

Юрій Барабаш

**Нариси
з конституційного
права**

Харків
«Право»
2012

ББК 67.9(4УКР)300

Б24

Барабаш Ю. Г.

Б24 Нариси з конституційного права : зб. наук. пр. / Юрій Барабаш. – Х. : Право, 2012. – 160 с.

ISBN 978-966-458-317-3

До збірника увійшли наукові роботи, опубліковані протягом останніх років у провідних виданнях України та Росії. Тематика робіт охоплює широкий спектр сучасної конституційно-правової проблематики — від ідеології чинної Конституції України до преюдиціального характеру рішень Конституційного Суду України.

Для викладачів, науковців і студентів юридичних вузів, депутатів, державних службовців і всіх тих, хто цікавиться проблемами конституційного права.

ББК 67.9(4УКР)300

ISBN 978-966-458-317-3

© Барабаш Ю. Г., 2012

© «Право», 2012

Зміст

| | |
|--|-----|
| Передмова | 4 |
| Двадцять років незалежного поступу: втома від демократії чи утвердження нового конституційного проекту? | 6 |
| Ідеологічна функція Конституції України: проблеми інтерпретації та трансформації | 19 |
| Демократические основы конституционного строя Украины | 26 |
| Коментар до розділу III «Вибори. Референдум» Конституції України..... | 48 |
| Соціальні права громадян та можливості їх захисту Конституційним Судом України | 81 |
| Ключові напрями конституційної політики в галузі імплементації міжнародних стандартів прав людини | 99 |
| Конституційні засади правового статусу Президента України | 107 |
| Інститут розпуску парламенту: підстави, процедура, конфліктогенний потенціал | 123 |
| Преюдиціальність рішень Конституційного Суду України: проблемні питання теорії та практики | 149 |

Передмова

Теорія конституційного права помітно збагачується дослідженнями концептуальних проблем, які характеризують доктринальні засади державно-правового розвитку, охорону конституційних принципів і конституційних цінностей, забезпечення пріоритету прав і свобод людини та інші суспільні процеси в реальних умовах сучасного конституціоналізму. Сформувати авторську позицію до вказаної проблематики стає дедалі складніше, оскільки існують доктринально-нормативні ідеї, з якими не може не рахуватися кожен автор, який аналізує конституційно-правові відносини. Обравши шлях виявлення найбільш важливих для осмислення проблем в конституційному праві, надзвичайно важко і відповідально для кожного автора знайти правильний з позицій методології і філософських підходів шлях до власних висновків, які мають бути аргументованими і переконливими у праворозумінні.

Отже, в кожній праці, яка виходить з питань конституційного права, важливо висвітлити правову матерію, виявити «живий» контекст буття права, знайти правовий смисл положень і норм Конституції. Чи завжди такі складні завдання ставить перед собою кожний учений, особливо у базовій, фундаментальній галузі — конституційному праві?

Наука конституційного права сьогодні відчуває сильний нахил до комплексного аналізу, виявлення природи явищ конституційно-правової дійсності, що обумовлює включення до методології пізнання як догматичних, історичних, соціальних і філософських, так і світоглядних компонентів. Саме таким чином автор цієї наукової збірки обрав шлях досягнення мети конституційного праворозуміння через його основу — конституційну герменевтику, намагаючись сформувати свої погляди на інтегральних підходах до конституційних світоглядних явищ. Це забезпечило конкретність аналізу кожного питання, яке стало предметом уваги авторської праці і в більшості своїх замислів у збірнику ми маємо оригінальні конституційно-правові моделі, які характеризують його власне трактування актуальних питань в теорії конституційного права.

Незважаючи на жанрову різноманітність питань, які висвітлюються в цій авторській роботі, можна відчувати власний стиль у постановці і розробці нових конституційно-правових підходів до теорії і практики конституціоналізації правовідносин, що поглиблює наші знання, зокрема, в конституційному правосудді. У цьому можна побачити досить реальні досягнення у тлумаченні складних понять, конституційних положень, що дозволяє застосовувати власний конституційний ресурс у процесі вирішення спірних ситуацій і саме тому можна стверджувати, що така, навіть певним чином різнохарактерна проблематика, має користь для науки конституційного права.

*А. О. Селіванов,
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України*

Двадцять років незалежного поступу: втома від демократії чи утвердження нового конституційного проекту?¹

Чи не найпоширенішою тезою переважної більшості конституційно-правових досліджень є означення норми статті 1 Конституції як норми-цілі. До цього можемо додати такі фрази-штампи, як «низький рівень політико-правової культури», «правова неосвіченість виборців», «трансформаційний етап розвитку державності» тощо. Однак виникає цілком логічне запитання — чи можна після 20-річного періоду незалежності підвести певний підсумок, тобто констатувати проходження певного етапу трансформації?

Вважаємо, що на сьогодні є всі підстави стверджувати і говорити не тільки про реалізацію окремих засад-завдань конституційного ладу, але й про формування унікального пострадянського конституційного середовища, який має бути в подальшому врахований при оновленні Основного Закону.

Отже, почнемо з головного. Чи можемо ми констатувати, що в українській державі сформувалось демократичне врядування? Для цього потрібно дати відповідь на інше питання — що становить собою на сьогодні демократія як конституційний феномен?

Наукою напрацьовано безліч визначень та теорій демократії як політичного режиму. Аналогічним чином складається ситуація і з кількістю критеріїв, які науковці висувають для визначення наявності в тій чи іншій країні демократії. Найбільш місткий пропонує відомий дослідник Р. Даль. На його погляд, для означення країни як демократичної повинні існувати такі інститути: виборність посадових осіб; вільні, чесні та регулярні вибори; свобода висловлювань, аль-

¹ Оpubліковано в журналі «Бюлетень Міністерства юстиції України» (2011. – № 1).

тернативні джерела інформації; автономія асоціацій; загальні громадянські права¹.

С. Хантингтон пропонує не обмежуватися цим переліком критеріїв і, узагальнивши погляди політологів, формулює каталог із 27 величин, які сприяють демократії і демократизації. Серед них «високий у цілому рівень економічного благополуччя; відносно рівний розподіл доходів та/або багатства; ринкова економіка; сильна буржуазія; сильний середній клас; високий рівень грамотності та освіти; інструментальна, а не споглядальна культура; низький рівень політичної поляризації та екстремізму; політичні лідери — прихильники демократії» тощо².

Тож достатньо важко в межах наукової статті дати відповідь на таке складне питання, як наявність чи відсутність справжньої демократії в країні. Наразі можна лише дати загальну характеристику ситуації, що складається навколо розвитку української державності. При цьому перед тим, як приступати до такого аналізу, варто також зважити на означену нами варіативність підходів до розуміння сутності демократичного врядування, у тому числі і на появу таких специфічних, як «неліберальні демократії» Ф. Закарія³ та «суверенна демократія» В. Суркова⁴. Появу обох теорій можна пояснити «втомленістю» дослідників від відсутності конкретних результатів лібералізації політичних процесів та бажанням політиків виправдати існуючий стан речей, як досягнення означеної мети — побудови демократичного суспільства.

Натомість чи є шанси для того, щоб у найближчому майбутньому ці теорії стали доктринальним підґрунтям подальших державних перетворень?

Перше запитання, яке ми повинні поставити в цьому напрямку, це питання наявності передумов для виникнення вільного, демократичного ладу в молодій Українській державі. Хоча для українського читача більш звичною є категорія «конституційний лад», вдаючись в

¹ Даль, Р. О демократии [Текст] / Р. Даль. – М. : Аспект Пресс, 2000. – С. 85.

² Хантингтон, С. Третья волна. Демократизация в конце XX века [Текст] / С. Хантингтон. – М. : РОССПЭН, 2003. – С. 48–49.

³ Закарія, Ф. Будущее свободы: нелиберальная демократия в США и за её пределами [Текст] / Ф. Закарія. – М. : Ладомир, 2004. – С. 89.

⁴ Орлов, Д. Политическая доктрина суверенной демократии [Текст] / Д. Орлов // Известия. – 2006. – 30 нояб.

цьому випадку до термінології Основного Закону ФРН, ми це робимо з урахуванням характеристики цього ладу як такого, що заснований на визнанні верховенства права, народовладді, поваги до людської гідності, соціального характеру державності тощо.

І відразу відзначаємо малозрозумілу тенденцію у конституційно-правових дослідженнях: українські науковці активно кинулись створювати ефемерні механізми забезпечення стабільності конституційного ладу, не розібравшись до кінця, чи виник насправді цей самий лад як система відносин, заснованих на демократичних засадах, поваги до людської гідності та забезпечення автономії особистості (хоча якщо відверто, то в загаданих дослідженнях констатується факт існування цього ладу)¹. І тому перш ніж підсумовувати результати 20-річного державного будівництва, слід відверто сказати про те, а чи почалося становлення такого омріяного всіма вітчизняними правниками «конституційного ладу»?

Насамперед створення власної держави відбувається на певному ідеологічному зламі в суспільній свідомості, а саме вивільнення від «тоталітарних» оков. При цьому молодий, незалежний політикум намагається раз і назавжди позбутись залишків тих політичних сил, які були домінантами за тоталітарних умов, а також не допустити виникнення їх аналогів у майбутньому. Робиться це, як правило, шляхом закріплення на найвищому, конституційному рівні обмежень на реалізацію політичних прав, які у своїй сукупності становлять механізми самозахисту демократії, перетворюючи її на «войовничу демократію». Як це, наприклад, зроблено в Основному Законі ФРН («Партії, які за своїми цілями чи діяльністю своїх прихильників прагнуть завдати шкоду вільному демократичному ладу чи ліквідувати його... неконституційні» (ч. 2 ст. 21) чи Конституції Греції («Органі-

¹ Див., напр., наукові праці Ф. В. Веніславського. Слід відзначити «оригінальність» підходу дослідника: йому вдалося створити наукову «доктрину», де стабільність конституційного ладу пов'язана майже з усіма явищами та процесами, зокрема із змістом юридичної освіти та приватизацією електро- та газопостачальних підприємств (Веніславський, Ф. В. Зміна пріоритетів юридичної освіти як передмова підвищення рівня правової культури та забезпечення стабільності конституційного ладу [Текст] / Ф. В. Веніславський // Актуальні проблеми політики. – 2009. – Вип. 38. – С. 66–74; Веніславський, Ф. В. Економічний суверенітет як передумова забезпечення стабільності конституційного ладу України [Текст] / Ф. В. Веніславський // Організаційні та правові проблеми забезпечення державного суверенітету : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. – Х., 2009. – С. 22).

зація і діяльність партій повинні служити вільному функціонуванню демократичного ладу» (ч. 1 ст. 29).

При цьому, як доводить державно-правова практика розвитку цих та інших європейських країн, яким довелося перегорнути «тоталітарну» сторінку у своїй історії, чим складніше для нації був цей період, тим більш радикальною була реакція владних структур на будь-які прояви подібного тоталітаризму. Мабуть, що найбільш показовою у цьому відношенні є активна роль Федерального Конституційного суду Німеччини у захисті «вільного демократичного ладу». І найбільш спірним питанням у забезпеченні цілісності конституційного ладу є рішення суду по забороні Комуністичної партії Німеччини. Як відзначають німецькі дослідники, прийняте до того рішення із заборони націонал-соціалістичної партії було своєрідним «фіговим листком» для прикриття заборони комуністичного руху. Про це свідчить і надзвичайно тривалий розгляд «комуністичної» справи, і достатньо філософські роздуми суддів, на кшталт, що «позиція Основного Закону стосовно політичних партій... стає зрозумілою лише з урахуванням досвіду боротьби із цією (націонал-соціалістичною. — Ю. Б.) тоталітарною системою», і розгорнутим, на 50 сторінок рішення, аналізом марксистсько-ленінської ідеології¹. Фактично мало місце майже хірургічне втручання в суспільно-ідеологічну ситуацію з боку інтелектуалів від влади з метою недопущення проникнення «тоталітарних» ракових клітин у суспільну свідомість, що лише поступово починає оговтуватись від жахливого минулого. При цьому суд максимально зменшив можливість використання соціально-вульгарної риторики у крайніх за політичними спектрами партій (як лівих, так і правих).

Тепер щодо українського сценарію відмови від тоталітарного минулого. Звертаючись до ключових документів українського державотворення, Декларації про державний суверенітет та Акту проголошення незалежності, можемо констатувати, що забороняти комуністичні рухи ніхто і не збирався. При цьому не можемо не пригадати рішення українського парламенту, яке свідчило про протилежне. 30 серпня 1991 року Президія Верховної Ради прийняла Указ «Про заборону діяльності Комуністичної партії України», пославшись на

¹ Франкенберг, Г. Обучающийся суверен [Текст] / Г. Франкенберг // Конституц. право: восточноевроп. обозрение. — 2004. — № 2. — С. 21–22.

ч. 2 ст. 7 Конституції 1978 року, якою була встановлена заборона на діяльність партій, що ставили собі за мету «зміну шляхом насильства конституційного ладу і в будь-якій протизаконній формі територіальної цілісності держави, а також підрив її безпеки, розпалювання національної і релігійної ворожнечі». Правда, на відміну від своїх німецьких колег вітчизняні конституційні судді визнали це рішення таким, що не відповідає Основному Закону 1996 року за мотивами того, що, заборонивши Комуністичну партію, Рада перебрала на себе функцію суду, який, як згідно з теперішнім, так і радянським правовим порядком, був і є єдиним владним суб'єктом, наділеним правом розпуску партій (рішення КСУ від 27 грудня 2001 року № 20-рп/2001). Завершаючи розмову про цей указ Президії, слід сказати, що в основу аргументації Верховної Ради був покладений аналіз діяльності Комуністичної партії під час державного перевороту 19–21 серпня 1991 року.

Наразі маємо відзначити ще одну достатньо важливу деталь для повноцінного відновлення картини конституційної розбудови України, яку чомусь вітчизняні дослідники або просто не помічають, або ж намагаються з невідомих причин замовчати. Йдеться про те, що категорія «конституційний лад» вперше з'явилась в українському (чи точніше радянсько-українському) правовому просторі в Конституції СРСР 1977 року з досить дивною, як для сучасних конституційних доктрин, характеристикою, як «радянський»: «Не допускаються створення і діяльність партій, організацій і рухів, які мають на меті насильницьку зміну *радянського конституційного ладу* (виділено мною. — Ю. Б.) і цілісності соціалістичної держави, підрив її безпеки, розпалювання соціальної, національної і релігійної ворожнечі» (ч. 2 ст. 7). Ця норма потрапила до конституційного тексту в результаті прийняття Закону про заснування поста Президента СРСР від 14 березня 1990 року. За абсолютно зрозумілою для федеративної країни інертною логікою аналогічна норма з'явилась через півроку (24 жовтня 1990 року) і в Основному Законі УРСР 1978 року, вагомою причиною стало також ухвалення Декларації про державний суверенітет. Єдине, що фактично зробили вітчизняні законодавці, так це не надали цьому ладові статусу радянського. Хоча з цього приводу в сесійній залі і точились дискусії, однак, як свідчить аналіз стенографічних матеріалів, особливих питань сама категорія «конституційний

лад» у депутатів не викликала. Більшу дискусійність мало положення про територіальну цілісність як вагому конституційну цінність, яку слід захищати від зазіхань політичних сил.

Тобто можемо зробити попередній висновок, що радянське, компартійне минуле мало визначальний вплив на появу в нормативному інструментарії категорії «конституційний лад». І особисто у мене не виникає жодних сумнівів те, що перші конституційні проекти ідеологічно спрямовувались проти тоталітарних партій, однак, як буде продемонстровано далі, через низький рівень нормативної техніки, невизначеність у стратегії подальшого державного розвитку ця ідея була фактично знівельована, стала настільки розпливчастою, що жоден юрисдикційний орган не візьме на себе сміливість дати їй чітку офіційну інтерпретацію.

У подальшому рішення українського законодавця щодо розвитку політичної системи базувались на «лібертаріансько-протекціоністських» (за класифікацією Г. Франкенберга). Ідеться про те, що лібертаріанський підхід базується на принципі невтручання, а протекціоністський передбачає описаний вище самозахист демократії з метою «повного виключення досить ризикованих чи неприйнятних за іншими міркуваннями випадків»¹. Це проявлялось насамперед у тому, що, з одного боку, визначальною засадою конституційного ладу був визнаний принцип політичного та ідеологічного багатоманіття (ст. 15 Конституції), а з іншого — це встановлений інститут легалізації політичних об'єднань (ст. 36 Конституції) та жорстких обмежень у їх діяльності, в тому числі й інститут анулювання реєстраційного свідоцтва як засіб селекції дієздатних партій.

Наразі після майже 20-річної історії державотворення можемо констатувати той факт, що через небажання суспільства та інтелектуально-політичної еліти раз і назавжди відмовитись від комуністичного минулого існування крайньо лівих партій на політичному спектрі щоразу під час виборчої кампанії не тільки викликає до життя ностальгію за радянським минулим, але й фактично задає тон соціальній риторичі (що інколи перевищує всі допустимі для політичних баталій межі популізму) для всіх інших, навіть правих за ідеологічною спрямованістю, політичних сил.

¹ Франкенберг, Г. Обучающийся суверен [Текст] / Г. Франкенберг // Конституц. право: восточноевроп. обозрение. – 2004. – № 2. – С. 21.

Хотілось би, що читачі правильно зрозуміли автора цих рядків. Сам я ніколи не відчував нетерпимості до жодної політичної сили, а тим паче не проводив різниці між людьми залежно від їх політичних пристрастей. Однак викликає обурення те, що багато з дослідників конституційного ладу через абсолютно незрозумілі причини не помічають суттєвих розбіжностей між їх підходами, що досить часто базуються на екстраполяції ліберально-конституційних ідей на українську землю, та закладеною в текст Основного Закону абсолютно нечіткою ідеологемою державотворення та практикою реалізації конституційних приписів.

При цьому важко також збагнути і те, чи є для провідних політичних сил ідеї суверенної державності та вільного і демократичного ладу важливими конституційними цінностями, а також і те, що саме охороняють державні інституції, покликані контролювати діяльність об'єднань громадян. Для підтвердження цих слів процитуємо фрагменти з офіційних (тобто таких, що пройшли експертизу під час легалізації) програм політичних сил, які продемонстрували чудові результати електоральної підтримки на останніх місцевих виборах. «Контрреволюційний переворот, здійснений в Україні, як і в інших республіках, при сприянні і прямій участі зрадників і боягузів, які посідали керівні пости в партійних і державних органах, привів до влади антинародні сили, відкрив шлях капіталістичній реставрації, руйнуванню соціалістичних засад в усіх сферах суспільного життя, демонтажу радянської форми народовладдя, насадженню буржуазної, націонал-шовіністичної ідеології... На першому етапі партія, як опозиційна сила, веде боротьбу за усунення від влади антинародного, антинаціонального режиму і повернення влади трудовому народові в особі Рад депутатів трудящих та інших повноважних органів». Це приклад із лівого політичного спектру.

Інша провідна політична партія, права за політичним спрямуванням, демонструє аналогічну терпимість до своїх ідеологічних конкурентів: у програмі ставляться такі конкретні завдання — «здійснити публічний судовий процес над комунізмом; добитись у судовому порядку заборони комуністичної ідеології як людиноненависницької і такої, що завдала не виправної шкоди українському народові».

Однак для того, щоб мати повну картину із самозахистом демократії, маємо знову повернутись до аналізу одного із ключових по-

ложень Конституції із цього питання — норми ст. 37, якою передбачено, що політичні партії підлягають забороні в тому випадку, коли їх діяльність спрямована на ліквідацію незалежності України, зміну конституційного ладу насильницьким шляхом, порушення суверенітету і територіальної цілісності держави, підрив її безпеки, незаконне захоплення державної влади, пропаганду війни, насильства, на розпалювання міжетнічної, расової, релігійної ворожнечі, посягання на права і свободи людини, здоров'я населення. Звертаємо увагу на такі антиправові дії, як «зміну конституційного ладу насильницьким шляхом» та «незаконне захоплення державної влади». Пригадаємо, як перша нормативна формула з'явилась у конституційному законодавстві. Саме побоювання узурпації влади партією, яка має домінуюче значення в суспільстві, викликало до життя цю норму. Тому в даному сенсі у нас немає жодних сумнівів щодо того, що бережливе ставлення до виробленого за радянських часів формулювання абсолютно незіставне зі змістом цього ж таки конституційного ладу, викладеного в Розділі I Основного Закону.

Тому якщо все-таки в майбутньому законодавець поставить перед собою завдання на конституційному рівні створити реальні механізми самозахисту демократії, то принаймні ця норма має бути відповідним чином трансформована. Так само має бути переглянуто нормативне положення і щодо визначення того юрисдикційного органу, який має ухвалювати рішення про заборону партії.

На сьогодні таким владним суб'єктом визнається окружний адміністративний суд міста Києва, тобто низова інстанція, покликана розглядати повсякденні справи (ч. 3 ст. 19 Кодексу адміністративного судочинства України). Вважаємо, що з урахуванням важливої ролі політичних партій, визначеної в ч. 2 ст. 36, а також зважаючи на високий ступінь оціночності категорій, використаних у «заборонній» нормі ч. 1 ст. 37, таким органом мав би виступати саме Конституційний Суд України. Саме орган конституційної юрисдикції здатен дати кваліфіковану характеристику діяльності політичних партій з точки зору відповідності її ідеям утвердження демократичних цінностей. До речі, саме такий підхід сповідує німецьке конституційне право, закріплюючи за Федеральним конституційним судом це повноваження (ч. 2 ст. 21 Основного Закону ФРН).

У цьому зв'язку слід також замислитись і над питанням про те, яку конституційну доктрину в частині побудови демократичної політичної системи створює вітчизняний Конституційний Суд. Відмічаємо досить специфічну позицію Суду з цього приводу, оскільки в одному випадку він, посилаючись на принцип багатоманітності, забороняє створення координуючого центру молодіжних організацій (рішення від 13 грудня 2001 року № 18-рп/2001 у справі про молодіжні організації). З іншого боку — двічі визнає абсолютно конституційними (такими, що не обмежують конституційні права) зміни, спрямовані на встановлення «партійно-імперативного» мандату (висновок від 4 липня 2001 року № 2-в/2001 та від 16 жовтня 2002 року № 1-в/2002). Чи можна сказати, що Суд не може розібратись у цьому питанні? Навряд чи. На наш погляд, головною перепоною у таких діях органу конституційної юрисдикції є відсутність чіткої ідеологемі (лібертаріанської, ліберальної, комунітарної, конституційного патріотизму тощо), покладеної в основу чинної Конституції. Зокрема, таким чином можна ставити питання про можливість будівництва ринкової економіки, поклавши на неї завдання соціалістичної держави.

Натомість чи можемо ми знайти причини всіх негараздів з демократичними перебудовами виключно в конституційному тексті? На наше глибоке переконання, переважну більшість відповідей ми можемо віднайти, звернувшись до глибинних основ правосвідомості українського виборця та проаналізувавши стан вітчизняного суспільства.

З точки зору розбудови партійної системи не можемо не оминати увагою достатньо поширену в науковій літературі тезу про таку перепопу розвитку цієї системи в конструктивному руслі, як відсутність внутрішньопартійної демократії¹. Однак навряд чи хтось зможе знайти у партійних статутах, які проходять ретельну перевірку в органах юстиції під час легалізації партій, будь-яку зачіпку, яка свідчитиме про недемократичність в управлінні цього об'єднання громадян. Наразі слід визнати простий факт — політичні сили в Україні носять персоніфікований, тобто майже на сто відсотків пов'язаний із постаттю лідера, характер.

Про це свідчать такі факти. По-перше, за результатами одного із соціологічних опитувань серед запропонованих 11 критеріїв на перше

¹ Див., напр.: Полевий, В. І. Конституційна відповідальність політичних партій в Україні [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / В. І. Полевий ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2004. – 15 с.

місце громадяни поставили особистість лідера. При цьому цифра коливається від 73,4 % тих, що проголосували за Блок Юлії Тимошенко, до 46,5 % серед виборців, які віддали свої голоси за комуністів. Всі інші параметри значно поступаються зазначеному критерію. Якщо ж взяти такий фактор електорального вибору, як «програмні цілі й гасла», то найвищим показником є цифра 37,5 % у Комуністичній партії України, а найменше всього цікавить передвиборна програма виборців Партії регіонів — 19,6 %¹.

Другий аргумент був нам наданий у ході останньої виборчої кампанії із формування представницьких органів місцевого самоврядування. Найбільш показовими в цьому аспекті були міські вибори у Вінниці та Полтаві, де в результаті перемоги В. Гройсмана та О. Мамая на перегонах за посаду міського голови більшість місць у міських радах отримали осередки маловідомої політичної сили, які цих осіб формально висунули в кандидати. Цим самим була чітко підтверджена в результаті окреслених та інших соціологічних замірів теза про малозначимість партійної приналежності кандидата як електорального чинника.

Не можемо не згадати ще про одну передумову, яка не дозволяє розвиватись демократичним процесам за ліберальним сценарієм. Ідеться про відсутність генерального конфлікту між крупними власниками, та так званим середнім класом і найманими працівниками. Саме ця конфліктна лінія спонукає постійно шукати нові форми та напрями державного управління, не даючи змогу залишити весь державний механізм у заідеологізованій статиці. Однак за наших умов, коли крупним власником залишається держава (достатньо порахувати, скільки людей зайняті на державній службі чи отримують соціальні виплати із державного бюджету), а господарі інших значних активів персонально присутні у владних ешелонах, говорити про існування іншого варіанту розвитку подій, як максимально соціалізувати економіку, не доводиться.

Разом з тим може виникнути запитання — а яким чином це може вплинути на долю демократичних перетворень? Відповідь проста.

¹ Городецька, О. Г. Поняття конфлікту та мотивації вибору в електоральній соціології [Текст] / О. Г. Городецька // Удосконалення навчально-виховного процесу в вищому навчальному закладі : зб. наук.-метод. пр. / Таврійський держ. агротехнол. ун-т. – Мелітополь, 2008. – Вип. 12.

Постійне експериментування із ліберальними новаціями в політико-правовій сфері в умовах фактичної присутності (хоча інколи і трансформованої в специфічному вигляді) в свідомості та в політикумі ідей та прагнень радянської доби не дасть очікуваного результату, більш того — може взагалі поставити під загрозу культивуацію в подальшому демократичних цінностей в українському соціумі. Простий тому приклад — спотворення системи фінансування виборчої кампанії та перетворення її на форму підприємницької діяльності для багатьох громадян.

Для більш конкретної ілюстрації звернемо свій погляд на вже неодноразово аналізовані місцеві вибори 2010 року. В даному випадку мало місце лише формальне закріплення фінансування окремих агітаційних заходів за рахунок коштів Державного бюджету кандидатів та політичних сил. Зрозуміло, що охопити всіх суб'єктів виборчого процесу держава не в змозі (загалом на виборах підлягало заповненню 11 тисяч посад міських, сільських та селищних голів, а також 225 тисяч депутатських місць). І вибори 31 жовтня 2010 року це чітко підтвердили, коли передбачена ч. 1 ст. 52 виборчого Закону субвенція з Державного бюджету на надання ефірного часу так і не надійшла до багатьох територіальних комісій.

Загалом же хотілось нагадати про те, що однією з основних причин створення масових партій як організацій, що існують за рахунок сплати членських внесків, у другій половині XIX століття було бажання послабити вплив багатства на обрання представників¹. Вочевидь, що існуючі політичні партії не можуть похвалитись значними успіхами на ниві акумулювання індивідуальних внесків власних членів. Це, до речі, є однією з ознак не тільки стану політичної системи, але й електоральної культури громадян, які не сприймають партії як організації, здатні захистити їх інтереси та втілити в життя їх наміри.

Досить багато запитань є і до джерел фінансування політичних партій, які (джерела) в багатьох випадках невідомі як органам юстиції, що покликані контролювати діяльність цих об'єднань громадян, так і громадськості в цілому. Про те, що політичні партії не виконують «місії» сприяння формуванню та вираженню справжньої політичної волі громадян, як це передбачено в ч. 2 ст. 36 Конституції України, як раз і свідчить вищеозначений факт відсутності «голосування грив-

¹ Манен, Б. Принципы представительского правления [Текст] / Б. Манен. – СПб. : ЕГУ, 2007. – С. 323.

нею» (по аналогії із журналістською риторикою відносно абсентеїзму в Україні — «голосування ногами»).

Ще один немаловажний момент викривленого відношення до ролі партій у політичних процесах та їх безпосередньої діяльності у виборах є робота над «виборчою грамотністю» громадян та рівнем такої грамотності. На сьогодні можемо констатувати той факт, що переважна більшість громадян, задіяних у виборчих комісіях, володіють достатніми навичками для організації процесу голосування та підрахунку голосів. Однак, з іншого боку, багато хто з них володіє також широким інструментарієм фальсифікації результатів виборів. Адже організація «каруселей», вкидання бюлетенів, переписування протоколів та багато інших махінацій здійснюється не державними посадовцями (які згідно із виборчим законодавством взагалі відсторонені від участі у роботі виборчих комісій) і не кандидатами на виборні посади, а безпосередньо громадянами-членами комісій.

Аналогічно спотворену виборчу культуру ми спостерігаємо і у пересічного виборця, який здатен продати свій голос. При цьому скупкою голосів займаються знову ж таки не представники публічної влади, а безпосередньо політичні сили. Отож і виникає запитання щодо ролі політичних партій у демократизації виборчих та інших політичних процесів.

На сьогодні можемо констатувати, що таке гіпертрофоване ставлення законодавця до політичних партій, як учасників виборчого процесу, в ситуації фактичної відсутності передумов для формування «ідеологічних» об'єднань, якими мають бути справжні політичні партії, привів до серйозного спотворення реальних політичних настроїв громадян.

Наведений нами фактичний аналіз не дає жодних підстав сумніватись у вірогідності проведеного напередодні виборів соціологічного опитування з приводу ставлення громадян до цієї форми безпосередньої демократії. Тільки 8,5 % опитаних висловили впевненість в тому, що вибори відбудуться чесно, без фальсифікацій; 37 % вважали, що порушення будуть, але вони суттєво не вплинуть на загальний результат. Водночас 30 % допустили, що результати можуть бути спотворені, а 14 % були переконані, що фальсифікації носити суттєвий для результатів виборів характер¹.

¹ Соцопрос: в честность выборов не верим, но голосуем за Партию регионов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: // <http://www.from-ua.com/news/5d5703e977364>.

Картину із пострадянською політико-правовою культурою громадян можуть доповнити результати дослідження, проведеного в рамках авторитетного Pew Global Attitudes Project. Громадяни України віддають перевагу сильній економіці (78 % опитаних) на противагу ефективній демократії (12 %). Знову таки, 69 % громадян вважають більше важливим, що б країною управляв сильний лідер, у той час, як тільки 20 % опитаних вважають більше важливим демократичний характер управлінських процесів. Тільки 53 % громадян вважає дуже важливим серед демократичних цінностей чесні вибори (знову таки дуже показовою є 43-процентна підтримка волі слова громадянами України)

Отже маємо повну зневіру до процесів демократизації. Можна пояснити це невдалим вибором підходів та методів втілення ідей конституціоналізму у життя, нетривалим часом існування незалежної України, важким економічним станом і т. д. Однак навряд чи можна проігнорувати фактично провідну роль стартових умов розбудови суверенної державності, коли, як було зазначено і продемонстровано раніш, не була поставлена «конституційним пером» остаточна крапка у радянському минулому, а подальші кроки нагадували непевний поступ у темряві. При цьому головне, що фактично не були створені механізми самозахисту демократії, а отже вільний розвиток політичної системи перетворився на хаотичний рух із неодмінною соціальною риторикою і періодичною радикалізацією гасел.

Тож, можна очікувати що подальша гра в ліберальну демократію, яка вже призвела до того, що право голосу перетворилось на об'єкт торгу, може мати наслідком поставлення під загрозу останнього bastionу — існування власної державності.

Ідеологічна функція Конституції України: проблеми інтерпретації та трансформації¹

Цього року ми святкуємо 15-ту річницю Конституції України та 20-ту річницю незалежності нашої держави. За цей час виросло нове покоління, для якого радянський період нашої історії є лише главою у шкільному підручнику. Про ці часи сучасна молодь знає переважно із розповідей своїх батьків та фільмів тієї доби, дещо наївних, попри те позбавлених притаманної сучасному кінематографу аморальності. Однак чи стало молоде покоління українців повноцінно сприймати такий невід'ємний атрибут незалежної правової державності, як власна Конституція, запитання залишається відкритим. До роздумів над цим питанням спонукає і той факт, що, відзначаючи 14-й рік поспіль День Конституції як державне свято, не відчувається такої ейфорії навколо цієї події, яка панує в інші святкові дні, зокрема і ті, які залишились нам у спадок від СРСР. Про це свідчать і результати соціологічних досліджень, проведених Центром ім. Разумкова. Так, не більше третини опитаних вважають День Конституції святом, при тому що лише 5 % вважають його великим святом (можемо припустити, що так відповіли юристи за фахом), водночас як Першотравневе свято дійсно великим святом вважають 25 % опитаних.

Слід відзначити, що у світі ставлення до події ухвалення Конституції не є однозначним з точки його відзначення як загальнодержавного свята. Так, День Конституції офіційно святкують у понад 40 країнах світу. Достатньо назвати такі приклади, як відзначення Дня Конституції Норвегії. Воно вважається головним святом країни, супроводжується парадами та масштабними святковими заходами. Важливим є це свято в календарі японців, поляків та словаків. У США

¹ Оpubліковано в кн.: Конституція України – основа розбудови правової демократичної соціальної держави та формування правової системи : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. (23–24 черв. 2011 р.). – Х. : Право, 2011. – С. 45–51.

це свято було офіційно визнане лише 10 років тому, хоча фактично американці його відзначають уже півстоліття.

Маємо і приклади іншого порядку. 7 років тому російські законодавці вирішили відмовитись від офіційного святкування річниці Конституції, внівши відповідні зміни до Трудового кодексу. Відтепер День Конституції віднесений до пам'ятних дат.

Важливе значення для утвердження цінності Конституції у свідомості громадян є її «втілення» в об'єктах матеріальної культури. Досить часто в навчальній літературі наводиться приклад із пам'ятником Конституції в столиці Іспанії місті Мадриді. Він виконаний у формі порожнистого кубу. На ньому розташований напис — «Народ Мадриду — Конституції 1978 року». Дослідники відзначають той факт, що обрання саме такої геометричної та просторової форми для відображення Конституції пов'язане із віднесенням кубу до найбільш досконалих фігур.

Спадає на думку і пагорб Конституції в столиці Південно-Африканської республіки у місті Йоганнесбург. На цьому пагорбі більше 100 років тому була побудована тюрма, у якій у подальшому почали утримувати жертв апартеїду, політичних в'язнів. Після повалення режиму за наполяганням конституційних суддів на пагорбі поруч із тюремним комплексом була побудована резиденція Конституційного Суду демократичної країни¹. Таке символічне сусідство має нагадувати про тяжке минуле та про важливість демократичних завоювань, зафіксованих у тексті Конституції.

За формальними підрахунками істориків 20 років — це час, який дозволяє говорити про формування нового покоління громадян. П'ятнадцять із цих 20 років проходили під безпосереднім впливом Конституції. Які ж висновки ми можемо зробити? Передусім хотілось би відзначити, що вітчизняний Основний Закон є відображенням того зламу, який відбувся у свідомості як пересічних українців, так і їх еліти. Передусім відзначалось прагнення до нових ліберальних перетворень, які вкрай важко давались при існуванні ностальгічних почуттів до радянського минулого. Така не зовсім стандартна для інших, передусім східноєвропейських, держав ліберальнокомуністична логіка була покладена в основу нової Конституції.

