад, рішенням адміністрації, законодавчим актом або судовим рішенням – одного зі своїх основних прав чи прав, що прирівнюються до основних прав (абз. 4 ст. 20, статті 33, 38, 101, 103 та 104 Основного закону); абз. 1 п. 4а ст. 93 Основного закону; § 90 Закону про Федеральний конституційний суд⁶.

Статистика

Конституційна скарга у Німеччині має “велику популярність”, що документально підтверджується великою кількістю заяв, що надійшли – 5352 тільки в 2021 р. Однак через те, що частка задоволених вимог становить у середньому лише 2 % (у 2021 р. всього лише 1,29 %) конституційна скарга має найменші шанси на успіх серед інших видів правового захисту. Значна частина скарг не приймається з тієї простої причини, що заявники не дотримуються вимог, обов’язкових для допуску скарги до розгляду. Термін розгляду конституційної скарги здебільшого становить менше року.

Загальний реєстр

При цьому слід зазначити, що очевидно неприпустимі конституційні скарги, наприклад, при недотриманні терміну подання скарги спочатку реєструються у так званому Загальному реєстрі. Це робить не суддя, а адміністративна посадова особа, яка спочатку письмово повідомляє заявника про неприпустимість його конституційної скарги. Якщо після цього заявник забирає свою скаргу, то справа вирішується вже у Загальному реєстрі. Якщо ж особа, яка звернулася, незважаючи на роз’яснення їй правових засад, скаргу не забирає, то вона реєструється у Реєстрі судових справ; тобто вона отримує реєстраційний номер і передається компетентному у цій справі судді конституційного суду відповідно до плану розподілу справ. Таким чином, близько третини всіх конституційних скарг було налагоджено вже у Загальному реєстрі.

⁵ BVerfGE 107, 395, 413; 115, 81, 92.

⁶ Конституційна скарга служить передусім здійсненню суб’єктивних прав, лише у другому плані захисту об’єктивного правопорядку: BVerfGE 85, 109, 113; 98, 163, 167.

Процедура ухвалення конституційної скарги до розгляду

Перед тим як Федеральний конституційний суд ухвалить рішення щодо конституційної скарги, він повинен спочатку прийняти її до розгляду⁷. Поряд із звичайними передумовами допустимості (скарга має бути подана не пізніше встановленого законом терміну (у місячний строк, абз. 1 речення 1 § 93 Закону про Федеральний конституційний суд), повинні бути вичерпані всі засоби правового захисту [“формальна субсидіарність”], особа, що подала скаргу, має зробити все, що було в його силах, щоб перешкоджати порушенню свого основного права ще на етапі розгляду справи в суді спеціальної юрисдикції [“матеріальна субсидіарність”], конституційна скарга має бути достатньою мірою обґрунтована (особа, яка подала конституційну скаргу, має заявити, що її права безпосередньо і нині порушені, тобто скарга не може бути подана щодо права іншої особи або не можна подавати скаргу щодо порушення основних прав, які можуть відбутися в майбутньому, так зване віртуальне порушення прав, а також повинні бути дотримані формальні вимоги), конституційна скарга повинна також: мати важливе значення конституційно-правового характеру⁸; бути необхідною з метою здійснення основних прав чи прав, що прирівнюються до основних прав⁹; це може мати місце також і у разі, якщо відмова про ухвалення рішення по суті справи завдасть особливо тяжких збитків особі, яка подала скаргу.

Рішення про прийняття чи відмову у прийнятті конституційної скарги до розгляду виносяться, як правило, трьома суддями Федерального конституційного суду (палатою). Якби рішення про прийняття конституційної скарги приймалося завжди одним із двох сенатів, до кожного з яких входить по вісім суддів, то неможливо було б упоратися з великою кількістю конституційних скарг. Проте винесення основних рішень щодо конституційності законів є компетенцією сенату.

Зобов'язання представництва

Принципово будь-який громадянин може самостійно подати конституційну скаргу та самостійно вести судовий процес. Але є можливість подання конституційної скарги адвокатом. Якщо конституційна скарга має шанси на задоволення, а особа, яка подала скаргу, не має достатніх коштів, то їй може бути надано державну матеріальну допомогу на відшкодування судових витрат.

Обов'язкове представництво потрібно лише на усному розгляді в сенаті. Представниками сторін можуть бути лише адвокати, які мають до-

⁷ BVerfG, NJW 1997, 2229.

⁸ BVerfGE 90, 22, 24; 96, 245, 248.

⁹ Jarass, Pieroth (n 1) Art. 93, Rn. 13 m.w.N.

пуск до виконання обов'язків адвоката в одному з німецьких судів, або викладачі права в одному з вищих навчальних закладів Німеччини (речення 1 абз. 1 § 22 Закону про Федеральний конституційний суд).

Рішення

Рішення про обґрунтованість конституційної скарги приймається сенатом чи через усний або письмовий розгляд (речення 2 абз. 5 § 94 Закону про Федеральний конституційний суд). Сенат може відмовитися від усного судового розгляду, якщо його проведення не сприятиме подальшому веденню справи, і якщо конституційні органи, які мають право висловлювати свою позицію, відмовляються від усного розгляду. Рішення приймається більшістю голосів членів сенату, що беруть участь у винесенні рішення. За рівності голосів (4 на 4 голоси) неконституційність правових норм не може вважатися встановленою (абз. 4 § 15 Закону про Федеральний конституційний суд).

Якщо конституційну скаргу прийнято до розгляду, то перевіряються всі, а не лише названі заявником основні права, які можуть бути порушені спірним нормативним актом. Ухвала суду перевіряється лише щодо порушення специфічного конституційного права, а не порушення простого закону. В іншому випадку Федеральний конституційний суд перетворився б на суперревізійну інстанцію, що суперечить розподілу функцій конституційної та спеціальної підсудностей, які встановлюються Основним законом.

Зміст рішення:

1. Задоволення скарги. Якщо конституційна скарга задовольняється, то у рішенні має бути встановлено, яке положення Основного закону було порушено та яка дія чи бездіяльність призвела до цього порушення.

Якщо сенат приймає рішення, то суддя, який висловив під час обговорення свою особливу думку щодо цього рішення або щодо його обґрунтованості, може викласти його у письмовій формі в окремому документі; особлива думка долучається до матеріалів справи.

2. Вказівка у резолютивній частині на правові наслідки.

(1) Якщо конституційна скарга на якесь судове рішення задовольняється, то Федеральний конституційний суд скасовує це рішення і повертає справу до компетентного суду на розгляд.

(2) Якщо Федеральний конституційний суд встановлює неконституційність будь-якого закону, то рішення, прийняте відповідним сенатом, набуває чинності закону¹⁰. Федеральний конституційний суд має різні можливості регулювання правових наслідків у резолютивній частині:

¹⁰ BVerfGE 86, 369, 378; 104, 151, 197.

– цей закон може бути оголошений нікчемним, що тягне за собою недійсність закону. Цей закон не може більше використовуватися судами та адміністративними органами;

– крім того, Федеральний конституційний суд може визнати не недійсність, а просто невідповідність норми Основному закону. Просте визнання невідповідності норми Основному закону особливо рекомендується у тих випадках, коли законодавець має різні можливості для усунення антиконституційного становища; це стосується, наприклад, неконституційного порушення принципу рівності. Істотна відмінність від недійсності у тому, що норма продовжує існувати й надалі, отже, і після прийняття цього рішення може бути основою ухвалення сприятливого рішення. Але зазвичай результатом визнання як несумісності з Основним законом, і недійсності норми є й те, що суди й адміністративні органи, що неспроможні більше застосовувати закон обсягом встановленої несумісності, і тому необхідно прийняти нову норму. Несумісність з Основним законом має своїм наслідком, як правило, що рішення, проти якого направлена конституційна скарга, скасовується, і суд, який ухвалив це рішення, припиняє судові провадження аж до ухвалення нової норми.

Але у виняткових випадках навіть за оголошення закону несумісним з Основним Законом, незважаючи на його антиконституційність, може бути розглянута можливість розпорядження про тимчасове продовження дії оскарженої норми аж до прийняття нового регулювання. Це сто-сується насамперед:

– податкового права з міркувань упорядкованого фінансового та бюджетного планування;

– випадків, коли досі достатньо не з'ясована конституційно-правова ситуація, і з цієї причини законодавцю має бути надано розумний термін для розроблення нового регулювання.

Наслідком прийняття тимчасового розпорядження є те, що особа, яка подала конституційну скаргу, програє вихідний процес, хоча вона й виграла процес у Федеральному конституційному суді.

3. Слідство для рішень суду, які вже не підлягають оскарженню:

а) поновлення процесу за вироками кримінальних судів, що вже набули законної сили.

Відносно вироку, що набрав законної сили, у кримінальній справі, який ґрунтується на нормі, визнаній невідповідною Основному закону або визнаною недійсною, або заснованої на тлумаченні норми, визнаної Федеральним конституційним судом, яка не відповідає Основному закону, допускається поновлення провадження відповідно до положень Кримінального кодексу. див. § 79 абз. 1 Закону про Федеральний конституційний суд);

б) інші судові рішення, що не підлягають оскарженню.

Це правило не поширюється на інші судові рішення, які не підлягають оскарженню, засновані на нормі, визнаній недійсною. Проте виконання такого рішення є неприпустимим. Пред'явлення претензій, що впливають із безпідставного збагачення, виключається (абз. 2 § 79 Закону про Федеральний конституційний суд);

4. Оскарження.

Рішення щодо конституційної скарги оскарженню не підлягає.

Судові витрати

Провадження у Федеральному конституційному суді безкоштовне (абз. 1 § 34 Закону про Федеральний конституційний суд). Однак, якщо подання конституційної скарги є зловживанням правами, або якщо клопотання про прийняття тимчасового розпорядження подається з неправомірною метою, то Федеральний конституційний суд може накласти штраф у розмірі до 2600 євро (абз. 2 § 34 Закону про Федеральний конституційний суд). Але ця можливість використовується дуже рідко¹¹.

Значення конституційної скарги

Інститут конституційної скарги є вкрай важливим як із погляду гарантій правової держави, так і з боку довіри громадян до державної влади. Звичайно, для надання ефективної правничої допомоги конкретному громадянину найкраще, щоб він міг сам звернутися до Конституційного суду і не лише побічно, подаючи позови чи скарги до суду, який за сумнівів щодо конституційності норм сам звернеться до Конституційного суду шляхом нормоконтролю. Зрозуміло, що при цьому необхідно передбачити певні фільтри, щоб не допустити паралізацію діяльності суду внаслідок його перевантаження. Але саме можливість самостійного звернення до суду, який не входить до звичайної системи підсудностей¹², підвищує рівень згоди та поваги до держави, її відомств до небувалих в історії Німеччини висот. Напевно, це не лише заслуга Конституційного суду, а й чимала частка успіху функціонування німецького державного апарату загалом – це якраз діяльність Федерального конституційного суду та його доступність через подання конституційної скарги.

Один відомий німецький юрист у галузі конституційного права сказав колись, що закріплена в конституційному праві гарантія звернення до суду є “наріжним каменем, на якому тримається зведення правової держави” (Р. Тома, 1874–1957 рр.) – один зі знаних німецьких теоретиків

¹¹ BVerfG, Beschluss vom 4.9.17, Az. 2 BvQ 56/17: Адвокат біженця подав клопотання про застосування забезпечувальних заходів, хоча він знав, що біженець переходиться від депортації (і таким чином ніякої терміновості не було).

¹² BVerfGE 79, 365, 367.

Йорг Пуделька

у сфері державного права¹³. Його висловлювання стосується гарантії можливості звернення до суду, що надається абз. 4 ст. 19 Основного закону Німеччини: 'Якщо права будь-якої особи порушені державною владою, їй надається можливість звернутися до суду'¹⁴. Пам'ятаючи про те, що конституційна підсудність не може бути віднесена до системи звичайних судів, можна було б сказати, що в демократичній державі гарантована конституцією можливість звернення громадян до конституційного суду є однією з колон, які тримають ідейну архітектуру юстиції, засновану на верховенстві права.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Hans J, Bodo P, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar* (C.H. Beck 2016) (in German).

Edited books

2. Richard T, 'Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland', Wandersleb (Hg), *Recht – Staat – Wirtschaft*, bd 3 (Verlag L Schwann 1951) (in German).

Joerg Pudelka

CONSTITUTIONAL COMPLAINT IN GERMANY: PROCEDURAL ASPECTS

ABSTRACT. A constitutional complaint to the Federal Constitutional Court is a particularly important institution for the German legal system: it is a highly respected opportunity for citizens to review the violation of their constitutional rights in an independent instance after the exhaustion of the normal judicial process. The high level of trust enjoyed by the Federal Constitutional Court among the population indirectly affects the reputation of the entire German state. But also from a legal point of view, a constitutional complaint is an important tool for protecting the constitution and its fundamental principles. While specialized courts mainly consider specialized law within the framework of common law, the fact that the compatibility of specialized law with the fundamental values of the constitution can also be considered by an independent court that does not belong to either jurisdiction should not be underestimated. Thus, the constitutional complaint is the cornerstone of the constitutional order in Germany.

KEYWORDS: constitutional complaint; Federal Constitutional Court; court decisions; court proceedings.

¹³ Richard Thoma, 'Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland', Wandersleb (Hg), *Recht – Staat – Wirtschaft*, bd 3 (Verlag L Schwann 1951) 9.

¹⁴ Basic Law for the Federal Republic of Germany (n 4).



Agnė Juškevičiūtė-Vilienė

PhD, Associate Professor, Faculty of Law, Vilnius University
(Vilnius, Lithuania)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0295-054X>
agne.juskeviciute-vilienne@tf.vu.lt

DOI: 10.33498/louu-2023-07-093

УДК 342.565.2

THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA RELATED TO FREEDOM OF ECONOMIC ACTIVITY

ABSTRACT. The Constitutional Court is the guardian of human rights and freedoms. There are a lot of constitutional law studies concerned with constitutional personal and political rights, but economic freedom is not often analyzed by constitutional law scholars. However, the situation fundamentally changed when in 2020 after the spread of the COVID-19 virus, state authorities took various measures (*inter alia* measures to limit economic activity) in order to prevent the spread of the virus. All these restrictions on the freedom of economic activity caused large financial losses, which led to an active discussion by society and legal researchers: does the Constitutional Court protect the activities of economic entities? This difficult economic period forced society to remember that economic freedom should be considered a category of exceptional importance because it creates the conditions for the existence of the entire social order. However, in Lithuania, as in other post-soviet states, economic freedom was forgotten for more than 50 years. After the restoration of independence in Lithuania and the adoption of the Constitution, the economic freedom of the private entity again became a constitutional value. Therefore, the Constitutional Court faced a great challenge to develop the concept and the protection mechanism of this freedom. This paper presents the constitutional jurisprudence formed by the Constitutional Court of the Republic of Lithuania over 30 years related to economic freedom. The study of this jurisprudence showed that in the first decade of the independence of the Republic of Lithuania, the freedom of economic activity was particularly encouraged by the Constitutional Court, with the aim of creating the foundations of the market economy as soon as possible. Later, the main aim of the Constitutional Court was to ensure the energy independence of Lithuania and in the third decade of independence, constitutional jurisprudence increasingly analyzed the possibilities of finding a balance between health and environmental protection requirements and economic freedom.

KEYWORDS: Constitutional Court; Constitution of the Republic of Lithuania; freedom of individual economic activity.

© Agnė Juškevičiūtė-Vilienė, 2023

Introduction

Last year, the Republic of Lithuania celebrated the 100th anniversary of the Constitution of the State of Lithuania (adopted in 1922) and the 30th anniversary of the Constitution of the Republic of Lithuania (adopted in 1992). The Lithuanian Nation is proud that after the restoration of independence and the adoption of the Constitution of Lithuania by referendum, guarantors of the highest law were created, nurturing the protection of human rights and freedoms, the principles of democracy, respect for law, and the rule of law. In this year 2023, Lithuania will also celebrate an important anniversary, i. e. 30th anniversary of the activity of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania. Through three decades, the Constitutional Court had the mission of conceptualizing the fundamental concepts that changed the concept of Lithuanian constitutionalism that had been valid until then. In the first cases of the Constitutional Court in 1993–1994, the foundations were laid for three characteristics of the concept of the Constitution, which were later developed in constitutional jurisprudence: first, the Constitution is the supreme law. Second, the Constitution is a social contract. Third, the Constitution is an anti-majoritarian act.

The Constitutional Court stated, that the Constitution is an agreement on specific constitutional provisions. It is a set of compromises regarding the powers of the state, legislative procedures, the foundations of the economic system, and the content of specific human rights. The Constitution cannot speak about everything. Therefore, this main legal act consolidates the mechanism that allows to get answers to the questions (that have arisen or are just arising) from the Constitutional Court. Thanks to the Constitutional Court, the Constitution becomes an agreement that is constantly relevant, meets the trends of modern life, and recognizes compromises. The economic path of the Republic of Lithuania is unique in transforming from a planned economy system into a market-based democratic system and in adopting and developing European business standards. However, for nearly fifty years, constitutional law did not recognize private economic initiative. Only in 1992 economic freedom was directly regulated in the Constitution¹. The Constitutional Court, not having the traditions and practice of the economic constitution (like other West European countries, for example, Germany), had quite a difficult challenge to reveal the concept of economic freedom and its protection mechanism. The Constitutional Court of the Republic of Lithuania was often criticized when it spoke negatively about the economic policy implemented by politicians. It was even suggested that this Court should not be allowed to hear

¹ The Constitution of the Republic of Lithuania (in Lithuanian), Official Gazette *Valstybės žinios*, Nos 33–1014 (1992); 64–1501 (1996); 122–2863 (1996); 65–2629 (2002); 14–540 (2003); 32–1315 (2003); 32–1316 (2003); 111–1423 (2004); 111–4124 (2004); 48–1701 (2006). The English translation of the Constitution of the Republic of Lithuania is available at <<http://www.lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-constitution/192>> (accessed: 10.05.2023).

cases of an economic nature. However, the Constitutional Court withstood this criticism and formed quite extensive constitutional jurisprudence related to economic freedom.

The purpose of this chapter is to discuss some aspects of the regulation governing Lithuania's economy in constitutional law during the thirty years of Lithuania's independence, when analysing the constitutional foundations of Lithuania's economic system and the impact of the jurisprudence of the Constitutional Court, in which the aspects of the regulation of the economic relationships of the analysed period are reflected. In order to achieve the above-mentioned purpose, the following two tasks are raised: to reveal in a brief manner the constitutionalization process of the Lithuanian economic system and to analyse the constitutional doctrine that was formulated during the three decades of Independence and had an influence on the formation of the constitutional foundations of the regulation of economic relationships.

The subject-matter of the chapter is the particularities of the constitutional foundations of the state of Lithuania's economy that are entrenched in the Constitution of the Republic of Lithuania, as interpreted in the constitutional doctrine.

'The economic system and economic leeway are considered to be categories of exceptional importance and they create the preconditions for the existence of a whole social system and determine its content'². In view of this, when discussing the most important work of the restoration of the free, democratic, and law-governed state during the thirty years of Lithuania's Independence, it is necessary to analyse the constitutionalised model of the economic system of the State of Lithuania, the principles describing it, and the constitutional jurisprudence explaining them. The research was carried out using the method of an analysis of documents and other sources of research, as well as teleological and critical methods, and those of a systemic analysis and logical analysis.

The Constitutional Foundation for the Economic System

The establishment of the national constitutional foundations is particularly important in order that the state economy could integrate into the global economy and would be open to international competition. Such constitutional safeguards as the protection of property rights, economic freedom, environmental protection and the effective judicial protection of subjective rights provide the preconditions for stable and effective economic development. Hernando de Soto's global bestseller *The Other Path: The Economic Answer to Terrorism*³ provides a very detailed analysis on how legal uncertainty, the impenetrable jungle of economic regulation, as well as inefficient

² Giedrė Lastauskienė, 'Ekonominiai argumentai teisėje: jų vieta ir ribos' (2013) 89 Teisė 25.

³ Hernando de Soto, *The Other Path: The Economic Answer to Terrorism* (Basic Books 1986; reprint edition, 2002).

administration, can lead to economic chaos in a state and induce business initiatives to plunge into the underground economy. The economist points out that the establishment of the constitutional standards that are important for the economy constitutes the essential preconditions for successful economic development. The importance of the constitutional order for a functioning economy and for its ability to integrate into the global economy is also demonstrated by the experience of other European “socialist republics” where, with the help of the provisions of *lex fundamentales* laid down by independent states, a transition was made from the centralised planned economy to the market economy⁴. In the history of Eastern European countries, Lithuania’s economic path is unique in its transformation from a communist system into a market-based democratic order, by adopting and developing European business standards. In 1992, the Constitution of the Republic of Lithuania created the preconditions for the stable and successful economic development of the state and laid down such foundations for regulating economic relationships that ensure the predictability of economic, social and legal relationships of the state. The Constitution contains a separate chapter “The National Economy and Labour” designated for the protection of the social and economic rights of a person, as well as for the economic and environmental interests of the state. Such a separate chapter of the Constitution has deep constitutional traditions in Lithuania. Economic legal relationships were regulated in a separate chapter in all the Constitutions of interwar Lithuania (i. e. 1922, 1928 and 1938 Constitutions)⁵.

Although the Lithuanian Constitution has a separate chapter designated for the national economy, the basic legal act of the state (as most constitutions of other states) does not *expressis verbis* indicate what model of the economic system is adopted in Lithuania. Such a “value-neutral” constitutional text, while not explicitly providing for the economic system, allows the government and the parliament to decide regarding the state of existence of the national economy. The Constitutional Court, though being a very active court, is very moderate in this regard and does not directly name the direction of the Lithuanian economy. It has pointed out that the national economy of Lithuania is based on such values as private ownership, as well as freedom of individual economic activity and economic initiative⁶. Nevertheless, the legal doctrine provides a number of interpretations and considerations in relation to the model of the Lithuanian economic system. By consolidating unambiguously in the text of the Constitution that the fundamental constitutional features of the Lithuanian economy include the protection of the private ownership right, freedom of individual economic activity and economic initiative,

⁴ Alfred Meyer, ‘The Constitutional Development of Eastern Europe: Integration through Reformation’ (1992) 32 Virginia Journal of International Law 431.

⁵ Agnė Juškevičiūtė-Vilienė, ‘Teisinės ūkinės veiklos laisvės ištakos’ (2015) 95 Teisė 84.

⁶ Constitutional Court ruling of 6 October 1999, Official Gazette *Valstybės žinios*, No 85–2548 (1999).

freedom of fair competition, as well as the prohibition on the monopolisation of production and the market, the *lex fundamentales* lays down the “strong” presumption that it is the market economy that constitutes the model of the Lithuanian economic system⁷.

Under the provisions of the Constitution, the market economy operates in Lithuania not with a full self-regulation mechanism, i.e. it is not based solely on the principle of *laissez faire*, whereas the state does not act as a “night watchman”. The constitutional values upon which the national economy is based are tightly linked to other constitutional values and must be interpreted coherently and in connection with other provisions of the Constitution⁸. The absolute free market economy would not be compatible with the explicit provisions of the Constitution enshrining, for example, that the state takes care of the health of people (Art. 53) and the protection of nature (Art. 54), or that the state regulates economic activity so that it serves the general welfare of the people (Art. 46 (3))⁹. Thus, it can be concluded that the supreme law lays down a mixed economic system in Lithuania, in which free economic activity must be combined with other values of society.

*Economic freedom in the Constitution of the Republic of Lithuania
and in the jurisprudence of the Constitutional Court*

Historically, it is obvious that there is a direct link between the economic growth of a state and freedom of economic activity¹⁰. The economic system and freedom of economic activity should be regarded as categories of exceptional importance because they specifically create the preconditions for the existence of the entire social order and determine what the content of that order will be¹¹. In addition to direct measures (by regulating demand and supply), the economy can also be promoted indirectly – by creating the preconditions for the unrestricted and free development of freedom of individual economic activity. It should be concluded that in an analysis on the aspects of the regulation of the Lithuanian economy in constitutional law, one of the most important conditions alongside the economic system is economic freedom (or “freedom of individual economic activity” as *expressis verbis* consolidated in the Constitution (Art. 46)). Individual economic activity is recognized to be the most important area of human activity; this area of human activity allows preserving and fostering both the self-sufficiency (autonomy) of individuals

⁷ Irmantas Jarukaitis, ‘Europos Sąjungos ekonominė konstitucija kaip papildoma Lietuvos Respublikos Konstitucijos dimensija: tyrimų kontūrai’ [2014] 2 (84) Teisės problemos 38.

⁸ Egidijus Kūris, ‘Ūkinės veiklos laisvė, sąžininga konkurencija ir bendra tautos gerovė (Konstitucijos 46 straipsnio jurisprudencinis komentaras)’ [2005] 64 (56) Jurisprudencija 59.

⁹ “The Constitution of the Republic of Lithuania” (n 1).