Однак, незважаючи на всю конструктивну критику, яка лунає вбачинного Основного Закону, слід визнати, що ухвалення цього уста-

¹ [Http://www.sitesofconscience.org/ru/sites-ru/constitution-hill](http://www.sitesofconscience.org/ru/sites-ru/constitution-hill).

новчого акту дозволило принаймні на певний час угамувати політичні пристрасті. До того ж факт прийняття Конституції в такий легітимний спосіб виступив своєрідним «лакмусовим папірцем» для міжнародної спільноти, оскільки за наслідками цього можна було зробити висновок про наявність у політикумі компромісу щодо подальшого державного розвитку. Фактично, як слушно про це говорить В. Я. Тацій, ухвалення Основного Закону ознаменувало собою правове оформлення української державності.

Більш того, багато речей, зафіксованих у Конституції, носять достатньо ліберальний характер, особливо в частині особистих та політичних прав громадян (хоча, звичайно, не може не дивувати наявність багатьох невизначених (як з точки зору змістовної, так і формальної у вигляді «у випадках, передбачених законом») обмежень у реалізації вказаних прав).

Однак, повертаючись до озвученого раніше питання про ідеологічний вплив Конституції, змушені констатувати і той факт, що через не зовсім добросовісне ставлення окремих політичних діячів до дотримання одних конституційних приписів, а також через апріорну нездійсненність інших (передусім норм, що містили вагомі соціальні стандарти), в очах громадян регулюючий вплив Основного Закону досить часто виявлявся вкрай неефективним.

Слід також визнати й інший факт. Доля Конституцій досить часто виявляється невтішною. Як носій нової державотворчої ідеології вона не завжди адекватно сприймається громадянами. Нерідко причиною невдалого конституційного реформування виступає відсутність повноцінного усвідомлення громадянами сутнісного сенсу конституційних приписів. Як правило, Конституція пишеться за участю представників еліти (в альтриметричному та, що, на привеликий жаль, рідше, в аксіологічному значенні). І такі «елітарні», інколи далекоглядні плани не завжди можуть бути зіставними із реальними побутовими потребами пересічних виборців. Конституція несе в собі цінності, реальність яких може відбутися лише в тому разі, коли вони розділяються принаймні переважною більшістю населення. Якщо вести мову про конституціоналізм як сучасну ліберальну ідеологію формування державності, зафіксовану в установчому акті чи в правових традиціях та звичаях, то сама по собі Конституція не гарантує стовідсоткового втілення його основоположних ідей та засад у життя. Вона лише дає поштовх для початку цього процесу.

Важливо, щоб на цьому складному шляху кожен із учасників конституційного правозастосування не піддавався спонтанній спуску виправити існуючі політико-економічні негаразди за рахунок внесення поправок до тексту Конституції.

Що ж насправді має формувати демократична, республіканська ідеологія, закладена в нормах про засади конституційного ладу та в інших положеннях Основного Закону? Однією із таких передумов має стати поява у громадян відчуття спільної справи за розбудову власного суспільства та держави. Причому ми не абсолютизуємо таку «спільність» до комуністичного розмиття індивідуальності та відсутності персональної відповідальності за власну долю. Однак, як доводить вітчизняна практика державотворення, вкрай важко відроджувати *res publica*, коли майже половина (47 %) громадян України (за даними соціологічного опитування, проведеного компанією Research&Branding Group у грудні минулого року¹) проголосували б сьогодні за збереження Радянського Союзу.

Звичайно, що важко досягти такого рівня громадянської солідарності, який ми можемо спостерігати в тих же Сполучених Штатах, коли на заклик місцевих властей у невеличкому місті Юкон через брак коштів допомогти із переносом книг із старої будівлі муніципальної бібліотеки в нове приміщення відгукнулось близько тисячі мешканців, вибудувавши для цих цілей живий ланцюг².

Хоча окремі позитивні сигнали з цього приводу ми можемо спостерігати вже зараз. Як приклад назвемо міський референдум у Чернівцях 16 квітня 2000 р., на якому було ухвалено рішення започаткувати самооподаткування у формі сплати мешканцями міста податку на утримання кладовищ у розмірі 1 грн. Достатньо сказати, що за перші п'ять років дії системи самооподаткування без застосування будь-яких засобів примусу вдалося зібрати більше 250 тисяч грн. За ці кошти були проведені ремонтні роботи на культових місцях³.

Говорячи про демократичну складову в конституційній ідеології, не можемо не зазначити про те, що поки ми не спостерігаємо значного підвищення активності громадян у їх участі в політично-

¹ [Http://www.delfi.ua/news/daily/society/ukraincy-hotyat-v-sssr.d?id=1429918](http://www.delfi.ua/news/daily/society/ukraincy-hotyat-v-sssr.d?id=1429918).

² Демократія : антологія. – К. : Смолоскип, 2005. – 1108 с.

³ Письменний В. Самооподаткування: історичний досвід та сучасні проблеми / В. Письменний // Світ фінансів. – 2008. – № 3. – С. 32–33.

му житті. Можливо, перепоною цьому є постійне експериментування із виборчим законодавством (за 20 років незалежності ми спробували всі три основні виборчі системи і зараз уже ставиться питання про зміну існуючої системи) та відсутність повноцінного референдумного законодавства (уже тільки лінивий не говорить про застарілість та невідповідність Конституції багатьох референдумних процедур, урегульованих у профільному законі 1991 р.). Є й ціла низка інших причин. Зокрема, це вже неодноразово згадувана нами відсутність у політиків та виборців елементарної витримки, яка має бути присутня у громадян країни, яка проходить такий важкий шлях становлення. А тому, не отримавши швидкого та очікуваного результату від певних політикоправових реформ, ми всі одностайно сприймаємо гасло політичних сил про недолугість та передчасність таких реформ і про необхідність миттєвої їх заміни на інші.

Подібного роду обставини призводять до відновлення у громадян бажання мати «ручного» депутата (ми звичайно могли не використувати подібного роду журналізми у науковій праці, однак по-іншому назвати пропозиції відновити радянський тип імперативного мандата на загальнодержавному рівні ми не можемо). Як і раніше, у суспільстві панує думка, що політика — це не певний професійний рід занять, а звичайна аматорська діяльність. Ми не схильні розглядати політичну сферу крізь призму певної елітарності. Цьому, до речі, сприяють і провідні політичні сили, заявляючи про відсутність будь-яких передумов (інтелектуального та творчого плану) для постійного заняття політичною діяльністю.

У результаті цього спотворюється весь сенс загальнодержавного представництва у формі парламенту, оскільки депутат, займаючись законотворчою діяльністю, мусить передусім думати про комунальні проблеми виборців свого округу, аніж про концептуальні засади тих чи інших реформ. Про відсутність у громадян бажання витримати негаразди перехідного періоду, який як раз і характеризується періодичними гострими протистояннями між органами влади, нестабільністю в діяльності політичних партій та нечіткістю і непослідовністю реалізації ними своїх передвиборчих програм, свідчать результати соціологічного дослідження, проведеного в рамках Pew Global Attitudes Project: громадяни України віддають пере-

вагу сильній економіці (78 % опитаних) на противагу ефективній демократії (12 %)¹.

Ще одним вагомим ідеологотворчим фактором є концепція соціальної держави, покладена в основу чинної Конституції України. Як відомо, за Основним Законом наша держава повинна нести тягар достатньо вагомих соціальних зобов'язань. Передусім це проявляється у сфері охорони здоров'я, освіти та захисту соціально незахищених верств населення. Такий стан речей був цілком слухним на етапі становлення України, роздмухуваної політичними пристрастями та економічними негараздами. Навряд чи на той момент можна було вести мову про потенційну можливість громадянами самостійно задовольнити свої мінімальні потреби. Хоча поява окремих конституційних положень, особливо найбільш дискусійної норми ч. 3 ст. 22 про неможливість обмеження існуючих прав (без вказівки на їх конституційних характер) при прийнятті нових законів та зміні чинних і зараз викликає подив. Однак при цьому ще на етапі обговорення проекту Конституції 1996 р. учасники конституційного процесу, передусім депутати — представники правих партій, висловлювали побоювання, що надання підвищеного захисту таким (і конституційним, і деталізованим у поточному законодавстві соціальним) правам за відсутності передумов для швидкого економічного підйому держави призведе до нівелювання регулюючого впливу таких конституційних приписів².

На сьогодні можемо чітко говорити про формування у громадян, у тому числі і під впливом Конституції та інтерпретаційної діяльності органу конституційної юрисдикції, своєрідних патерналістських (щодо соціальних зобов'язань держави) установок. Наскільки це шкідливо для подальшого державного розвитку, сказати важко. Натомість сьогодні варто було б очікувати від Конституційного Суду частішого акцентування у своїх рішеннях на важливості власної відповідальності громадянина за своє життя та здоров'я. Поки що ми спостерігаємо лише періодичне цитування положень ст. 3 Основного

¹ End of Communism Cheered but Now with More Reservations. The Pulse of Europe 2009: 20 Years After the Fall of the Berlin Wall [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pewglobal.org/2009/11/02/end-of-communism-cheered-but-now-with-more-reservations/>.

² Конституція незалежної України. Книга третя. Частина перша. Документи. Стенограми. – К. : Право, 1999. – С. 309.

Закону та нагадування держави про всю повноту відповідальності за людину.

Не можемо ми оминати увагою і норму ст. 15 Конституції України про неможливість визнання обов'язковою жодної ідеології. На сьогодні маємо незначну практику Суду з приводу тлумачення цього положення. Зокрема, на це положення посилався Суд, але не став далі розкривати смисл норми в одній із останніх справ про використання копій Прапора Перемоги при відзначенні державних свят (рішення від 16 червня 2011 р. № брп/2011).

Не виникає жодних запитань стосовно неможливості повернення до практики радянських часів і закріплення за певною політичною партією домінуючої в ідеологічному відношенні ролі, точніше, головне нав'язування цієї ідеології як обов'язкового і єдиного способу мислення. Натомість наскільки сьогодні громадяни розуміють важливість конституційної ідеології (тобто ідеології, що базується на принципах, зафіксованих у Конституції)? Відповідь на це питання є вкрай дискусійною. Головним завданням є утвердження у повсякденному житті конституційних цінностей, передусім ліберальних свобод, поваги до гідності людини (без гіперболізації ролі держави у забезпеченні соціальних потреб особи), демократичності політичних процесів. Усі без винятку теоретики демократії, починаючи з А. де Токвіля, висловлювали абсолютно слухну думку стосовно того, що демократичне врядування почнеться лише тоді, коли громадяни почнуть мислити «по-демократичному». Виключно за таких умов можна буде говорити, що Конституція відбулась як правова основа нашого життя та розвитку державності.

Демократические основы конституционного строя Украины¹

С самого момента провозглашения независимости одним из основных направлений развития государственности было установление демократических норм и институтов. Если говорить о результатах таких действий, то, безусловно, что основные успехи были достигнуты на nive нормирования демократических процессов. Правда, тот факт, что Украина была провозглашена демократическим государством в статье 1 Конституции, комментируется большинством учёных как определение дальнейшего развития (утверждается, что в данном случае мы имеем дело с нормой-целью), а не констатация реального состояния дел. Подводя итоги 15-летнего конституционного развития Украинского государства, можно сделать ряд промежуточных выводов относительно результатов воплощения этой нормы в жизнь.

1. Серьёзным научным и практическим заданием остается раскрытие сущности конструкции «демократическое государство» применительно к конституционно-правовой материи. Немецкие государствоведы утверждают, что «стержнем всякой демократии является представление о том, что народ есть носитель государственной власти и ее обладатель»². Действительно, такой подход является наиболее распространенным. В Конституции Украины одним из ключевых принципов, определяющих демократическую сущность Украинского государства, является принцип народовластия: «Единственным источником власти в Украине является народ». И уже в связи с этим возникает целый ряд вопросов.

Первый из них, — что включает в себя категория «народ», используемая в конституционном тексте? На первый взгляд вопрос даже у

¹ Опубликовано в кн.: Конституционное развитие России и Украины. Вып. 1 : сб. науч. тр. – X. : Право, 2011.

² Государственное право Германии [Текст]. – М. : ИИГиП РАН, 1994. – Т. 1. – С. 34.

неспециалиста может вызвать недоумение исходя из его простоты. Но системный анализ текста Основного Закона заставляет усомниться как в простоте вопроса, так и ответа на него.

«Украинский народ — граждане Украины всех национальностей» — так начинается Конституция Украины (абз. 1 преамбулы). Такое же определение содержалось и в Декларации о государственном суверенитете Украины: «Граждане Республики всех национальностей составляют народ Украины» (абз. 1 раздела II «Народовластие»).

Достаточно интересным в этом контексте является то, что прилагательное «украинский» относительно категории «народ» используется с большой буквы, тогда как правила украинского правописания требуют его написания с маленькой¹. Объяснение такого отхода от общего правила лежит в плоскости политико-правовых воззрений наших парламентариев, которые были обнародованы в процессе принятия действующего Основного Закона. Тогда среди депутатов разгорелась оживленная дискуссия относительно того, какую категорию использовать в отношении государствообразующего субъекта. Звучали различные предложения, среди них и такие оригинальные, как «русские люди» или же «многонациональная украинская нация». Наконец, Временная специальная комиссия по разработке проекта Конституции Украины пришла к общей позиции, которая была поддержана в сессионном зале, использовать упомянутую категорию «Украинский народ», причем «украинский» будет писаться с большой буквы. Глава комиссии Н. Сирота дал по этому поводу такие объяснения: «“Украинский народ” в отличие от текста первого чтения написан с большой буквы... Тем самым еще раз подчеркиваем, что под понятием “Украинский народ” имеется в виду то, что стоит после тире: “граждане Украины всех национальностей”. Для того чтобы ни у кого не возникало сомнений, термин “Украинский народ” написан с большой буквы»².

Такое понимание «народа» выглядит довольно понятным и простым, если не копнуть глубже и не поставить вопрос, — а что тогда представляет собой другой субъект, который в тексте Конституции упоминается не единожды (в отдельных случаях непосред-

¹ Український правопис [Текст]. – К. : Наук. думка, 2007. – 288 с.

² Стенограма пленарного засідання Верховної Ради України від 21 червня 1996 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.rada.gov.ua/zakon/sk12/BUL25/210696_100.htm.

ственно, в других — путем использования его прилагательной формы). Речь идет о таком субъекте, как «украинская нация».

Впервые по тексту Конституции упоминание об украинской нации можем встретить уже в преамбуле: действующий Основной Закон был принят парламентом, опираясь на осуществленное «украинской нацией, всем Украинским народом право на самоопределение». Снова же таки ответ на вопрос, что имели в виду народные избранники, указав сразу на два субъекта, которые реализовали право на самоопределение, можно найти при анализе материалов обсуждения проекта Конституции на пленарном заседании Верховной Рады Украины: «...несмотря на юридическую или скорее политическую неточность (“нация”, а потом еще и “народ”), здесь компромисса больше, чем без слова “народ”, так как... здесь отобразено и право нации на самоопределение, и право народа, который определился путем референдума в 1991 году... Следует иметь в виду, что право на самоопределение реализовано благодаря не только украинской нации, а и поддержке всех, кто проживает в Украине... Если говорить об исторической правде, то состоялось самоопределение украинской нации, поддержанное большинством людей всех других национальностей».

Такая довольно странная логика отобразилась и на дальнейшем тексте Основного Закона: «государство оказывает содействие консолидации и развитию украинской наций» (ст. 11); земля признается объектом собственности Украинского народа (ч.1 ст. 13); «земля является основным национальным богатством» (ст. 14); «внешнеполитическая деятельность Украины направлена на обеспечение ее национальных интересов» (ст. 18) и т. п.

Правда, при этом можно с определенностью утверждать, что по прошествии 15 лет существования нового конституционного порядка такая неуверенность народных депутатов в разграничении политического (как объединенный в государство народ) и этнического в понятии «нация» не отобразилось на реальном правопорядке, и проведение национального различия среди граждан Украины не произошло.

2. В этом контексте не менее важным и до конца нерешенным вопросом остается вопрос о правосубъектности Украинского народа. В Конституции Украины за народом закреплено исключительное право на установление нового и изменение существующего конституционного строя. Эта положение давно дискутируется в научной

литературе. Но еще полемичнее выглядит ключевая категория «конституционный строй». Прежде следует сказать, что указанная категория впервые появилась в украинском (точнее, в советско-украинском) правовом пространстве в Конституции СССР 1977 года с довольно странной, как для современных конституционных доктрин, характеристикой, как «советский»: «Не допускаются создание и деятельность партий, организаций и движений, которые имеют целью насильственное изменение *советского конституционного строя* (выделено мной. — Ю. Б.) и целостности социалистического государства, подрыв его безопасности, разжигание социальной, национальной и религиозной розни» (ч. 2 ст. 7). Эта норма попала в конституционный текст в результате принятия Закона об учреждении поста Президента СССР от 14 марта 1990 года. По абсолютно понятной для федеративной страны инертной логике аналогичная норма появилась через полгода (24 октября 1990 года) и в Основном Законе УССР, весомой причиной чего стало также принятие Декларации о государственном суверенитете. Единственное, что фактически сделали отечественные законодатели, так это не предоставили этому строю статуса «советского». Хотя по этому поводу в сессионном зале и велись дискуссии, однако, как свидетельствует анализ стенографических материалов, особых вопросов сама категория «конституционный строй» у депутатов не вызвала. Большую дискуссионность имело положение о территориальной целостности как о весомой конституционной ценности, которую следует защищать от посягательств политических сил. То есть можем сделать вывод, что советское, компартийное прошлое, имело определенное значение на появление в нормативном инструментарии категории «конституционный строй».

Наиболее показательным в отношении содержания как самой категории «конституционный строй», так и правосубъектности Украинского народа является решение Конституционного Суда Украины от 5 октября 2005 года № 6-рп/2005 (дело об осуществлении власти народом). В этом решении была высказана позиция, согласно которой «только народ имеет право непосредственно путем всеукраинского референдума определять конституционный строй в Украине, который закрепляется Конституцией Украины, а также изменять конституционный строй внесением изменений в Основной Закон Украины в порядке, установленном его разделом XIII». В развитие этого положения Суд вынес другое решение в деле о принятии Конституции и законов

Украины на референдуме (решение № 6-рп/2008 от 16 апреля 2008 года): «Народ как носитель суверенитета и единственный источник власти в Украине может реализовать на всеукраинском референдуме по народной инициативе свое исключительное право определять и изменять конституционный строй в Украине путем принятия Конституции Украины в порядке, который должен быть определен Конституцией и законами Украины».

И в этой связи хотелось бы высказать ряд соображений относительно такого важного вопроса в доктрине конституционного демократического государства как соотношение форм непосредственной и представительной демократии в осуществлении народовластия.

3. Согласно правовой позиции Конституционного Суда Украины, высказанной им в указанном решении по делу о принятии Конституции и законов Украины на всеукраинском референдуме, «правовое регулирование порядка осуществления непосредственной демократии, в частности референдума, направлено на то, чтобы соединить эти формы со способами и средствами, которые характеризуют представительную демократию, взаимодополнить их, но не сделать конфликтными с возможной подменой парламента референдумом». Мы неспроста упомянули эту позицию. В решении от 16 апреля 2008 года Суд указал на возможность принятия новой Конституции на референдуме по народной инициативе. Однако сослался при этом на необходимость уточнения в Конституции и законах такого порядка.

Референдумная история Украины не изобилует множеством примеров всеукраинских плебисцитов. За 20 лет независимости было проведено два общегосударственных референдума: первый, 1 декабря 1991 года, на котором был утвержден Акт провозглашения независимости Украины; второй, 16 апреля 2000 года, который носил конституционный (в плане предмета референдума) характер¹, правда,

¹ На этот референдум было вынесено три императивных вопроса: сокращение депутатского корпуса до 300 членов («за» 26,7 млн или же 89,91 %); установление дополнительных оснований роспуска парламента (несоздание в течение месяца парламентского большинства и неутверждение в течение трех месяцев Государственного бюджета («за» 25,17 млн или же 84,69 %); ликвидация института депутатской неприкосновенности («за» 26,46 млн или же 89 %). Кроме этого, на референдум был вынесен такой «консультативный» вопрос: «Поддерживаете ли Вы необходимость формирования двухпалатного парламента в Украине, одна из палат которого представляла бы интересы регионов Украины и способствовала бы их реализации, и внесение соответствующих изменений в Конституцию Украины и избирательного законодательства?» («за» 24 млн или же 81,68 %).

результаты его так и не были воплощены в жизнь. По прошествии пяти лет Суд вынес упомянутое решение в деле об осуществлении власти народом и фактически согласился с мнением большинства парламентариев, которые после проведения референдума 2000 года отказались вносить соответствующие изменения в Конституцию. Парламентарии сослались на то, что такой порядок не соответствует нормам раздела XIII Основного Закона «Внесение изменений в Конституцию», поскольку корректировка положений раздела IV «Верховная Рада Украины» (именно этого раздела касались вопросы референдума) относится к исключительной прерогативе парламента. Напомним, что в решении от 5 октября 2005 года Суд указал на необходимость соблюдения порядка, предусмотренного разделом XIII Основного Закона при реализации народом права на изменение действующего конституционного строя. Фактически речь идет о том, что посредством парламента как органа, легитимированного народом¹, последний реализует свое исключительное право на изменение конституционного строя. Если же речь идет о принципиальных положениях, закрепленных в разделе I «Общие положения» (фактически в этом разделе отображены основы конституционного строя), разделе III «Выборы. Референдум» и разделе XIII, последнее слово, невзирая на всю демократическую легитимность парламента, остается за народом: согласно ч. 1 ст. 156 Конституции Украины законопроект о внесении изменений в эти разделы после принятия его Верховной Радой (не менее чем 300-ми голосами) должен быть утвержден на всеукраинском референдуме, который провозглашается Президентом Украины. И здесь мы можем наблюдать то искомое соотношение непосредственной и представительской демократии, о котором упоминал Суд.

В этой связи, невзирая на всю плебисцитарно-демократическую привлекательность правовой позиции Суда относительно возможности принятия новой Конституции на всеукраинском референдуме по народной инициативе, хотелось бы высказать сомнение в части соответствия этого толкования тому соотношению форм непосредствен-

¹ Здесь, правда, тоже есть определенная конституционная недоработка: о представительской природе парламента мы можем судить исходя из положений Преамбулы («Верховная Рада Украины от имени всего Украинского народа...»), в то время как в самом тексте Основного Закона Верховная Рада определена только как единственный орган законодательной власти (ст. 75), при этом, правда, дается указание на то, что Рада является парламентом.

ной и представительской демократии, заложенному в действующей Конституции.

4. Раз уж речь зашла о такой форме демократии, как референдум, то не можем не сказать несколько слов по поводу состояния дел в этой сфере народовластия. Любое исследование в области референдумного права начинается со слов о моральной устарелости действующего Закона «О всеукраинском и местных референдумах» от 3 июля 1991 года. Действительно, это одна из ключевых проблем в реализации права на непосредственное решение вопросов народом Украины. Однако кроме принятия нового Закона, существует еще целый ряд проблемных вопросов, которые носят по сути доктринальный для конституционного права Украины характер.

В первую очередь речь идет об отсутствии у высших органов власти, в частности у Президента, права инициировать референдум. Каждый раз, когда Суд рассматривал вопрос о референдумных способах принятия того или иного решения, он акцентировал внимание на том, что исходя из правовой природы института референдума, заложенной в тексте Конституции, инициатива по его проведению должна исходить от народа. Что касается органов власти, то их задача — обеспечить выполнение воли народа по самостоятельному решению того или иного вопроса. Как разъяснил Суд в своем решении по делу о провозглашении Президентом всеукраинского референдума по народной инициативе (решение № 23-рп/2008 от 15 октября 2008 года), Президент обязан провозгласить такой референдум в случае соблюдения его инициаторами всех процедурных требований, предусмотренных действующим законодательством.

Во-вторых, практически все инициативы, исходящие от народа (а если говорить объективно — от тех или иных политических сил), не доходят дальше процедуры регистрации инициативных групп в Центральной избирательной комиссии¹. ЦИК, используя правовую позицию Суда, высказанную им в решении по делу о всеукраинском референдуме по народной инициативе (от 27.03.2000г. № 3-рп/2000), согласно которой Суд признал необоснованной мысль, «высказанную участниками конституционного производства, в соответствии с которой ни Центральная избирательная комиссия, ни Президент Украины,

¹ Обязательный этап референдумного процесса, предшествующий сбору подписей.

ни другие государственные органы не уполномочены осуществлять проверку относительно соответствия Конституции Украины вопросов, которые предлагаются инициативными группами граждан для всеукраинского референдума по народной инициативе¹», фактически каждый раз отказывал в регистрации инициативных групп. В большинстве случаев инициирование носило характер продуманной политической актерами кампаний. И таких кампаний, после проведения всеукраинского референдума 16 апреля 2000 года, мы можем выделить как минимум десять.

Первая имела место в середине 2001 года. На референдуме фактически предлагалось дать политическую оценку деятельности Президента Л. Д. Кучмы. Одним из оснований для отказа в регистрации инициативных групп стало то, что инициированные вопросы «не предусматривают принятия решения относительно внесения изменений и дополнений к Конституции Украины, принятия, изменения или отмены законов Украины или их отдельных положений, принятия решений, определяющих основное содержание Конституции Украины, законов Украины и других правовых актов» (Постановление ЦИК Украины от 22 мая 2001 году № 12)².

Вторая имела место в конце 2004 года. Были инициированы вопросы о недоверии действующему парламенту, внесении изменений в Конституцию в части введения дополнительных оснований для роспуска Верховной Рады, имплементации результатов референдума 2000 года, превращении Украины в федеративное государство с предоставлением областям автономного статуса³. Как и в предыдущем случае, инициативные группы не были зарегистрированы, в том числе и из-за неконституционного характера вопросов референдума: «решение вопроса относительно досрочного прекращения полномочий Верховной Рады Украины на всеукраинском референдуме не соответствует Конституции Украины» (Постановление ЦИК Украины от 28 декабря 2004 года № 1380).

¹ Обращаем внимание, что, как было показано, в дальнейшем Суд фактически нивелировал роль Президента как гаранта соблюдения Конституции при инициировании референдума.

² Здесь и далее приводится информация, полученная с официального веб-сайта Центральной избирательной комиссии // <http://www.cvk.gov.ua/>.

³ Напомним, что эта кампания была непосредственно связана с событиями президентских выборов этого же года.

Чуть ли не единственной успешной кампанией как с точки зрения инициирования, так и сбора подписей, была кампания конца 2005 года с такими вопросами: «Согласны ли Вы с тем, чтобы Украина стала членом Организации Североатлантического договора (НАТО)?»; «Поддерживаете ли Вы участие Украины в Едином экономическом пространстве (ЕЭП) вместе с Российской Федерацией, Республикой Казахстан и Республикой Беларусь, в соответствии с Соглашением о формировании Единого экономического пространства, подписанного 19 сентября 2003 года?» (Постановление ЦИК Украины от 29 ноября 2005 года № 153). Довольно странным является то, что по сравнению с другими инициативными кампаниями ЦИК в этом случае легко согласилась зарегистрировать инициативные группы по вопросам, которые фактически являются политически диаметрально противоположными.

Четвертая кампания имела место в начале 2006 года и касалась предложения на референдуме отменить иммунитеты от уголовного преследования в отношении народных депутатов, Президента и судей. Позиция ЦИК по этому вопросу была негативной (Постановления ЦИК Украины от 27 января 2006 года № 315, от 27 января 2006 году № 316).

Пятая кампания совпала с началом проведения досрочных выборов народных депутатов Украины в середине 2007 года. Предлагалось вынести на референдум вопросы о форме правления Украинского государства (при этом предлагались сразу парламентская и президентская республики), об избрании и отзыве судей, расширении прав местного самоуправления, отмене неприкосновенности и льгот народных депутатов и Президента, введении отзыва депутатов партиями, от которых они были избраны, более частого применения референдума для решения общегосударственных вопросов. На этот раз к аргументам по поводу несоответствия вопросов действующей Конституции ЦИК прибавила еще один полностью логичный вывод относительно взаимоисключающего характера вопросов о форме правления, а также отсутствия четкой определенности относительно понятий, используемых в других вопросах (Постановление ЦИК Украины от 17 августа 2007 года № 139).

Шестая кампания имела место в конце 2008 года, когда в отдельных западных областях Украины были проведены общие собрания, на которых был утвержден вопрос: «Согласны ли Вы проголосовать за

принятие Закона Украины “Об изменении автономного статуса Автономной Республики Крым на областной, отмене специального статуса города Севастополя и внесении соответствующих изменений в Конституцию и некоторые законодательные акты Украины”, которым предусмотрено изменение автономного статуса Автономной Республики Крым на областной и отмена специального статуса города Севастополя?». Однако, как и во многих других случаях, ЦИК отказала в регистрации инициативных групп из-за того, что «утвержденная на сборах граждан формулировка вопроса, который предлагается вынести на всеукраинский референдум, делает невозможным установление юридических последствий утвердительного ответа на него, а затем и определения дальнейших действий соответствующих органов государства» (Постановление ЦИК Украины от 28 октября 2008 года № 55).

Седьмая кампания была инициирована одним из кандидатов в Президенты летом — осенью 2009 года и касалась уточнения положений Конституции, в которых содержались нормы избирательного права. Кампания была использована кандидатом как пиар-ход. ЦИК отказала в регистрации инициативных групп, сославшись на то, что предложенный референдум не вписывается в общую процедуру внесения изменений в Конституцию, предусмотренную его разделом XIII (Постановление ЦИК Украины от 29 октября 2009 года № 213).

В остальных трех кампаниях имела место та же аргументация ЦИК по отказу в регистрации инициативных граждан. Речь шла об инициативе по отмене запрета на проведение референдума относительно вопроса налогов и введения нового основания по досрочному прекращению полномочий народных депутатов (Постановление ЦИК Украины от 28 декабря 2010 года № 546)¹; инициативе по отставке действующего Президента и роспуску парламента (Постановление ЦИК Украины от 18 января 2011 года № 11); инициативе по роспуску действующего парламента и по поддержке предложенной Правительством пенсионной реформы (Постановление ЦИК Украины от 4 февраля 2011 года № 23).

Исходя из такого анализа кампаний по инициированию всеукраинских референдумов можно сделать вывод о том, что большинство

¹ Инициатива совпала с процессом принятия парламентом Налогового кодекса и акциями протестов со стороны предпринимателей, которые сопровождали этот процесс.

из них носило характер агитационной кампании того или иного кандидата или партии, или же способа привлечь внимание власти к существующим проблемам или же реакция на предложенные властью инициативы. Немаловажным вопросом остается роль самой ЦИК в вопросах сопровождения кампаний по инициированию референдумов. Комиссия формально подходит к решению поставленных перед ней задач. Как здесь не вспомнить о деятельности органов власти штата Калифорния, которые они предпринимают при возникновении у населения желания самостоятельно решить тот или иной вопрос: в случае возникновения инициативы законодательный совет помогает инициаторам составить и юридически оформить законодательное предложение, генеральный атторней — сформулировать название и краткое содержание законодательного предложения, министерство финансов — провести финансовый анализ последствий принятия такого закона¹.

В качестве альтернативы можно было бы предложить закрепить в референдумном законодательстве норму, согласно которой граждане или их объединения до начала сложной и громоздкой процедуры инициирования референдума могли бы обращаться в ЦИК с проектом вопроса, которые они планируют вынести на всенародное голосование. Комиссия же должна высказать свое мнение по этому вопросу (при это необязательно превращать ЦИК в юридическую консультацию, а ответ может быть достаточно односложным). Это бы создало определенные дополнительные возможности и гарантии для граждан по инициированию всеукраинских референдумов.

Кроме этого, невзирая на то, что и выборы, и референдум относятся к формам непосредственной демократии, отношение ко второму институту народовластия является не таким однозначным, как к выборам. Не секрет, что целый ряд стран с учетом своего исторического опыта, специфики национальных политико-правовых традиций и других факторов предусматривают возможность использования референдума для решения государственных вопросов в незначительном количестве случаев. Достаточно вспомнить, что о таких и других институтах непосредственной демократии думали отцы-основатели

¹ Васильева, Т. А. Институты непосредственной демократии в зарубежных странах: тенденции развития [Текст] / Т. А. Васильева // Современные проблемы конституционного и муниципального строительства : материалы междунар. конф. / отв. ред. С. А. Авакьян. — М. : РоЛиКС, 2010. — С. 100.

американской Конституции, которые отдали полное предпочтение представительским формам. В 10-м «Федералисте» Дж. Мэдисон по этому поводу отмечает следующее: «Чистая демократия, под каковой я разумею общество, состоящее из небольшого числа граждан, собирающихся купно и осуществляющих правление лично, не имеет средств против бедствий, чинимых крамолой. Общее увлечение или интерес почти во всех случаях будут владеть большинством, а поскольку широковещательность и единомыслие обуславливаются формой правления, нет ничего, что помешало бы расправиться со слабой стороной или каким-нибудь неугодным лицом. Вот почему демократии всегда являли собой зрелище смут и раздоров, всегда оказывались неспособными обеспечить личную безопасность или права собственности, существовали очень недолго и кончали насильственной смертью. Политики от теории, ратующие за этот образ правления, ошибочно полагали, что, осчастливив человечество равенством в политических правах, они тем самым полностью уравниют и сгладят все различия в отношении владения собственностью, как и в мыслях и увлечениях»¹. Достаточно емко и точно в этой связи высказался в свое время французский историк и филолог Э. Ренан: «Общая воля (*народ*). — Ю. Б.) есть лишь капризом каждого часа»².

Довольно часто сами граждане не воспринимают участие в референдуме как важную составляющую их публичной жизни: достаточно вспомнить, что около 70 % французских избирателей проигнорировали референдум 24 сентября 2000 года, на котором решался вопрос о сокращении срока президентских полномочий с 7 до 5 лет, посчитав, что и так результаты этого плебисцита являются достаточно предсказуемыми и не пожелав отвлекаться от более насущных вопросов, как-то повышение цен на бензин и транспортный кризис³.

¹ Федералист: Политические эссе А. Гамильтона, Дж. Мэдисона и Дж. Джея. — М. : Прогресс – Литера, 1994. — С. 83.

² Цит. по: Розанвалон, П. Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність [Текст] / П. Розанвалон. — К. : КМА, 2009. — С. 161.

³ Преображенская, А. А. Политические институты Франции на фоне перемен в общественно-политической жизни [Текст] / А. А. Преображенская // Политические институты на рубеже тысячелетий. — Дубна : Феникс+, 2009. — С. 326 (Отмечаем несовпадение данных явки, указанных в этом источнике (79 %), с официальными результатами, ogłosенными Конституционным советом Франции (Décision Résultats référendum 2000 du 28 septembre 2000 // <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2000/resultats-referendum-2000/decision-resultats-referendum-2000-du-28-septembre-2000.485.html>)).

Разрешая использовать референдум как самостоятельный способ установления нового конституционного строя, мы не должны забывать, насколько манипулятивным на сегодня является общественное мнение и насколько ограниченными являются «референдумные» возможности принятия решения, чтобы обойтись в этой ситуации без предварительного одобрения проекта Конституции парламентом.

Исследуя практику применения такого института непосредственной демократии как референдум, мы не можем не упомянуть о том, что большую активность демонстрируют граждане и органы власти в применении референдума для решения тех или иных вопросов на местном уровне. При этом отмечаем и большую результативность применения референдума в местном самоуправлении.

По исследованию, проведенному специалистами Министерства юстиции Украины, за последние 10 лет в нашей стране было проведено более 150 местных референдумов. При этом предметом 50 из них (или 31 %) были вопросы административно-территориального устройства (в первую очередь объединения сельских населенных пунктов), 34 референдума (или 25 %) касались изменения названия населенного пункта, 31 референдум (20,4 %) был приурочен воссозданию сельсоветов, 13 (7,5 %) — благоустройству населенных пунктов (в т. ч. строительству небезопасных объектов), 10 — земельных вопросов, и столько же досрочному прекращению полномочий местных советов, сельских и городских голов. Абсолютное большинство из них, 72,8 %, было проведено в селах¹.