¹⁰ Chris Doucouliagos, Mehmet Ali Ulubasoglu, ‘Economic Freedom and Economic Growth: Does Specification Make a Difference?’ (2006) 22 European Journal of Political Economy 60–81.

¹¹ Lastauskienė (n 2) 25.

and their natural sociality – interrelations, cooperation and the coordination of actions, as well as creates human culture¹².

Economic freedom is enshrined in the 1992 Constitution of the Republic of Lithuania in Chapter IV “National Economy and Labour”¹³. This chapter is devoted to the protection of a person’s socio-economic rights as well as the economic and environmental interests of the state. Economic freedom is defined in Article 46 as “freedom of individual economic activity and initiative”. The content of this freedom has often been interpreted by the Constitutional Court of the Republic of Lithuania. In almost thirty years of the validity of the Lithuanian Constitution, the Constitutional Court has adopted 30 rulings dealing with economic freedom. Thus, almost every year, the Constitutional Court developed its doctrine relating to economic freedom¹⁴.

The official constitutional doctrine states that the scope of freedom of economic activity cannot be specifically and precisely defined. Economic freedom is a whole complex of legal possibilities, which creates the preconditions for a person to independently adopt decisions necessary for his/her economic activity¹⁵. The Constitutional Court has held more than once that the notion of economic freedom is abroad one: it implies, *inter alia*, the right of a person to freely choose an occupation or business, the freedom to conclude contracts, freedom of fair competition, etc. Freedom of economic activity is also inseparable from the equality of rights of economic entities¹⁶.

This freedom is individual and can be defended in court to protect it from the unlawful actions of individuals and of public authorities. An entity of economic freedom may demand that the state take active actions to protect the economic freedom of this entity from illegal actions of other persons (*status positivus*). According to the official doctrine of the Constitutional Court, economic freedom guarantees the right to require of the state institutions and their officials, not to hinder, by any their decisions or actions, any expression or development of the initiative of persons and not to disrupt or preclude their economic efforts, provided that their initiative or economic activities are not harmful to society, even if the usefulness of such initiative or economic efforts to society is not evident. Any decision or actions of state institutions and their officials, as well as municipal institutions and their officials, that do not permit the expression or development of the initiative of persons and that

¹² Agnė Juškevičiūtė-Vilienė, *Asmens ūkinės veiklos laisvės konstituciniai pagrindai Lietuvoje: ekonominės, istorinės ir lyginamosios įžvalgos* (Vilnius University 2017) 16.

¹³ The Constitution of the Republic of Lithuania, Official Gazette *Valstybės žinios*, 1992, No 33–1014.

¹⁴ Agnė Juškevičiūtė-Vilienė, ‘Some Aspects of Economic Regulation in Lithuanian Constitutional Law: From Planned Economy to the Fourth Industrial Revolution’ w *Legal Developments During 30 Years of Lithuanian Independence. Overview of Legal Accomplishments and Challenges in Lithuania* (G Švedas, D Murauskas red, Springer 2020) 61.

¹⁵ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, the ruling of 13 May 2005.

¹⁶ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, the ruling of 9 May 2014.

preclude certain economic efforts must be determined by the harmfulness of a particular initiative or economic efforts to society¹⁷ (*status negativus*).

Conditions for Restriction of Freedom of Economic Activity

Paragraph 3 of Article 46 of the Constitution of the Republic of Lithuania provides that the state shall regulate economic activity so that it serves the general welfare of the Nation. So the Constitution tells us that economic freedom is not absolute and public authorities have the right to regulate economic relations in such a way that they serve the public interest. The Constitutional Court of the Republic of Lithuania says: regulation of economic activity is the establishment of conditions for economic activity, regulation of certain procedures, control of economic activity, restrictions or prohibitions of certain such activity¹⁸.

Implementation of this freedom overlaps with various economic and non-economic interests of society, the implementation of the rights and freedoms of others. To restrict economic freedom, it is necessary to take into account the formal and material conditions¹⁹. In Lithuania, the formal condition of restriction of the freedom of economic activity is not enshrined directly in the Constitution but is named in the jurisprudence of the Constitutional Court. Already in 1994, the Lithuanian constitutional doctrine established that the restriction of the freedom of economic activity is possible only by law²⁰. In 2006, the Constitutional Court stated that only by law it is possible to establish essential conditions, prohibitions, and restrictions of economic activity that have a significant impact on economic activity, as well as by imposing various sanctions for relevant violations of law. In other cases, economic freedom may be restricted by other lower-level by-laws²¹.

The material condition for the restriction of the freedom of economic activity is directly named in the Constitution of the Republic of Lithuania: this is a public interest – “welfare of the Nation” (Paragraph 3 of Article 46 of the Constitution). According to the constitutional doctrine, this material condition is recognized as a constitutional principle establishing the directions, methods, and limits of economic activity regulation²². The content of the term “general welfare of the Nation” is disclosed in each specific case taking into account economic, social and other relevant factors. The constitutional doctrine says that by regulating economic activity, the state must strive not for the well-being of individuals, but the well-being of the entire nation. Thus, to limit economic activity, it is necessary to prove the general need of the Nation. But in the interests of the welfare of the Nation, the rights and legitimate interests

¹⁷ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, the ruling of 13 May 2005.

¹⁸ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, the ruling of 6 October 1999.

¹⁹ Kūris (n 8) 63.

²⁰ Juškevičiūtė-Vilienė (n 12) 204.

²¹ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, the ruling of 13 May 2005.

²² The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, the ruling of 26 January 2004.

of an economic entity may not be restricted more than to ensure the public interest, unequal conditions of economic activity may not be established²³.

The impact of the Constitutional Court on economic regulation

During the thirty years of the validity of the Constitution, the Constitutional Court has adopted more than 30 rulings formulating the constitutional foundations for freedom of individual economic activity. Further, the article will present an overview of the jurisprudence of the Constitutional Court interpreting freedom of economic activity and will reveal the relevant consistent patterns in the regulation of the Lithuanian economy in constitutional law. The study has looked into the selected constitutional justice cases adjudicated in the period from 1993²⁴ to 2022²⁵, in which the Constitutional Court spoke out on the constitutional foundations for freedom of economic activity. The selected doctrine of the Constitutional Court was analysed by dividing the examined cases into three chronological stages (conditionally, for the convenience of the reader of this article), based on the three decades of the validity of the Constitution (1993–1999, 2000–2010, 2011–2022), which allowed revealing certain consistent patterns in the regulation of the Lithuanian economy in constitutional law, i. e.:

1. Following the entry into force of the Constitution and the beginning of Constitutional Court's activity, the Court examined a number of cases that were necessary to draw a "constitutional divide" between the planned economy and the market economy, to allow freedom for the development of private ownership and economic initiative and to outline the boundaries of reviving Lithuanian business²⁶. This first constitutional jurisprudence interpreting the regulation of economic relationships at the constitutional level was very important for economic relationships in Lithuania, since Lithuanian society had lived in totalitarian order for half a century and had been socialistically indoctrinated by being told that the public interest prevailed over the private interest and that private ownership was the cause of nearly all troubles in society.

²³ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, the ruling of 15 January 2015.

²⁴ The Constitution of the Republic of Lithuania was adopted in 1992, but the Constitutional Court of the Republic of Lithuania, the only official interpreter of this Constitution, started its work in 1993; therefore, the study covers the period beginning not from 1992, but from 1993.

²⁵ The cases were selected in accordance with the official report of the Constitutional Court on the rulings issued in 1993–2020 (see more: *Oficialioji konstitucinė doktrina: svarbiausios nuostatos (1993–2020)* (Vilnius, 2020, p. 330–331)) and information published on the website of the Constitutional Court (<https://lrkt.lt/en/court-acts/rulings-conclusions-decisions/171/y2022>).

²⁶ For example, Constitutional Court ruling of 18 April 1996 (Official Gazette *Valstybės žinios*, No 36-915 (1996)) on commercial banks, in which the Court expressed its position regarding the concept of individual economic activity and the possibilities of restricting it; Constitutional Court ruling of 20 November 1996 (Official Gazette *Valstybės žinios*, No 114-2643 (1996)) on the privatisation of apartments, which refers, *inter alia*, to the principle of freedom of contract; Constitutional Court ruling of 13 February 1997 (Official Gazette *Valstybės žinios*, No 15-314 (1997)) on alcohol and tobacco advertising, which speaks about the obligations of the state to support business initiatives that are useful to society.

2. During the second decade of the validity of the Constitution, i. e. from 2000 to 2010, both the courts and the authorities entitled by the Constitution often applied to the Constitutional Court concerning the legal regulation relating to energy. Within this period, the Court examined on merits even seven cases²⁷ related to the state of the economy in the field of energy and the management of companies in this field, whose shareholder was often also the Republic of Lithuania. In these cases, the Court spoke out for the need to ensure Lithuania's energy security and independence from other states.

Another tendency in the constitutional doctrine of this decade is that the Constitutional Court often spoke out in various constitutional justice cases on the development and liberalisation of economic activity and the promotion of the private sector²⁸.

3. In the third decade of the Constitution, the topic of energy and the economy remained relevant in the constitutional jurisprudence. During this period, the Court dealt with a case of particular importance for the economy of Lithuania, i.e. regarding the compliance of certain provisions of the Law on the Liquefied Natural Gas Terminal with the Constitution²⁹. In that case, the Court expressed its position on the security and reliability of the energy system of the Republic of Lithuania and the possibility of receiving energy resources from different suppliers under non-discriminatory terms and prices. The Constitutional Court held that, in certain cases, in order to ensure the welfare of the Lithuanian people in the field of energy (i. e. to ensure the security and independence of the state energy system, as well as to timely fulfil the obligations that arise from membership of the Republic of Lithuania in the EU and are aimed to guarantee the security of natural gas supply), business freedom of a private economic operator can be restricted by allowing the Government to conduct economic activity through state-controlled public economic entities.

Another issue that is related to the economic regulation and is of particular relevance in constitutional law in the analysed third decade is resolving the growing conflict between the possibilities of economic activity and

²⁷ For example, Constitutional Court ruling of 16 March 2005 (Official Gazette *Valstybės žinios*, No 36-1184 (2005)) on the reorganisation of the special purpose joint-stock company Lietuvos energija, which was responsible for the production of electricity and heat energy for Lithuanian population; Constitutional Court ruling of 2 March 2009 (Official Gazette *Valstybės žinios*, No 25-988 (2009)) on a national investor, in which the Court examined the legality of establishing a private legal person registered in the Republic of Lithuania who, on the basis of private initiative, wished to participate in the implementation of the construction project of a new nuclear power plant in Lithuania.

²⁸ For example, in its ruling of 14 March 2002, the Constitutional Court considered whether pharmacies could be owned only by natural persons with higher pharmaceutical education. The Constitutional Court held that the state has the duty to ensure that pharmaceutical activities are carried out in the interests of human health and public health promotion. However, the Constitution does not allow the right of a person to property to be restricted on the basis of the education of the person. The requirements to have pharmaceutical education and the required qualifications must be imposed on persons carrying out pharmaceutical activities in pharmacies. The Court, therefore, held that the requirements of pharmaceutical education cannot be imposed on persons who seek to own pharmacies by right of ownership (Constitutional Court ruling of 14 March 2002, Official Gazette *Valstybės žinios*, No 28-1003 (2002)).

²⁹ Constitutional Court ruling of 3 April 2015, Register of Legal Acts, No 3412 (2015-03-05).

environmental requirements³⁰. Carrying out economic activity inevitably involves the use of natural resources, which may cause damage to the environment due to the imperfection of production or other economic activity processes. In this context, the constitutional jurisprudence analysing the possibilities of the Lithuanian economy in the light of environmental requirements has recently been growing. For example, in the last ten years, the Constitutional Court examined more than 4 cases related to the legal regulation of waste management, in which the Court analysed a balance between freedom of individual economic activity and environmental protection requirements³¹.

In the light of the above discussion of the constitutional jurisprudence, the conclusion should be drawn that the 1992 Constitution lays down the foundations for the market economy, by creating the respective stability of these relationships and ensuring the predictability of the regulation of economic relationships. In accordance with these constitutional guarantees of the economic system and in view of the modern challenges arising to economic relationships, the Constitutional Court on a case-by-case basis renewed and consolidated these guarantees, promoted freedom and initiative of private business, ensured the independence and security of the Lithuanian economy from external factors, as well as sought to find a balance between the values enshrined in the Constitution, by taking into account the constitutional imperative of social harmony.

The constitutional case concerning COVID-19 measures for economic freedom

Economic rights, social and cultural rights are often referred to as second-generation human rights, while personal and political rights are classified as first-generation rights. Political and civil rights were often called fundamental, natural, directly applicable, while economic rights were seen as “secondary”, more programmatic rights. Therefore, the scholars of constitutional law often paid less attention to these rights than to political and personal rights. However, the situation has fundamentally changed when in 2020 after the spread of the COVID-19 virus, the state authorities took various measures to prevent the spread of the virus. The most important factor for economic freedom was the quarantine, when the activities of some sectors of the country’s economy were actually banned. Certain areas of the economy, such as international tourism,

³⁰ It can be mentioned that environmental protection cases were rarely heard by the Constitutional Court in the first (only 2 cases) and in the second (5 cases) decade of the Constitution. During these two decades, the Court did not resolve the conflict between freedom of economic activity and environmental protection requirements, with the exception of one case in which the court examined the compliance of the provisions of the law regulating hunting activities with the Constitution. More information available at: <https://lrkt.lt/en/court-acts/rulings-conclusions-decisions/171/y2022>.

³¹ For example, Constitutional Court ruling of 9 May 2014, Register of Legal Acts, No 5321 (2014-05-12); Constitutional Court ruling of 3 April 2015, Register of Legal Acts, No 3412 (2015-03-05); Constitutional Court ruling of 30 May 2017, Register of Legal Acts, No 9149 (2017-05-30); Constitutional Court ruling of 18 February 2020, Register of Legal Acts, No 3538 (2020-02-18).

beauty services, and restaurants had to stop their activities. All these restrictions on the freedom of economic activity caused large financial losses, which led to an active discussion by the public and legal scholars: do the Constitution and the Constitutional Court protect the activities of economic entities, or do the actions of the Government not contradict the guarantees of economic freedom³²? The pandemic influenced one constitutional case, the results of which were awaited by all economic entities. The decision of this case depended on whether economic entities would be able to claim compensation from the state for banning businesses during the quarantine. The facts of this case are as follows:

During the First quarantine³³ in Lithuania, one Ltd. company, which provided dental implant services, filed a complaint accusing the Lithuanian state of illegally restricting the company's economic freedom. After the First quarantine was announced by the Lithuanian Government in March 2020, many restrictions and bans on economic activities were imposed, which caused financial losses to Lithuanian businesses. The company complained that, the Government resolution of 14 March 2020 on the introduction of quarantine was adopted in violation of the Constitution of Republic of Lithuania, laws, and the hierarchy of law. The Government did not have the power to impose restrictions on economic activity and the restrictions of economic freedom were disproportionate. The applicant asked the state to award almost 70 000 Euro damages incurred (loss of income, wage costs, other necessary operating expenses). The company also asked the court to refer the matter to the Constitutional Court asking whether the Government's resolution on the introduction of quarantine conflicted with the provisions of the Lithuanian Constitution³⁴.

Vilnius Regional Administrative Court ruled, that the Government had not exceeded its powers and had taken proportionate measures to restrict economic freedom in Lithuania. The Court found that the Lithuanian Nation

³² Agnė Juškevičiūtė-Vilienė, 'The impact of the Covid-19 pandemic on economic freedom in Lithuania' [2022] 2 (66) *Przegląd prawa konstytucyjnego* 353–63.

³³ The virus was confirmed to have reached Lithuania in February 2020. Because of the situation and the legal framework enshrined in national law, Lithuania has immediately introduced special legal regimes. The 1992 Constitution of the Republic of Lithuania *expressis verbis* provides for only one special legal regime – a state of emergency (Article 144 of the Constitution). To establish a state of emergency, a certain legal fact must occur: a "threat for the constitutional system or social peace" must arise in the state. Therefore, a state of emergency in Lithuania cannot be imposed when there is an outbreak of a contagious disease. However, the Constitution does not prohibit the legislator from providing for *other* special legal regimes in *other extreme cases* (Article 48 of the Constitution). So the Lithuanian government has introduced two other special regimes – the disaster management regime (even on February 26, 2021) and quarantine (on March 14, 2020). Two special regimes were introduced in Lithuania, because only in this way, at that time, was it possible, according to the Lithuanian law in force, to introduce extensive restrictions on human rights during the pandemic. The declaration of quarantine by the government was accompanied by complete restrictions on economic activity. This period lasted three months and is usually called the First quarantine in Lithuania. See more: Government Resolution No. 152 of 26 February 2020, "Dėl valstybės lygio ekstremaliosios situacijos paskelbimo" <<https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/8feb1a7658a111eaac56f6e40072e018>> (accessed: 26.04.2023); Government Resolution No. 207 of 14 March 2020, "Dėl karantino Lietuvos Respublikos teritorijoje paskelbimo" <<https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/deaf8694663011eaa02cacf2a861120c?jfwid=18vo9gnxug>> (accessed: 26.04.2023).

³⁴ See more: Teismai.lt, 'Teismas atmetė skundą dėl žalos priteisimo pernai Vyriausybei paskelbus karantiną' <<https://www.teismai.lt/lt/teismu-pranesimai-spaudai/teismas-atmete-skunda-del-zalos-priteisimo-pernai-vyriausybei-paskelbus-karantina/8481>> (accessed: 26.04.2023).

was confronted with an unprecedented spread of a deadly disease and thus an emergency situation arose in the country. Therefore, the Government had to take known measures to stop the spread of the disease. It was decided to apply the measures known at the time and applied worldwide – isolation and contact restriction. The suspension of economic activity for three months met the proportionality criterion. In the Court's view, there was no unlawful conduct on the part of the Government and no damages were awarded to the applicants. Thus, the court held that the restrictions on economic freedom during the First quarantine were lawful and proportionate. Otherwise, the court did not grant the company's request and did not apply to the Constitutional Court to find out whether the Government's resolution was unconstitutional³⁵.

The decision of the Vilnius Regional Administrative Court didn't satisfy the applicant and was appealed to the Supreme Administrative Court. The applicant repeatedly requested the court to appeal to the Constitutional Court. The Supreme Administrative Court satisfied the applicant's request and appealed to the Constitutional Court, which in 2023 January 24 made the final ruling. In this ruling, the Constitutional Court noted that freedom of economic activity is not absolute, it may be subject to limitation where it is necessary to defend the values consolidated in the Constitution. Even though certain relations of economic activity may only be regulated by means of a law, whereas other relations of economic activity may be regulated by means of Government resolutions, and some of them may be regulated by means of lower-ranking substatutory legal acts. Under the Constitution, the essential conditions for economic activity, as well as prohibitions and limitations that have an essential impact on the said activity, and various sanctions for certain violations of law may only be established by means of a law. As noted in the jurisprudence of the Constitutional Court, the protection of the health of people is a constitutionally important objective, a public interest, and looking after the health of people is a state function. Such a limitation on economic activity that aims at protecting the health of people as such should not be regarded as violating the Constitution. The purpose of preventing the spread of human communicable diseases in society may determine the necessity of urgent and effective decisions. Such a legal regulation that imposes limiting measures or prohibitions on economic activities may be laid down where, there are grounds to believe that a situation threatening the health and life of many people is inevitable and will cause irreparable damage to human health and life. The Constitutional Court noted, that there were grounds to believe that a situation could arise where the failure to take effective measures in time would have caused irreparable damage to the values enshrined in the Constitution, including human health and life³⁶.

³⁵ Teismai (n 34).

³⁶ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, the ruling of 24 January 2023.

With such an interpretation, the Court allowed the restriction of economic activity based on the precautionary principle. The precautionary principle, formed by German law and mostly applied in environmental protection cases, has not been used in Lithuanian constitutional law until now. This principle allows the economic freedom of activity to be limited in the presence of not only a real but also a potential threat.

The Constitutional Court has held that, the Government, which had declared quarantine, was granted the powers, with a view to limiting the spread of communicable diseases, to establish specific preventive and control measures applied during quarantine (inter alia temporarily limiting economic activity). So there was no reason to claim that the law did not lay down the essential conditions for economic activity during the quarantine declared by the Government. The Constitutional Court also stated that the Government could not delay and had to act accordingly. In deciding on proportionality, the Constitutional Court noted that the Government had no reason to believe that protecting human and public health would have been possible, at that time, by less limiting measures³⁷.

Conclusions

The Constitutional Court of the Republic of Lithuania during its 30 years of activity has developed the foundations of freedom of economic activity established in the Constitution adopted in 1992. Lithuania, after 50 years of planned economy, had to create the constitutional foundations of the national market economy in order to integrate into the global economy and open it to international competition. The Constitution of the Republic of Lithuania and the doctrine of the Constitutional Court interpreting it not only established the foundations of the market economy and economic freedom but also found ways to constructively ensure effective economic development. The conducted research showed that the Constitutional Court developed the constitutional foundations of freedom of economic activity quite widely, revealing its concept and the conditions for its limitation. The doctrine of the Constitutional Court became important not only in ensuring the guarantors of Lithuanian business, but also Lithuania's energy independence from Russian gas, solving environmental protection problems, and economic problems during the pandemic as well.

³⁷ The Constitutional Court of the Republic of Lithuania, the ruling of 24 January 2023 (n 36).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. de Soto Hernando, *The Other Path: The Economic Answer to Terrorism* (Basic Books 1986; reprint edition, 2002) (in English).
2. Juškevičiūtė-Vilienė Agnė, *Asmens ūkinės veiklos laisvės konstituciniai pagrindai Lietuvoje: ekonominės, istorinės ir lyginamosios įžvalgos* (Vilnius University 2017) (in Lithuanian).

Edited books

3. Juškevičiūtė-Vilienė Agnė, 'Some Aspects of Economic Regulation in Lithuanian Constitutional Law: From Planned Economy to the Fourth Industrial Revolution' w *Legal Developments During 30 Years of Lithuanian Independence. Overview of Legal Accomplishments and Challenges in Lithuania* (Švedas G, Murauskas D red, Springer 2020) (in English).

Journal articles

4. Doucouliagos Chris, Ali Ulubasoglu Mehmet, 'Economic Freedom and Economic Growth: Does Specification Make a Difference?' (2006) 22 *European Journal of Political Economy* 60–81 (in English).
5. Jarukaitis Irmantas, 'Europos Sąjungos ekonominė konstitucija kaip papildoma Lietuvos Respublikos Konstitucijos dimensija: tyrimų kontūrai' [2014] 2 (84) *Teisės problemos* 26–97 (in Lithuanian).
6. Juškevičiūtė-Vilienė Agnė, 'Teisinės ūkinės veiklos laisvės ištakos' (2015) 95 *Teisė* 84–99 (in Lithuanian).
7. Juškevičiūtė-Vilienė Agnė, 'The impact of the Covid-19 pandemic on economic freedom in Lithuania' [2022] 2 (66) *Przegląd prawa konstytucyjnego* 353–63 (in English).
8. Kūris Egidijus, 'Ūkinės veiklos laisvė, sąžininga konkurencija ir bendra tautos gerovė (Konstitucijos 46 straipsnio jurisprudencinis komentaras)' [2005] 64 (56) *Jurisprudencija* 56–73 (in Lithuanian).
9. Lastauskienė Giedrė, 'Ekonominiai argumentai teisėje: jų vieta ir ribos' (2013) 89 *Teisė* 20–36 (in Lithuanian).
10. Meyer Alfred, 'The Constitutional Development of Eastern Europe: Integration through Reformation' (1992) 32 *Virginia Journal of International Law* 429–39 (in English).

Агне Юшкявічюте-Вілієн СУДОВА ПРАКТИКА КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ ЛИТОВСЬКОЇ РЕСПУБЛІКИ ЩОДО СВОБОДИ ЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

АНОТАЦІЯ. Конституційний Суд є охоронцем прав і свобод людини. Існує багато досліджень конституційного права, присвячених конституційним особистим і політичним правам, але економічна свобода не часто аналізується дослідниками конституційного права. Однак ситуація докорінно змінилася, коли у 2020 р. після поширення вірусу COVID-19 державні органи вжили різноманітних заходів (зокрема заходи щодо обмеження економічної діяльності) з метою запобігання поширенню вірусу. Усі ці обмеження свободи господарської діяльності завдали великих фінансових втрат, що призвело до активної дискусії суспільства та правознавців:

чи захищає Конституційний Суд діяльність суб'єктів господарювання? Цей важкий економічний період змусив суспільство згадати про те, що економічна свобода має бути категорією виняткової важливості, оскільки вона створює умови для існування всього суспільного ладу. Однак у Литві, як і в інших пострадянських державах, про економічну свободу забули понад 50 років. Після відновлення незалежності Литви та прийняття Конституції економічна свобода приватної особи знову стала конституційною цінністю. Тому перед Конституційним Судом постало серйозне завдання щодо розробки концепції та механізму захисту цієї свободи. У цьому документі представлено конституційну юриспруденцію, сформовану Конституційним Судом Литовської Республіки протягом 30 років у сфері економічної свободи. Дослідження цієї судової практики показало, що в перше десятиліття незалежності Литовської Республіки свобода економічної діяльності особливо заохочувалась Конституційним Судом з метою якнайшвидшого створення основ ринкової економіки. Пізніше основною метою Конституційного Суду було забезпечення енергетичної незалежності Литви, а в третє десятиліття незалежності конституційна юриспруденція все більше аналізувала можливості пошуку балансу між вимогами охорони здоров'я та навколишнього середовища та економічною свободою.

Ключові слова: Конституційний Суд; Конституція Литовської Республіки; свобода індивідуальної економічної діяльності.

ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ

Демократія без певної форми конституційного контролю вважається недостатньою. Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) стисло та лаконічно визначив, що центральний аспект верховенства права вимагає, щоб будь-який правовий акт, який впливає на становище будь-якого юридичного суб'єкта, потенційно мав бути переглянутий судом.

Реформування процедури призначення суддів Конституційного Суду України (далі – КСУ) необхідне не тільки для того, щоб привести українську модель у відповідність до правил і практик європейських систем відбору суддів конституційних чи верховних судів, зокрема Німеччини, Литви, Іспанії, США або Естонії. Це зумовлено тим, що перед суддями КСУ постає вагоме та унікальне завдання “охорони Конституції України” перед можливими зазіханнями на неї з боку різних органів влади, зокрема законодавчої. Конституційне “правосуддя” не може бути імпровізованим, і очевидна некомпетентність суддів можуть відобразитись у рішеннях органу конституційної юрисдикції, які повинні базуватися на ґрунтовній аргументації та спільній позиції суду у строки, визначені законом і регламентом.

Конституційна демократія ґрунтується на ідеалі чіткого розподілу повноважень, і тому найкращий метод відбору конституційних суддів має бути спроможним: а) гарантувати або максимізувати політичну незалежність; б) визначати якості судді та досвід у сфері конституційного права або професійну компетенцію.

Щоб сумлінно виконувати свої функції, судді мають бути професійно компетентними, політично неупередженими та незалежними від неправомірного впливу. Корисним є відбір конституційних суддів за допомогою двоетапного процесу: попередній відбір відповідних кандидатів шляхом перевірки доброчесності та сертифікації, тобто відбір кандидатів, які мають відповідну (юридичну) кваліфікацію. У процесі відбору суддів КСУ важливо враховувати такі фактори, як незалежність судової влади від виконавчої та законодавчої влади; забезпечення репрезентативності та інклюзивності суддів, особливо щодо статі, статусу, етнічного походження чи походження; та забезпечення того, щоб судді КСУ були достатньо якісними та кваліфікованими для реалізації своїх повноважень. При формуванні конституційного суду важливо узгодити та збалансувати дві потенційно протилежні потреби, а саме: незалежність органу конституційної юрисдикції від втручання органів державної влади та забезпечити професійні стандарти й доброчесність судді Конституційного Суду (Оксана Щербанюк, Лаура Бзова “Реформування процедури добору суддів Конституційного Суду України як умова інтеграції до Європейського Союзу: контекстуальні та концептуальні міркування”).

Досліджено систему призначення/обрання суддів Конституційного суду Італії та запропоновані рекомендації для України. Італійська систе-

ма призначення/обрання суддів Конституційного Суду досить подібна до української (обидві системи є змішаними: одна третина суддів призначається Президентом Республіки, одна третина обирається парламентом, одна третина певним чином обирається судовою владою). Однак в Італії відсутня процедура конкурсного відбору кандидатів на посади суддів, подібна до тієї, що встановлена в Україні: практика Італії в цій сфері переважно регулюється конвенціями.

Методологічно кажучи, рекомендації для України надані у світлі найкращих практик (відповідно до принципів конституціоналізму), які були напрацьовані в Італії за останні сім десятиліть, а також у світлі принципів Європейської комісії “За демократію через право” (Венеційська комісія).

Сформовано рекомендації для України, зокрема: (i) поточну гібридну систему призначення/обрання суддів і діючу процедуру конкурсного відбору слід зберегти; (ii) поточний підпис (прем’єр-міністра) президентського акта про призначення суддів повинен зберігатися; (iii) кваліфікована більшість і таємне голосування (без обговорення) для обрання суддів парламентом мають бути введені в Конституцію; (iv) положення щодо продовження строку повноважень суддів мають бути внесені до Конституції; (v) процедура призначення/обрання має бути детальніше викладена в Конституції (або принаймні в імплементаційному законодавстві), коли йдеться про вимоги для призначення/обрання на посаду судді.

Ці рекомендації корисні для створення в Україні такої системи призначення/обрання суддів КСУ, яка б відповідала принципам європейського конституціоналізму та Венеційська комісія (а також опосередковано виконувати деякі зобов’язання, яких вона вимагала). Ба більше, ухвалення та імплементація законодавства щодо процесу попереднього відбору на основі оцінки їх доброчесності та професійних навичок відповідно до рекомендацій Венеційської комісії також дуже практично означало б виконання одного із зобов’язань, які вона вимагала щодо надання Україні статусу кандидата в Європейський Союз (далі – ЄС) (ЕНРИКЕ АЛБАНЕСІ “Призначення/обрання суддів Конституційного Суду Італії та деякі рекомендації для України у світлі прогресивного досвіду Італії та принципів Венеціанської комісії” [THE APPOINTMENT/ELECTION OF THE JUDGES OF THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT AND SOME RECOMMENDATIONS FOR UKRAINE IN THE LIGHT OF ITALY’S BEST PRACTICES AND THE PRINCIPLES OF THE VENICE COMMISSION])).

На підставі аналізу польського конституційного законодавства досліджені кваліфікація кандидатів та процедура відбору суддів Конституційного Трибуналу Польщі. Суддів обирає Сейм. Кандидатів пропонує Президія Сейму або 50 депутатів. Конституційна регламентація порядку обрання суддів Конституційного Трибуналу є навіть надто лаконічною. Проте не викликає сумнівів, що така регуляція допускає вибір із-посеред більшої кількості кандидатів. Конституція також не визначає, якою більшістю голосів мають бути проведені вибори суддів Конституційного Трибуналу.

Відповідно до Конституції 1997 р. судді мають вирізнятися юридичними знаннями, що є прикладом “юридичних пустих слів”. Чинний Закон від 2016 р. про статус суддів Конституційного Трибуналу передбачає, що ці судді повинні відповідати тим самим умовам, що й судді Верховного Суду та Вищого адміністративного суду. Це означає, що суддя: 1) повинен мати лише польське громадянство; 2) не може бути законно засуджений за вчинення умисного злочину, переслідуваного за публічним обвинуваченням, або за умисний фінансовий злочин, або щодо якого не ухвалено остаточного вироку про умовне закриття кримінального провадження за вчинення умисного злочину, що переслідується за публічним обвинуваченням, або умисного фінансового злочину; 3) має бути старше 40 років; 4) мати бездоганний характер; 5) має закінчити вищу юридичну освіту в Республіці Польща та мати ступінь магістра або отримати іноземну юридичну освіту, визнану в Республіці Польща; 6) відзначатися високим рівнем правових знань; 7) за станом здоров’я повинен бути здатним виконувати обов’язки судді; 8) мати не менше десяти років стажу роботи суддею, прокурором, головою Генеральної Прокуратури Республіки Польща, її віцепрезидентом, радником або не менше десяти років займатися професією адвоката, юрисконсульта або нотаріуса в Польщі; 9) не може у 1944–1990 рр. служити, працювати або бути співробітником органів державної безпеки. Суперечки щодо складу Конституційного Трибуналу в 2015 р. започаткували конституційну кризу в Польщі та призвели до падіння авторитету цього органу. У триваючій дискусії про відновлення його конституційної ролі він містить, серед іншого, пропозиції щодо змін у порядку обрання суддів Конституційного Трибуналу. Перш за все, пропонується розширити коло суб’єктів висунення кандидатів, а також обирати суддів більшістю в 3/5 голосів за наявності не менше половини від визначеної законом кількості депутатів (Кшиштоф Скотніцкі “Кваліфікація кандидатів та процедура відбору суддів Конституційного Трибуналу Польщі”).

Досліджено формування конституційної юриспруденції в Україні крізь призму національних особливостей. Узагальнюючи ключові проблеми становлення конституційної юриспруденції в Україні, підкреслюється, що сам КСУ не поспішав наголошувати на важливості своїх рішень для стабільності функціонування конституційної системи. Попри це, вважаємо, що значна доля провини все-таки лежить на академічній доктрині, яка після стількох років так і не спромоглась чітко визначити пріоритетну роль органу конституційної юстиції у забезпеченні аксіологічного значення Конституції. Періодично відводячи другорядну роль рішенням КСУ, досі дискутуючи про юридичну природу цих рішень, академічна наука сприяла тому, що як професійне середовище, так і громадська думка сприймає його діяльність не як визначальну для розуміння сутності конституції, а як щось другорядне.

Характеризуючи сучасний етап розвитку офіційної конституційної доктрини в Україні, можна констатувати, що загалом КСУ сформував методологічну та аксіологічну основи своєї юриспруденції. Особливо цінними із погляду аксіологічної наповненості видаються останні рішення, ухвалені КСУ вже після початку повномасштабної збройної агресії Росії проти України, в яких чітко артикулюється на конституційних цінностях і їхньому фундаментальному характері (Юрій Барабаш, Олена Бориславська “Конституційна юриспруденція (офіційна конституційна доктрина) в Україні: проблеми становлення та напрями розвитку”).

З’ясовано сутність концепції конституційної національної ідентичності та виокремлено широкий і вузький підходи до тлумачення конституційної ідентичності. У першому випадку, тобто у широкому сенсі, йдеться про сукупність певних принципів, інститутів і традицій, які лежать в основі нормотворчої та правозастосовної діяльності. За вузького підходу вона означає наявність незмінюваних положень Основного Закону. Усвідомлення суті конституційної національної ідентичності має важливе значення при внесенні змін і доповнень до Конституції, адже саме принцип, що досліджується, слугує певним запобіжником, діє, так би мовити, як охоронець, який стоїть на заваді намаганням певним чином викривити чи підмінити поняття, відокремлюючи ті зміни, які є прийнятними для національної правової системи, від тих, які можуть виявитися руйнівними для неї.

Категорія конституційної національної ідентичності для українського конституційного права є відносно новою, водночас вона поширена в європейському праві, передусім завдяки практиці Федерального Конституційного Суду Німеччини. Зокрема, орган конституційної юрисдикції Німеччини через застереження “вічності” розробив доктрину конституційної ідентичності. Зі свого боку Конституційний Трибунал Польщі визначає ідентичність Конституції Республіки Польща через “непередані повноваженнями органів державної влади”, які визначені різними положеннями Основного Закону. Конституційний Суд Італії розуміє конституційну ідентичність через концепцію контрмеж або конституційних кордонів. В основі доктрини конституційної ідентичності лежить національний аспект або національна самоідентифікація певної політичної нації та держави, що, звісно, має основоположне значення. Підґрунтям національної конституційної ідентичності вважається ідея політичної нації як стійкої спільноти людей, що історично склалася, виникла на базі спільності мови, єдиної території, економічного життя і психічного складу, який проявляється у спільності культури й держави. Саме цей аспект розуміння конституційної ідентичності було нещодавно вперше визнано КСУ, коли він сформулював відповідний термін у рішенні у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про забезпечення функціонування української мови як державної”. Саме змі-

на державної мовної політики України та така юридична позиція КСУ з мовного питання (українська мова як державна є водночас засадничою конституційною цінністю, питомою ознакою і ключовим чинником єдності (соборності) Української держави та невіддільною частиною її конституційної ідентичності) продиктовані військовою агресією та окупацією українських земель армією Російської Федерації (Тетяна Слінько, Євгеній Ткаченко “Гарантування конституційної національної ідентичності органами конституційного контролю”).

Інститут індивідуальної конституційної скарги, з якою будь-яка особа може звернутися до конституційного суду, стверджуючи, що якимось із її прав порушено актом державної влади, існує у багатьох країнах світу. Конституційна підсудність не може бути віднесена до системи звичайних судів, тому в демократичній державі гарантована конституцією можливість звернення громадян до конституційного суду є однією з опор в ідейній архітектурі юстиції, заснованій на верховенстві права. Інститут конституційної скарги є вкрай важливим як з погляду гарантій правової держави, як і з боку довіри громадян до державної влади. Звичайно, для надання ефективної правової допомоги конкретному громадянину найкраще, щоб він міг сам звернутися до Конституційного суду і не лише побічно, подаючи позови чи скарги до суду, який за сумнівів щодо конституційності норм сам звернеться до Конституційного суду у спосіб нормоконтролю. Зрозуміло, що при цьому необхідно передбачити певні фільтри, щоб не допустити паралізацію діяльності суду внаслідок його перевантаження. Досліджено особливості провадження за конституційною скаргою у Федеральному конституційному суді Німеччини, має набагато більше значення, ніж у земельних конституційних судах (Йорг Пуделька “Конституційна скарга в Німеччині: процесуальні аспекти”).

Економічна свобода не часто є предметом досліджень вченими-конституціоналістами, однак ситуація докорінно змінилася, коли у 2020 р. після поширення вірусу *COVID-19* державні органи вжили різноманітних заходів (зокрема заходи щодо обмеження економічної діяльності) з метою запобігання поширенню вірусу. Усі ці обмеження свободи господарської діяльності завдали великих фінансових втрат, що призвело до активної дискусії суспільства та правознавців: чи захищає Конституційний Суд діяльність суб'єктів господарювання? Цей важкий економічний період змусив суспільство згадати про те, що економічна свобода має бути категорією виняткової важливості, оскільки створює умови для існування всього суспільного ладу. Наголошено, що у Литві, як і в інших пострадянських державах, про економічну свободу забули на понад 50 років. Після відновлення незалежності Литви та ухвалення Конституції економічна свобода приватної особи знову стала конституційною цінністю. Тому перед Конституційним Судом постало серйозне завдання щодо розроблення концепції та механізму захисту цієї свободи. Досліджена конституційна юриспруденція, сформована Конституційним

судом Литовської Республіки протягом 30 років у сфері економічної свободи. Аналіз цієї судової практики показав, що в перше десятиліття незалежності Литовської Республіки свобода економічної діяльності особливо заохочувалась Конституційним судом з метою якнайшвидшого створення основ ринкової економіки. Пізніше основною метою Конституційного Суду було забезпечення енергетичної незалежності Литви, а в третє десятиліття незалежності конституційна юриспруденція все більше аналізувала можливості пошуку балансу між вимогами охорони здоров'я та навколишнього середовища й економічною свободою (Агне Юшкевичуте-Вілієне “Судова практика Конституційного Суду Литовської Республіки щодо свободи економічної діяльності” [THE JURISPRUDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA RELATED TO FREEDOM OF ECONOMIC ACTIVITY])).

Останніми роками розвинувся все більш транснаціональний конституційний дискурс. Усе частіше конституційні суди посиляються на рішення та міркування інших судів щодо конституційних принципів не завжди для того, щоб погодитися, а радше для того, щоб відточити та покращити розуміння основних понять, такі як людська гідність, рівність і свобода в сучасному контексті. Такі діалоги потенційно розширюють можливості судів.

За редакцією
координаторки актуальної теми

“Процедура добору суддів Конституційного Суду України:
На шляху формування конституційної юриспруденції
у світлі європейських традицій та цінностей”,

докторки юридичних наук, професорки,
завідувачки кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича,
професорки Вільнюського університету,
членкині Науково-консультативної ради
при Конституційному Суді України,
членкині Науково-консультативної ради
при Голові Верховної Ради України
ОКСАНИ ЩЕРБАНЮК

ПРАВО УКРАЇНИ • 2023 • № 7 • 108-113

ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ:
 “ПРОЦЕДУРА ДОБОРУ СУДДІВ
 КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ:
 НА ШЛЯХУ ФОРМУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ
 ЮРИСПРУДЕНЦІЇ У СВІТЛІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ТРАДИЦІЙ
 І ЦІННОСТЕЙ”

1. Amaral-Garcia S, Garoupa N, Grembi V, ‘Judicial independence and party politics in the Kelsenian constitutional courts: The case of Portugal’ (2009) 6 *Journal of Empirical Legal Studies* 381–404.
2. Bettermann K, ‘Opposition und Verfassungsrichterwahl’, Bernstein H, Drobnig U, Kötz H (Hrsg), *Festschrift für Konrad Zweigert* (Mohr 1981).
3. Brouard S, Hönnige C, ‘Constitutional courts as veto players: Lessons from the United States, France and Germany’ (2017) 56 *European Journal of Political Research* 529–52.
4. Driscoll A, Nelson M, ‘Judicial selection and the democratization of justice: Lessons from the Bolivian elections’ (2015) 3 *Journal of Law and Courts* 115–48.
5. Elkins Z, Ginsburg T, Melton J, Shaffer R, Sequeda J, Miranker D, ‘Constitute: The World’s Constitutions to Read, Search, and Compare’ (2014) SSRN. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3199104>
6. Garoupa N, Gómez-Pomar F, Grembi V, ‘Political influence and career judges: An empirical analysis of administrative review by the Spanish Supreme Court’ (2013) 9 *Journal of Empirical Legal Studies* 795–826.
7. George T, ‘From judge to justice: Social background theory and the Supreme Court’ (2008) 86 *North Carolina Law Review* 1333–67.
8. Hönnige C, ‘The electoral connection: How the pivotal judge affects oppositional success at European Constitutional Courts’ (2009) 32 *West European Politics* 963–84.
9. Mohamed A, ‘Bahdon. Fonctions et rôles de la justice constitutionnelle. Étude du Conseil constitutionnel djiboutien’ [2015] 1 (101) *Revue française de droit constitutionnel* 1–27.
10. Pestalozza Ch, *Verfassungsprozeßrecht: die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder* (Beck 1982).
11. Бориславська О, *Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз* (Право 2018) 347.
12. Ландфрід С, ‘Обрання суддів Федерального конституційного суду та його наслідки для легітимності конституційної юрисдикції’, van Ooyen R C, Möllers M H W (eds), *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System* (VS Verlag für Sozialwissenschaften 2006).
13. Щербанюк О, ‘Конкурсний добір суддів: проблеми конституційної реалізації’ (2018) 3 *Право України* 92–109.

www.pravoua.com.ua

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ



Віталій Ковальчук

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри теорії права та конституціоналізму
Навчально-наукового інституту права,
психології та інноваційної освіти
Національного університету "Львівська політехніка"
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7523-2098>
Vitalii.B.Kovalchuk@lpnu.ua

DOI: 10.33498/lpnu-2023-07-115

УДК 342.156+342.78

КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ В УМОВАХ ВІЙНИ: ПИТАННЯ ЦІННОСТЕЙ, ПРАВ ТА ІДЕНТИЧНОСТІ

АНОТАЦІЯ. У статті здійснено комплексний аналіз механізму функціонування конституційного правопорядку в умовах воєнного стану, зокрема тих засобів і способів, за допомогою яких він може захистити конституційні цінності, права та ідентичність від внутрішніх і зовнішніх загроз, а також запропоновано практичні рекомендації запобігання можливої інволюції конституціоналізму в післявоєнний період.

Автор вважає, що після широкомасштабного вторгнення Російської Федерації на територію України, практична парадигма українського конституціоналізму набула нових рис. По-перше, це зміна ідеологічної складової змісту конституціоналізму – конституційної правосвідомості у бік піднесення національної ідеї, національної ідентичності та утвердження національної гідності українців. Водночас в її основу покладена європейська модель конституціоналізму, яка відповідає загальнолюдським цінностям, передусім людській гідності та свободі, які є незмінними навіть в умовах воєнного стану. По-друге, це зміни функціонального механізму конституціоналізму, що зумовлені необхідністю забезпечення органами публічної влади балансу між безпекою і свободою громадян з неухильним дотриманням основоположних прав і свобод людини, які не можуть бути обмежені навіть в умовах війни. По-третє, формування нової ідентичності навколо нової (післявоєнної) конституції, яка має стати виразом надії всього українського народу на своє гідне політичне та соціально-економічне майбутнє в об'єднаній Європі.

Автор статті стверджує, що війна в Україні має яскраво виражений екзистенційний характер, оскільки безпосередньо стосується вибору майбутнього кожного українця та української політичної нації загалом. У цій війні українці захищають не лише своє право на існування як окремого етносу, а й загальнолюдські, європейські цінності, які відображені в Конституції України – передусім ідею свободи та демократії. Європейський вибір українського народу є результатом Помаранчевої революції та Революції Гідності. Цей вибір залишився незмінним і в умовах війни.

© Віталій Ковальчук, 2023

В умовах війни легітимність застосування органами державної влади екстраординарних заходів лежить у двох площинах: по-перше, такі заходи мають бути невідкладними та усувати загрозу конституційному порядку, зокрема життєздатності нації у разі зовнішньої агресії; по-друге, підзвітність і підконтрольність уряду, яка включає судовий і цивільний контроль. У такій ситуації важливою є інституційна здатність держави забезпечити права та свободи людини. Особлива роль покладається на судову владу, яка повинна забезпечити невідчужуване, невід'ємне право людини на вільний доступ до правосуддя. У статті акцентується увага на значенні Конституційного Суду України та інститутів громадянського суспільства в забезпеченні прав людини в екстраординарних умовах.

Також звертається увага на те, що формування української політичної нації у післявоєнний період повинно відбуватися навколо нової конституції. Вона повинна стати реальним суспільним договором українського народу – громадян усіх національностей, які під час війни не відмовилися від свого громадянства і тими, хто після війни його набув через свого волевиявлення. В основі цього договору мають бути покладені три визначальні цінності конституціоналізму – свобода та гідність особи, самобутність та гідність нації, верховенство конституції та норм міжнародного права. Вони мають знайти своє відображення у Преамбулі Конституції України, яка становить основу конституційної ідентичності.

Ключові слова: український конституціоналізм; війна; воєнний стан; цінності; права людини; національна та громадянська ідентичність; конституційна ідентичність.

Конституціоналізм є безспірним надбанням сучасної європейської цивілізації. Це політико-правове явище, сутність якого безпосередньо пов'язано з обмеженням державної влади в інтересах громадського спокою та захисту прав людини в межах чинної конституції. Це явище уособлює певну ієрархію цінностей, в основу яких покладено людську гідність і свободу. Конституціоналізм включає у себе набір очікувань, пов'язаних із поведінкою легітимної влади, тоді як конституція є політико-правовим конструктом. Конституція як один з основних атрибутів конституціоналізму відображає правосвідомість носія установчої влади (народу), суспільний консенсус щодо соціальних цінностей, які забезпечуються встановленим правопорядком.

Сучасний український конституціоналізм в умовах воєнного стану, введеного Указом Президента України від 24 лютого 2022 р., набуває певних модифікацій¹. Так, об'єктивні воєнні загрози обумовлюють такі зміни його практичної парадигми. По-перше, це необхідність удосконалення ідеологічної складової змісту конституціоналізму – конституційної правосвідомості у бік піднесення національної ідеї, національної ідентичності та утвердження національної гідності українців. Водночас сучасна парадигма українського конституціоналізму сформована на принципах, які відповідають загальнолюдським та європейським цінно-

¹ А. Крусян, 'Сучасний український конституціоналізм в умовах воєнного стану' (2022) 3 Експерт: парадигми юридичних наук і державного управління 12, 22.

стям, які є незмінними навіть в умовах воєнного стану. По-друге, це зміни функціонального механізму конституціоналізму, що зумовлені необхідністю забезпечення органами публічної влади балансу між безпекою і свободою громадян з неухильним дотриманням громадянських (конституційних) прав і свобод людини, які не можуть бути обмежені навіть в екстраординарних умовах. По-третє, формування ідентичності навколо нової (післявоєнної) конституції, яка має стати виразом надії всього українського народу на своє гідне політичне та соціально-економічне майбутнє в об'єднаній Європі.

Питання конституціоналізму і його проявів в екстремальних умовах, зокрема в період воєнного стану, неодноразово ставало предметом дослідження учених у сфері суспільно-гуманітарних наук: правознавців, політологів, соціологів. Одним із перших цю тему розвинув у 1937 р. у своєму есе "Войовнича демократія та фундаментальні права" німецький політолог та конституціоналіст К. Льовенштайн². Згодом до цієї проблеми зверталися такі вчені: Ю. Габермас, А. Шайо, Е. Познер, А. Вермюле, Я. Рознай, Р. Альберт. Після широкомасштабного вторгнення Російської Федерації (далі – РФ) на територію України питання захисту конституційних цінностей, прав та ідентичності знайшли своє відображення у наукових дослідженнях українських учених, зокрема: О. Водянікова, М. Баймуратова, Ю. Барабаша, О. Бориславської, М. Козюбри, А. Крусян, П. Стецюка, М. Савчина.

Метою дослідження є науковий аналіз механізму функціонування конституційного правопорядку в умовах воєнного стану, зокрема тих засобів і способів, за допомогою яких він може захистити конституційні цінності, права та ідентичність від внутрішніх і зовнішніх загроз, а також вироблення практичних рекомендацій запобігання можливої інволюції конституціоналізму в післявоєнний період.