В отдельных случаях референдум был использован как средство самостоятельного возложения громадой на себя дополнительных обязательств. В качестве примера, назовем референдум 16 апреля 2000 года в г. Черновцы, на который был вынесен вопрос о самообложении налогом членов черновицкой территориальной громады в размере 1 грн с целью финансирования работ по благоустройству городских кладбищ. Плебисцит продемонстрировал высокий уровень сознательности граждан относительно необходимости восстановления и поддержания в надлежащем состоянии мест захоронения (городские власти расширили перечень таких объектов, включив туда бесхозные памятники и могилы). За первые

¹ Місцеві референдуми в Україні: теоретичні та нормопроектні аспекти [Текст] : матеріали «круглого столу», 23 лип. 2009 р., м. Київ. – К. : СПД Москаленко О. М., 2009. – С. 27–59.

шесть лет было собрано 252 тыс. грн (при том, что количество граждан, подлежащих самообложению, около 180 тысяч). В год сумма сборов составляла от 28 до 48 тыс. грн. За это время были благоустроены 2 кладбища, отремонтированы мемориал и прилегающие дороги¹.

Такой случай применения прямой демократии можно оценивать по-разному. С одной стороны, это реакция граждан на беспомощность городских властей, которые не в состоянии управлять коммунальным хозяйством. С другой стороны, тот факт, что референдум имел своим продолжением добровольное выполнения пусть не всей, но достаточно большой частью территориальной громады, символизирует наличие совместных стремлений и интересов у жителей города, что является немаловажным на пути построения полноценного местного самоуправления, где громада не только требует у государства больше полномочий и финансовых ресурсов, но и, как сказано в Законе Украины «О местном самоуправлении», осуществляет публичную власть под личную ответственность.

4. Украина во многих отношениях является уникальной страной. Не исключением является и экспериментирование с избирательными системами. За 20 лет независимости нами при формировании Верховной Рады были испробованы как мажоритарная и пропорциональная, так и комбинированная (смешанная) избирательные системы. Каждый раз на кон ставились сверхзадачи, как-то обеспечение возможности доступа всех граждан к высоким государственным должностям, построение партийной системы и т. д. К каким результатам в конечном счете мы пришли.

По большей части — это разочарование в представительских учреждениях и институте выборов вообще. Об этом достаточно четко свидетельствуют результаты социологических исследований. Так, по данным соцопроса, проведенного Центром Разумкова осенью 2010 года, 58,3 % опрошенных верят в то, что выборы могут быть сфальсифицированы². В чем же причины того, что формы непосредственной демократии, обозначенные в ст. 69 Конституции Украины, так и не стали полноценной основой формирования свободного демократического строя?

¹ Письменный В. Самооподаткування: історичний досвід та сучасні проблеми [Текст] / В. Письменний // Світ фінансів. – 2008. – № 3 (16). – С. 32–33.

² Чи можуть бути сфальсифіковані результати місцевих виборів 31 жовтня 2010 року? : Соціологічне опитування [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.uceps.org/ukr/poll.php?poll_id=569.

Громадяни очікують від виборів серйозних змін, перш за все в соціально-економічній ситуації, тому з великою охотою голосують за ті політичні сили, які обіцяють підвищення соціальних стандартів. Єстественно, що, придій до влади, політики стикаються з катастрофічною нехваткою засобів на ці потреби. В результаті — швидке розчарування і втома від політики простих українців. Така проста схема вирахування «ефективності» реалізації громадянами своїх прав на участь в управлінні державними справами за допомогою виборів чи дійсно допустима для наукової статті, тим не менше є найбільш ілюстративним викладом моделі розвитку пострадянської державності з масштабними, але разом з тим взаємопротирічливими цілями.

Перш за все мова йде про те, що підвищені соціальні зобов'язання держави, покриті конституційними правами, не зовсім узгоджені з побудовою ринкової економіки. І це дуже чітко відчувається кожен раз, коли Закон про Державний бюджет на поточний рік, в якому вирізається значительна частина пільг, потрапляє на перевірку до Конституційного Суду. При цьому, відновлюючи пільги і соціальні виплати в старих розмірах, Суд не забуває в своїх інших рішеннях робити невелике відхилення, говорячи про бюджетну політику наступні слова: при визначенні в законі про Державний бюджет доходу і витрат держава повинна прагнути дотримуватися рівномірного співвідношення між ними, а також в обов'язковому порядку дотримуватися принципів справедливості, непередвзятого розподілу суспільного багатства між громадянами, територіальними громадами, враховувати потреби всього суспільства, необхідність захисту прав і свобод людини і гідних умов його життя (рішення від 27 листопада 2008 року). При такому підході цілком прийнятною могла б виглядати ініціатива уряду по скороченню соціальних виплат, виходячи з реальних доходів. Однак той же Конституційний Суд кожен раз, коли парламент намагається прийняти бюджет виходячи з показників економіки, блокує таке рішення, вказуючи на недостатню туманну формулювання ч. 3 ст. 22 Конституції України стосовно того, що при прийнятті нових або внесенні змін до діючих законів не допускається обмеження обсягу і змісту існуючих прав і свобод.

Можно сказать, что в Украине принцип правового доверия достиг такой степени реализации, что в пору говорить о новой постсоветской парадигме верховенства права (составляющей которого и есть этот принцип), смыслом которой является патерналистская вера (а может быть и убежденность) в социальные обязательства государства. Под этот запрет, по мнению Суда, попадают также и льготы, которые хотя бы единожды были установлены законодателем для определенных слоев населения. Российский политолог М. Урнов охарактеризовывает такую ситуацию как наиболее часто встречающуюся химеру переходного общества, когда происходит «сочетание крайних форм индивидуализма с не менее крайними патерналистскими ожиданиями»¹.

Естественно, что, придерживаясь таких конституционных рамок, любая политическая сила вынуждена идти на выборы с социальными лозунгами. Далее, столкнувшись с экономическими реалиями, чтобы избежать стремительного падения рейтинга, парламентское большинство вынуждено либо отложить непопулярные реформы в долгий ящик, либо же сделать их наименее радикальными (хотя последнее время наблюдаются противоположные тенденции в осуществлении государственной политики).

Другой немаловажной составляющей электоральной идеологии является необходимость обеспечения возможности реализации пассивного избирательного права всеми без исключения гражданами. Такая задача ставится каждый раз, когда речь заходит о реформировании избирательного законодательства. Однако по результатам практики всегда оказывается, что в избирательных бюллетенях фигурируют одни и те же политики. И как в это связи не вспомнить слова выдающегося экономиста Й. Шумпетера относительно реальной сущности демократии: «Демократия не означает и не может означать, что народ действительно правит в любом очевидном значении слов «народ» и «править». Демократия означает лишь то, что народ имеет возможность согласиться или не согласиться, чтобы им правил тот или иной человек»². Или как бы сказал другой известный исследователь демократических форм А. де Токвиль, «всеобщее избирательное

¹ Урнов, М. Ниспровергнуть авторитарное большинство: непростая задача [Текст] / М. Урнов // Демократия и модернизация: к дискуссии о вызовах XXI века. – М. : Европа, 2010. – С. 85.

² Шумпетер Йозеф А. Елітарна демократія і теорія конкурентного лідерства [Текст] / Йозеф А. Шумпетер // Демократія: Антологія. – К. : Смолоскип, 2005. – С. 480.

право всего лишь легитимизирует использование власти теми, кто и так ею обладает»¹.

Наше постоянное стремление привлечь в политику абсолютное большинство людей сродни старому советскому выражению о способности кухарки управлять страной. В конце концов реалии сегодняшней жизни таковы, что политика не может превратиться из обособленной сферы профессиональной человеческой деятельности в повседневно-развлекательное мероприятие, не требующее мыслительных и физических усилий. Как правило, в отсутствие реальной, а не мнимой, политической активности обвиняют политические партии. Именно на них согласно ст. 36 Конституции Украины возложена важная функция содействия формированию и выражению политической воли граждан. Кроме того, отображена и их другая задача, тесно связанная с первой, — участие в выборах². Именно эта составляющая демократических основ конституционного строя и будет предметом рассмотрения нашего последнего, пятого блока.

5. Советское прошлое дает о себе знать и сейчас. В частности, это касается и развития партийной системы. Так, размышляя о слабости гражданского общества в постсоветских странах, американский исследователь Марк М. Ховард приходит к выводу, что тому есть по крайней мере три причины — это недоверие к любым организациям, напоминающим принудительно-обязательное членство в организациях коммунистического типа; устойчивость привычных неформальных личных контактов и связей; разочарование посткоммунистической реальностью — от качества жизни до властных институтов³. Действи-

¹ Цит. по: Пабст, Э. Рыночное государство и постдемократия [Текст] / Э. Пабст // Демократия и модернизация: к дискуссии о вызовах XXI века. — М. : Европа, 2010. — С. 238.

² Для ряда европейских стран характерна более детальная законодательная характеристика основных задач политических партий: согласно ч. 2 ст. 1 Закона ФРГ о партиях 1967 года партии должны влиять на формирование общественного мнения, содействовать активному участию граждан в политической жизни; готовить людей, способных брать на себя обязательства в публичной сфере; принимать участие в выборах в федеральные, земельные и местные органы власти путем выдвижения кандидатов; осуществлять влияние на политическую составляющую в деятельности парламента и правительства; инициировать внедрение их политических целей в процессе принятия решений на национальном уровне; обеспечивать длительные, жизненно важные связи (контакты) между народом и публичной властью.

³ Ховард, Марк М. Слабость гражданского общества в посткоммунистической Европе. [Текст] / Марк М. Ховард. — М. : Аспект Пресс, 2009. — С. 128 (Хотя Ховард придерживается узкого подхода к пониманию институтов гражданского общества (они «не имеют своей целью ни власть, ни прибыль»), мы считаем, что указанные им факторы имеют прямое отношение и к неэффективности политической системы).

тельно, если посмотреть на реальное состояние дел в создании партийной системы, то невооруженным взглядом видно, насколько виртуальными является большинство политических проектов. В первую очередь виртуальным является членство граждан в этих организациях, из-за причин, означенных Марком Ховардом, и из-за ряда других факторов. Как правило, партии создаются под конкретного лидера, не имея под собой серьезной идеологической основы.

И когда после очередных выборов (или в их преддверии) начинается критика партийной системы, то на первый план выходят три таких тезиса: слишком большое количество партий; низкий уровень членства избирателей в этих политических организациях; отсутствие в большинстве из них демократической системы управления. Такое критическое отношение последнее десятилетие обусловлено значительным возрастанием роли партий в реализации гражданами пассивного избирательного права. Каждый раз, когда ставится под сомнение возможность выдвижения кандидатов на выборные должности исключительно политическими партиями, критики такой избирательной системы указывают на отсутствие (по их мнению) у партий легитимного права выступать даже от трети населения, наделенного правом голоса. Акцентируется внимание на том, что эти объединения граждан представляют (с учетом задекларированных ими членов партии) не более 2–3 % избирателей. И при таких условиях граждане вынуждены выбирать из тех кандидатов, которые выдвинуты абсолютным меньшинством избирателей.

Хотелось бы по этому поводу высказать ряд соображений. Сегодня процесс легализации политических партий хотя и является достаточно громоздким, но при этом небезнадёжно трудным. Наиболее значительным требованием является сбор 10 тысячи подписей на поддержку решения о создании партии. Легализирующий орган в лице Министерства юстиции¹ подходит к этим вопросам достаточно формально (что вполне естественно для демократических процедур). Поэтому по истечении определенного времени можно будет выдвигать кандидатов от собственной политической силы. Еще одной сложной задачей является создание партией в течение 6 месяцев после реги-

¹ После административной реформы эти функции перейдут к Государственной регистрационной службе. Правда, и она будет действовать под эгидой Минюста.

страции своих подразделений в большинстве регионов Украины¹. С другой стороны, как продемонстрировали политические события, предшествующие парламентским выборам 2006 года, можно путем принятия на съезде новой программы и устава партии реанимировать давно существующую на бумаге политическую силу, при этом можно даже изменить и название этой партии² (при этом не нужно проходить процедуру регистрации заново, достаточно подать новые документы в регистрирующий орган, который просто «берет их к сведению»).

Дополнительным аргументом может служить статистика участия граждан стран Европы в жизни политических партий. П. Майер и И. ван Бизен приводят по этому поводу такие цифры: в Швеции членами партии являются 5,54 % избирателей, в Норвегии — 7,31 %, в Голландии — 2,51 %. В целом картина по Европе выглядит также разнообразно: от 17,66 % в Австрии до 1,15 % в Польше, при среднем показателе в 4,99 %³.

Поэтому фактически если и вести речь о неравности возможностей, то внимание следует переключить на ресурсы основных претендентов на выборные должности. В первую очередь следует говорить о медиа-ресурсах. Не секрет, что именно благодаря новым информационным технологиям происходит манипуляция общественным сознанием, и, как следствие, мнением избирателей. Нельзя не вспомнить, как еще 80 лет назад о подобных процессах писал известный немецкий государствовед К. Шмитт: «В любой демократии есть партии, ораторы и демагоги..., далее пресса, кино и иные методы психотехнического воздействия на массы». «Поэтому возникает опасность того, — продолжал он, — что общественным мнением и волей народа дирижируют невидимые и безответственные социальные силы»⁴.

¹ Одной из последних «жертв» такого требования стала «Интернет партия Украины».

² В качестве примера приведем партию «Фронт изменений», которую в 2009 году возглавил рейтинговый политик А. Яценюк. До этого это была малоизвестная политическая сила под названием «Народная трудовая партия» (с 2008 г. — «Демократический фронт»). После смены лидера, названия и программы партия сразу стала весомым игроком на политической арене (<http://poli.in.ua/ua/party/6>). Аналогичная ситуация и с партией «Единый центр», преобразованной в 2008 году из Партии частной собственности (последняя была зарегистрирована в 1999 году).

³ Mair P., Biezen I. van. Party membership in twenty European democracies, 1980–2000 // Party politics. — 2001. — Vol. 7 — № 1. — P. 9.

⁴ Шмитт К. Государство и политическая форма [Текст] / К. Шмитт. — М. : ГУ ВШЭ, 2010. — С. 102.

На стороне подобных размышлений и результаты социологических исследований: среди источников получения информации о партиях и блоках, предложенных гражданам во время соцопроса, проведенного в январе 2006 года Центром Разумкова, 86,7 % назвали телевидение¹. Естественно, что в рыночных (или псевдорыночных) условиях, доступ к средствам массовой информации в необходимом объеме имеют далеко не все политические актеры. Однако в погоне за искусственным равенством кандидатов сделать частные СМИ нерентабельными тоже не будет демократическим выходом.

На наш взгляд, из-за отсутствия более-менее четких идеологических установок у большинства избирателей (кроме радикально настроенных граждан правого и левого толка), создавая мнимые стартовые условия для всех без исключения желающих занять высокую государственную должность, мы все дальше отдаляем возникновение реальных демократических институтов. Ведь настоящая демократия — это не просто регулярное проведение выборов. «Выборы не приводят к неизбежному созданию демократии. Выборы требуют наличия институтов и организаций, а также убеждений и норм до того, как они создадут порядок открытого доступа с демократической конкуренцией за политическую власть»². При таких условиях, без возникновения думающего и ответственного избирателя-собственника, появление означенных элементов демократического открытого порядка представляется весьма затруднительным.

С другой стороны, может ли государство никак не реагировать на хаотичное (хотя, если быть точнее, олигархо-центричное) развитие партийной системы? Вопрос скорее носит риторический характер. Среди рациональных средств, выработанных европейскими демократиями, наиболее привлекательным является государственное финансирование парламентских партий (достаточно интересным в этом плане является опыт ФРГ). Следует отметить, что предыдущими редакциями закона Украины «О политических партиях в Украине» предусматривалась такая форма поддержки политических сил (в размере 1 % минимальной зарплаты за каждый полученный на по-

¹ З яких джерел Ви в основному отримуєте інформацію про партії та блоки? Соціологічне опитування [Текст] // http://www.razumkov.org.ua/ukr/poll.php?poll_id=224.

² Норт Д., Уоллис Д., Вайнгаст Б. Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. — М. : Изд. Института Гайдара, 2011. — С. 59.

следних выборах голос). Однако, не будучи ни разу реализованными, описываемые нормы закона были отменены. Считаем, что законодательно следует еще раз вернуться к этой идее, невзирая на всю постсоветскую риторику относительно невозможности при скудном бюджете тратить деньги на партии.

Возвращаясь к тезису о профессионализации политической деятельности, не можем не сказать и том, что общество не выработало других механизмов формирования элитарного клуба политиков, как партии. Именно с работы в низовых структурах в юношеском возрасте начиналась политическая карьера практически всех без исключения демократических лидеров. А поэтому внимание к созданию полноценной партийной системы со стороны государства должно носить системный и постоянный характер.

Нельзя и отрицать и тот факт, говоря о медиа-ресурсах, что в современных условиях партийное развитие и становление других демократических институтов не возможно представить без новых информационных технологий. Сейчас у всех на слуху роль сервиса Facebook в осуществлении революционных преобразований в Северной Африке. Однако есть и другие более «мирные» примеры экспериментирования с Интернет-технологиями в государственном управлении. Так, шейх Дубаи Мухаммед использовал упомянутый Facebook для опроса граждан относительно возможности и необходимости переноса начала учебного года на время после окончания Рамадана. Получив большинство положительных ответов, шейх принял соответствующее решение¹. Естественно, что преувеличивать значение этих технологий для модернизации демократических процессов не стоит. Особенно утверждать о появлении в ближайшем будущем новой электронной демократии прямого участия.

Однако и отрицать влияние hi-tes на умы избирателей не стоит. Западные политологи небезосновательно утверждают, что «глобального “отката” мировой демократии не предвидится — в силу неумолимого распространения коммуникационных технологий». «Они обеспечивают трансграничное распространение политических знаний

¹ Параг, Х. Демократия или эффективность: вызовы XXI века [Текст] / Х. Параг // Демократия и модернизация: к дискуссии о вызовах XXI века. – М. : Европа, 2010. – С. 211.

и идей и ограничивают нелиберальные режимы в их стремлении не допустить собственных граждан к всевозможным источникам информации»¹.

Заканчивая анализ демократических основ конституционного строя Украины, хочется процитировать слова выдающегося политика, превратившего отсталую страну Малайзию в одного из «азиатских тигров», бывшего премьера этой страны, доктора Махатхира Мохаммада: «Самые важные и труднопреодолимые вызовы, с которыми сталкивается модернизация, лежат в сфере культуры..., реальная проблема заключена в установлении новых ценностей таким образом, чтобы оно не порождало отчуждения и антагонизма со стороны людей»². Именно таким трудным путем демократии еще предстоит пройти нашей стране.

¹ Каротерс, Т. О глобальной демократии и содействии её развитию [Текст] / Т. Каротерс // Демократия и модернизация: к дискуссии о вызовах XXI века. – М. : Европа, 2010. – С. 308.

² Цит. по: Красильщиков, В. От авторитаризма к демократии на путях модернизации: общее и особенное [Текст] / В. Красильщиков // Демократия и модернизация: к дискуссии о вызовах XXI века. – М. : Европа, 2010. – С. 217.

Коментар до розділу III «Вибори. Референдум» Конституції України¹

Стаття 69. Народне волевиявлення здійснюється через вибори, референдум та інші форми безпосередньої демократії

Однією із ключових засад конституційного ладу є закріплений у ст. 5 Основного Закону принцип народовладдя. Законодавець конструював конституційну модель здійснення демократії в такій спосіб, щоб унеможливити конкуренцію між її безпосередньою та представницькою складовими. «Правове регулювання порядку здійснення безпосередньої демократії, зокрема референдуму, спрямоване на те, щоб поєднати ці форми із способами та засобами, які характеризують представницьку демократію, взаємодоповнити їх, але не зробити конфліктними з можливою підміною парламенту референдумом (чи навпаки)» (Рішення Конституційного Суду України від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008). Тому норми розділу III Конституції України побудовані таким чином, щоб, з одного боку, гарантувати суверенний характер волі Українського народу, а з другого – повноцінно задіяти інститути представницької демократії в реалізації народовладдя та не допустити перетворення безпосередньої демократії на інструментарій диктатури більшості чи спосіб утвердження тоталітарного режиму.

Коментована стаття має своїм призначенням акцентування уваги на формах безпосередньої реалізації народного суверенітету. Перелік таких форм є відкритим, оскільки після згадування таких інститутів демократії, як вибори та референдум, використовується конструкція «та інші форми безпосередньої демократії», що має на

¹ Оpubліковано в кн.: Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. – 2-ге вид., переробл. і допов. – Х.: Право, 2011. – С. 503–535.

меті підкреслити можливість існування інших каналів народного волевиявлення.

У науці існує позиція, згідно з якою такими формами можуть бути народні законодавчі ініціативи, мирні зібрання, місцеві ініціативи, консультативні референдуми та інші заходи, які не мають своїм наслідком ухвалення імперативних для органів влади рішень. Вважаємо, що така позиція має право на існування, попри це не може повною мірою стосуватись норми ст. 69 Конституції. У ній ідеться виключно про ті форми, які пов'язані із волевиявленням народу, тобто ті з форм безпосередньої демократії, результати яких є обов'язковими, остаточними і не потребують затвердження або схвалення будь-якими органами державної влади України (Рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005; від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008).

Перша із згаданих форм, вибори, має своєю формальною метою обрання глави держави, формування корпусу представницького органу влади чи наділення представницьким мандатом посадової особи. У сучасних умовах вибори є також формою легітимації політичного курсу розвитку держави. Підтвердженням цього є обов'язкова майже для всіх типів виборів вимога для реєстрації кандидата (виборчого списку кандидатів) на виборну посаду подання передвиборної програми. При цьому ця сутність інституту виборів характерна для всіх демократичних країн незалежно від форми правління.

Народне волевиявлення в ході виборів здійснюється через голосування виборців за тих чи інших кандидатів. У такий спосіб вони надають перевагу їм як особистостям та як носіям певних політичних ідей, поглядів тощо. Результати виборів є обов'язковими й остаточними з тієї позиції, що за підсумками підрахунку голосів виборців визначається переможець на виборну посаду (чи здійснюється пропорційний розподіл мандатів колегіального органу між партіями). Окрім цього, жоден владний суб'єкт чи політична сила не вправі переглянути результати виборів. Винятком із цього правила є можливість визнання судом голосування недійсним.

Практика законотворення останніх п'яти років свідчить про намагання законодавця гарантувати остаточність волевиявлення виборців через невключення до гарантій виборчого права можливості визнання в судовому порядку (чи за рішенням Центральної виборчої

комісії) голосування недійсним по країні в цілому (а саме, по загальнодержавному багатомандатному (одномандатному) виборчому округу). Допускається лише визнання голосування недійсним по окремих виборчих дільницях.

Важливим з точки зору розуміння виборів як способу народного волевиявлення є питання про встановлення на рівні закону мінімальної кількості виборців, які повинні взяти участь у голосуванні для того, щоб вибори вважались такими, що відбулись. Сьогодні виборче законодавство не передбачає мінімально необхідної явки виборців (аналогічна ситуація спостерігається і в інших європейських країнах). Таку ситуацію не слід розглядати як вихід за межі демократичної організації виборчої кампанії. Рівень легітимності (з точки зору конституційного права) особи, обраної на виборах, у яких взяло участь 30–40 % виборців, нічим не менший від ситуації, коли участь у голосуванні взяла абсолютна більшість громадян, наділених активним виборчим правом.

Аналогічним чином можна ставити питання і про легітимність обраних осіб незалежно від типу виборчої системи. У даному випадку мажоритарна система відносної більшості (яка передбачає те, що для обрання кандидату достатньо набрати кількість голосів більшу відносно інших претендентів на виборну посаду) з юридичної точки зору має такий же ступінь демократичності та легітимності, як і система абсолютної більшості.

Разом з тим, на думку Конституційного Суду України, неможливим (неконституційним) є закріплення у виборчому законодавстві норми, відповідно до якої «вважається, що виборці, які не брали участі у голосуванні на виборах, підтримують результати волевиявлення тих виборців, які взяли участь у голосуванні на виборах», оскільки «це положення не є визначенням народного волевиявлення, як і волевиявлення окремих громадян, виходячи з того, що виборці повинні здійснити його на виборах особисто» (Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 1998 р. № 1-рп/98).

Вибори в Україні є способом формування Верховної Ради України, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, обласних, районних, міських, районних у містах, селищних та сільських рад. Пост Президента України, посади міських, селищних та сільських голів заміщуються шляхом проведення виборів.

Слід зауважити, що сформувавши загальнонаціональні органи влади (Верховна Рада України та Президент України), народ України не може використовувати форми безпосередньої демократії (референдум) для дострокового припинення їх повноважень (Рішення Конституційного Суду України від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000). Однак ця позиція не стосується можливостей виборців по припиненню повноважень органів та посадових осіб місцевого самоврядування, про що йтиметься нижче.

Референдум як форма народного волевиявлення полягає в тому, що громадяни шляхом безпосереднього голосування приймають рішення з важливих питань державного та місцевого значення. Референдуму, як і виборам, притаманна остаточність їх результату та неможливість перегляду рішень, прийнятих на референдумі, будь-яким органом влади. Чинне законодавство, а саме Закон України від 3 липня 1991 р. «Про всеукраїнський та місцеві референдуми», передбачає, що зміна або скасування законів, інших рішень, прийнятих референдумом, проводиться виключно референдумом (ч. 1 ст. 45). Суттєвою відмінністю референдуму від виборів як форми волевиявлення є те, що під час референдуму громадянин може обрати лише із двох варіантів поведінки – підтримати чи ні рішення (питання), що є предметом референдуму. Натомість у ході виборів альтернативність суттєво збільшується за рахунок значної кількості кандидатів (партій), а отже, і курсів розвитку країни (окремої місцевості), серед яких виборець може обрати найбільш прийнятний для нього.

Наступною відмінною ознакою є те, що на противагу виборам явка громадян у день голосування є чи ненайвагомішим фактором визнання легітимності результатів референдуму: згідно з чинним законодавством референдум визнається таким, що не відбувся, якщо в ньому взяло участь менше половини громадян, внесених у списки для голосування (ч. 8 ст. 41 Закону України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми»). В окремих країнах участь у голосуванні менше 50 % громадян, внесених до списків виборців, автоматично перетворює референдум із імперативного на консультативний (Португалія, Польща).

Іншим фактором легітимності є кількість громадян, які висловились «за» щодо питання, котре було предметом референдуму. За загальним правилом вважається, що рішення було підтримане на рефе-

рендумі, коли за нього висловилося більше 50 % тих, хто взяв участь у голосуванні. У законодавстві окремих країн передбачаються додаткові умови визнання голосування схвальним. Зокрема, у таких федеративних країнах, як Австралія та Швейцарія, рішення вважається прийнятим, якщо за нього проголосувала не тільки більшість громадян, що взяли участь у плебісциті, але й більшість штатів (кантонів) (правда, йдеться не про всі референдуми, а лише про ті, на які виносяться питання, що стосуються функціонування країни саме як федерації). В окремих випадках законодавець встановлює додаткові вимоги щодо необхідності більшості голосів для ухвалення рішення: передбачається, що ця більшість має становити не менше 30 % від осіб, що наділені активним виборчим правом (зокрема, таке правило існує в Данії).

Референдум може бути використаний для дострокового припинення повноважень, обраних громадянами депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів (ч. 2 ст. 78, ч. 3 ст. 79 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»).

Що стосується «інших форм безпосередньої демократії», які становлять собою народне волевиявлення, то серед існуючих на сьогодні й таких, що відповідають конституційним механізмам народовладдя, єдиною є відкликання виборцями депутатів місцевих рад. Фактично йдеться про існування імперативного мандата на рівні місцевого самоврядування. Хоча такий тип мандата не є характерним для країн зі сталими демократичними традиціями, попри те за своєю природою, саме як елемент правового статусу членів муніципалітету, не може бути на сто відсотків охарактеризований як рудимент радянського минулого. Останнє пов'язано з відсутністю в місцевих рад статусу суто політичних органів, де свобода голосування дозволяє ухвалювати непопулярні, попри те вагомі для подальшого розвитку рішення.

Сутність інституту відкликання депутатів місцевих рад полягає в тому, що на вимогу місцевої ради чи зборів громадян, підтриману підписами не менш як п'яти відсотків виборців округу, від якого був обраний депутат, проводиться голосування щодо його відкликання.

Матеріальними підставами для проведення такого голосування може бути: порушення депутатом місцевої ради положень Конститу-

ції і законів України, що встановлено судом; пропуск депутатом місцевої ради протягом року більше половини пленарних засідань ради або засідань постійної комісії, невиконання ним без поважних причин рішень і доручень ради та її органів; невідповідність практичної діяльності депутата місцевої ради основним принципам і положенням його передвиборної програми (після проведення чергових місцевих виборів 31 жовтня 2010 р. останню підставу досить проблематично буде використати, оскільки передвиборна програма не мала подаватись до територіальних комісій для реєстрації кандидатами в депутати).

Депутат місцевої ради вважається відкликаним, якщо за його відкликання проголосувало більше половини виборців, які взяли участь у голосуванні (ч. 2 ст. 45 Закону України «Про статус депутатів місцевих рад»).

Стаття 70. Право голосу на виборах і референдумах мають громадяни України, які досягли на день їх проведення вісімнадцяти років. Не мають права голосу громадяни, яких визнано судом недієздатними

Коментована стаття стосується зазначеного в загальній формі в ст. 38 Основного Закону права брати участь у виборах. Право голосу є вагомою конституційною гарантією функціонування демократії, фактично чи не єдиним можливим каналом безпосередньої реалізації народного суверенітету. Право голосу означає гарантовану Конституцією можливість шляхом подачі бюлетенів висловити свою позицію щодо питання, яке виноситься на референдум чи обрати кандидата (виборчий список кандидатів) на виборах.

З урахуванням вагомості цього права законодавець має право застосовувати певні умови, при настанні яких у особи виникає це право. Слід відмітити, що Європейський суд з прав людини, розглядаючи справи про порушення права на вільні вибори, передбаченого ст. 3 Протоколу № 1 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, досить часто виступав із такою правовою позицією: «Держави у внутрішніх правових системах мають право встановлювати до-

даткові умови для реалізації права на вільні вибори, однак суд повинен пересвідчитись в тому, що такі умови не обмежують це право настільки, що «посягають на них по суті і не позбавляють їх ефективності, а також пересвідчитись в тому, що вони переслідують законну мету, і що використовувані засоби є співрозмірними» (справа Гітонас (Gitonas) та інші проти Греції (1997)). У Конституції України встановлені три такі умови.

Перша – це наявність громадянства. Така вимога є цілком логічною з огляду на правову природу інституту громадянства як постійного правового зв'язку між особою та державою. Саме громадяни вправі вирішувати питання подальшого державотворення, формувати представницький корпус влади. Окремо стоїть питання щодо участі негромадян (іноземців та апатритів) у голосуванні на місцевих виборах, про що буде зазначено нижче.

У країнах – членах Європейського Союзу наявність громадянства має значення лише при обранні глави держави та законодавчого органу країни. Натомість у місцевих виборах та виборах до Європейського парламенту мають право брати участь всі громадяни країн ЄС незалежно від місця їх проживання.

Друга умова, «вікова», передбачає досягнення громадянином 18-річного віку. Запровадження такого цензу пов'язано із необхідністю залучення до політичних процесів тих осіб, які за своїми фізіологічними здібностями та наявним досвідом перебування в суспільстві здатні на належному рівні оцінити якості кандидатів на виборні посади, їх передвиборні програми та сутність рішень, що виносяться на референдум.

Вісімнадцятирічний вік, передбачений коментованою статтею для реалізації права голосу, є цілком нормальною умовою з огляду на існуючі демократичні стандарти: відповідно до Кодексу належної практики у виборчих справах, ухваленого Венеціанською комісією на 52-й сесії, право обирати має бути отримано щонайпізніше з досягненням повноліття.

Третя умова – наявність у особи повної цивільної дієздатності. Детально питання виникнення та втрати дієздатності регламентуються цивільним законодавством. Так, згідно з ч. 1 ст. 30 ЦК України цивільну дієздатність має фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій та може керувати ними. Що стосується визнання особи

недієздатною, то це може мати місце виключно за рішенням суду за умови, що вона внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними (ч. 1 ст. 39 ЦК України). Після набрання законної сили рішенням суду надсилається до органу ведення Державного реєстру виборців для внесення в реєстр відповідних змін (ч. 5 ст. 241 ЦПК України).

Незважаючи на вищеозначену тезу про відсутність в Конституції жодних додаткових цензів щодо реалізації активного виборчого права, проявом якого є право голосу, проблемним питанням реалізації коментованого положення Основного Закону є вагомий вплив не вирішеності ряду питань щодо забезпечення свободи пересування й вільного вибору місця проживання особи та застосування громадянами згаданого політичного права.

Йдеться про те, що починаючи з 29 вересня 2009 р., коли за інформацією керівника Служби розпорядника Державного реєстру виборців Центральної виборчої комісії України (далі – ЦВК України) почала реально працювати інформаційно-телекомунікаційна система «Державний реєстр виборців», досить чітко проявились проблеми (які, якщо говорити більш точно, існували й раніш) щодо визначення виборчої адреси осіб, які не мають реєстрації місця постійного проживання.

Згідно із Законом України від 22 липня 2007 р. «Про Державний реєстр виборців» виборець вноситься до Державного реєстру, який є основою для складання списку виборців на відповідних виборах, відповідно до своєї виборчої адреси. Під останньою розуміється адреса житла виборця або місця перебування виборця чи інша адреса, що замінює адресу житла виборця, яка є підставою для віднесення виборця до відповідної виборчої дільниці (ч. 1 ст. 8 Закону). При цьому Закон чітко вказує, що виборча адреса виборця визначається згідно із зареєстрованим місцем проживання та адресою житла виборця відповідно до Закону України від 11 грудня 2003 р. «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні». Щодо цієї позиції і виникає найбільше ускладнень. Оскільки, незважаючи на імперативний припис ч. 2 ст. 2 вказаного Закону, який говорить, що реєстрація місця проживання чи місця перебування особи або її відсутність не можуть бути умовою реалізації прав і свобод, передбачених Конституцією, на практиці виявляється, що без наяв-

ності реєстрації місця проживання фактично є неможливим бути включеним до Державного реєстру виборців, а отже, і реалізувати право голосу.

Труднощі пов'язані також із тим, що повідомлювальний характер реєстрації місця проживання, передбачений Законом України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», нівелюється в багатьох випадках неможливістю виконання вимоги щодо подачі заяви про реєстрацію через те, що форма заяви, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 28 липня 2004 р. «Про затвердження зразків документів, необхідних для реєстрації місця проживання», вимагає згоди власника житла. А це в умовах, коли багато з українців не мають власного житла, призводить до того, що більше 1 млн громадян (за даними омбудсман Н. І. Карпачової), наділених активним виборчим правом, не можуть проголосувати на виборах.

Іншим достатньо складним питанням реалізації коментованого положення Конституції є те, що воно поширюється як на загальноукраїнські, так і на місцеві вибори. Якщо в ситуації із загальними виборами конституційна характеристика носія влади, тобто народу, дає можливість чітко визначити коло осіб, які наділені правом реалізовувати цю владу в безпосередніх формах, то в ситуації із місцевим самоврядуванням визначення належності тих чи інших осіб до базового суб'єкта самоврядування, тобто територіальної громади, потребує додаткових зусиль законодавця (в тому числі із використання інтерпретаційних засобів) при конструюванні правил проведення місцевих виборів.