Проблема цінностей та її значення для людини відіграє визначальну роль для кожного соціуму. Це повною мірою стосується України, яка впродовж століть сформувала власну систему значущих для українського народу цілей та засобів їх досягнення. Як свідчить досвід історії, люди гинуть не так за власні інтереси, як за цінності, яскравим черговим підтвердженням чому стала героїчна боротьба Збройних Сил України і всього українського народу проти військової агресії РФ.

В умовах воєнного стану проблема цінностей відчувається особливо гостро, адже саме війна дає змогу перевірити справжність обраних цінностей і готовність громадян та державної влади їх дотримуватися і захищати³. У таких екстремальних ситуаціях особливу роль відіграють духовно-

² K Loewenstein, 'Militant Democracy and Fundamental Rights' (1937) 31 American Political Science Revue 417.

³ М. Козюбра, 'Цінності конституціоналізму та межі їхньої трансформації в умовах війни', *Конституціоналізм в умовах війни: збірник матеріалів учасників Четвертої міжнародної науково-практичної конференції* (2022) 31, 40.

моральні цінності, а саме: патріотизм, готовність до самопожертви і героїзм у захисті державного суверенітету та територіальної цілісності, а також інших надбань конституціоналізму. Вони стали пріоритетними після того, як ідеологи рашизму заперечили сам факт існування українців як нації, про що неодноразово було проголошено як президентом РФ (на засіданні Державної думи у 2005 р. та Мюнхенській безпековій конференції у 2007 р.), так і ідеологами “руського міра”. Квінтесенцією такої ідеології стала публікація у російському виданні “РІА Новини” одного з кремлівських політтехнологів Т. Сергійцева під назвою “Що Росія повинна зробити з Україною”, яка є своєрідним програмним документом рашистів щодо геноциду українського народу.

Офіційну оцінку ідеології рашизму дала Верховна Рада України. 2 травня 2023 р. Парламент ухвалив Постанову “Про Заяву Верховної Ради України ‘Про використання політичним режимом російської федерації ідеології рашизму, засудження засад і практик рашизму як тоталітарних і людиноненависницьких’”⁴. Вона дасть змогу визначити форми агресії РФ і спонукатиме держави світу до засудження її політики, яка призводить до вчинення воєнних злочинів та геноциду Українського народу. Згідно із заявою ознаками рашизму є мілітаризм, культ особи очільника та сакралізація інститутів держави, самозвеличування РФ через насильницьке пригнічення та/або заперечення існування інших народів, нав’язування іншим народам російської мови та культури, пропагування ідей “русского міра”, систематичне порушення норм і принципів міжнародного права, суверенних прав інших держав, їхньої територіальної цілісності та міжнародно визнаних кордонів, недотримання принципу незастосування сили чи погрози силою, та інші.

Війна в Україні завдала значних проблем у сфері реалізації громадянських прав. Росія вчинила агресію проти України в 2014 р., розпочавши окупацію Автономної Республіки Крим та міста Севастополь. Через дев’ять років збройна агресія набула нових масштабів та спричинила наймасовіше переміщення населення з часів Другої світової війни. Тікаючи від бойових дій, мільйони українців стали внутрішніми переселенцями або біженцями, які були змушені виїхати за межі України та шукати тимчасовий притулок. Загалом, за даними Управління Верховного комісара Організації Об’єднаних Націй (далі – ООН) у справах біженців з початку повномасштабного вторгнення РФ в Україну за кордон виїхали понад 7 млн українських громадян. Понад 3,3 млн отримали статус тимчасового захисту в країнах ЄС. Ще близько 8 млн стали внутрішніми пе-

⁴ Про Заяву Верховної Ради України “Про використання політичним режимом російської федерації ідеології рашизму, засудження засад і практик рашизму як тоталітарних і людиноненависницьких”: Постанова Верховної Ради України 2 травня 2023 р. № 3078-ІХ <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/3078-20#Text>> (дата звернення: 06.02.2023).

реселеннями, які переїхали із зони бойових дій і тимчасово окупованих територій у безпечніші регіони України⁵.

Мирне населення та об'єкти цивільної критичної інфраструктури стали основними мішенями у війні. Тисячі цивільних громадян втратили життя від російських обстрілів і насильства, вчиненого російськими військовослужбовцями. За підтвердженими даними Управління Верховного комісара ООН з прав людини, втрати серед цивільних осіб з 24 лютого 2022 р. до 5 лютого 2023 р. становили 18 817 цивільних, зокрема 7155 загиблих і поранених⁶. Понад 1300 із числа постраждалих в Україні – це діти, серед них загиблі та поранені різного ступеня тяжкості. Тисячі громадян загинули в боях, захищаючи країну в лавах Збройних Сил України або інших воєнізованих формуваннях.

РФ вдається до жаклих злочинів, серед яких ті, що мають ознаки геноциду⁷. Депортація українських дітей і примусове переведення їх в іншу національну групу є однією з таких ознак. Станом на 31 грудня 2022 р., за даними Національного інформаційного бюро⁸, встановлено 13 867 випадків депортації дітей. Ці цифри не остаточні, оскільки триває робота з їх встановлення у місцях ведення активних бойових дій, на тимчасово окупованих і звільнених територіях.

Війна в Україні має яскраво виражений екзистенційний характер, оскільки безпосередньо стосується вибору майбутнього кожного українця та української політичної нації загалом. У цій війні українці захищають не лише своє право на існування як окремого етносу, а й загальнолюдські, європейські цінності, які відображені в Конституції України⁹ – передусім ідею свободи та демократії. На цьому ціннісному виборі українців в умовах війни акцентує увагу Т. Снайдер. На його думку, українці визначають свободу 'як позитивний проект, як спосіб існування у світі, як багатство майбутнього <...>'¹⁰.

Європейський вибір українського народу є результатом Помаранчевої революції та Революції Гідності. Він залишився незмінним і в умовах війни, про що свідчить соціологічне дослідження Центру Разумкова щодо оцінки громадянами ситуації у країні, довіри до соціальних ін-

⁵ Ukraine Refugee Situation <<https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine>> (accessed: 06.02.2023).

⁶ Ukraine: civilian casualty update 6 February 2023 (The Office of the High Commissioner for Human Rights) <<https://www.ohchr.org/en/news/2023/02/ukraine-civilian-casualty-update-6-february-2023>> (accessed: 06.02.2023).

⁷ Genocide Emergency: Ukraine (*Genocide Watch*, 04.09.2022) <<https://www.genocidewatch.com/single-post/country-report-ukraine-1>> (accessed: 01.06.2023).

⁸ Національне інформаційне бюро. Діє відповідно до Женевських конвенцій про поводження з військовополоненими та про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 р. <<https://nib.gov.ua>> (дата звернення: 31.12.2022).

⁹ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (accessed: 06.02.2023).

¹⁰ Тімоті Снайдер, 'Весь світ перед ними у боргу. Сім важливих слів про українців' <<https://nv.ua/ukr/opinion/ssha-kitay-timoti-snyder-pro-te-shcho-zminila-viyna-v-ukrajini-ostanni-novini-50290513.html>> (дата звернення: 10.01.2023).

ститутів та політико-ідеологічної орієнтації громадян України в умовах російської агресії (вересень – жовтень 2022 р.).

Відповідно до опитування у період між 2010 і 2021 рр. частка респондентів, які вважали демократію найбільш бажаним типом політичного режиму, перебувала у межах 48–56 %, а тих, хто віддавав перевагу авторитарному режиму – у межах 18–24 %. Після початку повномасштабної російсько-української війни, частка перших зросла до 68 %, а частка других знизилася до 11,5 %. За необхідності вибирати, що є важливішим – свобода чи рівність, 71 % опитаних вибирають свободу (у 2020 р. таких було 64 %). Але якщо вибирати між свободою і безпекою, то українці частіше вибирають безпеку (56 %, а 44 % вибирають свободу)¹¹.

Відчуття безпеки в уяві громадян України часто асоціюється з сильною, необмеженою владою. Так, за результатами згадуваного вище соціологічного дослідження рівень підтримки громадянами політичної системи, яка передбачає “сильного лідера, незалежного від парламенту та виборів” є досить високою – 61 % опитаних. Крім цього, частина респондентів вважає “хорошою” або “дуже хорошою” політичну систему, за якої влада належить військовим або військовому режиму – 30 % опитаних (тоді як частка таких прихильників у 2020 р. становила 17,5 %). Такі спроби поєднання демократії з елементами авторитаризму в умовах війни є зрозумілими, однак мають негативну симптоматику. У післявоєнній Україні вони можуть створювати умови для зростання підтримки у громадян серед популістських партій та лідерів, які спробують, звертаючись до національно-патріотичних почуттів українців, узурпувати владу і тим самим – створити умови інволюції конституціоналізму та загрозу правам людини.

Про можливість розвитку подій за таким сценарієм ще в 30-х роках ХХ ст. вказував німецький конституціоналіст К. Льовенштайн у своїй праці “Войовнича демократія та фундаментальні права” (1937 р.). У ній він розкрив зміст винайденого ним поняття демократії, здатної до самозахисту (*militant democracy*), яке означає, що правова держава інколи (в екстремальних умовах) зобов’язана обмежувати права громадян з метою захисту конституціоналізму від агресивних ідеологій¹². Так, в умовах війни, з метою збереження конституційного правопорядку державна влада повинна запобігти діяльності тих політичних партій та рухів, антидержавний характер яких є доведеним фактом.

¹¹ Оцінка громадянами ситуації в країні, довіра до соціальних інститутів, політико-ідеологічні орієнтації громадян України в умовах російської агресії (вересень – жовтень 2022 р.) (Розумков Центр, 28.10.2022) <<https://razumkov.org.ua/napriamky/sotsiologichni-doslidzhennia/otsinka-gromadianamy-sytuatsii-v-kraini-dovira-do-sotsialnykh-institutiv-politykoideologichni-orientatsii-gromadian-ukrainy-v-umovakh-rosiiskoi-agresii-veresen-zhovten-2022r>> (дата звернення: 03.11.2022).

¹² Loewenstein (n 2).

Однак ця концепція породжує один суттєвий ризик. Методи войовничої демократії можуть бути застосовані авторитарними (популістськими) режимами. Сам К. Льовенштейн бачив протидію від такої небезпеки в тому, щоб права громадян були справді інституціоналізовані, тобто захищені сильними та контролюючими один одного політичними інститутами в системі стримування та противаг. Наприклад, якщо дійсно дотримується принцип розподілу влад і звичайний громадянин може захистити свої права в незалежному суді (зокрема і під час конфлікту з виконавчою владою держави) – не має підстав побоюватися, що під личиною демократії прихована диктатура.

Водночас в умовах війни практичне застосування принципу розподілу влад суттєво ускладнюється, оскільки з'являється необхідність у прийнятті швидких відповідальних рішень, які можуть ефективно забезпечити національну безпеку та державний суверенітет. Тому відбуваються об'єктивні зміни функціонування механізму конституційної демократії у напрямі зосередження особливих повноважень одним органом державної влади – президентом чи урядом (в особі прем'єр-міністра), залежно від установленної форми державного правління. Зазначимо, що змішана форма державного правління в екстраординарних умовах є малоефективною, тому вона змушена трансформуватися у президентіалізм чи парламентське правління.

Відповідно до Конституції України такі повноваження покладаються першочергово на Президента України, який згідно зі ст. 102 є гарантом державного суверенітету та територіальної цілісності України, а також реалізує стратегічний курс держави на набуття повноправного членства у НАТО. Стаття 106 закріплює низку повноважень Президента у сфері національної безпеки і оборони. Варто додати, що в Україні впродовж всього періоду незалежності сформувалася традиція “домінування” Президента над Урядом, яка проявляється у спробах Глави держави очолити виконавчу гілку влади за допомогою “прихованих” повноважень. Це стало очевидним також після президентських та парламентських виборів у 2019 р., коли влада сконцентрувалася в Офісі Президента України, оскільки політична сила, лідером якої був Президент, отримала абсолютну більшість у Верховній Раді України і сформувала однопартійний Уряд. До речі, це, можливо, і стало важливим фактором запровадження невідкладних заходів під час широкомасштабного вторгнення РФ на територію України.

Незважаючи на переваги президентіалізму в процесі ухвалення рішень в екстраординарних умовах, він несе у собі і певні загрози для конституціоналізму. Так, намагання Президента України перебрати на себе непередбачені Конституцією повноваження, як от втручання в діяльність судових і правоохоронних органів чи перешкоджання в роботі незалеж-

них опозиційних засобів масової інформації (далі – ЗМІ), створює безпосередню загрозу особистим (громадянським) правам, зокрема: праву на свободу слова, праву на справедливий суд і неупереджене правосуддя.

У період воєнного стану органи державної влади, приймаючи рішення, часто застосовують принцип політичної доцільності, який інколи бере гору над законністю. З погляду легітимної мети – перемога над ворогом, це можна вважати виправданим, однак із застереженням, що таке рішення влади має бути аргументовано доведено в суді. У протилежному випадку під сумнів буде поставлено принцип верховенства права. Типову ситуацію можна було спостерігати, коли рішенням Ради національної безпеки і оборони України (далі – РНБО) було призупинено діяльність одинадцяти політичних партій. Якщо антидержавний характер цих партій був очевидний, а тому РНБО загалом дотрималась принципу пропорційності у досягненні легітимної мети, то рівень аргументації, який був наведений у відповідному рішенні, не витримує критики. У цьому конкретному випадку не все гаразд і з законністю, оскільки на той час законодавство України не передбачало процедуру призупинення діяльності політичної партії, а лише заборона діяльності партії на основі судового рішення¹³.

З метою забезпечення громадянських прав в умовах війни важливим є дієвий конституційний механізм запобігання надмірної концентрації влади. Основним запобіжником порушення прав та свобод людини і громадянина є Конституція України. Однак у її тексті, як і в конституційному законодавстві, цей механізм детально не прописаний. Так, розділ II Основного Закону має більш декларативний характер і зводиться виключно до ст. 64, відповідно до якої конституційно-правовий статус людини і громадянина в умовах воєнного стану характеризується обмеженням прав і свобод, але тільки у межах, передбачених Конституцією України. Зокрема, таке обмеження має тимчасовий характер. Крім того, встановлено перелік прав і свобод, які не можуть бути обмежені. Лише частково цей механізм регулюється Законом України “Про правовий режим воєнного стану”¹⁴ та Указом Президента України “Про введення воєнного стану в Україні”¹⁵. Як свідчить практика, цього недостатньо для гарантування конституційного правопорядку в екстремальних умовах.

Важливого значення набуває інституційний механізми запобігання надмірної концентрації влади. Одним із його складових є Конституційний Суд України (далі – КСУ), який здійснює конституційний контроль

¹³ О Коцюрба, ‘Вплив держави на політичні партії: погляд крізь призму агресії Російської Федерації проти України’ (2022) 2 Український часопис конституційного права 23–42.

¹⁴ Про правовий режим воєнного стану: Закон України 12 травня 2015 р. № 389-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>> (дата звернення: 06.02.2023).

¹⁵ Про введення воєнного стану в Україні: Указ Президента України від 24 лютого 2022 р. № 64/2022 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/64/2022#Text>> (дата звернення: 06.02.2023).

за актами та діями органів державної влади та забезпечує дотримання конституційних прав і свобод людини та громадянина. Виконуючи функцію охоронця Конституції, цей орган конституційної юрисдикції, за умови збереження свого незалежного статусу, здатен бути реальним гарантом забезпечення цінностей конституціоналізму. Значним викликом для судів КСУ) є питання конституційності спеціально ухваленого законодавства, яке діє на час воєнного стану. У цьому аспекті Україні доречно звернути увагу на справи щодо збройних конфліктів між Вірменією та Азербайджаном, які розглядав Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ). У низці справ проти Хорватії, Боснії та Герцеговини ЄСПЛ також напроцював і встановив стандарти, що впливають із позитивних обов'язків держав – учасниць Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)¹⁶ щодо гарантування прав на життя і заборону катування, які передбачені статтями 2 і 3 Конвенції.

Особливу роль у забезпеченні легітиматії влади в умовах війни відіграють інститути громадянського суспільства, рівень довіри до яких серед громадян є досить високим. Це передусім правозахисні та волонтерські організації, діяльність яких в умовах війни отримала визнання не лише серед громадян України, а й міжнародної спільноти. Вручення Нобелівської премії миру 2022 р. Центру громадянських свобод є переконливим свідченням цього. Це також релігійні організації, діяльність яких хоча й перебуває поза політикою, їхній вплив на українців, які в більшості є віруючими, а також на владу, визначають межі їхньої духовно-моральної поведінки, особливо в екстремальних умовах. Захисником цінностей конституціоналізму та громадянських прав повинні стати університети, одне із завдань яких – формування конституційної правосвідомості молоді та сучасної парадигми українського конституціоналізму.

Отже, легітимність застосування державною владою екстраординарних заходів лежить у двох площинах: по-перше, такі заходи мають бути невідкладними та усувати загрозу громадянським правам, по-друге, за їх застосуванням має здійснюватися судовий і цивільний контроль.

Сучасна національна конституційна держава – це гармонійне поєднання усталеної традиції та культури етнічної нації, яка є домінуючою, та права на самовираження всіх етнічних груп, які проживають у межах цієї держави як її громадяни. Роль культурного фактору для політичної нації надзвичайно вагома. Чим сильніше почуття культурної єдності, тим сильніше і глибше усвідомлення ідентичності в середині нації, і з точністю до навпаки – слабкість об'єднуючого культурного елементу чи його відсутність призводять до слабкості нації та її занепаду. Шанобливе став-

¹⁶ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text> (дата звернення: 06.02.2023).

лення до історичної спадщини, мови, релігії титульної нації з боку інших національних груп є неодмінною умовою формування політичної нації.

Національна та громадянська ідентичність є складним суспільно-психологічним явищем, яке об'єднує людей навколо спільних правових цінностей (свобода, справедливість, рівність тощо), які сформувалися впродовж тривалого історичного періоду, стали частиною державотворчої практики та стратегічними цілями подальшого розвитку. Це стан суспільної правосвідомості, який дає змогу великій кількості людей усвідомлювати себе частиною єдиного культурно-правового простору і вважатися політичною нацією. Рівень національної та громадянської ідентичності безпосередньо залежить від кількості культурних зв'язків між членами політичної спільноти. Поєднання політичних і культурних факторів при формуванні сучасної конституційної держави видається найбільш ефективним. Національна гідність і конституційні цінності стають базовими елементами ідентичності і саме вони повинні становити основу правової ідеології Української держави.

У зв'язку з цим важливою подією є ухвалення Верховною Радою України Закону України "Про основні засади державної політики у сфері утвердження української національної та громадянської ідентичності"¹⁷, який визначає мету, завдання, принципи, напрями, особливості формування та реалізації державної політики у сфері утвердження української національної та громадянської ідентичності як складової забезпечення національної безпеки України, гарантії участі громадян України, закордонних українців, громадських об'єднань та інших інститутів громадянського суспільства у її реалізації, визначає повноваження органів державної влади та органів місцевого самоврядування у цій сфері.

Відповідно до цього Закону метою державної політики у сфері утвердження української національної та громадянської ідентичності є досягнення єдності в українському суспільстві через подолання суперечностей соціокультурного, мовного, регіонального характеру на основі європейського та євроатлантичного курсу, забезпечення дотримання конституційних гарантій прав і свобод людини та громадянина.

В умовах війни питання ідентичності набуває особливого значення, воно безпосередньо пов'язане з територіальною цілісністю та суверенітетом держави. Окуповані території України ще на початку війни в 2014 р. можуть стати політичною проблемою для України навіть після деокупації. Тому повернення територій а головне людей Донбасу та Криму в сферу політико-правового та культурно-гуманітарного простору України ви-

¹⁷ Про основні засади державної політики у сфері утвердження української національної та громадянської ідентичності: Закон України від 13 грудня 2022 р. № 2834-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2834-20#Text>> (дата звернення: 06.02.2023).

магає пошуку тих точок дотику, які могли б стати основою ідентичності новітньої української політичної нації.

Майбутнє національної ідентичності нерозривно пов'язана з інтеграцією Української держави в єдиний європейський правовий простір. Ці наміри знайшли своє відображення у Конституції України після внесення змін у її текст 21 лютого 2019 р. Прийняті поправки включили в Преамбулу положення про європейську ідентичність українського народу та незворотність європейського та євроатлантичного курсу України, а також положення у відповідних статтях Конституції щодо обов'язків Верховної Ради, Президента та Уряду здійснювати, відповідно до своєї компетенції, стратегічний курс, спрямований на повноцінне членство України в ЄС та НАТО. Ця мета безпосередньо впливає із правової традиції та сучасної державотворчої практики України.

Висновки. В умовах війни відбуваються об'єктивні зміни функціонального механізму конституційної демократії, які зумовлені необхідністю найбільш ефективно забезпечити державний суверенітет і національну безпеку України. Це вимагає від органів влади максимальної мобілізації та взаємодії задля досягнення легітимної мети – перемоги над ворогом. За таких умов є виправданим часткове обмеження прав людини, зокрема політичних прав: права обирати та бути обраним, права на мирні зібрання, права на свобод об'єднань у політичні партії. Непорушними навіть в умовах війни залишаються основоположні права, які зосереджені навколо двох базових цінностей – свободи та гідності людини. Воєнний стан не позбавляє людину права на судовий захист, який гарантований ст. 64 Конституції України. Тому суди не можуть відмовити у прийнятті позовних чи інших заяв (скарг), які відповідають встановленим законом вимогам. Легітимність влади в період війни можлива лише за умови контролю за її діями незалежних судів та інститутів громадянського суспільства.

Формування української політичної нації у післявоєнний період повинно відбуватися навколо нової Конституції України. Вона повинна стати реальним суспільним договором українського народу – громадянами всіх національностей, які під час війни не відмовилися від свого громадянства, і тими, хто після війни його набув у спосіб свого волевиявлення. В основі цього договору мають бути покладені три визначальні цінності конституціоналізму – свобода та гідність особи, самобутність та гідність нації, верховенство конституції та норм міжнародного права, які мають знайти відображення першочергово в Преамбулі Конституції України, яка становить основу конституційної ідентичності.

REFERENCES

Bibliography

Journal articles

1. Loewenstein K, 'Militant Democracy and Fundamental Rights' (1937) 31 American Political Science Review 417 (in English).
2. Krusian A, 'Suchasnyi ukrainskyi konstytutsionalizm v umovakh voiennoho stanu (2022) 3 Ekspert: paradyhmy yurydychnykh nauk i derzhavnoho upravlinnia 12 (in Ukrainian).
3. Kotsiuruba O, 'Vplyv derzhavy na politychni partii: pohliad kriz pryzmu ahresii Rosiiskoi Federatsii proty Ukrainy (2022) 2 Ukrainskyi chasopys konstytutsiinoho prava 23 (in Ukrainian).

Newspaper articles

4. Snaider Timoti, 'Ves svit pered nymy u borhu. Sim vazhlyvykh sliv pro ukraintsiv' <<https://nv.ua/ukr/opinion/ssha-kitay-timoti-snyder-pro-te-shcho-zminila-viyna-v-ukrajini-ostanni-novini-50290513.html>> (accessed: 10.01.2023).

Conference papers

5. Koziubra M, 'Tsinnosti konstytutsionalizmu ta mezhi yikhnoi transformatsii v umovakh viiny' *Konstytutsionalizm v umovakh viiny: zbirnyk materialiv uchasnykiv Chetvertoi mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii* (2022) 31 (in Ukrainian).

Websites

6. Otsinka hromadianamy sytuatsii v kraini, dovira do sotsialnykh instytutiv, polityko-ideolohichni oriientsatsii hromadian Ukrainy v umovakh rosiiskoi ahresii (veresen – zhovten 2022r.) (*Razumkov Tsent*) <<https://razumkov.org.ua/napriamky/sotsiologichni-doslidzhennia/otsinka-gromadianamy-sytuatsii-v-kraini-dovira-do-sotsialnykh-instytutiv-politykoideologichni-oriientsatsii-gromadian-ukrainy-v-umovakh-rosiiskoi-agresii-veresen-zhovten-2022r>> (accessed: 03.11.2022)

Vitaliy Kovalchuk

CONSTITUTIONALISM IN THE CONDITIONS OF WAR: ISSUES VALUES, RIGHTS, AND IDENTITY

ABSTRACT. The article provides a comprehensive analysis of the functioning mechanism of the constitutional legal order under martial law, in particular the means and methods by which it can protect constitutional values, rights, and identity from internal and external threats, and also offers practical recommendations for preventing the possible involution of constitutionalism in the post-war period.

The author believes that after the large-scale invasion of the russian federation on the territory of Ukraine, the practical paradigm of Ukrainian constitutionalism acquired new features. First, it is a change in the ideological component of the content of constitutionalism – constitutional legal awareness in the direction of raising the national idea, national identity, and affirming the national dignity of Ukrainians. At the same time, it is based on the European model of constitutionalism, which corresponds to universal human values, first of all, human dignity and freedom, which are unchanged even under

martial law. Secondly, these are changes in the functional mechanism of constitutionalism, which are caused by the need for public authorities to ensure a balance between the security and freedom of citizens with the unwavering observance of fundamental human rights and freedoms, which cannot be limited even in war. Thirdly, the formation of a new identity around the new (post-war) constitution, which should become an expression of the hope of the entire Ukrainian people for their dignified political and socio-economic future in a united Europe.

The author of the article claims that the war in Ukraine has a pronounced existential character, as it directly affects the choice of the future of every Ukrainian and the Ukrainian political nation in general. In this war, Ukrainians defend not only their right to exist as a separate ethnic group, but also universal, European values, which are reflected in the Constitution of Ukraine – above all, the idea of freedom and democracy. The European choice of the Ukrainian people is the result of the Orange Revolution and the Revolution of Dignity. This choice remained unchanged even during the war.

In the conditions of war, the legitimacy of the use of extraordinary measures by state authorities lies in two areas: first, such measures must be urgent and eliminate the threat to the constitutional order, in particular, the viability of the nation in the event of external aggression; second, accountability and control of the government, which includes parliamentary and judicial control. In such a situation, the institutional capacity of the state to ensure human rights and freedoms is important. A special role is assigned to the judiciary, which must ensure the inalienable, inalienable right of a person to free access to justice. The article focuses attention on the importance of the Constitutional Court of Ukraine, local self-government bodies and institutions of civil society in ensuring human rights in extraordinary conditions.

Attention is also drawn to the fact that the formation of the Ukrainian political nation in the post-war period should take place around the new constitution. It should become a real social contract of the Ukrainian people – citizens of all nationalities who did not renounce their citizenship during the war and those who acquired it after the war through their will. The basis of this agreement should be the three defining values of constitutionalism – freedom and dignity of the individual, identity and dignity of the nation, supremacy of the constitution and norms of international law. They should find their reflection in the Preamble of the Constitution of Ukraine, which forms the basis of constitutional identity.

KEYWORDS: Ukrainian constitutionalism; war; martial law; values; human rights; national and civic identity; constitutional identity.

ФІНАНСОВЕ ПРАВО



Микола Кучерявенко

доктор юридичних наук, кандидат економічних наук,
професор, академік НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України,
перший проректор Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8020-5748>
pershuy.prorektor@nlu.edu.ua

УДК [347.73:336.22]:342.743

ПРАВОВА ЗАБОРОНА: ПОДАТКОВИЙ АСПЕКТ

Анотація. Принципова особливість правового упорядкування суспільних відносин обумовлює чітке розмежування конструкцій правового впливу та правового регулювання. Якщо правове регулювання передбачає реалізацію правових норм щодо організації та корегування поведінки учасників відносин, то правовий вплив ґрунтується на самому факті існування закону та органів, що його застосовують, розповсюдження інформації щодо наслідків цього, на підставі чого і йдеться про стимулювання законослухняної поведінки.

Системний вплив на поведінку учасників податкових відносин забезпечується через зобов'язання, уповноваження та заборони, які спрямовуються на організації дій та бездіяльності суб'єктів податкових правовідносин. Зобов'язуючі податково-правові норми визначають межі реалізації обов'язків осіб щодо здійснення певних позитивних дій у сфері оподаткування. Конструкція уповноваження спрямована на закріплення позитивних, суб'єктивних прав учасників податкових відносин. Правові заборони пов'язуються з оцінкою поведінки особи, на підставі чого застосовуються несприятливі наслідки щодо правопорушників.

Стаття 19 Конституції України закладає фундаментальні засади щодо з'ясування правової природи публічного сенсу заборони. Встановлення таким чином того, як саме має організовувати свою поведінку суб'єкт владних повноважень, законодавець запроваджує чіткі обмежувальні кордони, що виключають можливість дій такого суб'єкта іншим чином. У сенсі цього виокремлюються три складові правової заборони для суб'єкта владних повноважень у податковому регулюванні: а) участь у правовідносинах має відбуватися виключно на підставі законодавчої норми; б) межі поведінки владного суб'єкта обумовлюються закріпленими в законі повноваженнями, що унеможлиблює поведінку його через реалізацію повноважень, що не визначені законом; в) діяльність суб'єктів владних повноважень у податковій сфері має здійснюватися у режимі відповідних процедур, без порушень процедурних норм.

Ключові слова: правове регулювання оподаткування; податково-правова норма; уповноважуючі податково-правові норми; зобов'язуючі податково-правові норми;

забороняючі податково-правові норми; податкові повноваження; примус у податковому праві; податкові процедури.

Право як інструмент упорядкування поведінки членів суспільства різним чином впливає на корегування дій чи бездіяльності суб'єктів. Заслугує на увагу послідовно відстоюване Ю. Бауліним судження про те, що правове регулювання суспільних відносин і правовий вплив на них різняться між собою. Правовий вплив здійснюється через сам факт існування закону та органів, що його застосовують, через діяльність засобів масової інформації (далі – ЗМІ) щодо інформування про зміст закону та діяльність правозастосовних органів, через роботу інших державних і недержавних організацій щодо роз'яснень нормативних приписів і практики їхнього застосування, стимулюючи законослухняну поведінку певної кількості суб'єктів правовідносин і тим самим упорядковуючи відповідні суспільні відносини. Ці чинники не є юридичними засобами і їх можна назвати лише інформативним, психологічним, емоційним чи будь-яким іншим впливом на законослухняну поведінку певних суб'єктів права. Натомість правове регулювання здійснюється виключно за допомогою правових засобів¹.

У першому випадку йдеться про застосування правових засобів при оцінці та породженні наслідків щодо поведінки учасників відносин, яке відбувається безпосередньо юридичними засобами. Юридичний факт, породивши умови застосування правових норм відносно поведінки конкретної особи, як раз і обумовлює динаміку виникнення та динаміку відповідного галузевого правовідношення. Що ж стосується правового впливу, то він не обов'язково передбачає участь в оцінці тих чи інших дій особи правовими засобами. Лише гіпотетична наявність можливості реалізації санкцій стосовно особи може забезпечити її пасивну поведінку, її обережність щодо тих чи інших дій, які порушують закон. Так, саме правовий вплив може передбачати і певний досвід, інформацію, що отримує особа із різних джерел (телебачення, ЗМІ, досвід інших осіб тощо) та з огляду на це корегує відповідним чином свою поведінку.

Безперечно, правове регулювання сфери оподаткування передбачає реалізацію правових засобів щодо оцінки та визначення наслідків поведінки учасників податкових відносин. Чітке визначення меж дозволеної та забороненої поведінки, що міститься у приписах податкового законодавства, гарантує безумовну реалізацію цих приписів щодо тих суб'єктів правовідносин, дії або бездіяльність яких реалізується відповідно до того, як це передбачає окрема податково-правова норма. Водночас правовий вплив щодо корегування поведінки учасників податкових відно-

¹ Ю. Баулін, 'Фундаментальні проблеми кримінальної відповідальності' в *Фундаментальні проблеми кримінальної відповідальності: матеріали наукового полілогу* (Баулін Ю., Пономаренко Ю. упоряд., Право 2018) 15–6.

син також має місце. При цьому хотілося б наголосити на двох аспектах. По-перше, це може відбуватися на підставі громадянської переконаності платника в доцільності та повазі до виконання податкового обов'язку. "Я – платник податку!" – ця теза, яка все частіше зустрічається у поведінці зобов'язаних осіб та виражає впевненість і переконання у слушності реалізації конституційного обов'язку громадянином². По-друге, правовий вплив традиційно включає і отримання інформації з різних джерел щодо несприятливих наслідків при невиконанні податкового обов'язку. Саме в поєднанні цих двох (певним чином протилежних за характером) форм правового впливу і з'являється ще одна із форм упорядкування поведінки платників податків.

Єдність (галузева чи підгалузева) податково-правових норм не виключає їх внутрішньої спеціалізації, упорядкування поведінки учасників податкових відносин різними за характером засобами. Один із вихідних критеріїв класифікації податково-правових норм обумовлює їхню диференціацію залежно від дозволів, зобов'язань і заборон. Податково-правове регулювання, яке гарантується владними приписами з боку держави, обумовлює встановлення та застосування відповідних обмежень, яке гарантує публічний інтерес у податковій сфері. Таким чином відбувається заборона певних дій, що перешкоджають або унеможливають реалізацію інтересу іншого учасника відносин, або вона гарантує вимоги щодо певної поведінки через закріплення суб'єктивних прав та обов'язків та відповідних процедур їхньої реалізації.

При цьому важливо враховувати діалектичне співвідношення форм заборон та велінь, коли веління може бути виражене в формі заборони і заборона в формі веління. Безумовне веління на здійснення певних дій фактично означає заборону його нездійснення³.

Веління та заборони диференціюються залежно від того, якими чином забезпечується упорядкування обов'язків учасників податкових відносин. Веління спрямовані на встановлення тих правил, тієї поведінки, щодо якої треба діяти (вести податковий облік, сплачувати податки, надавати податкову звітність тощо), заборони організовують поведінку учасників відносин, закріплюючи обов'язки утримання від тих чи інших дій. В основі такого розмежування міститься можливість і безумовність застосування примусу, що відображає примусове застосування забороняючих податково-правових норм.

² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.

³ Н Кучерявенко, Курс налогового права, т II: Введение в теорию налогового права (Легас 2004) 163–4.

Податково-правова норма наказуючи певну поведінку учасникам податкових відносин, зобов'язує, уповноважує (дозволяє) чи забороняє здійснювати (чи не здійснювати) ті чи інші вчинки <...> Класифікація податково-правових норм за цим принципом, виражає характер впливу на поведінку осіб, що приймають участь в податкових відносинах <...>⁴.

Ба більше, важливо мати на увазі, що зобов'язання здійснювати певні дії податково-правовою нормою фактично забороняє діяти всупереч такому припису. Тобто, зобов'язання, яке таким чином закріплено, фактично містить тінюву заборону щодо поведінки, яка відхиляється від зобов'язального припису.

Хотілося б звернути увагу на певну подвійну орієнтованість правового впливу такого зобов'язального припису. Встановлюючи обов'язок для поведінки одного суб'єкта, така норма гарантує і реалізацію вимог щодо утримання від дій, які визначені відповідною правовою заборonoю. Встановлюючи повноваження учасника податкових відносин на вчинення тих чи інших дій, заборона водночас передбачає й утримання від дій, які унеможливають реалізацію прав уповноваженої особи. Держава, гарантуючи свій інтерес правовими засобами, фактично завжди надає цьому форму веління. Водночас, залежно від мети та завдань, характеру відносин подібне веління набуває форми зобов'язання, дозволу чи заборони, залежно від чого і визначається особливість форми реалізації відповідної функції правової норми та методів її впливу на поведінку суб'єктів. 'Податково-правова норма в даному випадку відображає характер вираження державою свого веління, коли нормативний припис формується з метою дозволу, допущення чи заборони певних вчинків'⁵.

Зобов'язуючі податково-правові норми визначають межі реалізації обов'язків осіб здійснити певні позитивні дії у сфері оподаткування. Відбувається це через покладання на суб'єктів податкових правовідносин обов'язків вчиняти дії відповідно до передбачених нормативних приписів, будувати свою поведінку відповідно до того варіанта, який чітко відображає вимогу податково-правової норми. 'Особливістю позитивного зобов'язування <...> є націленість на покладання юридичних обов'язків активного змісту, обов'язків формувати свої активні вчинки відповідно до припису норми'⁶. Не можна виключати, що при відсутності подібної норми виконання податкового обов'язку все ж таки відбулося. Але виключати того, що це і не здійснилося б також не можна. Принциповим моментом в оцінці подібної ситуації є те, що подібна податково-правова норма орієнтована на регулювання динаміки податково-правових відносин, упорядкування активної поведінки учасників правовідносин.

⁴ Кучерявенко (н 3) 164.

⁵ Там само 165.

⁶ Там само 166.

Водночас пасивні дії, утримання від здійснення тих чи інших вчинків не може покладатися в основу виконання податкового обов'язку, пасивно не можна здійснити облік сплату та звітність.

Уповноважуючі податково-правові норми забезпечують регламентацію правової поведінки учасників відносин, закріплюють позитивні суб'єктивні права учасників податкових правовідносин. Такі суб'єктивні права гарантують реалізацію цими особами позитивних дій. Деталізація подібних норм дає змогу виокремити як норми, вплив яких спрямований на всіх суб'єктів податкових відносин (норми-принципи, норми-дефініції тощо), так і норми, вплив яких спирається на видові особливості учасників (контролюючі органи, платники податків, податкові агенти тощо). Подібний тип податково-правових норм залишається імперативним, хоча на перший погляд може заплутати те, що на відміну від зобов'язуючої норми, при цьому може бути використана диспозитивна форма визначення такого припису.

При цьому треба враховувати дві обставини: а) диспозитивні формулювання у такому випадку не є альтернативою імперативності. Вони слугують більш зручною формою реалізації безумовного імперативного припису. Наприклад, диспозитивне укладення договору розстрочення або відстрочення в погашення податкового боргу не означає домовленостей щодо виконання чи невиконання податкового обов'язку. Цей засіб запроваджує диспозитивні форми безумовного виконання імперативного, податкового обов'язку; б) подібна форма диспозитивності у межах уповноважуючого податково-правового припису забезпечує можливість вибору ще одного типу. Ідеться про ситуацію, коли через визначення повноваження контролюючого органу закріплюється можливість різних варіантів його поведінки в межах закону, що об'єктивно обумовлює розсуд у податковому регулюванні. Принципово важливим при цьому є те, що реалізація повноваження ґрунтується на тих варіантах, які чітко закріплені в законі, а не визначаються суб'єктом владних повноважень, як йому те бажається. Забороняючі податково-правові норми орієнтуються на упорядкування пасивної поведінки учасників відносин через закріплення обов'язку утримання від певних дій. Безумовно, заборона в праві – це обов'язок, обов'язок утримання від тих дій, які містяться в приписі.

Зміст юридичних заборон, що виражаються через пасивну поведінку, забезпечують їх специфічну роль, вираження через забороняючі норми, які гарантовані відповідними видами юридичної відповідальності⁷. Порівнюючи із зобов'язуючою нормою, забороняюча характеризується як спільністю, так і відмінністю. Спільність передбачає наявність певної вимоги щодо поведінки учасника податкових відносин (чіткість припису,

⁷ Кучерявенко (н 3) 171.

категоричність форми тощо), тоді як забороняюча норма, виключаючи можливість реалізації певних дій, не вимагає обов'язку вчиняти чи не вчиняти їх. Заборона зазвичай не передбачає закріплення припису, а зосереджується на описі забороненої дії та встановлює вимогу застосувати в такій ситуації певне покарання. Через це і встановлюється пов'язаність між різновидом протиправної поведінки (що фактично і є заборonoю) та несприятливими наслідками, які цьому відповідають (санкцією).

Так, саме податково-правові норми, що виражають заборону перебувають у діалектичному зв'язку з дозвільними податково-правовими нормами. Юридична форма останніх передбачає закріплення дозвільності певної поведінки, можливості вчиняти свої дії відповідно до законодавчо визначених повноважень⁸. Юридичні наслідки такі дозволи набувають перетворюючись в особливі уповноважуючі норми. Надаючи право діяти в межах визначених повноважень, вони фактично містять заборону діяти іншим чином, стають певним запобіжником щодо порушення кордонів дозволеної поведінки. Таким чином виникає перешкода для недозволеної поведінки, в основі якої є відхилення від того варіанта поведінки, що чітко закріплений такою нормою.

Правовий порядок у державі гарантується сукупністю засобів. Безумовно, у цій ситуації переважна більшість таких засобів пов'язується із потенційним або реальним примусом, режимами його застосування. У цьому сенсі не можна ігнорувати принципову аксіому щодо застосування примусових засобів – їх законодавче упорядкування. Правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачене законодавством⁹. В основі реалізації примусу в публічному праві містяться як норми, які сприяють, ініціюють поведінку особи, що відображає чітке додержання законодавчого припису, так і норми, через які гарантується забороняюче призначення приписів правових норм.

Податково-правова заборона в публічному регулюванні передбачає диференціацію призначення, форми реалізації, залежно від виду учасника податкових відносин. Узагальнено це владні та зобов'язані особи. У найбільш поширеному сенсі правова заборона пов'язується з оцінкою поведінки особи, яка розглядається законодавцем як правопорушення, визначенням підстав та розміру санкцій щодо наслідків цього. Тобто найчастіше забороняюче призначення права орієнтується на закріплення оцінки та несприятливих наслідків щодо тієї особи, яка вчинила правопорушення. Водночас, на нашу думку, це досить обмежувальний підхід. Не можна виключати забороняючий вплив і щодо поведінки суб'єкта,

⁸ Кучерявенко (н 3) 172.

⁹ Конституція України (н 2).

який протистоїть платникові, суб'єкта владних повноважень, державного органу тощо.

Конституція України, на наше переконання, містить чіткі підстави правової заборони, яка безпосередньо стосується упорядкування поведінки владного суб'єкта. 'Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб що передбачені Конституцією та законами України'¹⁰. Таким чином, можна вважати, що подібна сукупність заборон орієнтується на організацію поведінки публічних суб'єктів, суб'єктів владних повноважень і передбачає відповідні несприятливі наслідки щодо них. Такий висновок, до речі, корелює і з усталеним у сучасній теорії кримінального права судженням про те, що встановлення для органів державної влади визначених і окреслених підстав, меж повноважень і способу їхньої діяльності одночасно є заборонаю для них на вчинення діянь поза цими підставами, межами чи способом¹¹.

Системність такого конституційного припису виокремлює три аспекти правових заборон:

1. Участь у правовідносинах має відбуватися виключно на підставі відповідної законодавчої норми. Зрозуміло, що в основі правової спрямованості відповідної норми має бути припис, що виражає характер податкових відносин. Узагальнюючий підхід щодо цього закріплюється у Податковому кодексі України (далі – ПК України), який, визначаючи сферу дії цього акта, зосереджує увагу на регулюванні:

<...> відносини, що виникають у сфері справляння податків і зборів, зокрема визначає вичерпний перелік податків та зборів, що справляються в Україні, та порядок їх адміністрування, платників податків та зборів, їх права та обов'язки, компетенцію контролюючих органів, повноваження і обов'язки їх посадових осіб під час адміністрування податків та зборів, а також відповідальність за порушення податкового законодавства¹².

Тобто фактично йдеться про другий рівень деталізації характеру податкових відносин. На першому рівні конституційний припис у ст. 67 узагальнює сферу регулювання – справляння податкового обов'язку. Уточнюючи це, ПК України і визначаються головні критерії відносин щодо справляння податків та зборів.

ПК України встановлено і певні обмеження правового впливу в регулюванні податкових відносин. ПК України:

¹⁰ Конституція України (н 2).

¹¹ Див. докладніше: Ю Пономаренко, *Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень* (Право 2020) 215–22; Баулін (н 1) 20.

¹² Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р. № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13–14, № 15–16, № 17. Ст. 112.

<...> не регулює питання погашення податкових зобов'язань або стягнення податкового боргу з осіб, на яких поширюються судові процедури, визначені Кодексом України з процедур банкрутства, з банків, на які поширюються норми Закону України “Про систему гарантування вкладів фізичних осіб”, проведення комплексних перевірок з метою виявлення фінансових рахунків та погашення зобов'язань зі сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування (крім особливостей функціонування єдиного рахунку, подання звітності щодо суми нарахованого єдиного внеску), зборів на обов'язкове державне пенсійне страхування з окремих видів господарських операцій¹³.

Подібний акцент дуже важливий, бо, незважаючи на однорідність податкових відносин, виникають колізії, щодо оцінки як їх зміст, так і наслідків. Це пов'язується з тим, що сплата податків як обов'язкових платежів іноді змішується із сплатою інших обов'язкових платежів. Водночас не лише характер, а й підстави справляння обов'язкових платежів можуть бути різними. Це і передбачає різні засоби регулювання, застосування різних законодавчих норм.

З огляду на спрямованість податкового регулювання, ПК України чітко визначено – з чого складається податкове законодавство України, а саме

з Конституції України; цього Кодексу; Митного кодексу України та інших законів з питань митної справи у частині регулювання правовідносин, що виникають у зв'язку з оподаткуванням митом операцій з переміщення товарів через митний кордон України; чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України і якими регулюються питання оподаткування; нормативно-правових актів, прийнятих на підставі та на виконання цього Кодексу та законів з питань митної справи; рішень Верховної Ради Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування з питань місцевих податків та зборів¹⁴.

Логічним виглядає декілька уточнень. По-перше, зрозуміло, що не вся Конституція України є податковим законодавчим актом. Ідеться про декілька норм, які або безпосередньо стосуються податкового регулювання¹⁵, або опосередковано впливають на побудову податкової системи України, визначаючи адміністративно-територіальний устрій держави, компетенцію публічних суб'єктів¹⁶. По-друге, треба враховувати вплив неподаткового законодавства, яке регулює податкові відносини на межі

¹³ Податковий кодекс України (н 12).

¹⁴ Там само.

¹⁵ Конституція України (н 2).

¹⁶ Там само.

з податковим законодавством. Наприклад, Митний кодекс України¹⁷ упорядковує відносини щодо справляння мита, але водночас сплата податку на додану вартість та акцизного податку також пов'язується із перетинанням митного кордону.

Не менш важливим при цьому є регулювання податкових відносин з позицій законності. Останнє, виступає як принципом державного управління (що реалізується в специфічній сфері), так і методом державного керівництва¹⁸.

Зрозуміло, що виключне положення владного суб'єкта (як власника коштів від податків та зборів, так і організатора податкових відносин) гарантує йому виключне становище. Для незаконного перебільшення можливостей впливу такого учасника відносин як раз і важлива "законність" як відповідний запобіжник поведінки за межами дозволеного, нехтування законодавчими нормами, які чітко обумовлюють відповідні податкові повноваження.

2. Межі поведінки владного суб'єкта обумовлюються наявними повноваженнями, які закріплені в законі та унеможливають дії або бездіяльність такого учасника відносин, які не визначені у відповідному повноваженні. Визначаючи компетенцію суб'єкта владних повноважень, його посадових осіб, законодавець делегує йому відповідні владні повноваження, реалізація яких гарантує захист публічного інтересу, реалізацію публічних завдань. На відміну від приватноправового регулювання компетенції, коли вона передбачає відповідне суб'єктивне право особи здійснювати ті чи інші дії, публічно-правовий вимір передбачає інше розуміння компетенції. Вона пов'язується не з суб'єктивним правом особи, а з формою правообов'язку. Так, наділяючи податкові органи функціями контролю, держава делегує йому не лише можливість, право здійснювати контролюючі заходи щодо оцінки поведінки платника, а й безумовний обов'язок робити це.

Повноваження публічного суб'єкта в податкових відносинах обумовлює відповідну системну ієрархію таких суб'єктів. 'Податкова компетенція передбачає наділення суб'єктів, що представляють владних учасників правовідносин, повноваженнями в області публічно-правового регулювання відносин оподаткування'¹⁹. У цій ситуації йдеться про визначення повноважень таких суб'єктів виключно законом. Ба більше, суб'єкт, що набуває відповідні повноваження, представляє державу та територіаль-

¹⁷ Митний кодекс України від 13 березня 2012 р. № 4495-VI. Відомості Верховної Ради України. 2012. № 44–45, № 46–47, № 48. Ст. 552.

¹⁸ Н Кучерявенко, 'Правовая природа процессуального регулирования налоговых отношений' (2012) 4 Ежегодник украинского права 205.

¹⁹ Кучерявенко (н 3) 363.

ні громади. До того ж повноваження, що формують компетенцію владного суб'єкта в податковій сфері, мають публічно-правову природу, яка і визначає можливості та характер діяльності таких учасників відносин у сфері оподаткування.

Характеризуючи природу податкової компетенції як сукупності повноважень владного органу, треба враховувати мету²⁰. У сенсі податкового регулювання такою метою є припис ст. 67 Конституції України, який узагальнює напрям, орієнтацію реалізації владних повноважень – контроль щодо виконання платниками свого податкового обов'язку. Тобто, таким чином, встановлюються відповідні межі втручання в оцінку поведінки зобов'язаної особи. Не менш важливим елементом податкової компетенції є об'єкти впливу, сфери відносин, на які спрямовуються такі повноваження. Через владні повноваження, які є елементом податкової компетенції, як раз і визначаються варіанти можливої поведінки, кордони прийняття рішень суб'єктами владних повноважень.