У Конституції територіальна громада означена як сукупність жителів міста, селища, села (чи добровільного об'єднання в сільську громаду жителів кількох сіл) (ч. 1 ст. 140). Головним питанням є те, що розуміти під категорією «житель». Відповідно до приписів коментованої статті ним з точки зору реалізації права самостійно або через представницькі органи вирішувати питання місцевого значення можуть бути лише дієздатні громадяни України, що досягли 18-річного віку. Щодо реалізації інших прерогатив належності до територіальної громади, то такими суб'єктами можуть виступати, як неповнолітні й недієздатні громадяни, так й іноземці та особи без громадянства (апатриди), які на законних підставах постійно проживають на тери-

торії відповідного населеного пункту. Зокрема, саме такий підхід сповідував законодавець, коли ухвалив 11 липня 2001 р. Закон України «Про органи самоорганізації населення». Згідно з абз. 1 ч. 1 ст. 2 Закону органи самоорганізації населення – представницькі органи, що створюються жителями, які на законних підставах проживають на території села, селища, міста або їх частин, для вирішення завдань, передбачених Законом.

Зазначене проблемне питання досить яскраво проявило себе під час місцевої виборчої кампанії 2010 р. Відповідно до ч. 1 ст. 3 Закону України від 10 липня 2010 р. «Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів», право голосу на виборах депутатів сільських, селищних, міських рад, виборах сільського, селищного, міського голови мають дієздатні громадяни України, які належать до відповідних територіальних громад та яким на день виборів виповнилося вісімнадцять років. Це означало, що військовослужбовці строкової служби, громадяни України, що проживають за кордоном, а також особи, визнані судом недієздатними, та громадяни України, які за вироком суду перебувають у місцях позбавлення волі, вважаються такими, що не належать до жодної територіальної громади та не мають права голосу на місцевих виборах (ч. 6 ст. 3).

Такий підхід законодавця можна визнати виправданим з огляду на те, що проживання в місті (селищі, селі) означає не тільки фізичне перебування в певному населеному пункті, але й наявність у мешканців спільних інтересів, прагнень та зацікавленості в розвитку місцевої інфраструктури, своєчасному та якісному наданні комунальних послуг та вирішенні інших питань місцевого значення. Природно, що в зазначених у ч. 6 ст. 3 Закону категорій осіб, в першу чергу військовослужбовців строкової служби та осіб, що відбувають покарання у місцях позбавлення волі, таких ознак спільності, характерних саме для громади як колективного суб'єкта, немає. До речі, щодо першої із вказаних категорій, то згідно з ч. 4 ст. 8 Закону України «Про Державний реєстр виборців» виборчою адресою військовослужбовця строкової служби є адреса дислокації військової частини (формування).

При цьому залишається відкритим питання щодо права голосу на місцевих виборах осіб, які не мають зареєстрованого місця прожи-

вання. Відповідно до чинного законодавства виборча адреса виборця, який не має зареєстрованого місця проживання, визначається за погодженням із спеціалізованим закладом, який здійснює відповідно до закону облік бездомних громадян, або органом ведення Реєстру за мотивованим зверненням виборця (ч. 3 ст. 8 Закону України «Про Державний реєстр виборців»). На практиці частіше має місце перша ситуація. Зрозуміло, що виходячи із таких загальних принципів правового статусу громадян, як принцип рівності конституційних прав і свобод (який, до речі, передбачає рівність незалежно і від місця проживання (ч. 2 ст. 24 Конституції)), та неможливості обмеження реалізації конституційних прав і свобод за винятком встановлення обмежень в умовах воєнного чи надзвичайного стану (ст. 64 Конституції України), позбавлення цієї категорії осіб активного виборчого права на місцевих виборах слід було розглядати як неконституційний крок. Натомість з метою недопущення виникнення подібних колізійних ситуацій у майбутньому бажано б було зробити в процесі подальшого конституційного реформування уточнення щодо носіїв активного виборчого права на місцевих виборах.

Стаття 71. Вибори до органів державної влади та органів місцевого самоврядування є вільними і відбуваються на основі загального, рівного і прямого виборчого права шляхом таємного голосування. Виборцям гарантується вільне волевиявлення

Коментована стаття стосується основних демократичних принципів реалізації виборчого права. Незважаючи на той факт, що в цій статті суб'єкти обрання сформульовані в загальній формі з урахуванням інших приписів Основного Закону, йдеться про народних депутатів України та Президента України, як органи державної влади, депутатів місцевих рад та сільських, селищних, міських голів, як органи місцевого самоврядування (хоча, якщо бути більш коректним, то місцеві голови є головними посадовими особами територіальних громад (ч. 1 ст. 12 Закону України від 21 травня 1997 р. «Про місцеве самоврядування в Україні»)) і не можуть розглядатись, приміром, як Президент, як одноосібні органи влади). Презумується, що в цей перелік включаються також і депутати Верховної Ради Автономної

Республіки Крим. Однак через відсутність остаточної визначеності щодо правової природи влади Автономної Республіки Крим в контексті коментованої статті Верховну Раду Автономної Республіки Крим можна умовно віднести до органів місцевого самоврядування.

Складовими принципу вільних виборів є свобода формування позиції виборців та вільне волевиявлення громадян під час виборів (ч. 2 ст. 71 Конституції, п. 3 Кодексу належної практики у виборчих справах).

Що стосується першої компоненти, то гарантування свободи вибору включає, зокрема, свободу засобів масової інформації під час проведення передвиборної агітації. Сьогодні виборче законодавство будується на засадах недопущення зловживання засобами масової інформації своїми правами. Зокрема, це проявляється в таких нормах (які є майже типовими для всіх виборчих законів). «Засіб масової інформації, що оприлюднив інформацію, яку кандидат на пост Президента України вважає явно недостовірною, не пізніш як через три дні після дня оприлюднення таких матеріалів, але не пізніш як за два дні до дня виборів, зобов'язаний надати кандидату на пост Президента України, партії (блоку), щодо яких поширено недостовірні відомості, на їх вимогу можливість спростувати такі матеріали...» (ч. 5 ст. 64 Закону України від 5 березня 1999 р. «Про вибори Президента України»).

Зазначений підхід можна вважати виправданим, оскільки за таких умов фактично не допускається використання засобів масової інформації для проведення недобросовісної агітації (чи застосування так званих «брудних технологій»). Натомість у контексті принципу вільних виборів це означає, що громадянин може робити свій вибір, керуючись інформацією, наданою йому самими кандидатами. Що, у свою чергу, зводить нанівець діяльність ЗМІ по здійсненню громадського контролю за виборчим процесом та формуванню у виборців позиції щодо кандидатів на основі всебічної інформації відносно учасників виборчого процесу.

Відповідну актуальність для питання, що аналізується, має правова позиція Пленуму Верховного Суду України, висловлена ним у постанові від 27 лютого 2009 р. № 1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи». На думку Верховного Суду України, при поширенні недостовірної інформації стосовно приватного життя публічних осіб вирішення справ про захист їх гідності, честі чи ділової

репутації має свої особливості. Суди повинні враховувати положення Декларації про свободу політичних дебатів у засобах масової інформації, схваленої 12 лютого 2004 р. на 872-му засіданні Комітету міністрів Ради Європи, а також рекомендації, що містяться в Резолюції 1165 (1998) Парламентської Асамблеї Ради Європи про право на недоторканність приватного життя. Оскільки такі особи вирішили апелювати до довіри громадськості та погодилися «виставити» себе на публічне політичне обговорювання, межа допустимої критики щодо політичного діяча чи іншої публічної особи є значно ширшою, ніж окремої пересічної особи. Публічні особи неминуче відкриваються для прискіпливого висвітлення їх слів та вчинків і повинні це усвідомлювати.

Разом з тим Європейський суд з прав людини неодноразово висловлювався щодо того, що вільні вибори та вільне вираження поглядів два взаємопов'язані принципи будь-якої демократичної системи. Однак «за певних обставин може виникати конфлікт цих двох засад, і застосування певних обмежень на свободу вираження поглядів, неприйнятне за звичайних обставин, може розцінюватися як необхідність під час виборів або в період, що передує їм, для забезпечення «людям свободи вираження поглядів при виборі законодавчих органів». Суд визнає, що «при пошуку рівноваги між вільними виборами та свободою слова, держави наділені певними межами розсуду, які вони зазвичай і використовують для організації їх виборчої кампанії» (справа *Bowman v. UK*, (1998 р.)). Акцентуємо увагу на позиції Суду щодо того, що дискреція держав у цих питаннях має суттєві межі. Так, у цитованій справі, Суд, визнаючи порушення ст. 10 Конвенції, вказав, що непропорційним є обмеження розміру витрат у п'ять фунтів стерлінгів, які може зробити неуповноважена особа (тобто не кандидат у депутати) на публікацію та інші засоби інформування в період виборів. Такі обмеження фактично роблять неможливою реалізацію права на вільне обговорення громадянами важливих питань у період виборчої кампанії.

Вкрай важливим для гарантування вільності виборів є врахуванням означених підходів у подальшому вдосконаленні виборчого законодавства.

Іншим проявом вільності виборчого права є гарантування свободи безпосереднього волевиявлення. З цієї метою законодавець особливим чином регламентує голосування військовослужбовців. Передбачається,

що військовослужбовці голосують на звичайних виборчих дільницях, розташованих за межами місць дислокації військових частин, за винятком випадків, передбачених законом. Для забезпечення вільного волевиявлення військовослужбовцям строкової служби надається відпустка для участі в голосуванні не менш як на чотири години (ч. 3 ст. 6 Закону України «Про вибори Президента України»).

Відкритим залишається питання щодо свободи волевиявлення осіб, які відбувають покарання в місцях позбавлення волі. Йдеться про те, що в установах виконання покарань та слідчих ізоляторах (як, до речі, і в військових частинах) передвиборна агітація обмежується, зокрема забороняється вільне відвідування кандидатами цих місць для проведення агітації. Слід також відмітити, що спроба законодавця взагалі позбавити осіб, що утримуються в місцях позбавлення волі (про що йтиметься далі), була визнана Конституційний Судом України такою, що не відповідає Основному Закону.

Вагомою гарантією принципу вільності виборів є інститут офіційних спостерігачів від кандидатів, політичних партій, громадських організацій (у тому числі й міжнародних) та зарубіжних держав. Ці суб'єкти виборчого процесу забезпечують повноцінне функціонування механізму громадського контролю за виборчим процесом і забезпечує його прозорість та законність.

Наступний принцип – це принцип загального виборчого права. Він означає, що виборче право має належати всім особам, що відповідають умовам, викладеним у ст. 70 Конституції України. До попередньо висловленого коментарю можна додати, що Конституційний Суд України займає принципову позицію щодо встановлення будь-яких додаткових умов, не передбачених Конституцією, щодо реалізації виборчих прав. Так, при ухваленні Закону України від 21 серпня 2009 р., яким вносились зміни до Закону України «Про вибори Президента України», було передбачено, що громадянин, який проживає або перебуває за кордоном, може реалізувати своє право голосу лише, якщо він перебуває на консульському обліку. Суд, розглянувши це питання, встановив порушення принципів виборчого права, зауваживши, що цим законом громадяни, які не перебувають на обліку, взагалі позбавляються права голосу, тобто встановлено додаткову вимогу щодо реалізації активного виборчого права для громадян, які проживають або перебувають у період підготовки й проведення виборів за межами України, – перебуван-

ня на консульському обліку, чим звужено зміст та обсяг права громадян обирати Президента України (Рішення Конституційного Суду України від 19.10.2009 р. № 26-рп/2009).

Аналогічно Суд вчинив, коли розглядав питання про зупинення здійснення права голосу на виборах народних депутатів України 1998 р. щодо осіб, які відбувають покарання в місцях позбавлення волі. Він визнав таке обмеження порушенням основних засад активного виборчого права (Рішення Конституційного Суду України від 26.02.1998 р. № 1-рп/98).

Відкритим в аспекті реформування виборчого законодавства і повернення до комбінованої (мажоритарно-пропорційної) системи залишається питання щодо участі в голосуванні при розподілі депутатських мандатів за мажоритарним принципом громадян України, які проживають (перебувають) за кордоном. У практиці зарубіжних країн це питання вирішується по-різному. За інформацією Міжнародного інституту демократії та сприянням виборів, в окремих випадках для громадян, які проживають за кордоном, встановлюється ценз осілості в тому сенсі, що право голосу мають лише ті особи, які перебувають поза межами країни громадянської приналежності не більше визначеного терміну (Гібралтар – тільки для осіб, які тимчасово перебувають за кордоном, Канада – особи, які максимум 5 років проживають за кордоном, Великобританія – максимум 15 років проживання). В інших випадках активне виборче право визнається виключно в осіб, які перебувають за кордоном у службових цілях (Ірландія та Ізраїль – лише громадяни, які виконують за кордоном службову місію дипломатичного чи військового характеру, Бангладеш – тільки державні посадові особи, які перебувають за кордоном у службових цілях).

Що стосується способу голосування для виборців, що проживають за кордоном, то в таких країнах, як Бельгія та Швеція, дозволяється голосування персональне, поштою та за довіреністю. В Індії та Великобританії – поштою та за довіреністю.

Найбільш проблемним виглядає питання із квотуванням місць у парламенті, які будуть заповнюватись за результатами голосування виборців за кордоном. Кожна країна вирішує це питання на власний розсуд. Так, згідно з виборчим законодавством Італії 12 із 630 місць у нижній палаті та 6 із 315 у верхній палаті парламенту виділяються для закордонних округів, які утворюються за таким принципом: пер-

ший округ – країни Європи (включаючи Росію та Туреччину), другий – країни Південної Америки, третій – країни Північної та Центральної Америки, четвертий – країни Африки, Азії, Океанії (та включаючи громадян, що мешкають в Антарктиці). При цьому кількість мандатів із цих 18 (12+6), які підлягають розподілу під час чергових виборів, залежить від кількості виборців, які проживають у тому чи іншому окрузі, але не менше ніж по одному депутату у нижню та верхню палати мають бути обрані від цих округів.

Європейський суд з прав людини у справі *Hilbe v. Liechtenstein* (1999 р.) визнав за можливе ухвалювати виборчі закони, якими позбавляються активного виборчого права громадяни, що проживають за кордоном. Відповідно до Кодексу належної практики у виборчих справах, ухваленого Венеціанською комісією на 52-й сесії, наділення такої категорії громадян виборчими правами також належить до дискреційних повноважень держави.

Слід зауважити, що при застосуванні мажоритарного принципу при формуванні Верховної Ради України на виборах 1994, 1998, 2002 рр. (останні дві кампанії мажоритарний принцип застосовувався поряд із пропорційною виборчою системою) подібне питання вирішувалось у такий спосіб. Громадяни, які проживали за кордоном, вносились до списку виборців на дільницях, що утворювались при дипломатичних представництвах України. У свою чергу такі дільниці за рішенням ЦВК України приписувались до виборчих округів на території України. Як правило, їх приписували до округу, на якому розташовувалось Міністерство закордонних справ.

У коментованій статті йдеться також про принцип рівного виборчого права. Насамперед принцип рівності означає, що кожен виборець має один голос. Окрім цього, рівність також полягає в однаковому значенні голосу кожного виборця для формування представницьких органів влади та наявності в них (виборців) рівних можливостей щодо здійснення свого волевиявлення під час голосування.

Що стосується першої складової рівності, то вона повинна бути одним із основних критеріїв при перевірці конституційності виборчої системи та правил територіальної організації виборців. Так, розглядаючи питання конституційності змішаної (мажоритарно-пропорційної) виборчої системи, Конституційний Суд України зауважив, що визначення типу виборчої системи є питанням політичної доцільнос-

ті і в даному випадку не є порушенням Конституції встановлення саме такого різновиду. Разом з тим було визнано таким, що порушує принцип рівного виборчого права, положення, згідно з яким при встановленні результатів виборів у багатомандатному загальнодержавному виборчому окрузі в списку кандидатів у народні депутати України від політичної партії, виборчого блоку партій пропускаються кандидати, обрані в одномандатних виборчих округах (Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 1998 р. № 1-рп/98).

Правильна територіальна організація виборів має вагомe значення для гарантування принципу рівного виборчого права. Зловживання, пов'язані з правом посадових осіб (органів влади) здійснювати поділ території на виборчі округи, навіть отримали в політичній теорії та конституційному праві спеціальну назву джеррімандерінг (джеррімандеризм), «на честь» губернатора Массачусетса Е. Джеррі, який в 1812 р. зробив такий поділ округів, який сприяв перемозі його партії.

Сьогодні виборче законодавство встановлює такі вимоги для утворення округів, які фактично нівелюють можливості зловживання із цим питанням. Зокрема, передбачається, що одномандатні мажоритарні виборчі округи утворюються відповідною виборчою комісією – з приблизно рівною кількістю виборців у кожному окрузі. При цьому відхилення кількості виборців в одномандатному окрузі не може перевищувати, як правило, десяти відсотків орієнтовної середньої кількості виборців в одномандатних округах.

Як вже зазначалось, рівність має бути дотримана і в частині гарантування однакових можливостей виборцям щодо здійснення волевиявлення. Найбільше питань виникає при регламентації підстав та порядку голосування виборців за місцем їх проживання (перебування), а також щодо голосування за відкріпними посвідченнями.

У практиці Конституційного Суду України в подібній площині питання ставилось двічі. Перший раз, коли на рівні Закону України «Про особливості застосування Закону України від 8 грудня 2004 р. «Про вибори Президента України» при повторному голосуванні 26 грудня 2004 року» була встановлена можливість голосування «на дому» лише для виборців, які є інвалідами I групи. Суд визнав таке положення неконституційним, вказавши, що за таких умов унеможливується голосування за межами приміщення для голосування інших виборців, які з тих же підстав, що й інваліди першої групи, не можуть самостійно прибути до виборчої дільниці. Тобто різні групи

однієї категорії виборців були поставлені в нерівні умови щодо здійснення виборчого права.

Окрім цього Конституційним Судом України була вироблена правова позиція, яка в подальшому використовувалась при розгляді аналогічних справ: «забезпечення прав і свобод, крім усього іншого, потребує, зокрема, законодавчого закріплення механізмів (процедур), які створюють реальні можливості для здійснення кожним громадянином прав і свобод» (Рішення від 24 грудня 2004 р. № 22-рп/2004).

У другому випадку законодавець ліквідував інститут відкріпних посвідчень. Конституційний Суд не побачив у цьому порушення принципу рівності виборчого права, оскільки таке скасування відбувалось в умовах повноцінного функціонування Державного реєстру виборців, який підлягав оновленню до дня голосування (за інформацією компетентних органів влади, наданою не пізніше ніж за шість днів до дня голосування, мали бути внесені зміни до реєстру, які стосувались зміни виборчих адрес громадян). Це, на думку Суду, виступило своєрідним компенсатором тих гарантій рівності виборчого права незалежно від місця перебування, які існували в попередньому законодавстві.

У своїй практиці Суд прямо вказував на порушення принципу рівності також щодо статусу політичних партій та їх кандидатів як суб'єктів виборчого процесу. Зокрема, це стосувалось таких законодавчих новацій: надання одній і тій же особі права бути включеною до списку кандидатів у народні депутати України від політичної партії, виборчого блоку партій для участі у виборах по багатомандатному загальнодержавному виборчому округу та одночасно бути висунутою також в одномандатному виборчому окрузі; звільнення від збору підписів виборців у відповідному одномандатному виборчому окрузі на підтримку особи, яка висувається зборами (конференціями) обласних, республіканських в Автономній Республіці Крим, міських в містах Києві і Севастополі осередків політичних партій, виборчих блоків партій, списки кандидатів у народні депутати України яких зареєстровані ЦВК України; ненадання політичним партіям, що не висунули списки кандидатів у народні депутати України і списки яких не зареєстровані ЦВК по багатомандатному загальнодержавному виборчому округу, права висувати своїх кандидатів у народні депутати України в одномандатних виборчих округах; встановлення неоднакового терміну для висування до списків кандидатів у народні депутати України від політичних партій, виборчих блоків партій для участі

у виборах по багатомандатному загальнодержавному виборчому округу і для висування кандидатів у народні депутати України в одномандатних виборчих округах; встановлення неоднакового терміну для реєстрації списків кандидатів у народні депутати України від політичних партій, виборчих блоків партій у багатомандатному загальнодержавному виборчому окрузі і для реєстрації кандидатів у народні депутати України в одномандатних виборчих округах; встановлення неоднакового терміну для забезпечення виготовлення передвиборних плакатів політичних партій, виборчих блоків партій, списки кандидатів у народні депутати України від яких зареєстровані, і для забезпечення друкування передвиборних плакатів кандидатів у народні депутати України, зареєстрованих у відповідному одномандатному виборчому окрузі (Рішення Конституційного Суду України від 26 лютого 1998 р. № 1-рп/98).

Гарантією реалізації принципу рівності виборчого права є також те, що держава створює умови для волевиявлення осіб із вадами зору: для забезпечення голосування таких осіб виготовляються трафарети для бюлетенів рельєфно-крапковим шрифтом (за методом Брайля), які надаються під час голосування.

Наступним серед принципів, що аналізуються, є принцип прямого виборчого права. Ця засада стосується не стільки демократичності реалізації виборчого права, скільки визначення того способу формування представницьких органів, який допускається Основним Законом. Сьогодні виборні органи можуть формуватись як через прямі, так і шляхом непрямих виборів. Останній спосіб також має демократичний характер. Він використовується, зокрема, для обрання Президента США. Виборці голосують не за конкретного кандидата, вони обирають колегію виборщиків (кожен штат обирає кількість виборщиків, що дорівнює кількості членів Палати представників та Сенату від штату). У свою чергу виборщики обирають главу держави. Чинна Конституція України виключає такий спосіб обрання органів державної влади та місцевого самоврядування.

Згідно з вітчизняним законодавством під час голосування виборець отримує бюлетень, в якому вказуються дані щодо кандидатів на виборні посади (щодо партій та їх виборчих списків). Шляхом подачі бюлетенів виборці безпосередньо обирають кандидатів, які отримають представницькі мандати.

Останнім, попри те не менш важливим у цьому переліку засад виборчого права є принцип таємного голосування. Його основний зміст полягає в тому, що волевиявлення виборця здійснюється в умовах, які гарантують відсутність зовнішнього спостереження та впливу на виборця. Для цього на виборчих дільницях розміщуються кабінки для таємного голосування. У них дозволяється бути присутнім лише виборцю особисто для заповнення бюлетеня для голосування. Як виняток допускається ситуація, коли виборець, який внаслідок фізичних вад не може самостійно заповнити виборчий бюлетень, з відома голови або іншого члена дільничної виборчої комісії користається допомогою іншого виборця (крім члена виборчої комісії, кандидата в депутати, уповноваженої особи партії (блоку), офіційного спостерігача). Аналогічно вирішується питання і щодо ситуації, коли виборець через фізичні вади не може самостійно опустити виборчий бюлетень до виборчої скриньки.

Гарантією принципу таємності голосування є також те, що виборча документація виготовляється в спосіб, який унеможливорює встановлення змісту волевиявлення конкретного громадянина. Йдеться про те, що номер бюлетеня типографським способом проставляється лише на його контрольному талоні, який відривається при видачі громадянину бюлетеня (ч. 3 ст. 83 Закону України «Про вибори народних депутатів України»).

Стаття 72. Всеукраїнський референдум призначається Верховною Радою України або Президентом України відповідно до їхніх повноважень, встановлених цією Конституцією.

Всеукраїнський референдум проголошується за народною ініціативою на вимогу не менш як трьох мільйонів громадян України, які мають право голосу, за умови, що підписи щодо призначення референдуму зібрано не менш як у двох третинах областей і не менш як по сто тисяч підписів у кожній області

Коментована стаття визначає суб'єктів ініціювання та призначення (проголошення) всеукраїнського референдуму. У багатьох європей-

ських країнах встановлюється така конституційна модель використання інституту референдуму, за умов якої він може бути використаний як за ініціативи громадян, так і за ініціативи вищих органів влади, насамперед глави держави. Зокрема, у Конституції Франції 1958 р. за доктринальною ідеєю одного із «батьків-засновників» 5-ї Республіки генерала де Голля референдум мав стати одним із інструментів «президентського арбітражу». Це, зокрема, проявляється в тому, що згідно зі ст. 11 Конституції цієї країни: «Президент Республіки може за пропозицією Уряду під час сесії Парламенту чи за спільною пропозицією обох палат парламенту, опублікованому в «Офіційному віснику», передати на референдум будь-який законопроект, який стосується публічних влад, чи реформ, які стосуються економічної, соціальної чи екологічної політики Нації, та публічних служб, що їм сприяють, чи передбачає надання дозволу на ратифікацію договору, який, хоча і не суперечить Конституції, відобразився б на функціонуванні інститутів».

Аналіз історичних матеріалів розробки Основного Закону України дозволяє зробити висновок про те, що Верховна Рада України відмовилась від «владноініціативної» моделі. Про це свідчить, зокрема, те, що в проєкті Конституції, підготовленому Конституційною комісією, передбачалось, що всеукраїнський референдум призначається парламентом або Президентом за їхньої власною ініціативою відповідно до Конституції. Однак на етапі підготовки Конституції до другого читання народні депутати вирішили відмовитись від такої моделі і в проєкті, винесеному на друге читання Тимчасовою спеціальною комісією, вже була передбачена чинна редакція коментованої норми: зазначалось, що обидві названі владні інституції призначають референдум відповідно до їх повноважень.

Також слід зауважити, що в Концепції нової Конституції України, затвердженій Постановою Верховної Ради України від 19 червня 1991 р., з приводу застосування референдуму в конституційній моделі реалізації народовладдя передбачалось таке. «За порушення Конституції і Законів Президент несе відповідальність (в порядку імпичменту) перед Верховною Радою, а також відповідальність безпосередньо перед народом (вияв недовіри і дострокове припинення повноважень шляхом ініціативного референдуму народу). Як кінцевий спосіб розв'язання кризи у взаємодії законодавчої і виконавчої влади закріплюється право Верховної Ради оголосити референдум з питання дострокового при-

пинення повноважень Президента; при цьому у разі, коли за наслідками референдуму народ висловить довіру Президенту, Верховна Рада підлягає розпуску».

Тому сьогодні маємо такі умови застосування референдумних інститутів, за яких народ не може залучатись до вирішення державно-правових конфліктів із застосуванням цієї форми безпосередньої демократії.

У частині 1 коментованої статті вказані такі два суб'єкти призначення референдуму – Верховна Рада України та Президент України. Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 85 Конституції України Верховна Рада України призначає референдум з питання про зміну території України. Президент України призначає референдум з питання про затвердження законопроекту про внесення змін до розділу I, розділу III і розділу XIII Основного Закону (цьому передуює прийняття законопроекту парламентом). З інших причин вказані вищі органи влади призначати референдум не вправі.

При цьому відкритим залишається питання про призначення референдуму про затвердження нової Конституції (якщо буде обраний такий спосіб ухвалення нового Основного Закону). Чинна Конституція чітко не регламентує порядок визначення нового конституційного ладу. Натомість, з урахуванням ролі Президента в конституційному процесі, визначеній в розділі XIII Основного Закону, саме глава держави як гарант додержання Конституції може виступити суб'єктом призначення такого референдуму.

Частина 2 коментованої статті стосується референдумів за народною ініціативою. Сьогодні Конституція не передбачає такої форми безпосередньої демократії, як народна законодавча ініціатива (хоча на етапі розробки Конституції такі пропозиції вносились неодноразово), тому «народноініціативний» референдум є по суті єдиним способом прийняття сувереном рішень, які становлять суспільний інтерес.

Конституція лише в загальних рисах описує процедуру ініціювання народом референдуму. Більш детально референдумні процедури, як це передбачено п. 20 ч. 1 ст. 92 Конституції, мають бути врегульовані законом. Чинним сьогодні є Закон України від 3 червня 1991 р. «Про всеукраїнський та місцеві референдуми», який в окремих моментах потребує приведення у відповідність до Конституції.

Передбачається, що для ініціювання референдуму мають бути створені на загальних зборах громадян ініціативні групи, які підлягають

реєстрації в Центральній виборчій комісії України. Термін збору підписів становить три місяці, після цього їх перевіряє ЦВК України і направляє до Президента (в чинному законі замість Президента вказаний неіснуючий орган – Президія Верховної Ради України). Президент проголошує референдум. Конституційний Суд України висловив правову позицію, згідно з якою слово «проголошення» означає офіційне оголошення, обнародування, доведення до загального відома, офіційне сповіщення про початок та настання певної події, а тому повноваження Президента України проголошувати всеукраїнський референдум за народною ініціативою залежить від волі визначеної Конституцією України кількості громадян України, які ніким не можуть бути позбавлені права щодо реалізації їхньої ініціативи (Рішення Конституційного Суду України від 15.10.2008 р. № 23-рп/2008).

Слід зауважити, що до цього Конституційний Суд України висловив іншу правову позицію, якою визнав за Президентом фактично дискреційне повноваження щодо проголошення всеукраїнського референдуму. Суд визнав необґрунтованою думку, висловлену учасниками конституційного провадження, згідно з якою ні Центральна виборча комісія, ні Президент України, ні інші державні органи не повноважні здійснювати перевірку щодо відповідності Конституції України питань, які пропонуються ініціативними групами громадян для всеукраїнського референдуму за народною ініціативою (Рішення Конституційного Суду України від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000). Звертаємо увагу на те, що до механізму гарантування конституційності питань, що пропонується винести на всеукраїнський референдум, Суд включив також ЦВК України.

Це дало підстави ЦВК України звернутись до Суду із поданням, в якому комісія просила Суд розтлумачити наявність у неї (ЦВК України) офіційних повноважень із перевірки конституційності питань, що пропонується винести на всеукраїнський референдум. Суд відмовив у відкритті провадження через те, що у Рішенні від 27 березня 2000 р. вже висловив своє бачення цього питання, зауваживши при цьому, що наявність у Президента та ЦВК таких повноважень впливає з положень ст. 74 та ч. 1 ст. 157 Конституції України (Ухвала Конституційного Суду України від 6 червня 2002 р. № 35-у/2002).

Таким чином, Судом був сформований інституційний механізм гарантування конституційності проведення ініціативних референдумів, до яких він з часом вніс певні корективи після ухвалення Рішення від

15 жовтня 2008 р. № 23-рп/2008. У цьому рішенні, окрім вищезгаданого, йшлося про те, що Президент України зобов'язаний проголосити всеукраїнський референдум за народною ініціативою, якщо його ініційовано з додержанням встановлених Конституцією та законами України вимог щодо організації і порядку проведення.

Фактично сьогодні єдиною інституцією, яка оцінює конституційність питань, що пропонується винести на всеукраїнський референдум, є ЦВК України. Користуючись цими повноваженнями, ЦВК України неодноразово відмовляло в реєстрації ініціативних груп, посилаючись на неконституційність формулювання питань, що можуть стати предметом референдуму. Зокрема, громадяни пропонували винести на референдум питання про недовіру Президенту та Верховній Раді України; надання Луганській області статусу автономної та перетворення України на федерацію; скасування конституційних норм про недоторканність народних депутатів України, Президента та суддів; запровадження нової форми правління в Україні; зміни статусу Автономної Республіки Крим на обласний та скасування спеціального статусу м. Севастополь та ін.

У багатьох випадках підставою для відмови в реєстрації ініціативних груп, окрім невідповідності питань, що пропонується винести на референдум, Конституції України, було те, що ініційовані питання не передбачають прийняття рішення щодо внесення змін і доповнень до Конституції України, прийняття, зміни або скасування законів України чи їх окремих положень, прийняття рішень, що визначають основний зміст Конституції України, законів України та інших правових актів. Комісія також вказувала на взаємовиключний характер пропонованих питань, відсутність чіткої визначеності щодо понять, які використовуються в питаннях, на неможливість встановлення юридичних наслідків у разі позитивної відповіді на пропоноване питання, а відтак і визначення подальших дій відповідних органів влади.

ЦВК України були зареєстровані ініціативні групи, які в подальшому зібрали необхідну кількість підписів на підтримку проведення референдуму з питань вступу України до НАТО та Єдиного економічного простору. Однак референдум так і не був проголошений Президентом. Окрім цього, при розгляді справи у другій інстанції за позовом ініціаторів референдуму до Президента у зв'язку з невиданням останнім указу про проголошення референдуму Київський апеляційний

адміністративний суд побічно (у мотивувальній частині рішення від 30 березня 2010 р.) визнав дії ЦВК України такими, що не відповідають Конституції в частині допустимості предмета референдуму.

Можемо констатувати, що сьогодні активізм органу конституційної юрисдикції призвів до того, що наділення ЦВК України невластивою органам адміністрування виборчого та референдумного процесами функцією із контролю за конституційністю питань, які громадяни пропонують винести на референдум, зводить фактично нанівець будь-які спроби в прямий спосіб ухвалення народом власних рішень. До того ж не слід забувати, що рішення глави держави про проголошення всеукраїнського референдуму може стати предметом подальшого контролю з боку самого Конституційного Суду України, в тому числі і в частині предмета майбутнього референдуму (статті 78–81 Закону України від 16 жовтня 1996 р. «Про Конституційний Суд України»). Тому слід було б на рівні Конституції та законів більш чітко вписати гарантії додержання конституційних приписів при ініціюванні референдуму народом з метою усунення зайвих перешкод для реалізації цієї форми безпосередньої демократії (можливо шляхом наділення Конституційного Суду України функцією попереднього контролю з цих питань).

Стаття 73. Виключно всеукраїнським референдумом вирішуються питання про зміну території України

Коментована стаття стосується предмета так званих «обов’язкових» референдумів, які є необхідними стадіями прийняття рішень з певних питань. Таких питань згідно з чинною Конституцією два: перше – означене в коментованій статті, друге – референдум із затвердження законопроекту про внесення змін до розділів I, III і XIII Основного Закону. Референдум з першого питання призначає Верховна Рада України (п. 2 ч. 1 ст. 85 Конституції), з другого – Президент України (п. 6 ч. 1 ст. 106).

Чинний Закон України від 3 липня 1991 р. «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» передбачає ще один обов’язковий референдум: «Виключно всеукраїнським референдумом вирішується питання про реалізацію права народу України на самовизначення та входження

України до державних федеративних і конфедеративних утворень або вихід з них» (ч. 2 ст. 5 Закону). Щодо можливості поставлення означених питань в один ряд із питаннями, з приводу яких Конституцією передбачено проведення обов'язкових референдумів, слід зауважити таке.

По-перше, предмет референдуму, вказаний в ч. 2 ст. 5 вищезазначеного Закону, має скоріше історичний характер щодо сучасної конституційної моделі інституту референдуму. Це пов'язано із умовами та часом, коли приймався згаданий Закон. У багатьох моментах ці положення вже втратили свою актуальність з точки зору регулювання референдумних правовідносин. Так, право на самовизначення було реалізоване Українським народом шляхом затвердження на всеукраїнському референдумі 1 грудня 1991 р. Акта проголошення незалежності України та, як наслідок, створення власної держави. Таким чином, можна вважати цю норму такою, що вичерпала свою дію, оскільки була повністю реалізована.

Стосовно «входження України до державних федеративних і конфедеративних утворень або вихід з них», то цей припис також слід розглядати крізь призму історичних умов його запровадження, а саме період, коли наша країна стояла на роздоріжжі – або бути суверенним суб'єктом міжнародного життя або ж бути складовою нового міждержавного утворення, що мало з'явитись на основі СРСР.