Як вже зазначалося вище, система публічних суб'єктів передбачає певну їхню ієрархію. Залежно від місця в цій системі і деталізується характер повноважень. При цьому повноваження суб'єкта, який перебуває на вищому рівні такого системного угруповання владних учасників податкових відносин, передбачають більш узагальнені форми вираження, певні принципи, які в подальшому деталізуються через повноваження інших суб'єктів. Наприклад, до податкових повноважень держави відносяться видання обов'язкових велінь щодо сфери оподаткування, забезпечення виконання таких велінь, застосування примусу щодо їх захисту. Повноваження ж органів, які представляють і забезпечують реалізацію публічного інтересу в податковій сфері, деталізуються через закріплення функцій, завдань таких органів, повноважень посадових осіб²¹.

Здійснення влади в сфері оподаткування забезпечуються не стільки діями держави, скільки через реалізацію компетенції спеціально створених державою органів. Саме вони і реалізують дії, що спрямовані на досягнення податкового публічного інтересу²².

Системність учасників податкових відносин гарантує і відповідну системність їхніх інтересів. Навряд чи в цій ситуації можна говорити про єдність чи однорідність публічних інтересів. Вони можуть і не збігатись, можуть конфліктувати або суперечити одне одному. Саме тому важливим є досягнення балансу інтересів як серед представників владної сторони податкового правовідношення, так і між представниками владної

²⁰ Кучерявенко (н 3) 364–5.

²¹ Податковий кодекс України (н 12).

²² Кучерявенко (н 18) 204.

та зобов'язаної особи. Невирішена конфліктність не може сприяти досягненню мети в податковій сфері.

3. Діяльність суб'єкта владних повноважень має здійснюватися у режимі відповідних процедур, без порушень процедурних норм. Податкове регулювання спрямовано не виключно на проголошення необхідності сплати податків та зборів, реалізації податкового обов'язку. Разом із встановленням матеріальних критеріїв визначення податкового обов'язку та підстав участі суб'єктів у податкових правовідносинах, воно мусить гарантувати і дії учасників податкових відносин. Саме це й обумовлює активне переплетіння матеріального та процедурного регулювання в режимі регулятивних та охоронних процедур.

<...> Існування виключно матеріальних податково-правових норм є абстрактною конструкцією, оскільки їх реалізація може забезпечуватись виключно за рахунок податково-процесуальних норм, спеціальних формалізованих податкових процедур²³.

Визначаючи виключно матеріальний припис, не можливо з'ясувати особливості його застосування. Приписи матеріальних податково-правових норм передбачають вплив на права та обов'язки суб'єктів, що виражаються у їхніх відповідній поведінці. Водночас процедурне регулювання об'єктивно мусить мати матеріальну підставу, на основі якої і формуються напрями досягнення результатів правового впливу²⁴.

Податкові правовідносини характеризують відносини між юридично нерівними суб'єктами, між владними та зобов'язаними їх учасниками, коли формуються реальні передумови для здійснення захисної функції права, реалізації охоронних податкових правовідносин. Зміст податкової процедури, її види визначаються тими відносинами, які вона опосередковує, які реалізує через поведінку суб'єкта²⁵.

Треба погодитись із тим, що характер податкових процедур виражає певну подвійність. По-перше, зміст нормотворчих процедур гарантує можливість появи законодавчої норми, що полягає в основі податково-правового регулювання. По-друге, реалізація норм, що закріплюють податкову правоздатність, обов'язок вчиняти дії або бездіяльність згідно з податково-правовими приписами, гарантується відповідними процедурними формами.

²³ Кучерявенко (н 18) 201–2.

²⁴ М Кучерявенко, 'Співвідношення матеріального та процесуального в податково-правовому регулюванні' в *Фінансове право у XXI сторіччі: здобутки та перспективи: збірник наукових праць за матеріалами Міжнародної науково-практичної конференції, ч II* (Алерта 2011) 143.

²⁵ М Кучерявенко, *Податкові процедури: правова природа і класифікація* (Алерта, КНТ, ЦУЛ 2009) 102.

В основі процедурного регулювання податкових відносин міститься баланс регулятивних та охоронних призначень правового впливу. Спільність регулятивної та охоронної податкової процедури не гарантує їх синонімічності або автоматичної трансформації першої в другу. Регулятивний вплив на відповідні суспільні явища передбачає визначення їх матеріального сенсу. Наприклад, матеріальним є визначення платника податку. Але в такому вигляді – це лише орієнтир для правового впливу. Системне регулятивне значення набувається виключно при відповідному процедурному забезпеченні (процедури постановки на облік зобов'язаної особи). Поєднання матеріальних і процедурних регулятивних засобів відразу обумовлює і можливість застосування певних охоронних конструкцій, реалізацію правової заборони. Так, порушення процедури постановки на облік платника унеможливорює виділення його як правосуб'єктної особи, забороняє брати участь у податкових відносинах на законних підставах.

Процедурне забезпечення реалізації матеріальних податково-правових норм здійснюється саме через поведінку учасників податкових правовідносин.

Податкові процедури представляють собою нормативно врегульований і закріплений порядок поведінки, що поєднує нормативне регулювання (перш за все) та організаційне (в окремих випадках не врегульоване правовими нормами). Податкові процедури – закріплений порядок поведінки учасників податкових відносин²⁶.

При цьому спрямованість процедурного впливу гарантує упорядкування поведінки як владних, так і зобов'язаних осіб. Саме таким чином розглядається можливість настання несприятливих наслідків для порушників процедурних норм і серед зобов'язаних осіб, і серед суб'єктів владних повноважень.

Дія регулятивних податково-правових норм не передбачає виникнення нових прав та обов'язків учасників і не пов'язується з передумовами виникнення охоронних податкових правовідносин.

Реалізація регулятивних податкових правовідносин має процедурний характер, <...> спрямований на здійснення саме регулятивного податкового правовідношення, а не охоронного <...> вплив на поведінку суб'єктів у рамках охоронних податкових правовідносин, припускає безумовне встановлення наявності відповідних юридичних фактів як підстави впропорювання²⁷.

²⁶ Н. Кучерявенко, 'Правовая природа налоговых процедур: к вопросу о понятии и классификации' в *Финансовые процедуры стран Восточной Европы* (Преснарлович Славомир ред, Белосток 2013) 39.

²⁷ М. Кучерявенко, 'Правовая природа процедурного регулювання оподаткування' [2011] 2 (15) Юрист України 28.

Висновки. Реалізація регулятивного правового впливу базується на оцінці позитивної поведінки учасників, відхилення від цього як раз і породжує можливість і підстави застосування охоронних податкових процедур.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Kucheriavenko M, *Podatkovi protsedury: pravova pryroda i klasyfikatsiia* (Alerta, KNT, TsUL 2009) (in Ukrainian).
2. Kucheriavenko N, *Kurs nalogovogo prava, t II: Vvedenie v teoriyu nalogovogo prava* (Legas 2004) (in Russian).
3. Ponomarenko Yu, *Zahalna teoriia vyznachennia karanosti kriminalnykh pravoporushen* (Pravo 2020) (in Ukrainian).

Edited books

4. Kucheriavenko N, 'Pravovaja priroda nalogovykh procedur: k voprosu o ponjatii i klassifikatsii' v *Finansovye procedury stran Vostochnoj Evropy* (Presnarovich S red, Belostok 2013) 39 (in Russian).

Journal articles

5. Kucheriavenko M, 'Pravova pryroda protsedurnoho rehuliuвання opodatkuвання' [2011] 2 (15) *Yuryst Ukrainy* 28 (in Ukrainian).
6. Kucheriavenko N, 'Pravovaja priroda processual'nogo regulirovaniya nalogovykh otnoshenij' (2012) 4 *Ezhegodnik ukrainskogo prava* 205 (in Russian).

Conference papers

7. Baulin Yu, 'Fundamentalni problemy kriminalnoi vidpovidalnosti' v *Fundamentalni problemy kriminalnoi vidpovidalnosti: materialy nauk. polilohu* (Baulin Iu, Ponomarenko Yu uporiad, Pravo 2018) 15–6 (in Ukrainian).
8. Kucheriavenko M, 'Spivvidnoshennia materialnoho ta protsesualnoho v podatkovopravovomu rehuliuванні' v *Finansove pravo u XXI storichchi: zdobutky ta perspektyvy: zbirnyk naukovykh prats za materialamy Mizhnarodnoi naukovopraktychnoi konferentsii, ch II* (Alerta 2011) 143 (in Ukrainian).

Mykola Kucheryavenko

LEGAL PROHIBITION: TAX ASPECT

ABSTRACT. A fundamental feature of the legal regulation of social relations determines a clear distinction between the constructions of legal influence and legal regulation. If the legal regulation involves the implementation of legal norms regarding the organization and correction of the behaviour of the participants of the relations, then the legal influence is based on the very fact of the existence of the law and the bodies that apply it, the dissemination of information about its consequences, on the basis of which we are talking about the stimulation of law-abiding behaviour.

Systematic influence on the behaviour of participants of tax relations is provided through obligations, authorizations and prohibitions directed at the organization of actions and inactions of subjects of tax relations. Binding tax-legal norms determine the limits of the implementation of the duties of individuals to carry out certain positive actions in the field of taxation. The construction of the authorization is aimed at securing the positive, subjective rights of the participants of tax relations. Legal prohibitions are associated with an assessment of a person's behaviour, on the basis of which adverse consequences are applied to offenders.

Article 19 of the Constitution of Ukraine lays down the fundamental principles for clarifying the legal nature of the public meaning of the prohibition. It is established how the subject of authority should organize his behaviour, the legislator introduces clear restrictive boundaries that exclude the possibility of actions of such subject in another way. In this sense, three components of the legal prohibition for the subject of authority in tax regulation are distinguished: a) participation in legal relations must take place exclusively on the basis of a legislative norm; b) the limits of the behaviour of a subject of authority are determined by the powers established by law, which makes it impossible for his behaviour due to the implementation of powers that are not defined by the law; c) the activity of subjects of authority in the tax sphere must be carried out in accordance with the relevant procedures, without violations of procedural norms.

KEYWORDS: legal regulation of taxation; tax legal norm; authorizing tax legal norm; binding tax legal norm; prohibiting tax legal norm; tax authorities; coercion in tax law; tax procedures.



Олег Заверуха

кандидат юридичних наук,
голова Восьмого апеляційного адміністративного суду
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7340-9726>
(Львів, Україна)
ozaverukha@proton.me

УДК 342.736

ПРАВОВІ ДОКТРИНИ У ПОДАТКОВИХ СПОРАХ: ОСОБЛИВОСТІ, МЕТА ТА ЗАВДАННЯ

АНОТАЦІЯ. У статті досліджується значення та роль правової доктрини в сучасному контексті розвитку суспільних і правових відносин під впливом глобалізації, конвергенції правових систем і тенденцій прав людини. Наголошується на необхідності чіткого визначення та функціонального призначення правової доктрини у рамках правової системи України. Висвітлюється фундаментальність правової доктрини, яка формується через поглиблене наукове дослідження, аналіз сутності державно-правових явищ і процесів. Визначається багатоаспектність правової доктрини, встановлюється її роль у формуванні податкового законодавства. Підкреслюється важлива роль правової доктрини у впливі на поведінку платників податків та вирішенні податкових питань у контексті правового регулювання.

Автор розглядає процес формування правової доктрини та її складові, наголошує на її багатоетапності та тривалості. Стверджує, що правова доктрина – це система поглядів на правове регулювання суспільних відносин, виражена через принципи, презумпції та аксіоми, які є зразком для позитивного права. У статті визначається важливість юридичної доктрини, що полягає в роз'ясненнях і тлумаченнях правових норм, зроблених визнаними експертами з права, що сприяє кращому розумінню для правильного вирішення справи. Пропонується правову доктрину розглядати не як формальне правове джерело, а як додаткову аргументацію під час тлумачення правових норм. Охарактеризовано застосування правових доктрин у податкових спорах, що має на меті досягнення конкретних завдань, таких як сприяння правильному правовому тлумаченню та застосуванню, підтримка вдосконалення законодавства та забезпечення науково-правового обґрунтування судових рішень.

Ключові слова: правова доктрина; податкове право; доктрина податкового права; джерела податкового права; податкові спори; правозастосування; правотлумачення.

Нова соціально-правова реальність в Україні формується на фоні інтеграційних процесів. Україна увійшла до єдиного європейського правового простору і прагне інтегруватися до наднаціональної за своїм змістом правової системи Європейського Союзу (далі – ЄС). Не потре-

бує спеціального доведення висновки про те, що її участь в європейських інтеграційних процесах, адаптація чинного законодавства до законодавства ЄС сприяє збагаченню вітчизняної правової культури, удосконаленню правотворчих і правозастосовних процесів завдяки критичному сприйняттю європейських і світових правових стандартів. Важливим кроком у цьому напрямі слід вважати визнання правової доктрини чинником, що позитивно впливає на юридичну діяльність. На своєчасність і актуальність перегляду ролі і місця правової доктрини в системі джерел національного права вказує той факт, що в рамках європейської інтеграції відбувається не лише зближення національних правових систем, а й формування нового правопорядку, який не просто базується на органічному об'єднанні здобутків романо-германської й англосаксонської правових сімей, а й забезпечує їхню конвергенцію у межах правової системи ЄС. Таке зближення обумовлює потребу в науковій розробці системи загальних доктринальних поглядів як правової ідеологічної основи діяльності законодавчої і виконавчої влади України. З огляду на це нагальним завданням юридичної науки є створення цілісної концепції, яка б враховувала як особливості розвитку правової системи України, так і кращий досвід країн ЄС. Отже, йдеться про формування цілісної, логічно узгодженої національної правової доктрини як теоретичної основи нормотворчих процесів¹.

Ще більшої актуальності зазначеному додає рішення Європейської Ради від 23 червня 2022 р. щодо надання Україні статусу країни-кандидата на входження до ЄС². Адже зазначене відображає чітку перспективу європейської інтеграції України і, як наслідок, генерацію правової доктрини у національну юриспруденцію з адаптацією фундаментальних напрацювань як в європейській, так і в міжнародній системі правових категорій, чим обумовлюватиметься подальший виклад змісту, особливостей, завдань, призначення і тенденцій розвитку правових доктрин в українському праві, підкреслюючи не тільки теоретичні, а й практичні цілі, що досягатимуться при їхньому застосуванні.

У цій статті досліджено правові доктрини у податкових спорах як складові фінансового права, а отже, і фінансової системи України, оскільки побудова якісного регулювання економіки європейської держави безпосередньо пов'язана із належним правозастосуванням норм податкового права, що забезпечить стабільність у відносинах, які виникають у сфері справляння податків і зборів, порядку їхнього адміністрування, рівності платників податків перед законом, визначення їхніх прав та обов'язків, компетенції контролюючих органів, повноважень і обов'язків таких

¹ І Семеніхін, *Правова доктрина: загальнотеоретичний аналіз: наукова доповідь* (Юрайт 2012) 6–7.

² European Council conclusions, 23–24 June 2022 <<https://www.consilium.europa.eu/media/57442/2022-06-2324-euco-conclusions-en.pdf>> (accessed: 25.07.2023).

посадових осіб під час адміністрування податків та зборів, а також відповідальності за порушення податкового законодавства. Оскільки податкове законодавство за своєю правовою природою не може передбачити все різноманіття відповідних суспільних відносин, які потребують правового регулювання у цій сфері, то наявність розвиненої системи правових доктрин сприятиме подоланню законодавчих прогалин у процесі реалізації права.

Актуальність дослідження зумовлена тим, що за допомогою правових доктрин повноцінно усувається або частково зменшується відсутність належної регламентації поведінки в конкретній ситуації у дослівному тексті закону, а також усуваються суперечності між тими правовими нормами, що регулюють однакові суспільні відносини в чинному податковому законодавстві. У зв'язку з цим застосування правових доктрин у податкових спорах (податкових правовідносинах) є досить актуальним, адже таким чином забезпечується достовірне тлумачення права та вирішення проблемних питань у сфері податкового законодавства. Зазначені питання ставали предметом досліджень таких науковців, як Г. Білецька, О. Бондаренко, В. Гвоздій, І. Кальницька, Н. Мисник, Є. Євграфова, І. Семенехін, Є. Смичок, А. Котенко, Є. Полянський, М. Кармаліта, Р. Гаврилюк та ін. Однак складність категорії “правова доктрина” обґрунтовано потребує подальшого її вивчення у правозастосовному процесі, а саме при здійсненні правосуддя, зокрема у податкових спорах.

Метою дослідження є теоретико-практичне дослідження правової доктрини у податкових спорах та аналіз законодавчого врегулювання проблематики з метою визначення мети, завдань та особливостей правових доктрин у податкових спорах.

Варто підтримати висловлену в юридичній літературі думку, що у новітніх умовах розбудови суспільно-правових відносин під впливом процесів глобалізації, зближення правових систем, тенденцій розвитку прав людини доктринальні правові джерела набувають особливо великого значення. Питання правової доктрини виходить за межі національних правових систем, навіть правових сімей, і мають глобальний характер³. Без жодного перебільшення можна стверджувати, що в юридичній літературі найбільша кількість неоднозначних формулювань пов'язана з посиленням на категорію правової доктрини. Її поняття не є новим для правничої науки: вже давно відпрацьовані основні підходи до визначення доктрини. Утім, українські науковці досі не можуть дійти консенсусу щодо її природи та місця в правовій системі. Також вони, без належних на те причин, апелюють до правової доктрини у своїх працях, частіше за все ототожнюючи її з правовою наукою, а часто – навіть з юридичною

³ М. Кармаліта, ‘Місце правової доктрини в сучасній системі джерел (форм) права України’ (2012) 2 Публічне право 279–87.

фаховою літературою. Такий стан речей викликає певну стурбованість: адже має місце методологічний хаос, а також нехтування базисними засадами права, інакше кажучи – правовою доктриною як такою. Зазначена проблема потребує активного розв’язання через чітке визначення місця та функціонального навантаження правової доктрини в системі координат сучасного українського права⁴. Ця ситуація зумовлена величезною низкою факторів, починаючи з комплексного характеру цього явища, часткової та дуже спірної формалізації (відсутності єдиної форми викладення та існування правової доктрини), високим рівнем теоретичності поняття та закінчуючи довготривалим пануванням позитивізму (коли доктрина не була необхідна настільки, щоб бути детально вивченою)⁵. Однак у теперішніх умовах динамічної правової глобалізації та інтеграції міжнародно-правових принципів і законів як джерел права, що наділяються відповідною юридичною силою, правова доктрина з метою її офіційного застосування при оцінці суспільних відносин у судовому порядку, зокрема в адміністративному судочинстві при розгляді податкових спорів, має забезпечувати реалізацію її завдань і досягнення мети у площині правової системи України.

Правова доктрина створюється у результаті проведення фундаментальних наукових досліджень, що пов’язані з глибоким і всебічним аналізом сутності державно-правових явищ і процесів, з’ясуванням закономірностей їх виникнення і розвитку. Це є основною причиною її високого авторитету, передумовою для легітимації доктринальних положень у правосвідомості правників і, як наслідок, – сприйняття юридичною практикою. Ідеться про відображені в узагальненій теоретичній формі юридичні знання: категорії і поняття, теорії, концепції, що відбивають закономірності й логіку правової матерії і служать формами вираження змістової частини правової доктрини, яка безпосередньо оформлюється у вигляді наукових праць з питань права – монографій, наукових статей, коментарів законодавства тощо. Правова доктрина має вищий авторитет, ніж юридична наука, та включає найбільш цінні для суспільства розробки, які сприяють сталому розвитку державних і правових інститутів. Загальнозначущий характер правової доктрини проявляється у тому, що, з одного боку, вона формується відповідно до ідейно-ментальних особливостей правової системи, відображає національні правові традиції, а з другого – відображає потреби соціально-економічного, політико-правового розвитку конкретної держави та її правової системи, пропонує конкретні шляхи вирішення проблем, що виникають у процесі розвитку останніх. Правова доктрина не тільки статично віддзеркалює держав-

⁴ Є Полянський, 'Правова доктрина як базисна концепція права: природа, структура, значення' (2015) 17 Наукові праці Національного університету "Одеська юридична академія" 297–313.

⁵ С. Іскра, 'Визначення правової доктрини у її співвідношенні з юридичною наукою' (2018) 11 Підприємство, господарство і право 177–180.

но-правову дійсність, формуючи знання про право та його реалізацію. Її функція не зводиться виключно до інтерпретації та систематизації позитивного права, хоча саме у цьому полягає ключова функція правової доктрини. Вона також має прескриптивний характер, позаяк містить бачення права яким воно має бути, тобто його уявний ідеальний образ, обґрунтовує необхідність і доцільність закріплення норм права, формування нових галузей та інститутів права, їх удосконалення чи реформування. Важливою складовою правової доктрини є оціночно-прогностичний компонент, що містить програмні положення рекомендаційно-орієнтуючого характеру і становить результат критичного аналізу практики державотворення, правотворення, а, як результат, і правозастосування⁶.

Феномен правової доктрини максимально виявляється саме в її багатоаспектності, адже вона і насправді виявляє себе по-різному залежно від характеру суспільних відносин, в яких вона так чи інакше задіяна⁷. Так, правова доктрина у податковому праві окреслює сукупність положень, на підставі яких формується зміст податково-правових норм, які в подальшому можуть бути предметом судового розгляду як правозастосування. Вони самі собою не є джерелом права, однак закладають підвалини для визначення змісту норм, спрямовані на заповнення прогалин і подолання колізій у сфері податкового регулювання. Їхньою метою є виокремлення раціональних та ефективних напрямів і засобів впливу на поведінку суб'єктів податкових правовідносин⁸.

Процес формування правової доктрини та її складників є тривалим, багатостадійним і починається, як правило, з висловлення оригінальних авторських поглядів (ідей, гіпотез) на певні явища державно-правової дійсності або з обґрунтування нових підходів до розв'язання актуальних проблем юридичної практики. Слід визнати, що закріплення доктринальних положень на законодавчому рівні (чи відтворення доктринальних положень у змісті інших формальних джерел) хоча і свідчить про визнання практичної цінності правової доктрини на офіційному рівні, проте не означає набуття нею юридичної сили, загальної обов'язковості, тобто таке визнання не робить її формально-юридичним джерелом права. У цьому разі фактичним джерелом права, що буде використовуватися правозастосовними органами, стане закон чи судовий прецедент, а не правова доктрина (доктринальні праці тих чи інших учених як форма її об'єктивізації). У цьому контексті правова доктрина – це створена юридичною наукою система поглядів на проблеми правового регулювання суспільних відносин, яка виражена у формі принципів, презумпцій, аксіом, що є моделлю позитивного права, визначає пріоритетні напрями,

⁶ І Семеніхін, 'Правова доктрина: поняття, ознаки, структура' (2016) 132 Проблеми законності 26–36.

⁷ Полянський (н 4) 297–313.

⁸ Є Смичок, 'Місце судової доктрини в доктрині податкового права' (2020) 4 Право і суспільство 214–20.

закономірності й тенденції розвитку законодавства, незалежно від факту фіксації її положень у будь-якому документі⁹.

Важливість правової доктрини в правозастосуванні полягає не у формальному застосуванні її як джерела права та посилення на неї, а використання роз'яснень, тлумачень правових норм, здійснених визнаними авторитетними правознавцями, що допомагає краще зрозуміти їхню сутність для правильного вирішення справи. Суд не повинен посилається на правову доктрину як на джерело права, застосовувати її поруч з іншими джерелами права, що може поставити її на один рівень із нормативними актами й іншими джерелами права. Водночас суд вправі застосовувати доктрину як додаткову аргументацію щодо конкретного рішення під час тлумачення ним норм права, але в такому разі суд не може видавати таку правову доктрину за підставу ухваленого рішення. Значення правової доктрини має бути визначальним насамперед у процесі нормотворення, адже зрозумілі і чіткі норми права будуть усувати необхідність додаткового звернення до правової доктрини в процесі правозастосування¹⁰. З огляду на зазначене, мабуть, одне з найвдаліших і при цьому лаконічних визначень доктрини зробили науковці Д. Гетманцев та Н. Блажівська, вказавши, що 'доктрина – це не шаблон, а логічна конструкція, яка обґрунтовує правовий висновок суду'¹¹. Так, у ньому відсутнє теоретичне наповнення належними термінами понятійно-категоріального апарату, але таким твердженням було передано правове призначення правової доктрини як такої, що підсилює та доповнює норму права при вирішенні тих чи інших спорів, зокрема і податкових. Отож, метою правових доктрин у податковому праві має бути офіційна інтерпретація нормативних приписів, правових принципів, понять, законодавчих конструкцій за допомогою професійного юридичного мислення, наукових юридичних досліджень тощо, чим практично забезпечуватиметься результативне функціонування та взаємоузгодженість нормотворчого, правозастосовного і правотлумачного процесів. Як наслідок, інститут правової доктрини у податкових спорах через професійну діяльність правознавців дає змогу безпосередньо впливати на розвиток податкового права, визначати напрям подальшого реформування норм такого права, а також вказувати на нормативні прогалини у регулюванні таких правовідносин задля ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб і держави.

Застосування правових доктрин у податкових спорах передбачає досягнення певних завдань, поставлених перед суб'єктом, що застосову-

⁹ Семеніхін (н 6) 26–36.

¹⁰ В Решота, 'Правова доктрина в системі джерел адміністративного права України' [2018] 1 (4) Jurnalul Juridic național: Teorie și Practică 49–51.

¹¹ Д. Гетманцев, Н. Блажівська, 'Судові доктрини, що потребують перегляду з адміністративно-процесуального погляду' (2018) 2 Право України 84–101.

ватиме такі правові доктрини. Водночас перелік таких завдань не може бути вичерпним, оскільки залежить від конкретних правовідносин та їхнього правового регулювання на законодавчому рівні. Однак, для прикладу, можна виокремити декілька таких:

- формувати розуміння процесу науково-юридичного мислення, що включає в себе виникнення потреби правового регулювання окремих суспільних відносин, враховуючи при цьому відповідні наукові досягнення української та світової юридичної думки та науки у сфері податкового права;

- формувати потребу у якісній мережі наукових досліджень проблематики правозастосування податкового законодавства, що систематично наповнюватиметься працями правознавців у сфері податкового права, в яких містяться ґрунтовні і всебічні наукові висновки щодо зв'язків правових явищ і правових процесів та їхній вплив на правозастосовну діяльність органів судової влади;

- забезпечувати правильне з наукового погляду правотлумачення та правозастосування, що полягає у взаємоузгодженій позиції щодо застосування норм податкового права під час правотворчих процесів, їхнього наукового дослідження і сприйняття таких суспільством;

- сприяти вдосконаленню законодавства та/або правовому регламентуванню суспільних відносин, які тільки частково регламентовані у податковому законодавстві, через зазначення наукових юридичних обґрунтувань і правотлумачень у судових рішеннях, при цьому необхідно пам'ятати, що такі наукові обґрунтування мають допоміжний характер при здійсненні судочинства, але жодним чином не замінюють чинні норми податкового законодавства тощо.

Доктрина є невід'ємною складовою будь-якої розвинутої правової системи, де сформоване середовище професійних юристів, створений комплекс спеціальних правових текстів, існують диференційовані від інших сфер суспільної діяльності професійні юридичні практики. Водночас ступінь і форми впливу правової доктрини на правове життя суспільства залежать від стану розвитку правової системи, наявних правових традицій, характеру системи джерел права. У більшості сучасних правових систем правова доктрина має значення авторитетного джерела права і використовується насамперед як додатковий засіб для обґрунтування юридично значущих рішень¹².

Правова доктрина у правовій системі держави проявляється насамперед на рівні праворозуміння суддів; і саме через судові акти, що містять посилання на відповідні фундаментальні наукові позиції, висновки та узагальнення, відбувається об'єктивізація правової доктрини як дже-

¹² Семеніхін (н 6) 26–36.

рела права¹³. Адже якщо джерелом права є документи, в яких об'єктивується норма права або які впливають на її чинність, то, згідно з цим підходом, включати до джерел права юридичну доктрину неправильно¹⁴. Ми поділяємо таку позицію, оскільки саме у результаті процесуальної діяльності суду в частині ухвалення судового рішення в останньому безпосередньо об'єктивуватиметься відповідна норма права, а наукові висновки, обґрунтування позицій, дослідження тільки підсилюватимуть її правову природу.

Загалом під правовою доктриною слід розуміти сукупність ідей та принципів, а також правових інститутів, які перебувають у нерозривному двосторонньому зв'язку з юридичною наукою, законодавством і судовою практикою та визначають основні засади, на яких засновується правова система держави. Доктрина бере свій початок у минулому, прямо регламентує право сучасності, визначає право майбутнього та постійно функціонує як динамічна категорія, що забезпечує подальший розвиток та вдосконалення права. До складу правової доктрини держави входять усі знання, які відповідають загальним вимогам чинної теорії права, відображені у законодавстві та використовуються на практиці¹⁵. Враховуючи зазначене, правова доктрина у податкових спорах визначатиметься як сукупність знань, які визначають принципи податкового права, його предмет регулювання, а саме відносини, що виникають у сфері справляння податків і зборів, зокрема визначення вичерпного переліку податків та зборів, що справляються в Україні, та порядку їх адміністрування, платників податків та зборів, їх прав та обов'язків, компетенції контролюючих органів, повноваження і обов'язки їхніх посадових осіб під час адміністрування податків та зборів, а також відповідальності за порушення податкового законодавства¹⁶, а також юридично-ідеологічною основою для створення та забезпечення діяльності правових інститутів у податковому праві.

Висновки. З огляду на висловлену нами позицію, ми переконані, що застосування правових доктрин при вирішенні податкових спорів неухильно призведе до доповнення "внутрішнього переконання судді" ще однією об'єктивною ознакою, яка доводить свою правозастосовну ефективність. Неодмінним є той факт, що саме судді, уповноважені законом здійснювати судочинство, якнайкраще розуміють природу того чи іншого спору про право, й повинні вирішувати, які норми законодавства є обов'язковими до застосовування при розгляді конкретної судової

¹³ О Северінова, 'Правова доктрина та її застосування в сучасних умовах європейської міждержавної інтеграції' (2019) 4 Правовий часопис Донбасу 32–8.

¹⁴ Решота (н 10) 49–51.

¹⁵ Полянський (н 4) 297–313.

¹⁶ Податковий кодекс України: Закон України. 2 грудня 2010 р. № 2755-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>> (дата звернення: 25.07.2023).

справи, і до їх повноважень належатиме можливість застосування допоміжних, так би мовити, “підсилюючих” правових інструментів задля забезпечення кожному права на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами. Правові доктрини у податковому праві формуватимуть основи праворозуміння, через які здійснюватиметься вплив на правозастосовну діяльність суддів, знаходячи формалізацію у текстах судових рішень відповідно.

REFERENCES

Bibliography

Edited books

1. Semenikhin I, *Pravova doktryna: zahalnoteoretychnyi analiz: naukovy dopovidi* (Petryshyn O red, Yurait 2012) (in Ukrainian).

Journal articles

2. Hetmantsev D, Blazhivska N, ‘Sudovi doktryny, shcho potrebuiut perehliadu z administratyvno-protseusualnoho pohliadu’ (2018) 2 *Pravo Ukrainy* 84–101 (in Ukrainian).
3. Iskra S, ‘Vyznachennia pravovoi doktryny u yii spivvidnoshenni z yurydychnoiu naukoiu’ (2018) 11 *Pidpriemstvo, gospodarstvo i pravo* 177–80 (in Ukrainian).
4. Karmalita M, ‘Mistse pravovoi doktryny v suchasni systemi dzherel (form) prava Ukrainy’ (2012) 2 *Publichne pravo* 279–87 (in Ukrainian).
5. Polianskyi Ye, ‘Pravova doktryna yak bazysna kontseptsii prava: pryroda, struktura, znachennia’ (2015) 17 *Naukovi pratsi Natsionalnoho universytetu “Odeska yurydychna akademiia”* 297–313 (in Ukrainian).
6. Reshota V, ‘Pravova doktryna v systemi dzherel administratyvnoho prava Ukrainy’ [2018] 1 (4) *Jurnalul Juridic național: Teorie și Practică* 49–51 (in Ukrainian).
7. Semenikhin I, ‘Pravova doktryna: poniattia, oznaky, struktura’ (2016) 132 *Problemy zakonnosti* 26–36 (in Ukrainian).
8. Severinova O, ‘Pravova doktryna ta yii zastosuvannia v umovakh yevropeiskoi mizhderzhavnoi intehratsii’ (2019) 4 *Pravovy chasopys Donbasu* 32–8 (in Ukrainian).
9. Smychok Ye, ‘Mistse sudovoi doktryny v doktryni podatkovoho prava’ (2020) 4 *Pravo i suspilstvo* 214–20 (in Ukrainian).

Oleg Zaverukha

LEGAL DOCTRINES IN TAX DISPUTES: FEATURES, PURPOSE AND OBJECTIVE

ABSTRACT. The article explores the significance and role of legal doctrine in the contemporary context of social and legal relations influenced by globalization, convergence of legal systems, and human rights trends. Emphasis is placed on the necessity of clear definition and functional purpose of legal doctrine within the legal system of Ukraine. The fundamental nature of legal doctrine is highlighted, shaped through in-depth

scientific research and analysis of the essence of state-legal phenomena and processes. The multifaceted nature of legal doctrine is identified, establishing its role in shaping tax legislation. The crucial role of legal doctrine in influencing the behavior of taxpayers and resolving tax issues within the framework of legal regulation is underscored.

The author examines the process of forming legal doctrine and its components, highlighting its multi-stage and lengthy nature. Legal doctrine is described as a system of views on the legal regulation of social relations expressed through principles, presumptions, and axioms that serve as a model for positive law. The importance of legal doctrine lies in the explanations and interpretations of legal norms made by recognized legal experts, promoting a better understanding for proper case resolution. It is proposed to consider legal doctrine not merely as a formal legal source but as additional argumentation during the interpretation of legal norms. The application of legal doctrines in tax disputes is characterized, aiming to achieve specific objectives such as promoting correct legal interpretation and application, supporting legislative improvements, and providing scientific legal reasoning for judicial decisions.

KEYWORDS: legal doctrine; tax law; the doctrine of tax law; sources of tax law; tax disputes; law enforcement; legal interpretation.

ПОРІВНЯЛЬНЕ ПРАВОЗНАВСТВО



Андріанна Бадида

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри теорії та історії держави і права
ДВНЗ “Ужгородський національний університет”
(Ужгород, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5980-5132>
Researcher ID: rid29999
Andrianna.badyda@gmail.com

УДК 342.565.2(44)+34(09)(44)

МЕХАНІЗМ ПРІОРИТЕТНОГО ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНОСТІ У ФРАНЦУЗЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ

АНОТАЦІЯ. Еволюція органу конституційної юрисдикції у Французькій Республіці пройшла складний шлях: від діяльності Охоронного сенату відповідно до норм Конституції Франції 1795 р. аж до нині діючої Конституційної Ради, положення щодо функціонування якої містяться у Конституції 1958 р.

Ба більше, якщо коментувати правовий статус Конституційної Ради, то і тут можемо спостерігати значні трансформації. З самого початку Конституційна Рада повинна була здійснювати виключно попередній конституційний контроль (*a priori*), тобто перевірку законів на предмет відповідності нормам Конституції до їх оприлюднення. Після судової реформи 2008 р., а саме з ухваленням Закону від 23 липня 2008 р., було введено контроль *a posteriori*. Найважливішим у контексті цієї реформи є введення процедури пріоритетного питання конституційності (QPC), сутність якої зводиться до того, що будь-яка особа, яка бере участь у судовому процесі, має право заявити перед судом про те, що законодавче положення порушує гарантовані Конституцією права та свободи.

Метою статті є дослідження специфіки здійснення пріоритетного питання конституційності у Французькій Республіці, аналіз нормативної бази, яка передбачає цю процедуру, а також виявлення переваг і недоліків цього феномену.

Зроблено висновок про те, що попри розширення компетенції Конституційної Ради та можливості для французів скаржитися на норми закону, все ж таки доступ до розгляду є обмеженим для громадян, адже напяму звернутися до Конституційної Ради особа не може. Ця процедура ускладнена двома так званими “фільтрами”: спочатку суддя першої інстанції (*le juge a quo*) розглядає питання про подання заяви до Державної Ради чи Касаційного суду, а останні уже вирішують остаточно, чи слід передавати заяву на розгляд до Конституційної Ради Французької Республіки.

Ключові слова: конституційна юрисдикція; Конституційна Рада Франції; апріорний (попередній) контроль; апостеріорний (наступний) контроль; пріоритетне питання конституційності.

Метою дослідження є вивчення специфіки здійснення пріоритетного питання конституційності у Французькій Республіці, аналіз нормативної бази, яка передбачає цю процедуру, а також виявлення переваг і недоліків цього феномену.

Тема дослідження обрана не випадково, адже з появою в Україні інституту конституційної скарги (Конституційний Суд України (далі – КСУ) вирішує питання ‘про відповідність Конституції України (конституційність) законів України (їх окремих положень) за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі Закон України суперечить Конституції України’¹) питання, що виникають у процесі застосування цієї процедури набувають ще більшої актуальності. Важливим у цьому аспекті є досвід Французької Республіки, адже подібний інститут – пріоритетне питання конституційності – з’явився у цій державі відносно недавно, після реформи 2008 р. Існує низка істотних відмінностей у діяльності органів конституційної юрисдикції Франції (Конституційна Рада) та України, зокрема, відмінності в обсязі конституційної юрисдикції, у суб’єктах звернення та у самій процедурі розгляду заяви громадянина. Дослідження ґрунтується на нормативно-правовій базі, що є чинною у Франції, та доводах французьких науковців, що дасть змогу оцінити у деталях специфіку здійснення процедури пріоритетного питання конституційності у Французькій Республіці.

На думку авторки, питання конституційної юрисдикції загалом та пріоритетного питання конституційності зокрема є недостатньо вивченим в Україні. Відповідно, окрім нормативної бази, було взято до уваги праці французьких дослідників, таких як О. Квіріко, М.-А. Гранде та декотрі інші джерела.

За моделлю, що розроблена Конституцією Франції 1958 р., Конституційна Рада була уповноважена здійснювати виключно попередній конституційний контроль – контроль за актами, котрі не вступили у силу, що досить відрізняла її від інших судів конституційної юрисдикції.

До 2008 р., а саме до проведення у Франції конституційної (судової) реформи, яка набула чинності з 1 березня 2010 р., про пріоритетне питання конституційності не йшлося. Так, за результатами реформи, у Франції з’являється конституційний контроль *a posteriori*, процедура його здійснення передбачається конституційним законом від 23 липня 2008 р. До речі, до цього були дві невдалі спроби реформ у цьому напрямі – у 1989 та 1993 рр.

Статтю 29 вищевказаного Закону було внесено зміни до ст. 61¹, яка передбачила у своєму змісті створення інституту наступного (*a posteriori*) контролю за законами, але цей запит може бути переданий до Конституційної Ради лише Державною Радою або Касаційним судом².

¹ Про Конституційний Суд України: Закон України від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2136-19#Text>> (дата звернення: 22.06.2023).

² Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000019237256>> (accessed: 27.06.2023).

Умови застосування цієї статті визначаються Органічним законом. Головне з цього закону (Органічний закон № 2009–1523 “Про застосування статті 61¹ Конституції”) – це список поправок, що вносяться у першу чергу до Закону від 7 листопада 1958 р., а також деяких інших нормативно-правових актів³.

Крім того, були внесені зміни до ч. 2 ст. 62 Конституції: ‘Положення, яке визнано неконституційним на основі ст. 61¹, відміняються з моменту опублікування рішення Конституційної Ради’⁴.

*Аналіз змін, внесених до Закону від 7 листопада 1958 р.,
у результаті реформи*

У 2009 р. до глави II вищевказаного Закону було додано розділ, що стосується процедури пріоритетного питання конституційності (франц. – *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC)). Зокрема, до ст. 23 було додано нові положення, які застосовуються у судах, що підвідомчі Державній Раді або Касаційному суду. Отож, ‘у судах під юрисдикцією Державної Ради або Касаційного суду заява про те, що законодавче положення порушує права і свободи, що гарантовані Конституцією, під загрозою неприйнятності подається в окремому документі і мотивується’ (ст. 23¹)⁵. До слова, для визначення об’єкта контролю у судовому процесі QPC ст. 61¹ Конституції та ст. 23¹ Органічного закону використовують терміни “законодавче положення”. Це поняття можна розуміти або з формальної точки зору (коли йдеться про текст, ухвалений у вигляді закону), або за матеріальним критерієм (коли йдеться про текст, який підпадає під дію закону), або навіть через нормативний аналіз (коли йдеться про будь-яке положення, що має силу закону незалежно від його форми). Усі ці підходи дійсні для визначення широкого поняття, що використовується QPC. На практиці це, по суті, текст, ухвалений парламентом (звичайний закон, органічний закон або постанова, прийнята парламентом), незалежно від того, був він прийнятий до 1958 р. чи після. Це також може бути закон країни Нова Каледонія. Поняття охоплює будь-яке положення, що міститься в акті, що має силу закону, за винятком законів про референдум⁶.

До речі, заява не може бути подана до суду присяжних⁷.

У статті 23² Закону зазначені умови, за яких є можливим направлення мотивованого рішення про передачу пріоритетного питання конституційності до Державної Ради чи Касаційного суду. Це здійснюється при дотриманні таких умов:

³ Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000021446446>> (accessed: 27.06.2023).

⁴ Texte intégral de la Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>> (accessed: 27.06.2023).

⁵ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel <<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000705065>> (accessed: 27.06.2023).

⁶ Guide pratique sur la question prioritaire de constitutionnalité (Conseil national des barreaux, 2023) <https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/cnb_guide_question-prioritaire-constitutionnalite.pdf> (accessed: 27.06.2023).

⁷ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (n 5).

1. Оспорюване положення застосовується до спору або є основою розгляду.

2. Це положення не оголошене конституційним на основі резолютивної частини рішення Конституційної Ради.

3. Питання не позбавлене серйозності⁸. У цьому пункті також вказується строк, протягом якого повинно бути передано питання (*QPC*) до вищевказаних судів – вісім днів після його оголошення. При цьому суд призупиняє свою ухвалу до отримання рішення Державної Ради або Касаційного суду.

Заява про те, що законодавче положення порушує права і свободи, гарантовані Конституцією, може бути також заявлена вперше у касаційному порядку, у процесі розгляду у Державній Раді або в Касаційному суді (ст. 23⁵). Далі у Законі (ст. 23⁸) ідеться про те, що Конституційна Рада негайно повинна повідомити Президента Республіки, Прем'єр-міністра і голів Національного зібрання та Сенату, а вони, зі свого боку, можуть надати свої зауваження з пріоритетного питання конституційності. Крім того, Закон передбачає тримісячний строк для прийняття рішення Радою з моменту звернення. Рішення Конституційної Ради доводиться до відома сторін і спрямовується або до Державної Ради, або до Касаційного суду, а також, у відповідних випадках, до суду, перед яким і було поставлено пріоритетне питання конституційності. До того ж Рада повідомляє про своє рішення Президенту Республіки, Прем'єр-міністру та головам палат парламенту⁹.

Отже, зі змісту проаналізованого Закону (змін) впливає кілька важливих моментів:

1. Значення терміна “пріоритетне питання конституційності”. Саме таким поняттям позначається цей вид контролю і це означає, що питання має бути вирішено без затримки та що “судова інстанція зобов'язана спочатку винести рішення про передачу до Державної Ради чи Касаційного суду питання про відповідність Конституції”. Заява про першочергове попереднє рішення з питання конституційності – це право будь-якої особи, яка бере участь у судовому процесі перед судом, стверджувати, що законодавче положення порушує гарантовані Конституцією права та свободи.

Усі сторони судового процесу можуть підняти *QPC*, незалежно від того, чи мають вони статус фізичної чи юридичної особи, приватного чи публічного права, позивачі, відповідачі, незалежно від того, володіють вони французькою мовою, чи ні, мають французьку національність, чи ні. Як тільки відповідна особа має право діяти по суті, вона має право ініціювати *QPC*¹⁰.

2. Важливою є вимога про письмову форму, адже усна заява не може бути розглянута. Заява повинна бути відокремлена від будь-яких інших подань, поданих до суду у провадженні, що розглядається. На того, хто

⁸ Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel (n 5).

⁹ Ibid.

¹⁰ Guide pratique sur la question prioritaire de constitutionnalité (n 6) 11.

представляє *QPC*, покладається обов'язок обґрунтувати неконституційність тексту, що застосовується до спору. Простого посилання на неконституційність законодавчого положення недостатньо.

3. Первинно запит перевіряється самим суддею у справі, далі (як було вказано вище) – спрямовується до Державної Ради чи Касаційного суду. І у разі необхідності, останні можуть передати запит разом з іншими документами до Конституційної Ради. Важливо, що особа, яка бере участь у судовому провадженні, таку заяву безпосередньо подати не може. Заява подається під час розгляду справи і суд негайно розглядає питання, чи є заява допустимою та чи були дотримані умови, встановлені законом. Якщо умови дотримані, то суд надсилає заяву до Державної Ради чи Касаційного суду, а ті, зі свого боку, продовжують детальніше вивчати порушене питання і вирішувати, чи слід передавати заяву до Конституційної Ради.

Помітно із викладеного те, що доступ до Конституційної Ради у Франції обмежено для громадян. У французькій літературі можна натрапити на таке позначення цієї ситуації, як наявність “фільтрів”, мається на увазі: перший “фільтр” – суддя першої інстанції (*le juge a quo*), другий – Державна Рада чи Касаційний суд.

Цікаво висловився з приводу “фільтрів” французький вчений О. Квіріко, вважаючи, що перший фільтр має на меті запобігти суто “затягуючим” виняткам, тоді як другий фільтр прагне обмежити роботу органу конституційного контролю, який повинен залишитися *extrema ratio*. Фактично подвійний фільтр переносить ризик перенавантаження на вищі суди. Крім того, він досить ускладнює доступ громадян до конституційного правосуддя, особливо за відсутності діалогу між Державною Радою та Касаційним судом. Щодо цього питання скасування “прямого діалогу” між суддею, що розглядає факти, і суддею, що розглядає право, може створити напругу між адміністративними та звичайними судами, з одного боку, та Конституційною Радою, з другого¹¹.

Процедура *QPC*, на думку іншого французького науковця, схожа на справжній судовий процес проти закону, включно, зокрема, із заслуховуваннями судових пропозицій¹².

Реформу 2008 р. можна розглядати як спробу встановити кращий баланс між парламентською демократією, за якої основні права гарантуються загальною волею, і розглядом прав людини як основну рушійну силу загальної волі, захищеної конституційним позитивізмом. Справді, через процедуру апостеріорного контролю Конституційна Рада отримує повноваження скасовувати закон і стає “негативним законодавцем”, який здатний врівноважити “позитивне законодавство” парламенту. У поєднанні з абстрактним апріорним контролем конкретний апо-

¹¹ Ottavio Quirico, ‘Le contrôle de constitutionnalité français dans le contexte européen et international: Une question de priorités’ [2010] 3 (1) European Journal of Legal Studies 90.

¹² Marc-Antoine Granger, *Fiches de Contentieux constitutionnel. Rappels de cours et exercices corrigés* (Ellipses 2023) 43–50.

стеріорний контроль, таким чином, забезпечує постійну і вичерпну перевірку відповідності правових норм основоположній нормі¹³.

До речі, станом на 14 квітня 2023 р. Конституційна Рада ухвалила 568 рішень по суті звичаного закону порівняно з 1042 рішеннями у пріоритетних питань конституційності (QPC), передача яких відкрита для усіх сторін у 2010 р.¹⁴.

Висновки. 23 липня 2008 р. у Французькій Республіці під час перегляду Конституції було введено апостеріорний контроль як доповнення до уже існуючого апріорного (ст. 61¹ Конституції 1958 р.). Цей контроль здійснюється лише Конституційною Радою і має назву пріоритетний контроль конституційності (QPC). Цим самим Французька Республіка розірвала так званий зв'язок із попередньою правовою традицією. Хоча при цьому превентивний (апріорний) контроль конституційності залишається характерною цінністю французької моделі. Він забезпечує загальну перевірку дійсності стандартів.

Коротко про процедуру QPC. У випадку спору, який перебуває на стадії розгляду у судовій чи адміністративній юрисдикції, таке питання може бути зніщено стороною у спорі, якщо вона вважає, що законодавча норма може ігнорувати її право або свободу, що гарантовані Конституцією. У такій ситуації суд повинен вивчити характер і серйозність порушеного права, перш ніж передати його до верховного суду своєї юрисдикції, або до Касаційного суду, або до Державної Ради. Касаційний суд та Державна Рада мають тримісячний строк, перш ніж прийняти рішення про передачу справи до Конституційної Ради. Зі свого боку у Конституційній Раді є також тримісячний строк для ухвалення рішення. У випадку, якщо норма суперечить Конституції, вона відміняється або у день прийняття рішення, або у строки, встановлені Конституційною Радою.

Отже, генезис органу конституційної юрисдикції та судочинства у Франції загалом відбувся у бік посилення ролі та повноважень Конституційної Ради, адже з простого “арбітра” між гілками влади, з роками, вона перетворилася на діючий орган конституційної юрисдикції з реальним розширенням своїх функцій і можливостей.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Granger Marc-Antoine, *Fiches de Contentieux constitutionnel. Rappels de cours et exercices corrigés* (Ellipses 2023) (in French).

¹³ Quirico (n 11) 87.

¹⁴ Bernard Rullier, ‘Les decisions du Conseil Constitutionnel qui ont fait l’actualite’ (*Démocratie*, 06.04.2023) <<https://www.jean-jaures.org/publication/les-decisions-du-conseil-constitutionnel-qui-ont-fait-lactualite>> (accessed: 27.06.2023).

Андріанна Бадида

Edited books

2. *Guide pratique sur la question prioritaire de constitutionnalité* (Conseil national des barreaux, 2023) <https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/documents/cnb_guide_question-prioritaire-constitutionnalite.pdf> 8 (accessed: 27.06.2023) (in French).