По-друге, останню формулу щодо вирішення питань зміни статусу України слід розглядати крізь призму положень розділу I чинної Конституції: вказані питання без внесення відповідних змін до цього розділу (в якому, по суті, визначені основні засади конституційного ладу) не можуть бути вирішені. А як було зазначено раніш, законопроект про внесення змін до розділу I Основного Закону підлягає затвердженню на всеукраїнському референдумі. Виокремлювати ж входження України до федеративних чи конфедеративних утворень, як це пропонують у літературі, означає нівелювати встановлене Конституцією співвідношення форм безпосередньої та представницької демократії в реалізації влади народом. Це досить принципове питання, на якому наголошував Конституційний Суд України у своєму рішенні від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008.

Предмет обов'язкового референдуму, означений у ст. 73 Конституції, не є характерним для західних демократій. Як правило, ці питання

вирішуються парламентом (правда, при цьому вимагається кваліфікована більшість голосів парламентаріїв). Більш звичним для європейського конституціоналізму є запровадження обов'язковості проведення референдуму щодо делегування своїх суверенних прав міжнародним організаціям (наприклад, Данія) та вирішення питань, пов'язаних із участю країни в Європейському Союзі (наприклад, Естонія, Франція). Обов'язкові референдуми із вирішення суто «територіальних» питань фактично згадуються в європейських конституціях лише одного разу: згідно зі статтями 132, 133 Конституції Італії виключно місцевим референдумом вирішується питання про злиття областей, утворення нових областей, відділення комун та провінцій від одних областей та приєднання їх до інших.

Вартим уваги в цьому контексті є дослідження нормативних джерел, що передували чинній Конституції, а також історичних документів, пов'язаних із її розробкою та прийняттям. Так, Законом України від 19 червня 1992 р. ст. 70 Конституції (Основного Закону) України 1978 р. була викладена в такій редакції: «Територія України є єдиною, неподільною, недоторканною і цілісною. Будь-які зміни території і державних кордонів України без згоди народу України не дозволяються». Аналогічну норму народні депутати України включили і до проекту Конституції України (ст. 7), винесеного на всенародне обговорення 1 липня 1992 р. Звертаємо увагу, що на цьому етапі коментована норма викладалась поряд із такою засадою конституційного ладу, як територіальна цілісність. Причому йшлося не тільки про зміну території, але і про зміну кордонів, а також не тільки в бік зменшення, але (наскільки формальне тлумачення норми дозволяє зробити такий висновок) і в бік збільшення площі України. З вказаного аналізу можна зробити висновок, що законодавець з урахуванням нової архітектоники Основного Закону на етапі остаточного ухвалення Конституції виокремив положення про порядок прийняття рішення про зміну території України.

Що стосується чинного законодавства, то в ньому відсутня законодавча дефініція терміна «територія», оскільки його застосування більш характерне для міжнародного права. Так, у міжнародних угодах, укладених Україною, можна зустріти таке визначення «території»: під територією розуміється «земні поверхні, територіальні та внутрішні води і повітряний простір над ними, які перебувають під суверенітетом цієї держави» (див., наприклад підп. «г» п. 1 ст. 1 Угоди між Урядом Укра-

їни та Урядом Республіки Вірменія про повітряне сполучення від 17 червня 1995 р.).

З приводу території України, тобто її складових, в Конституції вказується її поділ на конкретні області, а також входження до її складу Києва, Севастополя та Автономної Республіки Крим (ст. 133 Основного Закону). У нашому випадку вказані назви існуючих адміністративно-територіальних одиниць, але при цьому не зроблена «прив'язка» території України до історично сформованих місцевостей, що мають свої конкретні просторові межі, як це, наприклад, зроблено в Конституції Латвії: «Територію держави Латвія в межах, встановлених міжнародними договорами, складають Ліфляндія, Латгалія, Курляндія та Земгалія» (ст. 3).

Визначити склад території України можна, з'ясувавши питання про державні кордони України. Згідно із Законом України від 4 листопада 1991 р. «Про державний кордон України», державним кордоном України є лінія і вертикальна поверхня, що проходить по цій лінії, які визначають межі території України, – суші, вод, надр, повітряного простору. Межі України за державним кордоном визначені в ст. 5 Закону України від 12 вересня 1991 р. «Про правонаступництво України»: державним кордоном України є Державний кордон Союзу РСР, що відмежовує територію України від інших держав, та кордон між Українською РСР і Білоруською РСР, РРФСР, Республікою Молдова за станом на 16 липня 1990 р.

Інших конституційно значимих документів з цього приводу не ухвалювалось, тому можна вважати, що під «територією» в ст. 73 та інших статтях Конституції розуміється територія в межах державного кордону, визначеного ст. 5 Закону України «Про правонаступництво України».

У Конституції України щодо території України неодноразово застосовується така її характеристика, як цілісність: «Територія України в межах існуючого кордону є цілісною і недоторканою» (ч. 3 ст. 2); «Захист суверенітету і територіальної цілісності України... є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу (ч. 1 ст. 17); «Утворення і діяльність політичних партій та громадських організацій, програмні цілі або дії яких спрямовані на... порушення суверенітету і територіальної цілісності держави» (ч. 1 ст. 37); «Захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування

її державних символів є обов'язком громадян України (ч. 1 ст. 65); «Президент України є гарантом... територіальної цілісності України» (ч. 2 ст. 102); «Конституція України не може бути змінена, якщо зміни... спрямовані на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України» (ч.1 ст. 157).

На останньому положенні хотілось би зупинити увагу, оскільки Конституція визнає «територіальну цілісність» недоторканною цінністю. З урахуванням системного тлумачення норм Конституції, які стосуються території України, збереження її цілісності та недоторканності, можна зробити висновок, що рішення про зміну території в бік її зменшення за площею, з урахуванням визначених законодавством державних кордонів, є неможливим. Оскільки для цього необхідно буде змінювати ст. 2 Конституції України, а такі зміни через приписи ст. 152 Конституції ухвалювати заборонено.

Натомість, цілком імовірним є проведення референдуму з приводу збільшення території України шляхом входження до складу нашої країни нових територіальних утворень чи навіть держав. Разом з тим не виключається можливість інтерпретувати коментоване положення Конституції в аспекті однієї із ключових засад конституційного ладу – принципу унітаризму. Тобто можна припустити, що потенційним предметом референдуму, передбаченого ст. 73 Основного Закону, може бути зміна форми територіального устрою, однак і тут «на заваді» стоїть недоторканність «територіальної цілісності», яку також можна розглядати як неможливість відходу від принципу унітаризму.

Стаття 74. Референдум не допускається щодо законопроектів з питань податків, бюджету та амністії

Коментована стаття стосується обмежень предмета всеукраїнського референдуму (йдеться саме про всеукраїнський тип референдуму, оскільки ставиться питання про неможливість прийняття проектів закону, а це належить до відання всього Українського народу (Рішення Конституційного Суду України від 16 квітня 2008 р. № 6-рп/2008). Встановлення обмежень на питання, що не можуть виноситись на референдум, є звичною практикою конституювання

інституту референдуму в європейських демократіях. Так, згідно з ч. 2 ст. 75 Конституції Італії референдум не допускається щодо законів про податки та бюджет, про амністію та помилування, про схвалення ратифікації міжнародних договорів.

З цього приводу не існує універсальних правил. Вважається, що на референдум не доцільно виносити питання, які потребують ґрунтовних фахових знань, питання, які внаслідок своєї багатоаспектності не можуть бути вирішені шляхом референдуму (через єдино допустиму форму відповіді на питання референдуму – «так» або «ні»), питання, які через свою природу неоднозначно сприймаються суспільством та можуть навіть його радикалізувати.

Встановлення таких обмежень щодо предмета референдуму не слід вважати обмеженням народного суверенітету. Вказані питання щодо бюджету, податків та амністії вирішуються Українським народом через функціонування інститутів представницької демократії, а саме легітимованих шляхом всенародних виборів парламент та Президента.

У коментованій статті зазначається три предмети. Перший із них – податки. Під ними в чинному законодавстві розуміють обов'язкові, безумовні платежі до відповідного бюджету, що справляються з платників податків відповідно до Податкового кодексу України (ст. 6.2 ПК України). Під законопроектами з питань податків слід розуміти акти, якими можуть бути врегульовані один із нижче перерахованих об'єктів, кілька названих об'єктів чи всі разом, а саме: платники, ставка, порядок обчислення, строк і порядок сплати податку, об'єкт та база оподаткування, податковий період, строк та порядок подання звітності про обчислення й сплату податку.

Згідно з п. 1 ч. 1 ст. 2 Бюджетного кодексу України бюджетом визнається план формування та використання фінансових ресурсів для забезпечення завдань і функцій, які здійснюються відповідно органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування протягом бюджетного періоду. Що стосується змістовного наповнення бюджетного акта, то в ньому мають бути встановлені доходи і видатки держави на загальносуспільні потреби, розмір і цільове спрямування цих видатків (щодо закону про Державний бюджет України).

Державний бюджет України і бюджетна система України, система оподаткування, податки і збори встановлюються виключно законами України, які приймає парламент (п. 1 ч. 2 ст. 92 Конституції України).

Складність запровадження податків та ухвалення бюджету полягає в тому, що при прийнятті рішень з означених питань Верховна Рада України має виходити, зокрема, з таких досить непростих для оцінки та застосування громадянами принципів, як принцип збалансованості бюджету (ч. 3 ст. 95 Конституції України) та принцип соціальної справедливості. Останній означає встановлення податків та зборів відповідно до платоспроможності платників податків (ст. 4.1.6 ПК України).

Амністія – це повне або часткове звільнення від кримінальної відповідальності й покарання певної категорії осіб, які засуджені за вчинення злочину, або кримінальні справи стосовно яких перебувають у провадженні органів дізнання, досудового слідства чи суду, але не розглянуті останніми, або ж розглянуті, але вироки стосовно цих осіб не набрали законної сили (ч. 1 ст. 1 Закону України від 1 жовтня 1996 р. «Про застосування амністії в Україні»). Амністія оголошується законом України (ч. 3 ст. 92 Конституції України).

Слід зазначити, що інститут амністії має безпосереднє відношення до відправлення правосуддя у сфері кримінального судочинства. У цьому контексті слід нагадати, що до здійснення правосуддя залучається народ, який безпосередньо бере участь у вирішенні таких питань через інститут народних засідателів і присяжних (ч. 4 ст. 124 Конституції України).

Предметом всеукраїнського референдуму може бути як прийняття законів, так і їх зміна та скасування (абз. 2 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми»). Законопроект після його прийняття Верховною Радою стає законом (ст. 94 Конституції України). За формальною логікою обмежень на проведення референдумів щодо зміни та скасування законів відносно бюджету, податків та амністії не має. Однак у даному випадку, незважаючи на не зовсім вдалу нормативну конструкцію ст. 74 Конституції, має бути застосоване поширювальне тлумачення: всеукраїнський референдум не допускається щодо питань податків, бюджету та амністії, поставлених у будь-якій формі (чи у формі прийняття законопроекту, чи у формі зміни (скасування) існуючого закону).

Потрібно також визнати, що ст. 74 Конституції не містить вичерпного переліку обмежень на проведення референдуму. Питання, які не можуть виноситись на референдум, можна виокремити шляхом системного тлумачення інших норм Основного Закону. Керуючись такою логікою, Конституційний Суд України у Рішенні від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000 вказав, що чинна Конституція України не передбачає інституту висловлення недовіри на всеукраїнському референдумі, в тому числі проголошеному за народною ініціативою, Верховній Раді України чи будь-яким іншим конституційним органам державної влади як можливої підстави дострокового припинення їх повноважень. Тому винесення на всеукраїнський референдум питання щодо недовіри Верховній Раді України за відсутності названого інституту в Основному Законі України було б порушенням такого конституційного принципу, як здійснення органами державної влади своїх повноважень у межах, встановлених Конституцією України, та принципів правової держави, якою проголошено Україну.

Вартим уваги є й той факт, що в Законі України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» встановлений інший, порівняно зі ст. 74 Конституції, перелік питань, що не можуть бути предметом референдуму: «На всеукраїнський референдум не виносяться питання, віднесені законодавством України до відання органів суду і прокуратури; питання амністії та помилування; питання про вжиття державними органами України надзвичайних і невідкладних заходів щодо охорони громадського порядку, захисту здоров'я та безпеки громадян; питання, пов'язані з обранням, призначенням і звільненням посадових осіб, що належать до компетенції Верховної Ради України, Президента України та Кабінету Міністрів України» (ч. 3 ст. 5 Закону).

Встановлення додаткових, не передбачених Основним Законом обмежень щодо використання форм безпосередньої демократії слід було би, на перший погляд, визнати неконституційним кроком. Однак по суті норма ч. 3 ст. 5 Закону «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» побудована за логікою правової позиції Конституційного Суду України, процитованої раніш із Рішення від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000, в частині необхідності врахування при визначенні можливості проведення референдуму з того чи іншого питання конституційного принципу «здійснення органами державної влади своїх

повноважень у межах, установлених Конституцією України» та принципів правової держави.

Тому сьогодні можемо констатувати, що перелік питань, які не можуть бути винесені на всеукраїнський референдум, сформульований у ст. 74 Конституції України, ч. 3 ст. 5 Закону України «Про всеукраїнський та місцеві референдуми» та в Рішенні Конституційного Суду України від 27 березня 2000 р. № 3-рп/2000.

Соціальні права громадян та можливості їх захисту Конституційним Судом України¹

Видатний російський юрист Б. А. Кістяківський з приводу політико-правової природи конституції свого часу зауважив: «Сучасна держава заснована на компромісі, і конституція кожної окремої держави є компромісом, що примиряє різні прагнення найбільш впливових соціальних груп у цій державі»². Ці слова можна сміливо екстраполювати і на події із ухвалення Конституції України в 1996 році. Наповнений справжнім драматизмом кінець червня того року ще раз засвідчив, наскільки важко в роздмуханому різними ідеологічними течіями посттоталітарному суспільстві знаходити справжній компроміс з основних питань подальшого державотворення.

Особливим чином це стосувалось приборкання пристрастей, що інколи виникали між депутатами-рухівцями та комуністами. Досить яскравим є приклад із ухвалення парламентом ст. 20 (про державні символи) та ст. 135 (про Конституцію Автономної Республіки Крим). Нагадаємо, що наріжним каменем став статус Автономної Республіки Крим, що виражався в можливості мати півострову власну систему права (Основний закон та закони), на чому наполягали представники фракції Компартії, а з іншого — статус державних символів України як незалежної держави, чим особливо опікувались члени Народного руху України. Вихід вдалося знайти лише в результаті пакетного голосування³.

¹ Опубліковано в журналі «Публічне право» № 4 за 2011 рік (перша частина) та № 1 за 2012 рік (друга частина).

² Кістяковский Б. А. В защиту права (интеллигенция и правосознание) // Конституц. вестник. – 2010. – № 2. – С. 259.

³ Правда, під час першого «пакетного» голосування до складу спірних питань було також включено питання про процедуру призначення Прем'єр-міністра (далася взнаки позиція депутатів-центристів), але потім цей перелік зменшився до двох названих у результаті знаходження компромісу при розгляді статей Розділу VI Конституції «Кабінет Міністрів України. Інші органи виконавчої влади».

Що стосується блоку питань, присвячених правам людини, то з цього приводу особливих (порівняно із засадами конституційного ладу) проблем, судячи із стенографічних матеріалів, не виникало. Однак при цьому слід визнати і той факт, що наявність у складі парламенту 95 депутатів-комуністів (станом на початок роботи Верховної Ради 2 (13) скликання)¹ дозволило зробити каталог соціальних права максимально великим. При цьому парламентарії, вочевидь, керувались власним баченням категорії «соціальна держава», яку вони застосували до характеристики України в 1-й статті Основного закону.

Якщо ж брати до уваги твори видатних західних державознавців, то може виникнути ціла низка питань як до конституційної характеристики України як соціальної держави, так і до інтерпретації цих положень Конституційним Судом України.

Відомий німецький юрист Е. Р. Хубер, розмірковуючи над складовими соціальної правової держави, якою є за Основним законом 1949 року ФРН, зауважив, що «основними цінностями правової держави є життя, свобода та приватна власність. Їх захисту слугують інститути формальної правової державності, насамперед існуюча в правовій державі система законів. Основні ж цінності соціальної держави відображають інтереси широких верств населення. Цими цінностями є: забезпеченість існування, забезпеченість повноцінними робочими місцями і забезпеченість фізичною можливістю працювати за наймом»². Таким чином держава, охарактеризована в Конституції як соціальна, вже не може час від часу захищати та гарантувати соціальні потреби громадян. Така держава в сенсі Основного закону є «плануючою, управляючою, виробляючою, розподіляючою, ... такою, що робить можливим індивідуальне та соціальне життя»³. При цьому, як ми бачимо, надати конкретну характеристику означеним завданням не так уже і просто. Як відзначив з цього приводу Федеральний конституційний суд Німеччини, «принцип соціальної держави Основно-

¹ Стенограма пленарного засідання Верховної Ради України від 17 травня 1994 року: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://static.rada.gov.ua/zakon /sk12/BUL21/170594_05.htm.

² Хубер Э. Р. Правовое и социальное государство в современном индустриальном обществе // Политическая философия в Германии. – М. : Совр. тетради, 2005. – С. 178.

³ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. – М. : Юрид. лит., 1981. – С. 111.

го Закону (Конституції), як правило, не містить прямих вказівок до дії в силу своєї широти і невизначеності, які б могли застосовуватись судами без законодавчої основи в рядовому плані. Тому він менш доступний суддям для визначення змісту, ніж основні права; втілювати його в життя — в першу чергу завдання законодавця» (Рішення від 24 березня 2010 р.)¹.

Найбільш показовими в плані означених завдань держави є соціальні права, закріплені в конституційному тексті. Їх, як правило, характеризують як позитивні через те, що вони вимагають певних кроків з боку держави заради їх задоволення². Порівняно з ними права першого покоління, так звані «негативні» права, не вимагають таких позитивних дій держави. Заперечуючи проти цієї поширеної позиції, Ш. Госепат зауважує: «Положення, що права людини завжди мають бути здійсненими на практиці, а тому не може бути жодних соціальних прав людини, не виконується навіть для обох інших типів прав (свобод і прав участі в прийнятті політичних рішень). Жодне з прав людини не є значущим безумовно і без винятків... Чимало прав, включаючи свободи, потребують ресурсів, котрих у певних ситуаціях може бракувати або котрі можуть бути потрібні для чогось важливого (наприклад, для захисту іншої правової свободи)»³.

Загалом же ставлення до соціальних-«позитивних» прав на пост-радянському просторі суттєво різниться із баченням ролі держави у гарантуванні соціальних стандартів на ліберальному Заході. Як відзначає з цього приводу російська дослідниця Н. Варламова, у цих країнах «продовжує панувати соціалістична ідеологія прав людини, правда, дещо в пом'якшеному варіанті... Більшість посткомуністичних конституцій на формально-юридичному рівні не проводять різниці між особистими, політичними та соціальними права, гарантуючи, в принципі, їх рівний правовий захист»⁴. Що стосується української конституції, то ці слова чітко підтверджуються при прочитанні

¹ Байер Д. Прямое применение конституционных норм (размышления с немецкой позиции) // Конституц. правосудие. – 2011. – № 2. – С. 36.

² Ушацка А. Латвийская Республика // Конституционное право: восточноевроп. обозрение. – 2003. – № 1. – С. 75.

³ Госепат Ш. До обґрунтування соціальних прав людини // Філософія прав людини. – К. : Ніка-Центр, 2008. – С. 158.

⁴ Варламова Н. Введение // Конституционное право: восточноевроп. обозрение. – 2000. – № 1. – С. 145.

статті 22 Основного закону, в частинах 2 та 3 якої зазначається таке: «конституційні права і свободи гарантуються і не можуть бути скасовані»; «при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод» (до цих норм ми ще повернемося пізніше).

Ми не схильні поділяти крайньо-ліберальний підхід до соціальних прав. Звісно, що ставлення до цієї групи прав з боку конституцієдавця не повинне бути аналогічним ставленню до особистих прав. Слід завжди зважати на можливості держави в той чи іншій період розвитку суспільно-економічних відносин і з урахуванням цього надавати парламенту та Уряду розумну дискрецію. Однак і не слід впадати в іншу крайність, коли рівень соціальних стандартів раз і назавжди залишається конституційно недоторканим. Йдеться про ситуацію, коли деталізовані на рівні закону соціальні права не можуть бути в подальшому звужені за змістом чи обсягом.

В будь-якому разі при розгляді справ про захист того чи іншого права слід брати до уваги цінності, які покладені як в основу такого права, так і дій держави з його (права) обмеження. На сьогодні таким тенденційним явищем став захист соціальних прав крізь призму захисту людської гідності та права власності. Так, згідно з правовою позицією Конституційного суду Угорщини право на соціальне забезпечення передбачає забезпечення мінімального рівня соціальних виплат, гарантованих державою, що є необхідною умовою реалізації права на захист людської гідності¹ (правда, слід зауважити, що після ухвалення нової Конституції 25 квітня 2011 року (що набуде чинності з 1 січня 2012 року), підходи відносно захисту соціальних прав можуть бути суттєво змінені, адже відтепер Угорщина не повинна піклуватися про соціальні заходи для всіх громадян, а лише «має прагнути до соціального захисту всіх громадян»).

Що стосується другого аспекту, а саме захисту соціальних прав крізь призму непорушності права власності, то така практика набула поширення, зокрема, у діяльності Європейського суду з прав людини, який досить часто схильний розглядати порушення державою своїх соціальних зобов'язань як невиконання нею вимог статті 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини та основоположних

¹ Баги И., Теньи И. Венгерская Республика // Конституционное право: восточноевропей. обозрение. – 2003. – № 1. – С. 74.

свобод 1950 року¹. При цьому, як відзначається, Суд підходить до розгляду подібних соціальних питань достатньо обережно, детально досліджуючи економіко-правову природу системи пенсійного старування та ставлячи під конкретний захист лише ті з них, які засновані на індивідуальних пайових внесках².

В окремих випадках на це фундаментальне право при розгляді «пенсійних» питань посилаються і національні конституційні суди. Так, Конституційний суд Литви у своїй Постанові від 25 листопада 2002 року вказав на те, що зменшення призначеної і такої, що виплачується, пенсії суперечить конституційному праву на власність³. Хоча, звичайно, це є скоріш винятком, аніж правилом для пострадянських держав, де все ще домінуючою залишається солідарна система пенсійного страхування, за умов якої важко оцінити індивідуальний вклад кожного громадянина, який презентує на соціальні виплати⁴.

Безумовно, що за будь-яких умов конституювання соціальних прав дозволило їх розглядати як самостійну цінність. Як зауважив з цього приводу Конституційний суд Латвії, «якщо законодавець, використовуючи свою компетенцію при створенні і реалізації соціальної політики, а також установленні обсягу соціальних прав, включив у Конституцію соціальні права і зміст цих прав уточнив у законах, вони стали правами індивіда. Реалізації цих прав особа може зажадати від держави, а також може захищати ці свої права в суді»⁵.

Це саме конституювання ставить перед конституційними судами відому аксіологічну дилему — що має переважати на важелях терезів — фінансові можливості держави (чи, як у звучанні Конститу-

¹ Нуссбергер А. Развитие социальных прав на внутригосударственном и международном уровнях // Конституционный принцип социального государства и его применения конституционными судами. Сб. доклад. – М.: ИПиПП, 2008. – С. 310; Криюнова А. А. Защита социальных прав человека Европейским судом по права человека // Вестник Московского городского педагогического университета. Серия: Юридические науки. – 2010. – № 2. – С. 123.

² Там само.

³ Абрамовичус А. Литовская Республика // Конституционное право: восточно-европ. обозрение. – 2003. – № 1. – С. 84.

⁴ Ушацка А. Латвийская Республика // Конституционное право: восточноевроп. обозрение. – 2003. – № 1. – С. 79.

⁵ Решение Конституционного Суда Латвии от 19 марта 2002 года (дело № 2001-12-01): [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=3&mid=19>.

ційного трибуналу Польщі, «стабільність фінансових ресурсів») або ж гарантовані одного разу на рівні закону соціальні стандарти громадян?

Стосовно «стабільності фінансових ресурсів» не можемо не пригадати правову позицію вітчизняного Конституційного Суду, висловлену ним у справі про збалансованість бюджету: «В аспекті конституційного подання положення частини третьої статті 95 Конституції України “держава прагне до збалансованості бюджету України” у системному зв’язку з положеннями частини другої цієї статті, статті 46 Конституції України треба розуміти як намагання держави при визначенні законом про Державний бюджет України доходів і видатків та прийнятті законів, інших нормативно-правових актів, які можуть вплинути на доходну і видаткову частини бюджету, дотримуватися рівномірного співвідношення між ними та її обов’язок на засадах справедливого, неупередженого розподілу суспільного багатства між громадянами, територіальними громадами враховувати загальносуспільні потреби, необхідність забезпечення прав і свобод людини та гідних умов її життя» (Рішення від 27 листопада 2008р. № 26-рп/2008). Звичайно, важко, відштовхуючись лише від цієї правової позиції, зробити більш-менш чіткий висновок відносно того, як має діяти Суд у випадку із перевіркою на конституційність «пенсійних» питань. При цьому на заваді стоїть і як «неконкретність» самих категорій, використаних у тлумаченні («намагання... держави»), так і безсумнівна пріоритетність прав людини перед іншими конституційними цінностями та принципами державної політики (ч. 1 ст. 3 Конституції).

Загалом же можна ставити питання ще ширше — наскільки Конституційний Суд може виступати суб’єктом, що реалізує державну політику в соціальній сфері? При цьому нехай читача не дивує наша риторика, адже по-іншому охарактеризувати окремі правові позиції як вітчизняного Суду, так і органів конституційної юрисдикції зарубіжних держав із «соціальних» питань, аніж як політичні, не можна. Що стосується української практики конституційного судочинства, то можна пригадати правову позицію Суду, висловлену ним в одному із перших «соціальних» рішень: «Конституційний Суд України вважає, що вихід з критичної ситуації, яка склалася з бюджетним фінансуванням охорони здоров’я, не в запровадженні практично необмеженого переліку платних медичних послуг, а в зміні відповід-

но до названих положень Конституції України концептуальних підходів до розв'язання проблем, пов'язаних із забезпеченням конституційного права на медичну допомогу, — розробці, затвердженні та впровадженні відповідних загальнодержавних програм, у яких був би чітко визначений гарантований державою (у тому числі державним фінансуванням) обсяг безоплатної медичної допомоги всім громадянам у державних і комунальних закладах охорони здоров'я, запровадженні медичного страхування та ін.» (Рішення від 25 листопада 1998 року № 15-рп/98).

Не менш принциповим у подібній ситуації виявився і Конституційний Суд Латвії, коли визнав неконституційним обмеження пенсій працюючим пенсіонерам: «Ні Кабінет міністрів, ні Сайма не провели аналізу відносно того, якими були наслідки застосування оскаржуваної норми, якщо всі зайняті пенсіонери, пенсії яких перевищують 60 років на місяць, припинили б правові відносини зайнятості, і призначені їм пенсії слід було б виплатити в повному обсязі»¹. На підставі цих та інших доводів суд дійшов висновку про сумнівність застосовності оскаржуваної норми для досягнення необхідної мети.

До речі, дослідники відзначають, що з огляду на таку потенційно «політичну» роль Суду Швеція свого часу відмовилась від традиційної для Європи кельзенівської спеціалізованої моделі конституційного контролю². Додатковою причиною такого рішення стало те, що для шведської політико-правової системи вважається цілком прийнятним розгляд суду як інституту державної влади, «правої руки держави», а у зв'язку з цим — права рука не може скасовувати те, що створено лівою — законодавцем³.

З іншого боку, можемо спостерігати більш стриману позицію стосовно ролі органів конституційного контролю країн сталої демократії. Зазначена стриманість переважним чином проявляється в тому, що конституційні (верховні) суди достатньо обережно ведуть себе в ситуації із перевіркою на конституційність законодавчих актів із со-

¹ Решение Конституционного Суда Латвии от 19 марта 2002 года (дело № 2001-12-01): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=3&mid=19>.

² Гюфе О. Разум і право. Складові інтеркультурного правового дискурсу. – К. : Атерпрес, 2003. – 221 с.

³ Исаев М. А. Механизм государственной власти в странах Скандинавии. – М. : Городец, 2004. – 364 с.; Исаев М. А. основные формы конституционного контроля в странах Скандинавии // Государство и право. – 2003. – № 12. – С. 83.

ціальних питань. Достатньо показовою в цьому відношенні є права позиція Верховного Суду Ірландії: «Ступінь та способи, якими здійснюються повноваження держави зі збору доходів, а також цілі, на які витрачаються ці кошти, є постійним предметом політичних спорів і протиріч, попри те домінуюча роль у цій сфері двох державних органів, Уряду та Палати представників, сумніву не підлягає. Перегляд рішень Уряду або ж Палати Представників Ірландії у цій сфері означає для судів взяття на себе ролі, покладеної виключно на ці державні органи, причому суди, очевидно, не володіють достатніми засобами для виконання цієї ролі»¹. З цього приводу колишній суддя Федерального конституційного суду Німеччини К. Хессе зауважив: «Регулювання матеріальних праводомагань на участь² і пов'язане з цим питанням фінансування можуть бути тільки завданням законодавця, оскільки це ніколи не можна визначити, принаймні з точки зору переваги чи координації, через включення їх до більш детального планування и його здійснення; при цьому необхідно мати на увазі їх взаємодію». Відомий конституціоналіст вважав, що судді не можуть визначати у своїх рішеннях зміст цих прав, оскільки вони не здатні нести зобов'язання за державні зобов'язання, які мають підкріплюватись відповідним фінансуванням³. Така позиція є традиційною для німецької конституційно-правової доктрини: «Юрисдикція Конституційного суду не повинна позбавляти уряд і законодавця їх здатності до політичного вирішення. Через це може постраждати ефективність політичної системи». Суд, «не обмежуючи політику, повинен підпорядкувати її (особливо законотворчість) Конституції, і навіть якщо на його шляху виникають політичні цілі, він повинен через «судове самообмеження» здійснювати свою роль»⁴.

Державна політика завжди повинна мати певне стратегічне спрямування. Повертаючись до «дилеми конституційних терезів», можемо зазначити, що у вітчизняній конституційній юриспруденції вона

¹ Цит. за: Шайо А. Возможности конституционного контроля в сфере социальных прав // Конституционный принцип социального государства и его применении конституционными судами. Сб. доклад. – М. : ИПиПП, 2008. – С. 33–58.

² К. Хессе характеризував «позитивні» права як «права участі».

³ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. – М. : Юрид. лит., 1981. – 154 с.

⁴ Кляйн Ханс Х. Юрисдикция Конституционного суда и структура Конституции. От правового государства к конституционному государству // Государство и право. – 1999. – № 8. – С. 112.

завжди вирішується на користь захисту соціальних стандартів. При цьому Конституційний Суд не завжди намагається «повчати» законодавця, як йому бути в тій чи іншій ситуації із вирішенням питання про реформування соціального законодавства. Скоріше, з урахуванням процитованих раніше позицій органів конституційної юрисдикції щодо ролі подібних органів у вирішенні політичних питань його ставлення можна охарактеризувати як принципове і водночас стримане. Принциповість полягає в тому, що Суд завжди, посиляючись на норму частини 3 статті 22 Конституції, не допускає навіть мінімальної можливості зниження таких стандартів (хоча коректніше слід було означати ці речі як соціальні права, попри те, як буде показано далі, Суд не завжди проводить водорозділ між таким супутніми категоріями, як права та пільги у соціальних питаннях). Під стриманістю позиції Суду ми розуміємо відсутність конкретних економіко-політичних контраргументів у позиціях Суду щодо рішень законодавчої влади у сфері соціального забезпечення.

Щодо славнозвісної конституційної норми про неможливість обмеження змісту та обсягу існуючих прав при прийнятті нових та зміні чинних законів та можливості застосування цієї норми хотілось би висловити низку міркувань.

По-перше, аналіз стенографічних матеріалів засідань парламенту, присвячених прийняттю Конституції, не дає чіткого підґрунтя для формулювань конкретних висновків та рекомендацій по використанню означеної норми. Обривчасті фрази основного доповідача, народного депутата М. Сироти та головуючого на засіданнях О. Мороза змушують сумніватись у розумінні самими парламентаріями глибинного сенсу схвалюваної норми. Так, доповідач достатньо лаконічно на засіданні Верховної Ради охарактеризував необхідність запровадження згаданого правила: «Для посилення правового захисту людини до статті 22 розділу “Права, свободи та обов’язки людини і громадянина” було включено положення такого змісту: “При прийнятті нових законів або змін та доповнень до діючих законів не допускається звуження існуючих прав і свобод”. Вона посилює гарантії». Головуючий звертався до цієї норми неодноразово, кожного разу, коли намагався стримати депутатів започаткувати в майбутньому тексті Конституції чергову гарантію: «У статті 22 записано, що в Україні не допускається звуження будь-яких прав при прийнятті нових законів.

Не можуть бути зменшені права (навіть у цій Конституції), які діяли раніше. А все описати, все охопити не можна... Звертаю вашу увагу на статтю 22, яку ми проголосували. У третій частині говориться: «При прийнятті нових законів або змін та доповнень до діючих законів не допускається звуження існуючих прав та свобод». Зроблено застереження на всякий випадок для всіх статей».

Тому остаточно все-таки важко збагнути — чи поширюється ця норма виключно на норми Конституції («зроблено застереження для всіх статей»), чи йдеться як про зміст прав, зафіксований у Конституції, так і про його деталізацію на рівні поточного законодавства («не допускається звуження будь-яких прав»)¹? Принаймні можна зробити проміжкові висновки щодо того, що зазначена засада конституційного статусу людини повинна спрацьовувати передусім щодо прав людини, зафіксованих в Основному Законі.

Разом з тим одним із головних правил інтерпретації конституційного тексту залишається необхідність аналізу норми, яка має тлумачитись, у системному зв'язку з іншими положеннями. І тут ми можемо використати два підходи. Перший, формальний, стосується розуміння категорії «існуючі» (хоча скоріше буде йтись не просто про системний, а про системно-граматичний підхід). В основному Законі ця категорія застосовується п'ять разів: «існуючий кордон» (ч. 3 ст. 2); «існуючих прав» (ч. 3 ст. 22); «існуюча мережа закладів охорони здоров'я» (ч. 3 ст. 49); «існуючий порядок арешту» (п. 13 Перехідних положень); «існуючих військових баз» (п. 14). Очевидно, що принаймні в чотирьох не згаданих до того нормах категорія «існуючий (існуючі)» має конкретне темпоральне навантаження: за рахунок використання цієї категорії вказується на конкретний момент — час ухвалення Конституції України. Хоча такий підхід і є надзвичайно спрощеним, попри те, на наше переконання, може бути взятий до уваги.

По-друге, категорію «існуючі права» можна розглядати як такі, що є змістом реальних правовідносин, тобто заради реалізації їх громадяни вже вступили у правовідносини. Конституційний Трибунал Польщі характеризує такі права як «набуті»: «Згідно з принципами

¹ З особистих бесід з колишніми народними депутатами, які були активними учасниками конституційного процесу, автор зробив для себе висновок, що парламентарії, насамперед представники лівих політичних сил, за допомогою цієї норми намагались раз і назавжди захистити всі соціальні стандарти, не допустивши їх зменшення в подальшому.

захисту набутих прав забороняється зміна соціальних прав, уже наданих окремим громадянам»¹.

У контексті останньої тези вкрай важливим є встановлення системних зв'язків між нормою ч. 3 ст. 22 Конституції, нормами про соціальні права та характеристикою України як правової держави (ст. 1), у якій визнається і діє принцип верховенства права (ч. 1 ст. 8). При цьому в основу мають бути взяті такі засади правової державності, як принцип співмірності обмежень реалізації конституційних прав і свобод, принцип правової довіри та правової передбачуваності.

Принцип співмірності досить часто використовується органами конституційного судочинства у «соціальних» справах. Так, у вищезгаданому рішенні Конституційного Суду Латвії від 19 березня 2002 року була висловлена така важлива позиція: «Принцип співмірності встановлює, що у випадку, якщо публічна влада обмежує права і законні інтереси особи, слід дотримуватись розумної рівноваги між інтересами особи і держави або суспільства. Для оцінки того, чи відповідає прийнята законодавцем правова норма принципу співмірності, слід з'ясувати: по-перше, чи застосовані використані законодавцем засоби для досягнення легітимованої цілі; по-друге, чи необхідна така дія, тобто чи не можна досягти мети іншими засобами, які менше обмежують права і законні інтереси індивіда; по-третє, чи є діяльність законодавця співмірною або відповідною, тобто чи є користь, що отримує суспільство, більшою за збиток, заподіяний правам і законним інтересам індивіда»². Наскільки той чи інший орган конституційного судочинства буде використовувати зазначений принцип при розгляді соціальних питань, залежить від того, наскільки він займає активну позицію щодо вироблення при розгляді зазначених питань власного бачення ефективності державної політики в соціальній сфері. Хоча, безумовно, за будь-яких умов контролюючий орган повинен пересвідчитись у тому, чи не зачіпається відповідним соціальним законом основний зміст того чи іншого конституційного права.

Теорія «основного змісту права» є ще одним достатньо нетрадиційним питанням для вітчизняної конституційної юриспруденції.

¹ Гарлицкий Л. Республика Польша // Конституционное право: восточноевроп. обозрение. – 2003. – № 1. – С. 86.

² Решение Конституционного Суда Латвии от 19 марта 2002 года (дело № 2001-12-01): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=3&mid=19>.

Найбільш кардинально з цього приводу (в контексті захисту соціальних прав) висловився вже згадуваний нами німецький державознавець Е. Р. Хубер: «Інституційна гарантія соціальної держави... допускає реформи соціальних законів, але ні в якому разі їх повну ліквідацію, яка потягла б за собою сповзання до суспільства повної конкуренції... (така гарантія. — Ю. Б.) на конституційно-правовому рівні виключає саму можливість того, що законодавча влада піддається соціальному утопізму класичного лібералізму, згідно з яким здоровий соціальний порядок виникає в умовах радикальних індивідуальних свобод сам по собі, за законом гармонічної рівноваги сил, без якого б то державного соціального втручання»¹.

Щодо його конкретного, так би мовити правозастосовчого сенсу, то досить активно підхід «основного змісту права» використовував і використовує польський Конституційний Трибунал. Зокрема, він указував на те, що свобода законодавця в питанні регламентації соціальних прав не є необмеженою. Останнє означає, що «встановлюючи спосіб визначення обсягу виплат, закон повинен гарантувати громадянам, що мають право на їх отримання, прожитковий мінімум, щоб забезпечити задоволення їх основних потреб»².

У цьому зв'язку не можемо не згадати про дещо аналогічну до норми ч. 3 ст. 22 Основного Закону України норму ч. 2 ст. 55 Конституції Росії («У Російській Федерації не повинні видаватися закони, що скасовують або применшують (рос. — «умаляют»³) права і свободи людини і громадянина») та розуміння останньої в науці та практиці. З одного боку, маємо позицію вчених, які вважають, що «применшующий» («умаляющий») означає законодавче встановлення у сфері відповідних прав та свобод міри свободи, меншої, ніж необхідно з точки зору основного змісту цих прав і свобод»⁴. Або ж, як на думку В. В. Лапаєвої, «коли ми говоримо про применшення, то маємо

¹ Хубер Э. Р. Правовое и социальное государство в современном индустриальном обществе // Политическая философия в Германии. — М. : Современ. тетради, 2005. — С. 187.

² Гарлицкий Л. Л. Польский Конституционный Трибунал и социальные права // Конституц. право: восточноевропей. обозрение. — 2000. — № 1. — С. 160.

³ Головащук С. І. Російсько-український словник сталих словосполучень. — К. : Наук. думка, 2001. — 640 с.

⁴ Конституция Российской Федерации. Проблемный комментарий / под ред. В. А. Четвернина. — М., 1997. — 9 с.

на увазі зміну не кількісних, а якісних характеристик об'єкту. Тому термін “применшення” застосуємо лише до основного змісту конституційних прав, що виражає сутнісні, тобто якісні, характеристики цих прав, і означає зменшення їх критерійної і регулятивної ролі для поточного законодавства, девальвацію їх цінності для правової системи і т. д.»¹.

При цьому вказується на те, що запровадженням цього конституційного припису «створені умови, що виключають довільну зміну основних прав громадян, а також видання законів, що скасовують або зменшують права і свободи людини і громадянина. Їх відміна або применшення (*«умаление»*) неправомірні і у зв'язку з тим, що Конституція Росії визнає пріоритет міжнародного права над внутрішнім»².

З іншого боку, маємо іншу позицію прихильників теорії поширювального тлумачення вказаної норм: «Применшення законом прав і свобод у даному контексті може означати необґрунтоване обмеження їх об'єму або дії в колі осіб, у часі, скорочення гарантій або усікання механізмів правового захисту і тому подібне Положення (ч. 2 ст. 55 Конституції РФ. — Ю. Б.) в рівній мірі поширюється і на підзаконні нормативні акти»³. До речі, подібну позицію щодо змісту норми про неможливість обмеження існуючих прав і свобод займає і вітчизняний Конституційний Суд.

Тому певним чином «основний зміст» права на соціальний захист (ст. 46 Конституції) можна визначити через припис частини 3 статті, у якій закріплено це право: «Пенсії, інші види соціальних виплат та допомоги, що є основним джерелом існування, мають забезпечувати рівень життя, не нижчий від прожиткового мінімуму, встановленого законом».

Інша важлива складова системного підходу, яка також пов'язана із розуміння сенсу правової державності, є необхідність при ухваленні соціальних рішень дотримуватись принципу правової передбачу-

¹ Лапаева В. В. Проблема ограничения прав и свобод человека и гражданина в Конституции РФ (опыт доктринального осмысления) [Електронний ресурс] // Журн. рос. права. – 2005. – № 7. – Режим доступу: <http://www.lawmix.ru/comm/537>.

² Конституция Российской Федерации. Комментарий / под общ. ред. Б. Н. Топорина, Ю. М. Батурина, Р. Г. Орехова. – М. : Юрид. лит., 1994. – 285 с.

³ Комментарий к Конституции Российской Федерации [Електронний ресурс] / под общ. ред. Л. В. Лазарева. – ООО «Новая правовая культура», 2009 г. – Режим доступу: <http://constitution.garant.ru/science-work/comment/5366634/chapter/2/#55>.

ваності, а також тісно пов'язаною з цією засадою, принципом правової довіри. Наведемо з цього приводу найбільш показові правові позиції органів конституційного контролю.

Так, Конституційний Суд Литовської Республіки в одному із своїх рішень указав на те, що «встановивши законом види пенсій, коло осіб, що мають право на пенсію, розмір та умови отримання цих пенсій, держава, здійснюючи соціальне забезпечення, повинна дотримуватись конституційних принципів правової визначеності і захисту законних очікувань. Тому зміна правового регулювання, в результаті якого погіршується пенсійне забезпечення, можливе лише в тому разі, коли в державі склалась особлива ситуація для захисту інших конституційних цінностей»¹.

Більш конкретно в подібній ситуації висловився Конституційний Суд Латвії при розгляді закону, який суттєвим чином обмежував розмір виплат працюючим пенсіонерам: «Особа, що отримала статус пенсіонера до 5 серпня 1999 року, тобто до моменту, коли Саейма перший раз передбачила в Законі про пенсії обмеження для зайнятих пенсіонерів, планувала своє майбутнє у зв'язку з тими правами, які Закон про пенсії їм надавав. Ці пенсіонери могли брати на себе цивільні правові зобов'язання в обсязі, який допускали б їх доходи в загальному розмірі як призначеної пенсії, так і отриманої зарплати. Запровадження обмежень у достатньо короткий проміжок часу — вже з 1 січня 2000 року — також позбавило зайнятих пенсіонерів можливості належним чином перебудувати своє життя»².

Конституційний Суд Російської Федерації неодноразово звертав увагу законодавця на необхідність дотримання в процесі реформування соціальної сфери такого важливого моменту, як обов'язковість встановлення періоду («розумних строків»), що необхідний для суб'єктів соціального забезпечення пристосуватись до нових умов. Так, у постанові від 3 липня 2004 року № 11-П/2004 Суд указав на те, що принципи правової та соціальної держави передбачають існування «правової визначеності і пов'язаної з нею передбачуваності законодавчої політики у сфері пенсійного забезпечення, що необхідно для

¹ Абрамавичус А. Литовская Республика // Конституционное право: восточно-европ. обозрение. — 2003. — № 1. — С. 84.

² Решение Конституционного Суда Латвии от 19 марта 2002 года (дело № 2001-12-01): [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://www.satv.tiesa.gov.lv/?lang=3&mid=19>.

того, щоб учасники відповідних правовідносин *в розумні строки* могли передбачити наслідки своєї поведінки і бути впевненими в тому, що набуте ними на основі чинного законодавства право буде поважатися владою і буде реалізовано, тобто у незмінності свого офіційно визнаного статусу, набутих прав, справжності державного захисту». Вочевидь, що, говорячи про передбачуваність, ідеться також і про надання громадянам можливості адаптуватись до нових умов шляхом встановлення перехідного періоду, на який зберігатиме свою дію стара редакція відповідного «соціального» закону.

Не можемо в цьому контексті не згадати і про одне із останніх рішень Конституційного Суду Румунії. Суд визнав таким, що відповідає Конституції, закон, спрямований на реформування пенсійної системи, одним із ключових положень якого було поетапне збільшення пенсійного віку для чоловіків та жінок до 65 років. Правда, в першому випадку перехід має відбутись до 2015 року, а в ситуації із пенсійним віком жінок він має бути остаточно встановлений на вказаному рівні до 2030 року¹.

Ще одним із важливих питань, яке ми не можемо оминати увагою, це питання про конституційно-правовий статус пільг. Чинна Конституція згадує про пільги лише двічі: перший раз, коли йдеться про забезпечення рівності прав чоловіків та жінок шляхом надання останнім пенсійних та пільг (ч. 3 ст. 24), другий — про встановлення пільг учням та студентам як одна із гарантій доступності та безоплатності освіти, які має забезпечити держава (ч. 3 ст. 54)

Що стосується наукової розвідки стосовно пільг, то безперечно, що найбільших успіхів у цій царині досягла саратовська школа права під керівництвом проф. О. В. Малько². Одним із результатів дослідження стало встановлення найбільш суттєвих рис пільг як правової категорії. Зокрема відзначається, що пільги — це перш за все «елемент спеціального правового статусу особи, механізм доповнення основних прав і свобод суб'єкта особливими, специфічними можливостями

¹ Romania: to the law on retirement age increase to be. Decision of Constitutional Court isn't subject to the appeal [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://attorney-online.info/news/romania_to_the_law_on_retirement_age_increase_to_be_decision_of_constitutional_court_isn_t_subject_to_the_appeal/2010-10-07-24.

² Малько А. В., Морозова И. С. Льготы в российском праве (проблемы теории и практики). – Саратов : СГАП, 2004. – С. 22–24.

юридичного характеру»¹. Точки зору щодо подібної субсидіарної природи інституту пільг дотримується і Конституційний Суд Росії. У своїй практиці ним була вироблена правова позиція, згідно з якою «пільги — це не право, а засіб, інститут їх гарантування в тій чи іншій специфічній ситуації (особливості соціально-демографічного чи фізичного стану суб'єктів соціальних прав, їх територіальна приналежність). Норми, спрямовані на підвищення соціального захисту певної групи громадян, не можуть розглядатись як такі, що порушують конституційні права і свободи. Скасування пільг не означає скасування чи применшення конституційних прав, оскільки цей статус забезпечував тільки пільговий порядок реалізації прав»².

Вважаємо, що такий підхід є цілком виправданим з огляду на неможливість абсолютно надмірного поширення конституційних гарантій непорушності на всі елементи правового статусу людини. В кінцевому рахунку, це б перетворило Конституцію на суто політичний документ економіко-соціального розвитку країни, а Суд — на орган первинного представництва, який би замість законодавця вирішував питання доцільності запровадження тих чи інших соціальних заходів. Переконані, що подібний водорозділ між «правами» та «пільгами» повинен існувати і в практиці вітчизняного органу конституційної юрисдикції.

Підсумовуючи вищенаведений аналіз, можемо зазначити таке. Українська влада постійно намагається експериментувати із питаннями соціального забезпечення. І це цілком природно, як для країни із нестійкою економікою та незначними фінансовими ресурсами. Натомість таке «експериментування» не завжди носить прогресивний характер, особливо напередодні чергової виборчої кампанії. Сьогодні ми стоїмо перед складним вибором — залишатись із старою радянською системою солідарного пенсійного забезпечення, яка за роки незалежності «обросла» усілякими пільговими категоріями пенсіонерів, чи поступово переходити на повноцінне пенсійне страхування. Така дилема не зможе бути вирішена безболісно. Вочевидь, що після 20 років незалежності буде вкрай важко не тільки перебудувати економіко-правову складову системи соціального захисту (що слід

¹ Малько А. В. Льготы в праве: общетеоретический аспект // Правоведение. — 1996. — № 1. — С. 37–47.

² Бондарь Н. С. Конституционный императив социальных прав // Конституц. право: восточноевроп. обозрение. — 2002. — № 2. — С. 222.

було робити на початку незалежного поступу), але й змінити стереотипне мислення щодо названого питання з боку громадян.

Конституційне право — це непросте питання, більше турбує з точки зору можливості трансформації правових позицій Конституційного Суду України в частині гарантування соціальних прав громадян. На сьогодні ми маємо майже стовідсотково сформовану юридикційну доктрину, якою передбачається неможливість будь-якого реформування у бік зменшення розміру соціальних виплат та кола осіб, яких вони стосуються (сюди ж можемо додати і збереження різного роду пільг). Фактично в інтерпретації Суду принцип соціальної державності набув свого максимального значення, трансформувавши ліберальну-правову конституційну ідеологію (принаймні про можливість запровадження останньої в політико-правову практику ціла низка норм Основного Закону) на суто патерналістську. Нам би не хотілось, щоб ці слова розглядались як певне звинувачення в бік самих суддів. Навпаки. Скорше вони стали «заручниками» тієї непослідовності у викладенні конституційного тексту та дивної компромісності окремих приписів Основного Закону, яку ми отримали в результаті конституційної ночі 27–28 червня 1996 року. Інша справа, чи може Суд видозмінити своє ставлення до цієї проблематики. Принаймні приклади з практики конституційного судочинства західних країн дають нам можливість стверджувати про наявні альтернативні шляхи вирішення в Суді «пенсійних» питань. Принциповими в цьому контексті залишаються декілька речей.

По-перше, це неможливість зниження соціальних стандартів до рівня, коли можна буде стверджувати про посягання на сутність того чи іншого конституційного права. Це має як суто конституційне, так і державно-політичне значення. Не слід забувати, що важливою складовою інституту «громадянськості» є система державного соціального забезпечення. Як абсолютно слушно з цього приводу зазначає французький дослідник П. Розанваллон, «соціальні виплати важливі і для того, щоб люди відчували себе громадянами однієї країни; вони є втіленням соціальних взаємозв'язків і по-своєму свідчать про наявність певної рівності між громадянами»¹.

По-друге, слід визнати за парламентом та Урядом можливість трансформувати соціальну політику. Однак, по-третє, така трансфор-

¹ Розанваллон П. Новый социальный вопрос. Переосмысливая государство всеобщего благоденствия. – М. : Ad Marginem, 1997. – 86 с.

мація має відбуватись із дотримання принципів правової визначеності та правової довіри. Громадяни мають розуміти і усвідомлювати значимість власної суверенної державності не тільки з точки зору можливості фізичного захисту, але й з позиції можливості довгострокового планування свого життя, важливою складовою якого є матеріальна складова.

І нарешті, по-четверте. Сенс правової соціальної¹ державності полягає не тільки в створення державних гарантій існування відповідних соціальних гарантій. Іншою важливою засадою має стати відчуття відповідальності людини за власне життя та здоров'я. І в цьому зв'язку, як демонструє нам приклад практика Конституційного Трибуналу, немаловажну роль можуть відіграти органи конституційного судочинства, як найбільш авторитетні в державі та суспільстві інституції з утвердження конституційних принципів та цінностей. Так в одному із своїх рішень стосовно державного гарантування права на охорону здоров'я Трибунал чітко зацентрував на важливості індивідуальної відповідальності громадян за власну долю: такі гарантії «не слід розуміти як повне зняття з громадян турботи про охорону здоров'я, звільнення їх від передбачливості, турботливості та економії, а також повного перенесення на державу всього ризику несприятливих для громадян явищ».² Існуюча система соціального захисту, а саме головне її незрозуміла непохитність, не повинна перетворити цілий прошарок громадян із соціально активних індивідів у певну різновидність «соціальних інвалідів»³.

¹ В цьому контексті ми поділяємо позицію І.В. Яковюка щодо недоцільності виокремлення на конституційному рівні (шляхом розподілу із застосуванням коми) правової та соціальної сутності сучасної держави [34].

² Гарлицкий Л.Л. Польский Конституционный Трибунал и социальные права // // Конституционное право: восточноевроп. обозрение. – 2000. – № 1. – С. 159.

³ Розанваллон П. Новый социальный вопрос. Переосмысливая государство всеобщего благоденствия. – М.: Ad Marginem, 1997. – 103с.

Ключові напрями конституційної політики в галузі імплементації міжнародних стандартів прав людини¹

Одним із нових з методологічної точки зору понять у юридичній науці є поняття «правова політика». Методологічна новизна цієї категорії полягає в тому, що вона дозволяє по-новому подивитися на змістовну спрямованість у діяльності суб'єктів права, насамперед, з точки зору основної мети такої діяльності, а саме побудови правової держави². Немаловажним у цьому контексті є не тільки вироблення системи конкретних заходів по досягненню означеної мети, але й чітке усвідомлення складових цього вкрай важливого для подальшої розбудови державності поняття.

Зупинимось лише на одній із ключових позицій, а саме необхідності утвердження та забезпечення основних прав людини. З цього приводу можемо зазначити, що важливою подією на цьому шляху стало прийняття Конституції України, яка закріпила новий правовий порядок та визначила такі пріоритети у правовій політиці нашої держави, як гарантування людської гідності (ст. 21), невичерпність прав та свобод (ст. 22), забезпечення вільного розвитку особистості (ст. 23) і т. д. По суті, ми можемо говорити про повноцінну конституційну політику, безперечною складовою якої є утвердження міжнародних стандартів у галузі прав людини.

Те, що міжнародні стандарти мають свій вплив на правову політику у сфері прав людини, можна судити як за формальними, так і за змістовними моментами. Що стосується останніх, то багато із положень Загальної декларації прав людини 1948 р., Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 р. та інших важливих

¹ Опубліковано в кн.: Вісник Академії правових наук України. – 2009. – № 1 (56). – С. 48–54.

² Див.: Матузов Н. И. Правовая политика: сущность, концепция, реальность // Рос. прав. политика. – М., 2003. – С. 77.

міжнародних документів були в той чи іншій спосіб відтворені у статтях вітчизняного Основного Закону. Прикладом є вже згадуване нами положення ст. 21, основою якого послужила ст. 1 Загальної декларації прав людини.

Стосовно формальної сторони, яка по суті стала основою конституційної політики у сфері імплементації міжнародних стандартів прав людини, можемо зауважити таке. Насамперед, згідно з ч. 1 ст. 9 Конституції України ратифіковані міжнародні договори визнаються частиною національного законодавства України. При цьому чітко окреслюється співвідношення міжнародних угод із Конституцією України. З одного боку, міжнародні договори не можуть суперечити Основному Закону. Про це свідчить закріплене за Конституційним Судом України повноваження з перевірки на відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість (ч. 1 ст. 151 Конституції), а також нормативний припис ч. 2 ст. 9 про те, що «укладення міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України».

З другого боку, з огляду на норму ч. 2 ст. 9 та на положення ч. 2 ст. 8 Основного Закону («закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй») можемо зробити висновок, що міжнародні договори є достатньо самостійним порівняно із Конституцією інструментом правової політики. При цьому гарантується відсутність конкуренції між договорами та Основним Законом.

Своєрідним підтвердженням такого висновку може бути положення ч. 2 ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 р.: «Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору».

Таким чином, в ієрархічній побудові внутрішньої системи права ратифіковані міжнародні договори посідають особливе місце. Втім їх правова природа та специфічність змісту вимагають особливих підходів до забезпечення їх повноцінної та максимально ефективної реалізації у внутрішньому праві. Перш за все йдеться про прийоми

нормативної техніки, які використовуються при написанні міжнародно-правових договорів.

Так, згадуючи неодноразово міжнародні стандарти в галузі прав людини, ми маємо на увазі той факт, що в багатьох із подібного роду спеціалізованих міжнародних угод основоположні права людини формулюються в найбільш концентрованій формі, що дає змогу, з одного боку, чітко усвідомити найбільш загальні риси такої стандартизованої можливості людини, а з другого — гарантувати певну варіативність (звичайно, в окреслених формулюваннях права межам) для держави — учасниці відповідної угоди у виборі найбільш оптимальних (з урахуванням національних особливостей політико-правового життя) форм і способів забезпечення та захисту того чи іншого права.

Втім, ми можемо спостерігати ситуацію, коли в окремих випадках подібного роду документи, що стосуються прав людини, укладаються у формі зобов'язань країни, яка є стороною нового договору чи приєднується до вже існуючого. Як приклад можемо навести «горезвісну» Європейську хартію регіональних мов або мов меншин, прийняту в межах Ради Європи 5 листопада 1992 р. Складність шляху, який пройшов цей документ, перш ніж стати складовою національного законодавства, полягає в тому, що він був двічі ратифікований Верховною Радою України (вперше 24.12.1999 р., вдруге — 15.05.2003 р.). При цьому причиною проведення повторної ратифікації стало рішення Конституційного Суду України у справі про ратифікацію Хартії про мови від 12.07.2000 р. № 9-рп/2000, яким Суд визнав перший закон про ратифікацію неконституційним через недотримання конституційної процедури ратифікації міжнародних угод, а саме промульгацію закону про ратифікацію Хартії Головою Верховної Ради України замість Президента України.

Другий «ратифікаційний» крок видався більш вдалим. Маємо зазначити, що парламент ратифікував Хартію із деякими застереженнями, які за своїм змістом означають взяття на себе Україною лише певної частки зобов'язань із тих напрямків мовної політики, які передбачені документом.

Повертаючись до тези про «зобов'язальний» характер положень Хартії, можемо навести такі приклади. Так, у п. 1 ст. 8 Хартії передбачається, що «стосовно освіти Сторони зобов'язуються, в межах території, на якій такі мови використовуються, відповідно до стану

кожної з таких мов і без шкоди для викладання офіційної мови (мов) держави: передбачити можливість надання дошкільної освіти відповідними регіональними мовами або мовами меншин; або передбачити можливість надання суттєвої частини дошкільної освіти відповідними регіональними мовами або мовами меншин...».

Отже, для того, щоб ці положення отримали належний механізм реалізації, необхідним було прийняття цілої низки законів та відповідних підзаконних актів. Це пов'язано як із тим, що подібного роду соціальні зобов'язання повинні бути підкріплені конкретними організаційними заходами з боку держави, так і з необхідністю більшої конкретизації цих норм для суб'єктів права, які мають застосовувати ці положення з точки зору порядку реалізації наданих їм можливостей.

Натомість, не врахувавши перелічених факторів, ми отримали ситуацію, коли Хартія замість засобу переорієнтації мовної політики та мовних прав громадян стала справжнім інструментом політичного протистояння на регіональному рівні. Відразу низка обласних (зокрема Херсонська, Луганська) та міських (зокрема Харківська, Севастопольська) рад визнала за російською мовою статус регіональної. Як наслідок — судові позови, за результатами розгляду яких рішення органів місцевого самоврядування були визнані незаконними.

Достатньо показовою в цьому контексті виглядає аргументація судових рішень. Так, Вищий адміністративний суд України, виносячи ухвалу у справі № К-789/07 за касаційною скаргою Херсонської обласної ради, зауважив наступне. «Хартія як акт міжнародного права не визначає статусу регіональних мов або мов меншин, а містить перелік цілей і принципів, відповідно до яких кожна держава (яка є стороною Хартії) бере на себе зобов'язання покладати в основу своєї політики, законодавства і практики захист цих мов». Окрім цього, з огляду на те, що «Конституційний Суд України у своєму рішенні від 14.12.1999 р. по справі № 1-6/99 зазначив, що використання російської та інших мов національних меншин України визначається виключно законами України», а також з урахуванням припису ч. 2 ст. 19 Конституції України, Вищий адміністративний суд України підтримав рішення попередніх судових інстанцій, відповідно до яких «рада, приймаючи рішення «Про надання російській мові статусу регіональної на території Херсонської області», вийшла за межі на-

даних їй повноважень, чим порушила конституційний принцип законності діяльності органів місцевого самоврядування»¹.

Аргументи судів змушують нас звернути увагу на проблеми, які існують на шляху імплементації норм укладених міжнародних угод, особливо тих із них, які стосуються реалізації громадянами своїх прав та їх гарантування.

І одним із головних серед цих проблемних питань є відсутність чіткої конституційної політики з питань імплементації міжнародних стандартів у вітчизняну правову систему. Насамперед, відмічаємо певну хаотичність у цьому процесі, зокрема, і з ідеологічної точки зору. Приклад із ратифікацією та застосуванням Європейської хартії регіональних мов або мов меншин дає нам підстави стверджувати, що в окремих випадках українські політики, не маючи мужності вирішити те чи інше складне питання за допомогою «внутрішніх» засобів правового регулювання, починають звертатися до міжнародних джерел, інструментальний потенціал яких, в силу їх особливої правової природи, є дещо меншим від того, які мають внутрішньоправові засоби. Так трапилось і з «мовним» питанням, яке вже за декілька передвиборчих кампаній стало занадто заполітизованим.

Натомість, за умов нездатності (чи небажання) врешті-решт прийняти новий закон «Про мови» (прикро нагадувати про те, що у цих питаннях ми до цього часу мусимо керуватися законом УРСР «Про мови в Українській РСР» від 28 жовтня 1989 р.), політики вдаються до ратифікації міжнародно-правового акта, який через декларативність його положень просто приречений за існуючих політико-правових умов залишитись актом без реального механізму дії чи перетворитись на інструмент політичного протистояння.

Про певну хаотичність свідчить і той факт, що в умовах невизначеності із системою мовних прав громадян і мовної політики взагалі ми визнали обов'язковість міжнародно-правового акта, який неоднозначно сприймається на Європейському континенті. Достатньо зазначити, що Конституційна рада Франції стала на заваді ратифікації Хартії з огляду на те, що надання мовам національних меншин

¹ Див.: Ухвала ВАСУ від 27 серпня 2008 р. у справі № К-789/07 за касаційною скаргою Херсонської обласної ради [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/pls/apex/f?p=204:2:3733434839808133::NO::P2_DC_ID,P2_DC_HASH:10003316902%2C432311DDAFF359248A5B6068E75D2DF3&cs=1C04AD A55C435BCD87176A6F61EF8C650.

особливих прав на офіційне використання є порушенням «конституційних принципів, а саме: принципу цілісності Республіки, принципу рівності перед законом та принципу єдності французького народу»¹, а також порушенням такої засади конституційного ладу, як визнання за французькою мовою статусу державної («мови Республіки»). Стосовно останньої позиції Конституційна рада вказала, що в разі прийняття ратифікаційного акта інші мови завдяки Хартії зможуть використовуватись окрім приватної сфери життя ще й у судочинстві, діяльності адміністративних органів та публічних служб².

Тому більш раціональною і продуктивною ми вважаємо ситуацію, коли процес ратифікації буде відбуватись одночасно із внесенням змін до відповідних законодавчих актів, або ж коли після підписання міжнародного договору спочатку будуть внесені відповідні зміни до чинного законодавства, а вже потім відбудеться процес ратифікації. Саме це, наприклад, трапилось із ратифікацією Європейської конвенції про громадянство: приєднання до конвенції мало місце у 2003 р., у 2005 р. були внесені відповідні зміни до Закону України «Про громадянство» (закон від 16 червня 2005 р.), а закон про ратифікацію конвенції був прийнятий 20 вересня 2006 р.

У цьому контексті відмічаємо необхідність дотримання в кожному випадку приписів ч. 7 ст. 9 Закону України «Про міжнародні договори України»: «якщо на ратифікацію подається міжнародний договір, виконання якого потребує прийняття нових або внесення змін до чинних законів України, проекти таких законів подаються на розгляд Верховної Ради України разом з проектом закону про ратифікацію і приймаються одночасно».

Другим, порівняно із «ратифікаційним», напрямом конституційної політики є визнання за практикою Європейського суду з прав людини характеру джерела права. У прийнятому 6 липня 2005 р. Кодексі адміністративного судочинства України була закладена досить прогресивна норма, відповідно до якої «суд застосовує принцип верховенства права з урахуванням судової практики Європейського Суду з прав людини» (ст. 8). Таким чином, ми отримали не зовсім традиційне для нашої правової системи джерело.

¹ Див.: Гердерен М. Європейське право. – К., 2008. – С. 38.

² Див.: Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 // Journal officiel. – 1999. – 18 juin. – P. 8964.

Ще даліше в цьому напрямі пішли законодавці, ухваливши 23 лютого 2006 р. Закон «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»: у ст. 17 Закону передбачається, що «суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права».

При цьому постає питання — за яких умов сприйняття європейських правових доктрин у галузі прав людини буде адекватним вітчизняним політико-правовим реаліям, а ефективність від застосування європейських стандартів прав людини буде максимально ефективною та корисною для розбудови на теренах України демократичної та правової держави?

Йдеться, насамперед, про те, що на сьогодні ми лише перебуваємо на етапі вироблення доктринальних підходів до багатьох питань вітчизняного конституціоналізму, тоді як Європейський суд ухвалює свої рішення, ґрунтуючись на вироблених десятиліттями парадигмальних параметрах європейського конституціоналізму, простіше кажучи, континентальних конституційних цінностях та підходів до їх захисту.

А тому маємо дати чітку відповідь стосовно того, чи будемо ми здійснювати повну екстраполяцію цих доктринальних підходів на вітчизняне конституційне поле, чи процес імплементації правових позицій у правозастосувальну практику органів публічної влади України буде здійснюватись паралельно із виробленням власних концептуальних підходів до розв'язання ключових проблем конституціоналізму.

Як приклад можемо навести ситуацію із захистом конвенційного права на свободу зібрань та об'єднань (ст. 11 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод), коли після рішення у справі партії «Рефах» проти Туреччини позиція Євросуду зазнала певних змін. На цьому фоні позиція вітчизняних судів у питанні примусового припинення діяльності політичних партій відрізняється більшою ліберальністю. Усе це відбувається за умов відсутності чіткої доктрини з приводу ролі партій у державних процесах та механізмів захисту від їх шкідливого впливу на розвиток правової та демократичної державності.

Не маючи власного доктринального підґрунтя з багатьох питань державотворення, ми можемо «опинитись у полоні» всебічного ба-

жання якнайшвидше пристосувати власну систему конституційних правовідносин до європейських демократичних стандартів при абсолютному ігноруванні політичних, національно-етнічних, культурних та правових особливостей розвитку власної державності.

Щоб цього не сталося, важливо усвідомити, що роль такого роду міжнародно-правових джерел, як практика Євросуду, у вітчизняній правовій системі, особливо в процесах правозастосування, має розглядатися крізь призму їх авторитетності, апробованості роками та визнання багатьма країнами, тобто як це має місце відносно використання в судовій практиці країн «загального права» наукових доктрин. У сучасних умовах «вони розглядаються вже не як джерело права, а як засіб обґрунтування, додаткової аргументації судових рішень»¹. Таким чином, навряд чи доцільно протиставляти практику Євросуду внутрішнім нормативним джерелам. Натомість, починаючи з Конституційного Суду, інтерпретатори мають орієнтуватися при з'ясуванні змісту правових норм на правові позиції європейської судової інституції.

¹ Конституционное (государственное) право зарубежных стран : В 4 т. Т. 1–2. Часть общая : учебник / отв. ред. Б. А. Страшун. – М., 2000. – С. 21.

Конституційні засади правового статусу Президента України¹

Бурхливі події кінця 80-х років не могли не позначитись на існуючому на момент фактичного розвалу Радянського Союзу механізмі державного управління. І серед найбільш помітних новацій в реформуванні владної системи було запровадження інституту Президента країни. Як роз'яснює С. А. Авакьян, цей крок був обумовлений такими причинами: по-перше, «демократизація процесів керівництва країною досить швидко продемонструвала свою, так би мовити, зворотну сторону», яка полягала у нездатності парламенту та уряду оперативно приймати рішення; по-друге, на протигагу парламентським структурам, що все більше набирали обертів і досить часто перебирали не властиві їм функції, мала бути створена альтернативна інституція, що також отримувала мандат довіри від народу; по-третє, досить часто була відсутня стійка парламентська більшість, фракції були не готові до коаліційного існування, а тому мала би бути владна структура, яка могла в такі кризові часи взяти на себе всю повноту відповідальності; по-четверте, через послаблення значення посади Генерального секретаря КПРС партія бажала отримати новий лідерський пост, який би в аналогічний спосіб виглядав досить легітимно в очах суспільства².

Після цього пост Президента з'явився в усіх колишніх республіках федеративної держави. Однак таке швидке запровадження нової демократичної інституції без належного наукового опрацювання доцільності такого кроку та сприйняття ідей президенталізму в суспільстві викликало до життя низку перманентних проблем, найбільш

¹ Оpubліковано в монографії «Нормотворча діяльність Президента України та її нормопроектне забезпечення» (К. : НАДУ, 2011).

² Президент Российской Федерации: эволюция конституционно-правового статуса // Авакьян С. А. Размышления конституционалиста: Избранные статьи. – М. : Изд-во Моск. ун-та, 2010. – С. 233–234.

актуальною серед яких була, є і, безперечно, буде існувати проблема статусу Президента як глави держави у змішаних республіках. Не можемо не сказати, що це питання є предметом наукових дискусій уже тривалий час. Переважно вчені акцентують увагу на такому моменті — у яких відносинах перебуває Президент із виконавчою гілкою влади. На перепоні до остаточного вирішення цієї проблеми стоїть класична формула поділу влади на три гілки, відтворена в нормі ч. 1 ст. 6 Конституції України, а також чітке усвідомлення домінування французької політико-правової доктрини при запровадженні цієї форми правління на пострадянському просторі.

Однією із найбільш поширених спроб «примирити» прихильників і противників розгляду Президента як очільника виконавчої влади було відтворення на українському ґрунті знову ж таки із використанням напрацювань французьких конституціоналістів теорії «арбітра нації». Досить важко сказати, наскільки ця теорія є адекватною до вітчизняних реалій. До речі, і вона не завжди сприймається як універсальний рецепт вирішення цієї проблемної ситуації. Більш зручно «вмонтувати» Президента у виконавчу вертикаль і віддати йому всю повноту влади у сфері державного управління. Натомість змішаний характер форми правління передбачає наявність певного паритету між двома центрами первинної легітимації, якими є парламент та Президент. І в даному випадку найбільш яскравим і водночас складним проявом цієї «паритетності» є інститут Уряду (у вузькому сенсі як вищого колегіального органу виконавчої влади).