Journal articles

3. Quirico O, 'Le contrôle de constitutionnalité français dans le contexte européen et international: Une question de priorités' [2010] 3 (1) *European Journal of Legal Studies* 90 (in French).

Websites

4. Rullier B, 'Les décisions du Conseil Constitutionnel qui ont fait l'actualité' (*Démocratie*, 06.04.2023) <<https://www.jean-jaures.org/publication/les-decisions-du-conseil-constitutionnel-qui-ont-fait-l-actualite>> (accessed: 27.06.2023) (in French).

Andrianna Badyda

THE MECHANISM OF THE PRIORITY ISSUE OF CONSTITUTIONALITY IN THE FRENCH REPUBLIC

ABSTRACT. The evolution of the body of constitutional jurisdiction in the French Republic has gone through a difficult path: from the activity of the Conservative Senate in accordance with the norms of the French Constitution of 1795 to the currently active Constitutional Council, the provisions of which are contained in the Constitution of 1958.

Moreover. If we comment on the legal status of the Constitutional Council, we can observe significant transformations here as well. From the very beginning, the Constitutional Council had to carry out only preliminary constitutional control (*a priori*), that is, checking laws for compliance with the norms of the Constitution before they are promulgated. After the judicial reform of 2008, namely with the adoption of the Law of July 23, 2008, a posteriori control was introduced. The most important thing in the context of this reform is the introduction of the priority question of constitutionality (QPC) procedure, the essence of which boils down to the fact that any person participating in the legal process has the right to declare before the court that the legislative provision violates the rights and freedom guaranteed by the Constitution.

The purpose of this article is to study the specifics of the implementation of the priority issue of constitutionality in the French Republic, to analyze the regulatory framework that provides for this procedure, as well as to identify the advantages and disadvantages of this phenomenon.

It was concluded that despite the expansion of the competence of the Constitutional Council and the possibility for the French to complain about the norms of the law, access to the proceedings is still limited for citizens, because a person cannot directly apply to the Constitutional Council. This procedure is complicated by two so-called "filters": first, the judge of the first instance (*le juge a quo*) considers the issue of submitting the application to the Council of State or the Court of Cassation, and the latter already decide finally whether the application should be forwarded to the Constitutional Council of the French Republic for consideration.

KEYWORDS: constitutional jurisdiction; Constitutional Council of France; a priori (preliminary) control; a posteriori (subsequent) control; priority issue of constitutionality.

РЕЦЕНЗІЇ

DOI: 10.33498/journ-2023-07-159

Петро Рабінович

доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
професор кафедри теорії та філософії права
Львівського національного університету імені Івана Франка

Сергій Рабінович

доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри конституційного права
Львівського національного університету імені Івана Франка

ВАГОМИЙ КРОК ДО ФОРМУВАННЯ СУЧАСНОЇ ЗАГАЛЬНОЇ ТЕОРІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА*

Нещодавно юридична спільнота України отримала нагоду ознайомитися з новітнім підручником у дещо нетрадиційною назвою – “Конституційне право”¹. Таке новаторське термінопозначення засвідчило відхід від досить усталеного сприйняття юридичних наук як наук суто національних. Чи не найбільш яскравим проявом такого відходу може слугувати назва параграфу підручника, яким відкривається підрозділ про місце конституційного права в загальній структурі юридичних знань: “Конституційне право як транснаціональна наука”. Видається, що за умов триваючого процесу глобалізації основних сфер суспільного життя, зокрема юридичної освіти, такий крок авторського колективу, очолюваного професором М. Козюброю, можна визнати загалом виправданим. Реальною методологічною основою введення в науковий обіг поняття транснаціонального конституційного права стала діалектика загального, особливого та одиничного в конституційно-правовому регулюванні сучасних демократичних країн. З огляду на це, на нашу думку, згадана обставина заслуговувала б у підручнику на своє відверте визнання. Адже це вкотре би засвідчило справжню невмирущість та ефективність діалектики як загальнонаукового пізнавального підходу.

З огляду на значний обсяг розглядуваної праці (528 сторінок), нижче дозволимо собі висловити кілька міркувань насамперед стосовно найбільш важливих, базових розділів підручника: першого, другого і третього. Саме у цих розділах викладено засадничі, методологічно значущі ідеї,

© Петро Рабінович, Сергій Рабінович, 2023

* Рецензія на підручник “Конституційне право” за загальною редакцією М. І. Козюбри.

¹ Конституційне право: підручник (Козюбра М заг ред, ВАІТЕ 2021).

які мають спрямовуюче значення для матеріалів усіх наступних частин цієї навчально-наукової праці.

Перший розділ підручника присвячено загальній характеристиці взаємозв'язків конституціоналізму, конституції й конституційного права. У цьому контексті привертають особливу увагу застереження, пов'язані з особливостями національної правової культури в Україні. Зокрема, не можна не погодитися з автором у тому, що

зміни до Конституції не тільки можливі, а й часом потрібні. Проте вони не повинні ставати самоціллю, а їхнє внесення не перетворюватися в реформаторський “конституційний бум”, перманентну “конституціонаду”, коли кожна новообрана влада (президент, парламент) намагаються підлаштувати текст Конституції під <...> вузькопартійні, вузькокорпоративні потреби, створюючи для цього “конституційні ради”, “конституційні асамблеї”, “конституційні комісії” тощо (с. 38).

Слушно відзначається, що

конституційний ідеалізм <...> як і традиційний, на жаль, для України правовий, зокрема конституційний, нігілізм <...> насправді є двома сторонами “однієї медалі” – дефіциту політичної і правової культури, деформованої правосвідомості й непрофесіоналізму, який інколи межує з невіглаством (с. 39).

Називаючи низку причин тих випробувань, які випадають на долю українського конституціоналізму в роки незалежності, М. Козюбра виділяє серед них, зокрема, чинник, який, на нашу думку, в останні роки відіграв особливо помітну роль як фактор конфліктогенності, активно використовуваний державою-агресором – цивілізаційну *неоднорідність* України. І хоча це зроблено автором підручника у вельми делікатній формі, суть згаданого соціокультурного спостереження є, утім, доволі очевидною:

Хоч основи правової, зокрема конституційної традиції України формувалися здебільшого під впливом євроатлантичної, а не особливої “російської”, “євроазійської” чи “східнохристиянської” цивілізації, *було б перебільшенням говорити про нинішню цивілізаційну однорідність правової системи України* (особливо рівня правової свідомості й правової культури, стилю правового мислення тощо). Перебування її частин у складі різних імперій суттєво позначилося на її нинішньому стані (с. 39–40) (курсив наш. – П. Р., С. Р.).

Становить інтерес розділ підручника, присвячений принципам конституційного права. Відзначаючи вразливість поширених у спеціальній

літературі юридико-позитивістських підходів, автор протиставляє їм підхід, який можна схарактеризувати як діалектичний і водночас як соціокультурний. Суть останнього полягає у тому, що реальним соціальним середовищем (і почасти, мабуть – також і генеративним центром) формування принципів конституційного права є не держава, а суспільство з його домінуючими ціннісними орієнтаціями, і люди, які витворюють і реалізують ці принципи у своїй повсякденній практичній діяльності.

У гносеологічному аспекті автор відверто висловлює погляди, незвичні для більшості конституційно-правових публікацій. Як вбачається, М. Козюбра сповідує, почасти, певний науковий скептицизм і нонкогнітивізм, наголошуючи на необхідності доповнення пізнання раціонально-наукового ціннісним, переважно ірраціоналістичним (с. 99). Такий підхід неявно апелює до виокремлюваних автором різновидів принципів конституційного права: універсальних, цивілізаційних, правосімейних і національних. До перших тут віднесено принципи поваги до людської гідності й прав людини; розподіл влади; верховенство права (с. 110–114). У цьому сенсі важливим є триваючий процес поступової універсалізації принципів конституційного права (така універсалізація, однак, часто може бути суто формальною. – П. Р., С. Р.). Прикметно, що до прикладів західних цивілізаційних принципів конституційного права в підручнику також віднесено верховенство права. Відтак вже в цьому пункті можна вбачати деяку проблематичність наведеної вище класифікації за формальними ознаками (текстами конституцій). Це, здається, має місце при маркуванні про засади свободи і рівності саме як засад універсальних. Адже фактичні, реальні конституції авторитарних політичних режимів надають цим засадам, певно, інше значення, аніж у державах демократичної орієнтації. Це, вочевидь, добре розуміє й автор рецензованої праці, звертаючи увагу на проблему функціонування лібералістичних засад конституційного права в Україні (с. 131).

Особливо приємне враження справляє третій розділ підручника під назвою “Конституція і права людини”. У ньому вдало поєднано загальнотеоретичну характеристику феномена основоположних прав людини з конституційним оспосередкуванням цього явища. Саме у такому аспекті і в такому обсязі ця проблема у вітчизняній літературі поки що не аналізувалася. Автор, зокрема, висвітлює такі питання: конституційна цінність прав людини; основні властивості прав людини; класифікація прав людини; конституційні засади гарантій прав людини та системи їхнього захисту; конституційні засади обмеження прав людини; конституційний статус особи; конституційно-правовий інститут громадянства; засади конституційного статусу іноземців, осіб без громадянства, біженців та внутрішньо переміщених осіб. І в багатьох випадках виклад цього матеріалу супроводжується вкрапленнями справжніх перлинок аргу-

ментації, оригінальних авторських суджень. У цьому розділі використані конституційні джерела низки сучасних держав та конституційно-правова практика їхнього застосування.

На окрему згадку заслуговує неодноразові апелювання авторів підручника до духу конституції, особливо часто присутні в розділі, присвяченому тлумаченню конституції. При цьому автор розділу формулює низку прийомів і методів пошуку та виявлення згаданого “духу”. З-поміж них називаються загальновідомі способи тлумачення конституції (лінгвістичне, історичне, цільове, функційне тощо), зокрема й такі, що базуються переважно на власних оцінках суб’єктів тлумачення. А такі оцінки, як відомо, зазвичай не бувають уніфікованими, однозначними, оскільки визначальною мірою зумовлюються політичними та іншими потребами та інтересами осіб і груп, яких вони реально уособлюють. Отже й уявлення про так званий дух конституції дають змогу не тільки виявляти “оригінальний” смисл основного закону, а й витлумачувати конституційний текст у доволі маніпулятивний спосіб.

Обмежений обсяг рецензії не дає можливості детальніше схарактеризувати інші фрагменти рецензованої праці. Отже, залишимо читачам (на нашу думку, ними можуть бути передовсім студенти магістратури, а також аспіранти) можливість самим отримати задоволення від знайомства ще й з іншими частинами цієї книги. Переконані, що ніхто з них розчарованим не буде.



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

Автори пропонованого підручника відмовилися від традиційної назви підручників з конституційного права. Вони зважали на те, що глобалізаційні й інтеграційні процеси, які відбуваються в сучасному світі, дедалі активніше проникають у всі сфери суспільного, зокрема й правового життя. Не є винятком і сфера конституційного права, що стає дедалі універсалізованішою й інтернаціоналізованою зі збереженням, звісно, своїх національних особливостей.

Наслідком таких процесів, на думку авторів підручника, є те, що в конституційному праві майже всіх країн з’являється дедалі більше спільних рис (понять, принципів, інститутів, норм), які спонукають до подолання під час його викладання суто національних, країнознавчих та регіональних підходів. Зробити це в межах традиційних для вітчизняних юридичних вишів навчальних курсів “Конституційне право України”, “Конституційне право зарубіжних країн” чи навіть “Порівняльне конституційне право”, на думку авторів пропонованого підручника, надто складно, а часом і просто неможливо.

ПРАВОВА ДОКТРИНА ЄВРОПЕЙСЬКИХ ЦІННОСТЕЙ

ПРОЦЕДУРА ДОБОРУ СУДДІВ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ МАЄ ЗАБЕЗПЕЧУВАТИ НАЙВИЩИЙ РІВЕНЬ НЕЗАЛЕЖНОСТІ ТА НЕУПЕРЕДЖЕНОСТІ СУДУ*

<...>

А. Склад Дорадчої групи експертів та моделі прийняття рішень для оцінки моральних якостей та професійної компетентності

18. З проєкту змін випливає, що склад Дорадчої групи експертів (далі – Дорадча група) з шести членів було збережено, незважаючи на рекомендацію Венеційської комісії додати сьомого члена за міжнародною квотою. У своїх коментарях до Венеційської комісії, нагадуючи про нинішній склад КСУ (13 суддів із 18) і вирішальну роль, яку Суд має відігравати щодо післявоєнних виборів, реінтеграції окупованих територій та євроатлантичної інтеграції, організації громадянського суспільства наголошують на ризиках політизації Конституційного Суду, якщо такі характеристики будуть прийняті для Дорадчої групи: шестичленний склад; відсутність вирішального голосу для міжнародних членів Дорадчої групи, а також дуже високий поріг (щонайменше п'ять голосів) для оцінки кандидата таким, що “відповідає”.

19. Комісія шкодує про це, оскільки, на її думку, дія моделі із семи членів передбачала б менше ускладнень та зробила б міжнародну присутність у Дорадчій групі більш значимою. <...> Проте Венеційська комісія вважає, що склад із шести членів можна вважати прийнятним лише за умови, що буде прийнято рішення, обране для Дорадчої групи – тобто вирішальний голос міжнародних членів. Венеційська комісія, крім того, вважає, що, якщо українська влада наполягає на шестичленному складі, вирішальний голос міжнародної квоти має передбачатися в контексті оцінки моральних якостей та професійної компетентності кандидатів у судді КСУ.

20. Венеційська комісія зазначає, що законопроект пропонує дві фази відбору (які можуть проводитися одночасно, за рішенням Дорадчої гру-

* Витяг із Висновку Венеційської комісії щодо проєкту Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо уточнення положень про конкурсний відбір кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України (реєстр. № 9322 від 25.05.2023 р.)

Див.: CDL-AD(2023)022 Follow-up Opinion to the opinion on the draft Law on amendments to certain legislative acts of Ukraine on improving the procedure for the selection of candidates for the position of judge of the Constitutional Court of Ukraine on a competitive basis (Draft Law no. 9322 of 25 May 2023), adopted by the Venice Commission at its 135th Plenary Session (Venice, 9–10 June 2023) <[https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2023\)022-e](https://venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2023)022-e)> (accessed: 25.07.2023).

пи): оцінка моральних якостей, включаючи доброчесність (“оцінка моральних якостей”); та оцінка професійної компетентності. Після оцінки моральних якостей та професійної компетентності кандидати оцінюються за двома категоріями (“відповідає” та “не відповідає”); кандидати з оцінкою “не відповідає” усуваються з подальшого розгляду (відповідно до частин 4 і 6 статті 10⁸ Закону України “Про Конституційний Суд”).

<...>

22. Венеційська комісія вітає те, що у відповідь на її рекомендацію законопроект прямо передбачає, що кандидати, які “не відповідають”, виключаються з подальшого розгляду після оцінки моральних якостей та професійної компетентності.

23. Комісія також зазначає, що модель прийняття рішень відповідає пункту 50 Прикінцевих та перехідних положень Закону “Про судоустрій і статус суддів”¹, який є правилом прийняття рішень першого складу Конкурсною комісією з добору кандидатів на посаду члена Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Це положення подібне до правил голосування, які застосовуються у випадку Етичної ради². Одна відмінність між цими двома правилами стосується першого голосування. На відміну від Конкурсною комісією з шести членів, де рішення схвалюються, якщо за них проголосували чотири члени, Етична рада з може прийняти рішення також простою більшістю присутніх членів, за умови, що принаймні два міжнародні члени проголосують за рішення. Однак це стосується лише у випадках, коли не всі члени Етичної ради беруть участь. Для Дорадчої групи це зазвичай не актуально, оскільки призначення заступників членів (див. нижче) має забезпечити, щоб Дорадча група завжди збиралася в повному складі. Таким чином, запропонована модель голосування є прийнятною, оскільки вона передбачає вирішальний голос міжнародних членів у разі рівної кількості голосів відповідно до принципів, обраних для Етичної ради.

<...>

25. Законопроект додає завершальну фазу до процедури відбору: після того, як Дорадча група відбере кандидатів, які “відповідають” (як щодо моральних якостей, так і рівня компетентності), вона проводить рейтингове голосуванням шляхом, результатом якого є рейтинговий список усіх кандидатів залежно від кількості голосів, отриманих від До-

¹ “Рішення першого складу Конкурсною комісією є ухваленим, якщо за нього проголосували не менше ніж чотири члени Конкурсною комісією, з яких двоє запропоновані міжнародними та іноземними організаціями. У разі однакової кількості голосів “за” і “проти” голоси трьох членів Конкурсною комісією, з яких двоє запропоновані міжнародними та іноземними організаціями, є вирішальними”.

² “23¹. Рішення Етичної ради ухвалюється більшістю голосів від присутніх членів Етичної ради, за умови що воно підтримано двома голосами членів Етичної ради, запропонованих міжнародними та іноземними організаціями. У разі однакової кількості голосів “за” і “проти” проводиться повторне голосування. У разі однакової кількості голосів “за” і “проти” під час повторного голосування голоси членів Етичної ради, з яких принаймні двоє запропоновані міжнародними та іноземними організаціями, є вирішальними”.

радчої групи, від найвищого (6 голосів “за”) до найменшого результату (0 голосів “за”) (частина 7 статті 10⁸). Рейтинг не є обов’язковим; список у порядку рейтингу всіх кандидатів, які отримали оцінку “відповідає”, передається до парламенту та до Ради суддів України; після цього голосування щодо кандидатів проводиться в порядку черги (пункт 16 статті 208⁴ Регламенту Верховної Ради України; стаття 10¹¹). Венеційська комісія не рекомендувала жодного рейтингу кандидатів, хоча запропонувала створити три категорії кандидатів: “дуже відповідає”, “відповідає” та “не відповідає”. Якщо цей додатковий етап не виключає будь-якого кандидата, який отримав оцінку “відповідає”, вирішальним голосом міжнародних членів Дорадчої групи, це не впливає на висновок Комісії, зроблений вище, про те, що проект поправок відповідає рекомендації щодо оцінки як моральних, так і професійних якостей кандидатів має вирішувати Дорадча група з вирішальним голосуванням міжнародної квоти. <...> Комісія підкреслює, що рейтингове голосування проводиться стосовно усіх кандидатів, які отримали оцінку “відповідає”; на цьому етапі голоси національних і міжнародних членів мають однакову вагу, але порядок виборів залежить як від голосів міжнародних членів, так і від голосів національних членів.

26. Утім, Комісія вважає, що рейтинговий список не повинен мати жодних обов’язкових наслідків для порядку голосування за кандидатів на з’їзді суддів; тому вона рекомендує вилучити відповідне положення зі статті 10¹¹ законопроекту.

27. Нарешті, щодо трьох членів, призначених за міжнародною квотою, Венеційська комісія нагадує, у відповідь на занепокоєння, висловлене організаціями громадянського суспільства, що “міжнародні” члени Дорадчої групи цілком можуть бути громадянами України (див. CDL-AD(2022)054, § 30), включно з авторитетними представниками організацій громадянського суспільства.

В. Процедура відводу/самовідводу

28. З метою забезпечення безперервності та ефективності функціонування Дорадчої групи проектом змін вносяться такі новели:

Стаття 10¹². Заступник члена Дорадчої групи

<...>

29. Венеційська комісія вітає положення про відвід і самовідвід членів Дорадчої групи. Вона погоджується, що справді дуже важливо забезпечити безперервність роботи Дорадчої групи, яка може бути порушена внаслідок таких самовідводів. Звернення за допомогою до заступників членів, яке вже було включено до Закону за попередньою рекомендацією Венеційської комісії у випадку дострокового припинення повноважень члена Дорадчої групи, також вітається, включаючи, зокрема, те, що заступники членів будуть стежити за засіданнями, щоб мати можливість

у разі відводу/самовідводу або дострокового припинення повноважень члена взяти на себе роботу та забезпечити безперебійну обробку відповідних документів/процедур.

30. Венеційська комісія вітає положення про те, що заступники членів повинні бути обрані таким чином, щоб вони стежили за процедурою як спостерігачі, щоб втрутитися та замінити, можливо, відкликаних повноправних членів. Порядок обов'язкової участі міжнародних та національних заступників членів як спостерігачів має бути встановлено в Регламенті Дорадчої групи.

С. Зобов'язання Дорадчої групи публікувати “вмотивовані” рішення

31. Дорадча група публікує рішення про оцінку “не відповідає” за критеріями моральних якостей або професійної компетентності відповідно частини 4 статті 10⁸ та частини 6 статті 10⁸ проекту Закону, кандидати, які оцінку “не відповідає”, вважаються такими, що не пройшли відповідний етап конкурсного відбору, з дня оприлюднення Дорадчою групою відповідного рішення. У рішенні має бути зазначено, що відповідний кандидат не відповідає критеріям моральних якостей чи професійної компетентності.

32. Відповідно до частини 24 статті 10² Закону рішення Дорадчої групи оформляються протоколом та оприлюднюються із “із зазначенням результатів поіменного голосування”. Згідно із частиною 7 статті 10⁸ Закону Дорадча група оприлюднює загальний список усіх кандидатів, які отримали оцінку “відповідає”, у рейтинговому списку та вмотивовані рішення щодо кожного кандидата та передає їх органам, які їх призначають. Комісія рекомендує уточнити, що імена членів Дорадчої групи, які проголосували за кожного кандидата на етапі рейтингового голосування, також повинні бути опубліковані.

33. Частина 7 статті 10⁸ далі передбачає, що “Стосовно кандидатів, які отримали оцінку “не відповідає” за критеріями високих моральних якостей або визнаного рівня компетентності у сфері права, Дорадча група оприлюднює лише резолютивну частину рішення, без наведення мотивів, які стали підставою для його ухвалення. Повний текст рішення із мотивуванням оприлюднюється Дорадчою групою на письмову вимогу кандидата, який отримав оцінку “не відповідає”. Венеційська комісія схвалює це положення, яке встановлює належний баланс між необхідністю прозорості та повагою до приватного життя (а також щоб уникнути негативного ефекту).

IV. Інші запропоновані вдосконалення

<...>

37. Частина 9 статті 10⁸ Закону України “Про Конституційний Суд України” передбачає, що “Усі справи, пов'язані з оскарженням рішень, дій чи бездіяльності суб'єктів призначення суддів Конституційного Суду

у процесі конкурсного відбору кандидатів на посаду Судді, а також оцінюванням кандидатів на посаду судді Конституційного Суду Дорадчою групою, підсудні Верховному Суду як суду першої інстанції та Великій Палаті Верховного Суду як суду апеляційної інстанції в порядку адміністративного судочинства'. Що стосується характеру такого оскарження, Венеційська комісія вважає, що рішення Дорадчої групи слід оскаржувати лише з формальних (процесуальних) підстав. Це має бути зазначено в частині 9 статті 10⁸.

V. ВИСНОВОК

38. Венеційська комісія знову наголошує на важливості запровадження механізму добору суддів Конституційного Суду України, який забезпечує найвищий рівень незалежності та неупередженості Суду. Венеційська комісія також підкреслює, що важливо забезпечити, щоб посади суддів конституційного суду не залишалися вакантними протягом тривалого періоду.

39. Незважаючи на агресивну війну Російської Федерації проти України, українська влада, а також громадянське суспільство продемонстрували вірцеву готовність просувати реформами та виконувати рекомендації Венеційської комісії.

40. Венеційська комісія висловлює жаль, що її рекомендація додати сьомого члена до Дорадчої групи не була виконана. Однак вона вітає значні вдосконалення, запропоновані у відповідь на її ключові рекомендації, такі як виключення кандидатів, які отримали оцінку "не відповідає", із подальшого розгляду після оцінки моральних якостей та професійної компетентності, забезпечення вирішального голосу для міжнародних членів у звичайних ситуаціях і при однаковій кількості голосів для оцінки як моральних якостей, так і професійної компетентності, положення про те, що заступники членів Дорадчої групи будуть призначені для забезпечення безперервності роботи у разі відводу або самовідводу <...>. Проте рекомендує виключити зі статті 10¹¹ законопроекту норму про порядок голосування для обрання з'їздом суддів. Вона також рекомендує уточнити, що імена членів Дорадчої групи, які голосували за кожного кандидата на етапі рейтингового голосування, також повинні бути опубліковані, і вказати, що рішення Дорадчої групи можуть бути оскаржені лише з формальних підстав, а не по суті.

<...>

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

“ПРАВО УКРАЇНИ”

7
2023

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красненко*
Комп’ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 28.07.2023. Формат 70х100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 13,65. Обл.-вид. арк. 11,15.
Ціна договірна.

АДРЕСА РЕДАКЦІЇ:
вул. Загорівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефон: +380(66) 972-39-27 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Віддруковано у друкарні ТОВ “Вістка”
Україна, 01014, м. Київ, Соловцова Миколи, буд. 2, оф. 38/1,
тел. +380(44) 583-50-94

Свідоцтво про внесення суб’єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 7814 від 22.05.2023 р.