Дійсно, важко знайти іншу владну інституцію, яка б змушена була постійно балансувати між інтересами найвпливовіших державних суб'єктів. З одного боку, Кабінет Міністрів складає свої повноваження перед новообраним Президентом, саме Президента формує урядову команду (хоча і за поданням Прем'єра) та має дискреційне право звільняти членів Кабміну. З іншого — для призначення Прем'єр-міністра потрібна згода парламенту, Верховна Рада через застосування резолюції недовіри вправі відправити Уряд у відставку, і саме парламент схвалює Програму діяльності Кабміну. Хоча, якщо відверто, то практика застосування останнього інституту засвідчила його фіктивність, насамперед через відсутність санкцій для Уряду в разі неподання та несхвалення Програми. Тому на сьогодні окрім двох названих повноважень вагоме значення у відносинах між парламентом

та Кабінетом Міністрів відіграє схвалення Верховною Радою урядових ініціатив через прийняття законів. Без належної взаємодії тут обійтись не можна. І чим досконалішою є дипломатично-політична майстерність урядовців, тим злагодніше працює весь державний механізм.

Наразі, повертаючись до ключового питання про засади правового статусу глави держави у змішаних республіках, маємо замислитись над питанням «дискреційності» його повноважень.

Слід відмітити, що наука конституційного права до останнього часу не володіє достатнім доктринальним інструментарієм для здійснення наукової розвідки в цьому напрямку. Натомість ця проблематика отримала свій належний розвиток в інших галузевих науках, зокрема, в адміністративному праві, кримінальному та цивільному процесах (при цьому взятий російськомовний аналог дискреції — «розсуд»). Не менше уваги цьому питанню приділяли і представники загальної теорії держави та права. Серед найбільш значимих трактувань розсуду як юридичного феномену можемо відмітити такі.

Так, на думку В. Б. Авер'янова, дискреційна влада — це «спосіб реалізації публічної (тобто з боку держави і місцевого самоврядування) влади, за яким відповідний суб'єкт влади (орган чи посадова особа) застосовує надані йому в межах закону повноваження на власний розсуд, без необхідності узгодження в будь-якій формі своїх дій із іншими суб'єктами»¹.

Аналізуючи категорію «адміністративний розсуд», Ю. О. Тихомиров пропонує розглядати її «як гарантовану можливість вибору для прийняття правомірних рішень і вчинення дій уповноваженим суб'єктом у межах його компетенції для виконання управлінських та інших завдань». При цьому до елементів адміністративного розсуду науковець відносить: «а) правильно зрозумілий публічний інтерес і співвідношення з ним можливих дій і рішень у межах власних повноважень; б) вироблення установки та формування відповідної мотивації; в) оцінку альтернатив юридичних дій і рішень та обґрунтування вибору; г) здійснення юридичних дій, бездіяльність (якщо вона обумовлена рівнем компетентності), прийняття рішень; д) намір

¹ Авер'янов В. Б. Дискреційна влада / В. Б. Авер'янов // Юрид. енцикл. / Ю. С. Шемшученко (ред.). — К. : Вид-во «Укр. енцикл.» ім. М. П. Бажана, 1999. — Т. 2. — С. 195.

і волю слідувати прийнятним рішенням, діяти в їх руслі і відповідні поведінкові акти (згідно з вимогами психології управління)»¹.

На думку М. Б. Рісного, «під правозастосувальним розсудом слід розуміти передбачене юридичними нормами повноваження правозастосувального суб'єкта обирати один з декількох дозволених ними варіантів рішення щодо встановлення застосовуваної норми, з'ясування (тлумачення) її змісту або визначення міри конкретизації суб'єктивних юридичних прав і обов'язків, яке реалізується в певній процесуальній формі з огляду на зміст цієї норми та конкретні обставини справи й інші юридично значимі факти з метою забезпечення законності, справедливості, доцільності та ефективності державно-правового регулювання»². При цьому він виділяє окремо категорію «обсяг правозастосувального розсуду», яку визначає як «кількість можливих альтернативних варіантів, з-поміж яких правозастосувальний суб'єкт уповноважений здійснювати вибір свого рішення. Саме залежно від обсягу розсуду, який делегується, можливим є здійснення порівняльної класифікації правових норм, стверджуючи, що права норма, обсяг передбаченого розсуду якої є кількісно меншим від обсягу розсуду, встановленого іншою нормою, закріплює вужчий розсуд, аніж остання»³.

Відомий ізраїльський суддя А. Барак під категорією «розсуд» розуміє «повноваження, надане особі, яка має владу обирати між двома чи більше альтернативами, коли кожна із альтернатив законна»⁴. Дослідник розрізняє «широкий» та «вужький» розсуди. «Зона законних варіантів може бути вужькою, коли суддя вільний обирати лише між двома законними альтернативами. Або ж спектр законних варіантів може бути значним, коли перед суддею багато законних альтернатив або їх комбінацій. Ця різниця, зрозуміло, лише відносна». На обмеженому характері дискреційних повноважень в умовах правової державності наполягає М. І. Козюбра: «Ця складова верховенства права і правової держави (*обмеження дискреційних повноважень*. — Ю. Б.) вимагає насамперед, щоб діяльність як держави загалом, так

¹ Тихомиров Ю. А. Теория компетенции / Ю. А. Тихомиров. — М. : Юринформ-центр, 2004. — С. 264.

² Рісний М. Б. Правозастосувальний розсуд (загальнотеоретичні аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Рісний Мирослав Богданович. — Л., 2006. — С. 170.

³ Там само. — С. 171.

⁴ Барак А. Судейское усмотрение / А. Барак. — М. : НОРМА, 1999. — С. 13.

і її органів, включаючи законодавчий, підпорядковувалася утвердженню і забезпеченню прав і свобод людини. Саме вони та їх гарантії, відповідно до статті 3 Конституції України, визначають зміст і спрямованість діяльності держави¹. «Невід’ємні, невідчужувані права і свободи людини стоять на перешкоді волюнтаризму не тільки органів виконавчої та судової влади, а й парламенту, обмежуючи свободу його розсуду при прийнятті законів»².

Спробуємо встановити правову природу інституту дискреційних повноважень у конституційному праві. Насамперед звернемо увагу на етимологію терміна «дискреція». У багатьох випадках його походження пов’язують із латинським словом *discretion*, що означає розподіл³, чи французьким еквівалентом *discretionnaire* — залежний від власного розсуду⁴. Попри те, на наше глибоке переконання, найбільш повно зрозуміти природу та сучасне значення дискреції можна, звернувшись до англomовного варіанта цього терміна. *Discretion* — 1) свобода розсуду; 2) здоровий глузд.

На наш погляд, дискреція передбачає одразу дві складові — волюву, яка включає в себе вільний розсуд, і інтелектуальну (морально-правову), яка означає використання дискреційних повноважень за здоровим глуздом, своєрідним компенсатором якого в європейських країнах є наявні конституційні традиції та звичаї, які не дозволяють посадовій особі при реалізації дискреційних повноважень спиратись виключно на внутрішню мотивацію. Загалом ефективно інститут дискреційних повноважень може існувати за наявності одразу таких трьох явищ — конституційної відповідальності вищих органів влади за прийняті ними рішення, довіри між інституціями влади, втрата якої веде до зміни персонального складу цих інституцій, та стійких конституційних традицій.

¹ Козюбра М. І. Принципи верховенства права і правової держави: єдність основних вимог / М. І. Козюбра // Наукові записки НаУКМА. Сер. Юридичні науки. – 2007. – Т. 64. – С. 5.

² Козюбра М. І. Верховенство права – основоположний принцип правової і політичних систем України / М. І. Козюбра // Правова система України: історія. Стан та перспективи : у 5 т. – X. : Право, 2008. – Т. 1. – С. 159.

³ Конституционное право: Словарь / Отв. ред. В. В. Маклаков. – М. : Юристъ, 2001. – С. 132.

⁴ Авер’янов В. Б. Дискреційна влада / В. Б. Авер’янов // Юрид. енцикл. / Ю. С. Шемшученко (ред.). – К. : Вид-во «Укр. енцикл.» ім. М. П. Бажана, 1999. – Т. 2.

Спробуємо проаналізувати кожний із вищеназваних компонентів. Що стосується конституційно-правової відповідальності, то цей інститут еволюціонував разом з інститутом дискреційних повноважень. З'явившись чи не вперше в Конституції США у вигляді інституту імпічменту вищим посадовим особам та іншим федеральним службовцям, цей вид відповідальності дотепер перебуває не тільки в центрі уваги вчених-конституціоналістів, але й стає предметом конституційних змін. Серед останніх прикладів, що ще не став об'єктом належної уваги вітчизняних дослідників, можна назвати зміни, внесені до Конституції Франції 1958 року Конституційним законом № 2007-238 від 23 лютого 2007 року.

Цим законом був викладений у новій редакції розділ IX Конституції, який стосується діяльності спеціалізованого органу з питань притягнення вищих посадових осіб, перш за все Президента, до конституційно-правової відповідальності. Зміни торкнулися не лише процесуально-процедурних питань притягнення Президента до відповідальності, але і підстав такої відповідальності.

Так, якщо раніше, відповідно до ст. 68 Конституції Франції, Президент несе відповідальність лише за вчинення державної зради, то тепер підставою відповідальності є «...порушення ним (*Президентом*. — Ю. Б.) своїх обов'язків, явно несумісне з подальшим перебуванням на посту». Більше того, Президент отримав додатковий імунітет: відтепер він не зобов'язаний давати свідчення в суді (ч. 2 ст. 67 Конституції).

Що стосується останньої новели, то її появу пов'язують із подіями, що мали місце останнім часом у французькому політикумі. Ідеться про відмову діючого на той час Президента Франції Жака Ширака давати свідчення у кримінальній справі з приводу фінансових махінацій, що мали місце в оточенні глави держави. Зокрема, перед Президентом ставилось питання про походження 2,4 млн французьких франків, що були витрачені на оплату авіаперельотів осіб із оточення глави держави у період з 1992 по 1995 рік.

Все це спричинило суперечки відносно змісту та обсягу імунітету глави держави не тільки серед політикуму, але й серед вищих судових інстанцій. Так, у своєму рішенні від 22 січня 1999 року Конституційна рада відзначила, що діяння Президента, вчинені ним під час перебування на посту, не можуть бути предметом судового роз-

гляду (окрім випадку вчинення ним державної зради). При цьому за свої проступки, здійснені до вступу на пост, Президент може бути притягнений до відповідальності Високою палатою правосуддя.

Натомість Касаційний суд висловив іншу правову позицію. Президент може бути притягнутий до відповідальності лише за вчинення державної зради. Тоді як за правопорушення, що мали місце у «до-президентський» період, він відповідатиме після припинення повноважень, відносно них лише на період перебування на посту призупиняється строк притягнення до відповідальності.

Все це спричинило створення за ініціативою Президента Ж. Ширака фахової Комісії, яка розробила вищевказані зміни до Конституції Франції¹.

Значення конституційно-правової відповідальності для ефективності функціонування інституту дискреційних повноважень полягає в тому, що особа, яка наділяється достатньо серйозними владними важелями, повинна відчувати неминучість (або ж хоча б достатньо велику можливість) притягнення до відповідальності за використання повноважень всупереч конституційним цінностям. У цьому контексті хотілось би зазначити, що на сьогодні ми спостерігаємо негативну тенденцію, коли слабкість інституту конституційної відповідальності намагаються компенсувати регламентацією дій посадовців у разі порушення ними приписів Основного Закону. Мова йде насамперед про запроваджену після проведення конституційної реформи процедуру промугляції закону Головою Верховної Ради України в разі порушення Президентом конституційної вимоги підписати і оприлюднити закон, вето відносно якого було подолано парламентом.

Доречно зазначати, що в літературі пропонується такий компенсатор значної дискреційності повноважень вищих органів влади, як досконала система політичного контролю за владою. Так, відомий мексиканський конституціоналіст Д. Валадес з цього приводу зазначив наступне: «Альтузій так визначає джерело стабільності: чим менше буде “повноважень у тих, хто відає розпорядження, тим довше і з більшою стабільністю вони залишаться при владі”. Фраза не-випадкова: у перекладі на мову сучасного конституціоналізму вислів “менше повноважень” означає більш високий рівень контролю, що

¹ Конституционное право государств Европы / отв. ред. Д. А. Ковачев. – М. : Волтерс Клувер, 2005. – С. 220.

зменшує дискреційність... Звичайно, є й інші фактори, які сприяють стабілізації правління; але не викликає сумніву, що якщо б відмовились від політичного контролю, то втратили б фактор легітимності у здійсненні влади із усіма наслідками, що витікають звідси»¹.

Погоджуючись з тим, що ця позиція відомого вченого заслуговує на увагу, можемо припустити, що такий «стримуючий владу» потенціал контролю може буде реалізований у межах інституту конституційно-правової відповідальності. До того ж сам Д. Валадес, аналізуючи договірну природу контролю, звертає увагу на слова Фіхте про існування у владній системі такого підвиду суспільного договору, як договір передачі. «Це такий договір, який дозволяє взятися за здійснення державної влади на умовах строковості, неможливості відмови і скасування і підконтрольності. Дострокове припинення повноважень є не формою скасування договору чи відмови, а лише формою санкції, що накладається за порушення договору передачі»². Отже, можемо спостерігати чіткий взаємозв'язок між цими двома важливим інститутами — політичним контролем і конституційно-правовою відповідальністю.

Що стосується довіри, то її, безсумнівно, слід визнати однією з важливих складових демократичної системи організації влади в сучасних країнах. Відомий соціолог А. Селігмен визначив довіру як істотний компонент усіх стійких суспільних відносин. На підтвердження своїх думок він навів слова Талейрана про те, що «штиками можна зробити все, що завгодно, але сидіти на них не можна»³. Російський конституціоналіст О. М. Кокотов узагалі пропонує ввести «довіру» (яку він тісно пов'язує із поняттям «віра»⁴) в ранг конституційних цінностей⁵.

Для юристів більш звично розглядати довіру переважно в межах приватноправових відносин. Достатньо згадати про виокремлення фідучіарних правовідносин та відповідних угод у цивільному праві.

¹ Валадес Д. Контроль над властью / Д. Валадес. – М. : Идея-Пресс, 2006. – С. 43–44.

² Там само. – С. 27–28.

³ Селігмен А. Проблема доверия / А. Селігмен. – М. : Идея-Пресс, 2002. – С. 8.

⁴ Кокотов А. А. Доверие. Недоверие. Право / А. А. Кокотов. – М. : Юристъ, 2004. – С. 8.

⁵ Кокотов А. А. Доверие и недоверие в российском праве / А. А. Кокотов // Право и политика. – 2004. – № 7. – С. 8–9.

Натомість таке обмежене ставлення до довіри, на наше переконання, певним чином нашкодило розвитку публічного сектору правового життя. Тенденційним явищем стало поступове витіснення довіри, проявом якої слід визнати можливість вирішення питань за взаємною домовленістю та виконання владних рішень, передусім враховуючи авторитет суб'єкта, що ухвалив таке рішення. Замість цього однією з вихідних засад правового реформування державного механізму стало максимальне процесуально-процедурне врегулювання діяльності органів влади.

Безумовно, ми погоджуємось із тим, що бюрократичний апарат потребує чітких та детальних процедур розгляду питань та прийняття рішень. Однак така постановка питання більше стосується органів державного управління, до яких ми перш за все відносимо центральні та місцеві інституції виконавчої влади, а також до органів місцевого самоврядування, тоді як діяльність і взаємодія вищих органів влади, насамперед парламенту, Президента та уряду, має суттєво інший характер.

Важливість і складність питань, які є предметом їх діяльності, потребують варіативності у їх вирішенні. Утім надмірна процедурна за врегульованість практично позбавляє суб'єкта ухвалення рішень такої варіативності. Наступна теза фактично впливає із попередньої.

Як довели події з позачерговими виборами 2007 року, звиклість як політичної еліти, так і юридичної громадськості до аналізу владних рішень перш за все з точки зору процедурної чистоти призводить до того, що ми поступово починаємо розглядати вищих посадовців як рядових виконавців, тоді як і Президент, і парламентарії обираються на посади, насамперед виступаючи носіями певних державотворчих ідей, що концентровано втілюються в їх передвиборчих програмах. У разі ж суттєвої процедурної обмеженості в діях говорити про наявність стовідсоткової можливості реалізувати свої програмні цілі як парламентській більшості, так і главі держави не доводиться.

У цьому контексті слід пригадати існуючу в науці конституційного права категорію «політична особа», яка після прийняття Закону України «Про Кабінет Міністрів України» стала елементом законодавчої техніки: відповідно до ч. 3 ст. 6 цього Закону «посади членів Кабінету Міністрів України належать до політичних посад, на які не поширюється трудове законодавство». Головною рисою статусу таких

осіб визнається те, що призначення і звільнення політичних осіб із займаних посад «відповідно до конституційних засад демократичного правління проводиться головним чином за політичними мотивами»¹. Їх статус був предметом детального аналізу з боку провідних науковців, особливо в період запровадження інституту державних секретарів. Підкреслювалось, що цей крок дасть змогу розмежувати управління та політику на вищому владному рівні. На наше переконання, існування інституту політичних осіб є ще одним свідченням існування такого явища, як довіра на вищому владному рівні для здійснення демократичного урядування.

Мета попередньої аргументації полягала зовсім не в підміні традиційних конституційних цінностей іншими речами, що лежать поза межами права. Ми хотіли звернути увагу на достатньо небезпечне явище у вітчизняному конституціоналізмі, а саме на надмірну процесуалізацію та надмірну деталізацію, особливо на рівні Конституції, діяльності вищих владних інституцій. І тут знову можна поставити питання під цим твердженням: як забезпечити недопущення «узурпації державної влади» (ч. 4 ст. 5 Конституції України) та здійснення державної влади «на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову» (ч. 1 ст. 6 Конституції)? Поки що, як доводить вітчизняна практика державотворення, найбільш універсальним «рецептом» вважається максимальна процесуалізація в діяльності вищих органів влади. Достатньо згадати ті зміни та доповнення, які були внесені до Конституції України Законом № 2222-IV від 8 грудня 2004 року. У цьому ж напрямку пропонується здійснювати ревізію конституційного тексту основними суб'єктами здійснення державної політики, у першу чергу Президентом України.

На превеликий жаль, ті цілі, які ставили розробники згаданого законопроекту, так себе і не виправдали. Це пов'язано передусім із недоліками законодавчої техніки, нехтуванням законами конституціоналізму, зокрема необхідністю переобрання всіх органів влади, що мають представницький характер. Однак немаловажне значення мала, на наше переконання, і спроба максимально деталізувати поведінку владних суб'єктів. Звуження маневреного поля для політиків призводить до того, що вони, прикриваючись необхідністю виконання

¹ Петришин О. Види державної служби: загальнотеоретичний підхід / О. Петришин // Вісн. АПрНУ. – 2000. – № 4. – С. 123–124.

всіх конституційно передбачених процесуальних дій, врешті-решт ухвалюють ті рішення, які максимально відповідають їх інтересам чи інтересам політичної сили, котру вони очолюють.

Яскравим прикладом було виконання Президентом України 2 квітня 2007 року приписів ч. 3 ст. 90 Конституції по проведенню консультацій із Головою Верховної Ради України, його заступниками та головами депутатських фракцій у Верховній Раді України. З огляду на дії глави держави, зокрема на прийняття декількох указів щодо розпуску парламенту, очевидним є те, що вказані консультації проводились, найімовірніше, лише з метою формального дотримання конституційної процедури.

Більше того, варто відверто сказати, що проведення консультацій є скоріш політичним засобом розв'язання державно-правових конфліктів, аніж правовим. А встановлення на конституційному рівні подібного роду процедур є закріпленням традицій розв'язання конфліктних питань у політикумі шляхом переговорів. У протилежному разі подібні конституційні процедури відіграватимуть лише формальну роль.

До того ж слід констатувати факт ігнорування вищими посадовцями конституційних приписів, що особливо яскраво спостерігалось після формування парламенту V скликання. Це є свідченням не тільки низького рівня правової культури, але і намаганням політиків звільнитись від жорстких процесуально-процедурних рамок діяльності. Можна по-різному оцінювати підписання Універсалу національної єдності, але безперечним є той факт, що поява подібних угод стала реакцією на те, що політика поступово витісняється правовими засобами з конституційного поля діяльності вищих посадовців.

Іншим складним питанням в аспекті досліджуваної проблематики є вплив фактору первинної легітимації глави держави на зміст його статусу та реалізації наданих повноважень.

Слід зазначити, що весь період застосування новітніх східноєвропейських Конституцій можна означити як період складного утвердження моделі президентської влади, яка навряд чи, враховуючи численні державно-правові конфлікти, що виникали за участі або ж за ініціативи самого глави держави, може бути охарактеризована як «нейтральна». Головне питання полягає в тому, що в країні за умов такої форми правління існують два органи первинної легітимації народом, — парламент і президент. І якщо перший має чітко окреслене

коло конституційних завдань, серед яких пріоритетними є формування урядової команди та здійснення законодавчої діяльності, то щодо глави держави виникає безліч питань стосовно його ролі в державному механізмі, насамперед через оціночний характер його конституційних характеристик. І тому легітимований народом глава держави не може бути осторонь як зовнішньо- так і внутрішньополітичних процесів.

З цього приводу Конституційний Суд Румунії зазначив, що «конституційні прерогативи Президента, надані йому в результаті демократичної легітимації за результатами прямих виборів, роблять необхідною активну роль Президента, тому його присутність у політичному житті не може бути обмежена до простої, символічної та штучної діяльності» (Консультативний висновок № 1/2007 від 18 квітня 2007 року)¹.

Дійсно, чи може людина, яку обирає багатомільйонний електорат, позбутись на весь період каденції відчуття того, що має відігравати порівняно з іншими інституціями, і навіть парламентом, другорядну роль? Адже він наділений мандатом вищого гатунку і тому мусить діяти так, щоб мати можливість продовжити свою політичну кар'єру і після спливу терміну президентських повноважень. Тому ніяку іншу, аніж активну роль, він відігравати не може. При цьому така «активність» не може перетворюватись на втручання глави держави в діяльність інших, в першу чергу виконавчих органів влади, чи взагалі на узурпацію влади. Описані ситуації досить часто мають місце, коли Президент починає застосовувати так звані «приховані повноваження». Доктрина «прихованих повноважень» має своє походження з США, де під ними розуміють повноваження глави держави (інших суб'єктів), що прямо не передбачені в конституційному тексті, однак випливають із його змісту і стосуються особливостей його діяльності в екстраординарних ситуаціях, зокрема у випадку військової агресії. Такі повноваження пов'язуються зі статусом Президента як глави держави та Верховного Головнокомандувача Збройними Силами.

На пострадянському просторі можна зустріти достатньо гіпертрофоване ставлення до цієї доктрини. Показовою в даному відношенні є Постанова Конституційного Суду Російської Федерації від 30 квітня 1996 року № 11-п. Предметом розгляду Суду у цій справі були рішення Президента Росії, згідно з якими призначення та звільнення

¹ Tănăsescu E.S. The President of Romania, or: the slippery slope of political system // European Constitutional Law Review. – 2006. – № 2. – P. 70.

з посад голів адміністрацій країв, областей, міст федерального значення, автономної області, автономних округів, а також застосування до них дисциплінарних стягнень здійснюється указами Президента, а також те, що питання про призначення виборів глав адміністрацій вирішується також главою держави. Суд визнав указані рішення конституційними, застосувавши наступну аргументацію. «Згідно зі статтею 80 Конституції Російської Федерації Президент Росії є гарантом Конституції Росії і забезпечує узгоджене функціонування і взаємодію органів державної влади. У силу цього не суперечить Конституції Росії видання ним указів, що усувають прогалини в правовому регулюванні з питань, що потребують законодавчого вирішення, за умови, що такі укази не суперечать Конституції Росії та федеральним законам, а їх дія у часі обмежується періодом до прийняття відповідних законодавчих актів» (п. 4 мотивувальної частини Постанови).

Є й інший бік цих складних процесів. Напівпрезидентська форма правління передбачає високий рівень політико-правової культури, яка повинна носити консенсусний (чи принаймні компромісний характер). На наше глибоке переконання, основні здібності Президента-політика мають проявлятися насамперед у площині недопущення кризових явищ у державному управлінні за рахунок узгодження дій різних владних інституцій, а також впровадження в життя власних передвиборчих обіцянок шляхом застосування свого політичного авторитету (в тому числі і через пропрезидентські парламентські структури). Але аж ніяк не через «продавлювання» своїх рішень з грубим порушенням балансу влад. Хоча цим словам можна заперечити, як практикою функціонування П'ятої французької Республіки (яка, незважаючи на надану раніше невтішну характеристику, за даними «Економічного дослідницького союзу» (The Economist Intelligence Unit) належить до 30 досконалих світових демократій¹), так і очікуваннями виборців від обраного Президента (досить ілюстративними в цьому відношенні були соціологічні опитування, проведені напередодні дня голосування на виборах Президента України у 2010 році: близько 60 % громадян хочуть мати «сильного» Президента²).

¹ Самые демократические страны мира [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://rating.rbc.ru/article.shtml?2008/12/10/32237826>.

² Українці хочуть сильної руки [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.gk-press.if.ua/node/1272>.

Зрозуміло, що з урахуванням усіх означених факторів становлення інституту президентства в Україні не могло відбуватись без значних ускладнень. Якщо за часів обіймання поста глави держави Л. Д. Кучмою особливих проблем із конкуренцією по лінії Президент-Уряд не виникало (цьому сприяло також і те, що до конституційної реформи 2004 р. у Президента було значно більше владних важелів впливу на діяльність Кабінету Міністрів України), то за часів президентства В. А. Ющенко чітко почали проявлятися всі негативні сторони такого явища, як «співіснування». Причому український варіант «співіснування» мав свої особливості: на відміну від практики інших європейських країн з аналогічною формою правління, як це не дивно буде звучати, в Україні режим «співіснування» (у розумінні того, що конфронтація між главою держави та Урядом досягала найвищого рівня) виникав у ситуації максимально подібної політичної орієнтації Президента та урядової коаліції.

Насамперед це проявлялося у невиконанні Урядом доручень глави держави, у блокуванні Президентом рішень Кабінету Міністрів України (хоча з формальної точки зору це виглядало як «рутинне» виконання ним функцій гаранта додержання Конституції) та в самотійному ухваленні главою держави указів у ситуаціях, коли процедурно вимагається подання вищого органу виконавчої влади.

Одним із учасників такого «протистояння» неодноразово ставав Конституційний Суд, якому доводилось з'ясувати конституційність дій учасників таких конфліктів. Достатньо вагомим для подальшого протікання означених політичних процесів стало рішення Суду від 15 січня 2009 року № 2-рп/2009. Ця справа викликала багато питань і не стільки щодо конкретних повноважень, скільки про політичну діяльність глави держави за умов існуючої форми правління, про форми його співпраці з Урядом та ролі юрисдикційних органів у вирішенні конфліктів, що виникають між Президентом та іншими вищими органами влади. Які ж висновки можна зробити із цієї ситуації?

По-перше, викликає сумнів існування в конституційному тексті такої надзвичайно оціночної категорії щодо компетенції глави держави, як «керівництво певним видом діяльності» (йдеться про норми пп. 3, 17 ч.1 ст. 106 Конституції, згідно з якою Президент здійснює керівництво зовнішньополітичною діяльністю, національною безпекою та обороною). Як ми розуміємо, за таких умов, особливо з урахуванням рішення від 15 січня 2009 року, втрачає будь-який сенс

«боротьба» того ж таки Суду проти законодавчого розширення компетенції глави держави. Окрім цього, практика нормування діяльності Президента в зарубіжних країнах із напівпрезидентською формою правління свідчить про намагання уникати настільки оціночних понять для компетенційної характеристики глави держави.

Досить дивним у цьому плані виглядає намагання вітчизняного законодавця поставити в один ряд повноваження із «керівництва певними сферами» з більш деталізованими та, що головне, родовими щодо «керівництва» прав глави держави. Як приклад, згаданий п. 3 ч.1 ст. 106 Конституції: «Президент... є Верховним Головнокомандувачем Збройних Сил України; призначає на посади та звільняє з посад вище командування Збройних Сил України, інших військових формувань; здійснює керівництво у сферах національної безпеки та оборони держави». Складається враження, що в такий спосіб намагались або відвернути увагу від такого розширення повноважень Президента, або ж розуміли «керівництво» як щось другорядне, таке, що не означатиме закріплення за главою держави серйозних важелів впливу. І як що вже так сталось, то за великим рахунком така «керівна» характеристика інституту президентства мала б бути поміщена в «загальну» статтю 102 Конституції, а не розчинялась серед інших деталізованих повноважень. Врешті-решт виникає запитання, хто ж все-таки відповідає за зовнішню політику — той, хто «керує» (п. 3 ч. 1 ст. 106 Конституції), чи той, хто «забезпечує її здійснення» (п. 1 ч. 1 ст. 116)?

По-друге, навряд чи можна погодитись із тим, щоб Президент самостійно наділяв себе компетенцією, особливо у сферах, які є прерогативою інших органів влади. Більш принциповим у цьому плані виглядає те, що глава держави у такий спосіб намагається вирішувати протиріччя між ним та Урядом чи парламентом. Головне мистецтво, яким повинні володіти глави держав у напівпрезидентських республіках — це мистецтво пошуку компромісів зі своїми політичним опонентами, що займають високі владні посади (зрозуміло, що мова йде про ідеальну ситуацію). Слід при цьому визнати той факт, що за умов первинної легітимация глава держави в жодному разі не буде знаходитись осторонь питань зовнішньої і внутрішньої політики держави. Інша справа, що як це чітко було продемонстровано на прикладах із західної практики, «харизматичний» Президент завжди намагатиметься підпорядкувати собі діяльність урядових структур (чи спрямувати її за власним бачен-

ням). І в цьому прагненні допустимим (за стандартами реальної європейської демократії) визнається застосування різного роду конституційного інструментарію аж до розпуску парламенту¹. Це є реаліями сучасних напівпрезидентських республік, які досить слабо можна пов'язати із традиційною для підручників тезою про «арбітражно-нейтральний» статус глави держави за такої форми правління.

Ще раз наголосимо на тому, що слід при аналізі статусу Президента, обраного народом, розглядати його (статус) в першу чергу крізь призму «політичного», а вже потім надавати статусу бюрократичного «забарвлення». Вагомим аспектом аналізу політичної складової в діяльності Президента є його ініціативність та вміння досягати поставленої мети. Достатньо пригадати, з якою наполегливістю свого часу діяв Президент де Голль для створення системи «Спільного ринку» на вигідних для Франції умовах².

По-третє, Конституційному Суду та іншим юрисдикційним органам доведеться ще не раз мати справу із ситуаціями, коли Президент буди видавати акти, посилаючись на свої «приховані» повноваження, що витікають зі статусу глави держави, чи гаранта додержання Конституції, чи керівника різних сфер діяльності. При цьому ситуації і підстави ухвалення таких актів будуть різноманітнішими.

Досить ілюстративною в цьому відношенні є реакція колишнього Президента Франції Жискара д'Естена на події навколо корупційного скандалу за участю голови Конституційної Ради Р. Дюма. Д'Естен був переконаний, що Президент не повинен був посилатись на відсутність у Конституції конкретних повноважень із відсторонення на період слідства із займаної посади Р. Дюма, а просто мав скористатись для цього загальним положенням ст. 5 французької Конституції про статус Президента як арбітра, що забезпечує нормальне функціонування державних органів³.

Думаємо, що Суду доведеться вирішувати такі непрості питання з урахуванням усіх обставин. І скоріш за все, в силу «оціночності» конституційного статусу Президента та, як наслідок, відсутності чітких компетенційних меж терези конституційності будуть схилитись на бік дій глави держави.

¹ Martins A. The Portuguese semi-presidential system // European Constitutional Law Review. – 2006. – № 2. – Р. 88.

² Більш деталь. див.: Антюхина-Московченко В. И. Шарль де Голль и Советский Союз: политический портрет. – М. : Книга, 1990. – С. 206–207.

³ Жискара д'Эстен В. Французы: Размышление о судьбе народа. – М. : Ладомир, 2004. – С. 204.

Інститут розпуску парламенту: підстави, процедура, конфліктогенний потенціал¹

Сучасна система державного управління будується на такій безперечній zasadі, як розподіл влади, складовою якою є наявність у державних інституцій, приналежних до різних гілок, можливостей щодо взаємного стримування та контролю одна за одною. Хоча безсумнівним є і те, що в нинішніх умовах ця грань між різними гілками влади інколи стає настільки ілюзорною, що принцип розподілу влади перетворюється на формальний припис. Мова йде насамперед про вже звичне для багатьох демократичних країн явище — протистояння по лінії «президент — парламент — уряд».

Варто зауважити, що модель владного механізму, заснована на принципі розподілу влади на різні гілки, функціонувала б ідеально в тих умовах, коли б держава та суспільство не потребували динамічних змін і був би відсутній вплив зовнішніх факторів, передусім такого, як глобалізація. Практично в кожній країні, де існує розвинена політична система, взаємодія різних гілок влади являє собою постійне протистояння між представниками різних політичних сил, які домінують відповідно чи в законодавчій, чи у виконавчій владі. Така ситуація характерна для випадків, коли глава держави представляє одну політичну силу, а парламентська більшість — іншу.

Зрозуміло, що подібного ми не спостерігаємо в країнах із парламентською формою правління, у яких глава держави відіграє суто формальну роль у здійсненні державної політики. Проте і за цих умов має місце постійне протистояння як між парламентською більшістю та опозицією, так і всередині самої більшості в разі її коаліційного характеру. Щось подібне можемо побачити і в президентських та напівпрезидентських республіках. Тут по суті є дві моделі розвитку подій (звичайно, так можна говорити лише з достатньо великим ступенем формалізації).

¹ Матеріал зі статей, опублікованих у журналі «Право України» (2007. – № 11) та у виданні «Університетські наукові записки» (2008. – № 1).

Перша модель має місце, коли глава держави і парламентська більшість є виразниками інтересів однієї політичної сили. Тоді центр тяжіння переноситься на особу глави держави і роль парламенту максимально зменшується. Друга модель передбачає протилежну політичну приналежність глави держави та депутатської більшості. Тоді парламент намагається отримати максимальний контроль над урядовою командою, а кожен серйозний державницький крок президенту дається чималими зусиллями.

Ми не випадково акцентували увагу на сучасному стані функціонування державного механізму за принципом розподілу влади, тому що відповідних еволюційних змін зазнав і такий інститут у системі владної взаємодії, як розпуск парламенту. Інколи в літературі можна зустріти позицію, відповідно до якої розпуск парламенту розглядається виключно як елемент системи стримувань та противаг, тобто засіб притягнення представницького органу до відповідальності за порушення конституційних приписів¹.

У сучасних умовах ми можемо спостерігати ситуацію, коли розпуск парламенту використовується як спосіб утримання при владі партії, яка на момент розпуску має більшість місць у парламенті чи ж, навпаки, використовується при зростанні партійного рейтингу після чергового вдалого урядового кроку як спроба закріпити та покращити своє становище в результаті отримання більшої кількості мандатів на дострокових виборах. В окремих випадках глава держави вдається до такого кроку, коли протистояння між парламентом та урядом не може бути розв'язане в інший спосіб.

Разом із тим з метою чистоти подальшого наукового аналізу слід зазначити, що на рівні конституцій передбачається використання наряду з інститутом розпуску парламенту (або, як у випадку з польським парламентом, — «скорочення терміну повноважень») ще й інституту дострокових виборів («нових виборів»). Як правило, ці два явища застосовуються в системному зв'язку, тобто розпуск використовується не як самоціль, а як крок, що тягне за собою переформатування персонального складу представницького органу внаслідок проведення дострокових виборів.

Так, наприклад, відповідно до ст. 26 Конституції Фінляндії, яка має назву «Позачергові вибори до Едускунти», Президент Республі-

¹ Погорілко В. Ф. Конституційне право України / В. Ф. Погорілко, В. Л. Федоренко. – К. : Наук. думка ; Прецедент, 2006. – С. 94.

ки може розпустити Едускунту і призначити проведення дострокових виборів. Однак в окремих випадках на рівні конституції згадується лише можливість глави держави оголосити дострокові (нові) вибори, як це має місце відносно турецьких Великих Національних Зборів, коли вони неспроможні будуть обрати Президента протягом визначеного Конституцією часу (ч. 3 ст. 102 Конституції Туреччини). Утім такий стан речей кардинально не впливає на правову природу інституту дострокового припинення повноважень в обох випадках.

Попри наявність у науковій літературі більш-менш детального аналізу підстав дострокового припинення повноважень парламенту¹, можемо зауважити, що досить часто він носить суто описовий характер, без урахування сучасних реалій державотворення та практики використання цього державно-правового інструменту в зарубіжних країнах.

Нами були взяті за об'єкт дослідження конституції та практика реалізації конституційних приписів 55 країн світу різних континентів. У багатьох випадках на рівні Основного Закону закріплення цього інституту має складний характер: закріплено одразу декілька підстав дострокового припинення повноважень представницької інституції; одна чи декілька підстав та дискреційне право глави держави розпускати парламент; декілька підстав і на додаток право парламенту на саморозпуск. Загалом же можна умовно об'єднати всі підстави у 9 груп.

Слід відмітити, що в переважній більшості країн подальша доля парламенту пов'язана з функціонуванням уряду, а саме з його створенням чи припиненням діяльності внаслідок відставки. У цьому контексті ми можемо виділити перші дві групи підстав.

1. Перша група підстав пов'язана безпосередньо зі створенням уряду. Мова йде насамперед про нездатність парламенту протягом певного часу сформувати цей колегіальний орган виконавчої влади. До таких підстав ми відносимо перш за все необрання парламентом прем'єра (Албанія, Білорусь, Данія, Російська Федерація, Ізраїль, Казахстан, Мальта, Сінгапур, Туреччина, Угорщина, ФРН). При цьому необхідно зауважити таке. По-перше, для наявності підстав у де-

¹ Шаповал В. Конституційні механізми реалізації народного суверенітету / В. Шаповал // Вісн. Конституц. Суду України. – 2004. – № 6. – С. 92–97; Шевченко Т. О. Розпуск парламенту як випадок колективного припинення повноважень народних депутатів України / Т. О. Шевченко // Часопис Київ. ун-ту права. – 2007. – № 1. – С. 77–81.

яких із перелічених країн треба, щоб цей представницький орган неодноразово не спромігся обрати голову уряду, що свідчитиме про його стійку нездатність виконати одне з ключових завдань: відповідно в Данії — це 4 спроби; у Росії та Ізраїлі — 3; у Казахстані та Білорусі — 2. До речі, в Ізраїлі після проведення конституційної реформи 2001 року і прийняття нового Основного Закону «Про Уряд» Президент кожного разу при формуванні уряду має використовувати процедуру пробних мандатів, доручаючи кожного разу один за одним лідерам парламентських фракцій мандат на формування уряду.

Ще більш цікавою, з точки зору можливості використання у вітчизняному конституційно-правовому полі, є ситуація з формуванням уряду в Німеччині. Згідно зі ст. 69 Основного Закону цієї країни вона може складатись, залежно від обставин, з однієї чи декількох стадій. Одноактною є процедура призначення Федерального канцлера в тому разі, коли кандидатура, запропонована Федеральним президентом, набере абсолютну більшість голосів. Якщо ж цього не станеться, Бундестаг має за власною ініціативою обрати канцлера, знову ж таки абсолютною більшістю голосів. На це нижній палаті парламенту відводиться 14 днів. Після цього Президент повинен призначити таку особу на посаду канцлера. У разі, коли й такі додаткові процедури не принесуть бажаного результату, Бундестаг повинен провести повторні вибори канцлера. При цьому продовжує діяти правило, відповідно до якого кандидат, що набрав абсолютну більшість голосів, має бути автоматично призначений главою держави на посаду канцлера.

Якщо трапляється ситуація, коли жоден із претендентів не має абсолютної підтримки депутатського корпусу, тоді на розгляд Президента передається кандидатура особи, яка набрала відносну більшість голосів. У такій ситуації у глави держави виникає дискреційне право — дати «зелене світло» уряду парламентської меншості на чолі з такою особою чи розпустити Бундестаг. (Відразу звернемо увагу на цей приклад конституювання державно-правової ситуації, коли глава держави має приймати рішення, відповідальність за яке в повній мірі покладається на його особу, у тому числі в разі, коли він вирішить достроково припинити повноваження парламенту.)

До речі, якщо у випадку з призначенням канцлера ФРН на рівні Основного Закону встановлені декілька граничних термінів для реалізації Бундестагом цього повноваження, то в ситуації із призначен-

ням прем'єра на Мальті та в Сінгапурі в конституціях цих країн застосовуються лише оціночні категорії стосовно можливих строків призначення цієї посадової особи. Так, згідно зі ст. 76 Конституції Мальти у президента виникає право розпустити парламент, якщо посада Прем'єра вакантна і глава держави вважає, що на цю посаду в розумний строк не буде призначена особа, яка матиме підтримку парламентської більшості. Подібна норма міститься і в ч. 2 ст. 65 Конституції Сінгапуру, однак при цьому чітко підкреслюється, що такі повноваження глави держави мають суто дискреційний характер («діючи на власний розсуд»).

Найбільш конкретним у даному контексті виявилось угорське законодавство, яким встановлюється 40-денний термін для обрання прем'єра з дня першого обговорення кандидатури, внесеної Президентом (п. «б» ч. 3 ст. 28 Конституції Угорщини).

Серед інших підстав, які ми можемо віднести до цієї групи, є такі: несформування уряду (Болгарія, Греція); відмова сформованому уряду в довірі з боку парламенту (Бельгія, Польща, Румунія, Словенія, Чехія); відмова парламенту затвердити програму діяльності уряду (Алжир, Литва, Словаччина).

2. Друга група підстав стосується припинення діяльності уряду. Мова йде насамперед про відмову в довірі діючому уряду та у висловленні уряду недовіри. При цьому на рівні конституції в окремих випадках розпуск парламенту можливий лише тоді, коли останній відмовляє уряду в довірі чи висловлює йому недовіру декілька разів протягом певного часу. Логіка законодавця тут цілком зрозуміла. Парламент повинен мати можливість працювати протягом визначеного конституцією часу, незалежно від волі уряду. І лише в тому разі, коли між цими двома вищими владними інституціями виникає стійкий конфлікт і відсутня будь-яка надія на можливе в подальшому налагодження ефективної співпраці, глава держави вдається до такого кардинального кроку, як розпуск парламенту.

Якщо говорити мовою конституцій, то ситуація виглядає таким чином. Підставою розпуску парламенту є: відмова в довірі уряду парламентом одного скликання 4 рази протягом 12 місяців (Угорщина); відмова в довірі чи висловлення недовіри 2 складам уряду (Перу); двічі за рік уряд відправляється у відставку (Конго); двічі протягом легіслатури парламенту висловлюється недовіра уряду (Туніс); про-

тягом 18 місяців двічі приймається резолюція недовіри уряду (Туркменістан); у разі, коли два склади уряду йдуть у відставку чи їм висловлюється недовіра (Греція).

Серед інших підстав, які ми віднесли до цієї групи, можна відзначити такі: відмова в довірі прем'єру (Білорусь, Сінгапур, Туреччина, ФРН, Чехія, Японія); вираження недовіри уряду (Бельгія, Білорусь, Естонія, Ірландія, Казахстан, Мальта, Хорватія); після висловлення недовіри прем'єру жоден інший депутат Національної Асамблеї, на думку Президента, не здатен заручитися підтримкою парламентської більшості (Пакистан).

Розглянемо детальніше регламентовані підстави розпуску парламенту в разі припинення діяльності уряду в конституційному законодавстві Ізраїлю та Ефіопії. Так, згідно зі ст. 60 Конституції Ефіопії у разі, коли попередній коаліційний уряд втратив підтримку парламентської більшості, Президент може запропонувати політичним партіям протягом тижня відновити діяльність старої коаліції або створити нову. Якщо ж цього не відбувається, він розпускає парламент. Дещо подібне має місце в Ізраїлі. У разі коли Кнесет висловлює недовіру уряду, глава держави доручає депутату парламенту (зрозуміло, що це є лідер однієї з парламентських фракцій) сформувати новий уряд. Як і в попередньому випадку, наслідком невдалої спроби здійснити вказані дії є оголошення Президентом рішення про розпуск Кнесету.

Слід зазначити, що в деяких із перелічених випадків законодавець установлює чіткий строк для прийняття главою держави рішення про розпуск парламенту. Так, відповідно до ст. 69 Конституції Японії уряд, якому Палата представників висловила недовіру чи відмовила в довірі, має піти у відставку, якщо протягом десяти днів сама Палата не буде розпущена.

Інколи трапляються випадки зловживання наявним у прем'єр-міністра публічним правом ініціювати у парламенті питання вотуму довіри. Під зловживанням ми розуміємо використання цього права керівником уряду, який є, як правило, і лідером партії парламентської більшості, заради того, щоб зберегти у своїх руках владу на максимально можливий час. Якщо говорити більш конкретно, то до цього кроку прем'єр-міністри вдаються тоді, коли рейтинг партії, яку вони очолюють, є максимально високим чи ж, навпаки, партія стрімко втрачає свою підтримку серед електорату, свідченням чого досить

часто стає програш урядової партії на місцевих виборах. При цьому висловлена парламентом у таких ситуаціях недовіра може як дійсно мати місце у відносинах загальнонаціонального представницького органу з урядом, так і бути суто фіктивною. Фіктивність має місце, коли є відповідна попередня домовленість парламентської більшості з прем'єром про ухвалення подібного рішення.

В окремих випадках дії прем'єра з постановки питання про вотум довіри можна пояснити намаганням запобігти кризовому стану в політикумі. Прикладом є дострокові вибори депутатів німецького Бундестагу в 2005 році внаслідок відмови парламентом у довірі канцлеру ФРН Г. Шредеру. Зокрема, сам Г. Шредер так пояснює свої дії із постановки питання про вотум довіри в Бундестазі: «Серія поразок, одна за одною, на минулих земельних виборах, втрата підтримки в рядах власної партії і ... неприйняття громадянами нашої політики реформ — усе це разом спонукало мене до вимоги про проведення дострокових парламентських виборів. Я продовжую наполягати: це було необхідне державно-політичне рішення. Дуже важливі речі були поставлені на кін. Після тяжкої поразки в Рурі та Рейні і за наявності згуртованої більшості відомих ХДС/ХСС земель у Бундесраті для мого уряду і для мене як глави уряду не залишалось можливості нормально виконувати свої обов'язки. Ми дійсно були зв'язані по руках і ногах»¹.

У контексті цієї групи підстав зауважимо, що в переважній більшості випадків причиною проведення дострокових виборів ставала втрата парламентсько-урядовою коаліцією стійкості, необхідної для подальшого стабільного управління країною. Так, причиною проведення дострокових виборів 22 листопада 2006 року до парламенту Нідерландів став розпад урядової коаліції, яка складалась із таких трьох суб'єктів: партії «Християнсько-демократичний заклик», Народної партії за свободу та демократію, партії «Демократи 66». Фактичним ініціатором розпаду коаліції стала остання політична сила. Представники партії «Демократи 66» заявили про вихід партії з коаліції, після того як коаліція відмовилась усунути з посади міністра з питань інтеграції та імміграції Р. Вердонк, яка є членом Народної партії за свободу та демократію.

¹ Шредер Г. Решения. Моя жизнь в политике / Г. Шредер. – М. : Европа, 2007. – С. 485–486.

Узагалі практика парламентаризму Нідерландів демонструє нам ще один досить повчальний приклад: партії, що формуються під конкретну особистість, виявляються неспроможними виправдати народну довіру, і більше того, за відсутності чіткої, вивіреної роками політичної платформи, в їх середовищі виникають серйозні конфлікти, наслідками яких стають парламентські та урядові кризи. Справа в тім, що за неповні 7 років нового тисячоліття Нідерландам довелося пережити вже 2 розпуски парламенту. Перший відбувся після того, як 16 жовтня 2002 року розпалась коаліція. Однією з учасниць коаліції була партія Списку Піма Фортайна, яка, за результатами парламентських виборів 15 травня 2002 року, набрала 18 % голосів виборців. Сама партія була сформована під конкретного лідера Піма Фортайна — політика з радикально правими поглядами, який загинув від руки вбивці за тиждень до проведення виборів у травні 2002 року. Безпосередньо ж розпад коаліції спричинили деструктивні дії представників цієї партії, а саме конфлікти всередині фракції партії Списку Піма Фортайна та між міністрами, що ввійшли до уряду за квотою партії. На дострокових виборах 2003 року ця партія вже не змогла подолати виборчий бар'єр і набрала дуже низьку кількість голосів¹.

3. Під загрозою розпуску перебуває загальнонаціональний представницький орган у країнах із парламентською формою правління в разі необрання останнім президента. Зокрема, така підстава передбачена конституціями Албанії, Греції, Молдови, Південно-Африканської Республіки та Туреччини. Так, відповідно до ст. 78 Конституції Молдови передбачено, що Президент Республіки обирається Парламентом таємним голосуванням. Установлена Конституцією процедура виборів полягає в обранні глави держави кваліфікованою більшістю голосів у три п'ятих. Однак у тому разі, коли жоден із кандидатів не набирає відповідної кількості голосів, проводиться другий тур голосування, у якому беруть участь кандидати, що в попередньому турі набрали більшість голосів. Якщо ж і ця процедура не дає бажаного результату, тоді проводяться повторні вибори. У тому ж разі, коли Парламентом були використані всі встановлені Конституцією можливості та процедури з обрання глави держави і це питан-

¹ Досрочные выборы в Голландии. «Проблемы Евросоюза после этих выборов еще более очевидны» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://globalization.su/elit/home_policy/west_europe/1164559081.html.

ня залишилось невіршеним, чинний глава держави розпускає Парламент і призначає дату нових виборів.

Цікавою в цьому аспекті є ситуація з достроковими виборами, що виникла в цій країні у 2001 році. Наприкінці 2000 року парламент так і не зміг обрати главу держави. При цьому якщо перший тур голосування відбувся відповідно до вимог чинного законодавства, то другий тур так і не відбувся у встановлені Конституцією строки через ігнорування депутатами голосування по виборах Президента. Точніше кажучи, на засідання Парламенту, на якому мали обрати Президента, із мінімально необхідних 61 депутата з'явилися лише 46. Решта не взяли участі в роботі парламенту через свою політичну позицію. Тоді Конституційний Суд Республіки Молдова своєю Постановою № 4 від 26 грудня 2000 року вказав, що «блокування більшістю депутатів Парламенту відкритого спеціального засідання Парламенту від 21 грудня 2000 року по повторних виборах на посаду Президента Республіки слід констатувати як підставу, що виправдовує розпуск Парламенту Республіки Молдова XIV скликання»¹.

4. Із функціонуванням інституту президента пов'язана і наступна підстава. Ідеться про те, що в таких країнах, як Австрія та Словаччина, достроково повноваження глави держави можуть бути припинені за результатами всенародного голосування. При цьому таке народне голосування призначається парламентом. Якщо ж народ на референдумі висловить довіру чинному Президенту, тоді останній розпускає парламент.

Так, відповідно до ст. 106 Конституції Словаччини Національні збори вправі призначити народне голосування, предметом якого є відкликання глави держави. Якщо Президент не буде відкликаний, він розпускає Національні збори в строк до 30 днів. При цьому, що є не менш важливим, висловлення народом довіри на голосуванні означає ще й пролонгацію повноважень Президента на новий п'ятирічний термін.

5. В окремих випадках на рівні Конституції передбачається можливість розпуску парламенту в разі виникнення кризового стану у владному середовищі. Прикладом такого конституційного припису

¹ Заключення о констатации обстоятельств, оправдывающих роспуск Парламента : Постановление Конституционного Суда РМ от 26.12.2000 г. № 4 // Мониторул Официал ал Р. Молдова. – 2000. – № 163–165/49.

є норма ст. 80 Конституції Конго: Національна Асамблея може бути розпущена Президентом, «коли рівновага між владними інститутами порушена, особливо в разі гострої та стійкої кризи між виконавчою владою та Парламентом». У даному контексті можемо зазначити, що Конституція дозволяє главі держави діяти на власний розсуд як при оцінці наявності чи відсутності кризи між двома гілками, так і відносно того, чи розпускати парламент у цій ситуації.

6. Після відновлення в багатьох країнах Східної Європи демократичного ладу в ході конституційної реформи була започаткована нова підстава розпуску парламенту — неприйняття останнім бюджету в строк, визначений конституцією. Зокрема, така підстава існує в Польщі, Естонії та Хорватії. Так, відповідно до ст. 225 Конституції Польщі, якщо протягом 4 місяців із дня внесення в Сейм проекту бюджетного закону він не буде представлений Президенту Республіки для підписання, Президент може протягом 14 днів видати наказ про скорочення строку повноважень Сейму.

Така можливість виникла у Президента Польщі Л. Качинського на початку 2007 року. Тоді Сейм не затвердив бюджет у встановлені Конституцією строки. Утім глава держави не скористався наданим йому правом, заявивши, «що не бачить причин розпускати парламент»¹. На наш погляд, цей приклад є свідченням того, що дострокові вибори є дієвим засобом розв'язання конфліктних ситуацій у державному управлінні, але його використання повинне мати місце лише тоді, коли інші засоби, менш радикальні, не дадуть очікуваного результату.

Можемо лише припустити, що поява такої підстави пов'язана з тим, що названі країни перебували в скрутному економічному становищі і своєчасне ухвалення основного фінансового закону країни було, на думку законодавців, запорукою ефективного розвитку економіки та нормального функціонування всього державного механізму на даному етапі державотворення. Про це, зокрема, свідчить і той факт, що процедура розгляду і прийняття проекту бюджетного закону в тій же Польщі суттєвим чином відрізняється від звичайної законодавчої процедури. Серед таких специфічних рис бюджетного законо-

¹ Президент Польши решил не распускать парламент страны [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.russianchicago.com/common/arc/story.php?id_cat=24&id=251211.

давчого процесу — відсутність у Президента права вето на законопроекти про Державний бюджет¹.

7. Інколи на рівні Конституції чітко передбачається, що доля парламенту залежить від обрання останнім керівництва представницької установи. Мова йде про вищезгаданий парламент Туркменістану. Згідно з ч. 2 ст. 64 Конституції цієї країни Меджліс може бути розпущений, якщо протягом 6 місяців не будуть сформовані його керівні органи.

8. Як і в попередньому випадку, наступна згадувана нами підстава також має одиничний характер стосовно використання в практиці конституційного регулювання діяльності парламенту. А саме, відповідно до ч. 2 ст. 94 Конституції Білорусі повноваження парламенту (нижньої чи верхньої палати) можуть бути достроково припинені на підставі висновку Конституційного Суду в разі систематичного або грубого порушення палатами парламенту Конституції.

9. Розпуск парламенту слід розглядати не тільки як санкцію конституційно-правової відповідальності чи засіб урегулювання державно-правових конфліктів, але і як форму (стадію) прийняття важливих державно-правових рішень. Перш за все хотілось би відмітити, що в таких країнах, як Ісландія та Нідерланди, розпуск парламенту є обов'язковою стадією внесення змін до Конституції. Зокрема, у Нідерландах це виглядає таким чином. Парламент приймає відповідний Акт, у якому вказується на необхідність внесення відповідних змін до Конституції. Після цього обидві палати парламенту розпускаються і остаточно схвалює законопроект про внесення змін до Конституції обраний на позачергових виборах парламент.

Вважаємо таку процедуру проведення конституційної реформи однією з найоптимальніших. По-перше, голосування на позачергових виборах є своєрідним референдумом щодо підтримки народом пропонованих конституційних змін, оскільки зрозуміло, що від позиції, яку та чи інша політична сила обирає відносно такого законопроекту, буде залежати кількість мандатів, які вона може отримати. По-друге, це є запорукою того, що парламент не змінить Конституцію «під себе». І, нарешті, саме в результаті такої процедури має місце персональне оновлення представницької установи, яке вкрай необхідне при зміні конституційного порядку.

¹ Інститути конституційного права іностранных государств. — М. : Городецк-издат, 2002. — С. 192.

Найбільш показовим у цьому відношенні є досвід державотворення в Сербії. За останні 7 років у цій країні відбулось 3 дострокові вибори до парламенту. Якщо проведення виборів у 2003 році було пов'язане з розвалом правлячої коаліції, то вибори 2000 та 2007 років якраз і стосувались зміни конституційного порядку. Перші дострокові вибори 2000 року були призначені тодішнім президентом Сербії М. Мілутиновичем, у зв'язку з падінням режиму екс-президента Союзної Республіки Югославія С. Мілошевича. Причиною проведення дострокових виборів 2007 року стало схвалення на референдумі 30 жовтня 2006 року нової Конституції Сербії, одним із ключових положень якої стало визнання краю Косово невід'ємною частиною Сербії¹.

На наше глибоке переконання, саме дострокові вибори можуть стати дієвим засобом попередження виникнення кризових явищ у державному управлінні. Це пов'язане з тим, що взаємодія вищих органів влади, які формуються на всенародних виборах, досить рідко може бути конструктивною в ситуації, коли ці владні інституції формувались за різних політико-правових умов. У цьому контексті ми не можемо не згадати серйозні державно-правові конфлікти, що виникали у відносинах між Верховною Радою України та Президентом і Кабінетом Міністрів у 1993 році і, врешті-решт, викликали кризове явище в державному управлінні. Спробуємо пригадати ті події.

4 березня 1990 року обирається остання Верховна Рада Української РСР XII скликання. Цьому представницькому органу доведеться пережити нелегкі часи, і він відіграє вирішальну роль у відновленні української державності. Після проголошення незалежності України 1 грудня 1991 року були проведені перші вибори Президента України, за результатами яких був обраний Л. М. Кравчук. Однак мирне співіснування двох владних інституцій не було тривалим.

Економічне становище з кожним місяцем лише погіршувалось, і за таких кризових умов було цілком логічним, що незадоволення населення соціально-економічною ситуацією в країні парламент намагався зосередити на невдалій діяльності уряду (наприклад, Постанова Верховної Ради від 2 червня 1993 року № 3244-ХІІ «Про соціально-економічне і політичне становище, що склалося в Україні, та шляхи виходу з кризи»).

¹ Проведение досрочных выборов в парламент Сербии намечено на 21 января [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.ruvr.ru/main.php?lng=rus&q=12613&cid=16&p=10.11.2006>

Початком розгортання відкритого конфлікту став звіт Кабінету Міністрів у Верховній Раді 18 травня 1993 року — рівно за 3 дні до закінчення періоду, на який уряд наділявся правом делегованої законотворчості. З цього моменту парламент починає діяти більш жорстко на шляху виходу з кризового становища. Самостійно виправити недоліки в діяльності уряду Верховна Рада не могла, адже на той час переважна більшість повноважень щодо керівництва виконавчою владою зосереджувалась у руках Президента України. Попри це, заради забезпечення керованості ситуацією, парламент 21 травня вніс зміни до Конституції (Основного Закону) такого змісту: «Президент ухвалює укази з питань економічної реформи, не врегульованих законами України, які діють до прийняття відповідних законів».

Події все більше нагадували наближення справжньої політичної кризи, початком якої стало ухвалення Верховною Радою України Постанови від 17 червня 1993 року № 3283-ХІІ «Про проведення всеукраїнського референдуму щодо довір'я (недовір'я) Президенту, Верховній Раді України», відповідно до якої громадянам пропонувалось на референдумі 26 вересня 1993 року висловити свою позицію відносно двох питань: «1). Чи довіряєте ви Президенту України?»; «2). Чи довіряєте ви Верховній Раді України?».

Разом із тим 3-місячні переговори та консультації народних депутатів та Президента закінчились ухваленням парламентом найбільш адекватного та конструктивного, на наш погляд, рішення — Закону України від 24 вересня 1993 року № 3470-ХІІ «Про дострокові вибори Верховної Ради України та Президента України». Згідно із цим Законом, скасовувалась постанова про проведення референдуму та призначались вибори народних депутатів та Президента на 27 березня та 26 червня 1994 року відповідно.

Ми не випадково так детально розглянули кризову ситуацію 1993–1994 років. Ці події яскраво продемонстрували здатність вищих владних інституцій діяти в умовах зміни конституційного порядку, коли один орган влади був сформований до зміни, а інший — після неї. Якщо в ситуації з достроковим припиненням повноважень Верховної Ради V скликання початком зміни конституційного порядку ми вважаємо набрання чинності 1 січня 2006 року Законом України «Про внесення змін до Конституції України», то у вищеописаній ситуації відлік часу в зміні конституційного порядку ми починаємо з 24 серпня

1991 року, коли був прийнятий Акт проголошення незалежності України.

Повертаючись до аналізу підстав розпуску, пов'язаних із участю парламенту у конституційному реформуванні, слід відмітити про існування специфічної підстави дострокового припинення повноважень грецького парламенту. Відповідно до ч. 2 ст. 41 Конституції Греції, парламент може бути розпущений Президентом за пропозицією уряду, який користується підтримкою парламенту, з метою оновлення народного мандата перед вирішенням «національного питання виняткової важливості». Зрозуміло, що тут, як і в попередньому випадку, позачергові вибори мають ще й плебісцитний характер.

Натомість в естонській Конституції передбачається, що парламент сам може поставити на карту своє подальше функціонування. Він вправі винести на референдум «законопроект чи інше питання життя держави». І в тому разі, коли народ висловиться проти референдарного питання, парламент має бути розпущений.

Окремого розгляду потребують такі підстави, як розпуск за дискреційним рішенням глави держави, за рішенням референдуму (Єгипет, Ємен, Латвія) та саморозпуск.

Стосовно першої підстави відразу зауважимо, що в багатьох описаних нами ситуаціях розпуску парламенту конституція дозволяє главі держави діяти в умовах дискреції, тобто він за наявності відповідних підстав ухвалює рішення про дострокове припинення діяльності цієї представницької інституції, керуючись власним розсудом. В окремих випадках на рівні конституції передбачене повністю дискреційне право глави держави розпускати парламент. Такий стан речей наявний у Австралії, Австрії, Анголі, Бахреїні, Боснії, Великій Британії, Вірменії, Греції, Індії, Іспанії, Італії, Канаді, Кувейті, Новій Зеландії, Пакистані, Португалії, Сирії, Франції, Фінляндії. Однак і тут ми зустрічаємось з однією з ключових умов ефективного функціонування дискреційних повноважень, а саме наявністю інституту відповідальності (як в позитивному, так і ретроспективному аспектах). Ідеться про те, що практично в усіх із перерахованих країн рішення про розпуск приймається главою держави за пропозицією прем'єра чи уряду. Таким чином, урядова команда сама ставить на кін своє майбутнє, оскільки в разі програшу проурядової політичної сили на дострокових виборах і сам чинний уряд (прем'єр), який ініціював розпуск, припинить своє існування.

Інститут саморозпуску існує в таких країнах, як Австрія, Боснія, Ефіопія, Македонія, Південно-Африканська Республіка, Польща, Туркменистан, Угорщина, Хорватія. У цьому контексті зазначимо, що все частіше серед німецьких дослідників починає лунати думка про необхідність запровадження в Основному Законі цієї країни додаткової підстави дострокового припинення повноважень, а саме саморозпуску. Причинами цього є два випадки відмови Бундестагом у довірі уряду, які призвели до прийняття Федеральним президентом рішення про розпуск Бундестагу. Мова йде про відмову у довірі уряду канцлера Г. Коля в 1983 році та уряду Г. Шредера в 2005 році.

В обох випадках питання розпуску парламенту стали предметом розгляду Федерального конституційного суду (рішення від 16.02.1983 р. та 25.08.2005 р.). Депутати, які звернулись до суду, вважали, що рішення Президента не відповідає вимогам Основного Закону, оскільки ст. 68 Основного Закону ФРН передбачено, що розпуск може відбутися лише в тому разі, коли між Бундестагом та урядом дійсно буде втрачено довіру з боку першого. Натомість у цих випадках, на думку позивачів, мало місце суто формальне голосування, яке не відображало стану справ у Бундестазі, а з боку Федерального канцлера мало місце зловживання публічним правом на постановку питання про довіру.

Однак в обох випадках суд став на бік канцлера та Президента, визнавши їх дії конституційними. І більше того, після аналізу подій, які передували постановці питання про довіру, суд визнав наявність політичного конфлікту між Бундестагом та урядом, чого, на думку німецьких конституціоналістів, орган конституційного контролю робити не мав права. Загалом склалось враження, що така позиція суду мала вимушений характер. Суд по суті був у скрутній ситуації, оскільки, визнавши дії високопосадовців неконституційними, він зробив би інститут розпуску не засобом демократичної взаємодії вищих органів влади, а формальною процедурою, позбавивши його притаманного розпуску дискреційного забарвлення.

Ми погоджуємося з тим, що запобігти таким ситуаціям у майбутньому і повернути інститут розпуску у своє природно-функціональне положення зможе закріплення права парламенту на саморозпуск¹.

¹ Heckötter U. Schröder's Dissolution of the Bundestag Approved An Expression of Faith in the German Public / U. Heckötter, C. Spielmann // *European Constitutional Law Review*. – 2006. – № 2. – P. 5–20.

З пропозицією про започаткування інституту саморозпуску парламенту погоджується і винуватець дострокових виборів 2005 року Г. Шредер. На його погляд, «відсутність у парламенту можливостей для саморозпуску є істотним недоліком нашої (німецької. — Ю. Б.) конституційної системи». Відомий політик сподівається, що найближчим часом парламент «усуне цей недолік, щоб у майбутньому подібні кризи розв'язувались не так, як це робиться в наші дні»¹.

Потребує свого належного наукового аналізу і питання про часо-ві межі діяльності парламенту, в разі дострокового припинення його повноважень.

Події, що весною 2007 року сколихнули не тільки український політикум, але й усе суспільство, винесли на поверхню питання, які тривалий час залишались поза увагою вчених-конституціоналістів. Окрім таких першочергових питань, як розуміння сутності підстав розпуску парламенту, викладених у ч. 2 ст. 90 Конституції, тривалий час політики і юристи ламали списи над аксіоматичністю тези про конституційний принцип безперервності функціонування вищих органів влади, і насамперед парламенту. Лунали різні аргументи як на користь позиції щодо безперечності необхідності функціонування Верховної Ради до початку роботи (відкриття першого засідання) парламенту нового скликання, так і на користь того, що, з огляду на етимологію словосполучення «дострокове припинення повноважень», яке використовується у вищезгаданій ст. 90, говорити про подальшу роботу парламенту після прийняття Президентом указу про розпуск Верховної Ради не доводиться. Сприяла таким гарячим дискусіям неоднозначність конституційних положень, якими врегульовуються питання функціонування парламенту, в тому числі в разі його розпуску.

Чинна Конституція містить одразу декілька норм, які врегульовують питання порядку діяльності Верховної Ради, з точки зору її безперервності. Першочерговим є положення ч. 1 ст. 90 Основного Закону, відповідно до якого «повноваження Верховної Ради України припиняються у день відкриття першого засідання Верховної Ради України нового скликання». Узагалі кажучи, ця норма є спеціальною з питання припинення діяльності парламенту. Якщо аналізувати лише приписи цієї статті Конституції, то можна вже на цьому етапі зроби-

¹ Шредер Г. Решения. Моя жизнь в политике / Г. Шредер. — М. : Европа, 2007. — С. 488.

ти висновок, що функціонування парламенту не є безперервним, у тому числі і в разі дострокового припинення повноважень цього органу, про що, зокрема, свідчить той факт, що одразу після вищезгаданої норми ч. 1 цієї статті визначаються питання дострокового припинення повноважень Верховної Ради Президентом. Безумовно, подібного роду тлумачення має дуже обмежений характер. Однак і системний аналіз свідчить про те, що парламент припиняє свою діяльність після оприлюднення указу Президента про його розпуск.

Сам термін «безперервність» відносно діяльності парламенту має достатньо умовний характер. Подібна теза витікає з правової позиції Конституційного Суду України, викладеної ним у Рішенні від 17 жовтня 2002 року № 17-рп/2002 (у справі щодо повноважності Верховної Ради України)¹. Даючи тлумачення окремим статтям Конституції щодо діяльності парламенту, Суд, зокрема, зазначив: «Положення частини першої статті 82 Конституції України, за яким Верховна Рада України «працює сесійно», треба розуміти так, що вона працює не безперервно, а під час певних періодів — сесій, на які вона збирається у конституційно визначені строки, як правило, двічі на рік» (абз. 4 п. 3 мотивувальної частини Рішення).

Узагалі таке ставлення до режиму функціонування законодавчого органу влади є характерним для більшості конституцій країн світу. Лише в окремих випадках на рівні Основного Закону передбачена чітка безперервність роботи парламентської установи. Так, відповідно до ст. 34 Конституції Чехії, «палати (парламенту. — Ю. Б.) знаходяться на сесії постійно». Сесія палат починається не пізніше ніж через 30 днів після чергових виборів. При цьому чітко передбачається, що «сесія Палати депутатів (нижньої палати. — Ю. Б.) завершується спливом строку її повноважень або її розпуском». Разом із тим Конституція допускає можливість перерви в сесії, сама ж перерва не може тривати більше 120 днів на рік (якщо ж загальний термін перерви буде більший 120 днів, то в цьому разі Президент може розпустити Палату депутатів)². Подібний варіант вирішення питання функ-

¹ Рішення Конституційного Суду України від 17.10.2002 р. за № 17-рп/2002 (щодо повноважності Верховної Ради України) // Офіц. вісн. України. — 2002. — № 44. — Ст. 2045.

² Митровка Я. В. Дострокове припинення повноважень парламентів України та Чеської республіки / Я. В. Митровка // Часопис Київ. ун-ту права. — 2007. — № 2. — С. 77.

ціонування парламенту можемо зустріти і в Конституції сусідньої з Чехією Словаччини (ст. 82 Конституції Словаччини).

Повертаючись до аналізу тексту вітчизняної Конституції, розглянемо ще декілька норм Основного Закону, насамперед положення ч. 3 ст. 81. Воно досить часто використовувалось прихильниками тези про безперервність роботи парламенту: «Повноваження народного депутата України припиняються достроково також у разі дострокового припинення відповідно до Конституції України повноважень Верховної Ради України — в день відкриття першого засідання Верховної Ради України нового скликання». З одного боку, такий припис може свідчити про те, що в разі розпуску парламенту його повноваження, як і повноваження парламентарія, припиняються лише на початку роботи Верховної Ради нового скликання. З другого — якщо повноваження парламенту в разі його розпуску припиняються, відповідно до ч. 1 ст. 90 Конституції, тобто у звичайному порядку, тоді навіщо необхідно було включати до конституційного тексту спеціальну норму?

Натомість більш детальний аналіз цих та інших положень Конституції дозволяє поставити під ще більший сумнів тезу про продовження повноважень парламенту після його розпуску.

По-перше, повертаючись до аналізу ст. 90 Конституції, можемо зауважити, що питання про дострокове припинення повноважень міститься саме в цій статті, а не, наприклад, у ст. 76, ч. 6 якої передбачає загальний строк повноважень Верховної Ради України у п'ять років.

По-друге, використовуючи історико-правовий метод тлумачення, звернемо увагу на те, що ст. 90, яку ми аналізуємо, зазнала суттєвих змін у ході проведення конституційної реформи, тобто після внесення змін до Конституції Законом № 2222-IV від 8 грудня 2004 року. До того в ній містилась лише одна підстава дострокового припинення повноважень, а саме: «протягом тридцяти днів однієї чергової сесії пленарні засідання не можуть розпочатися».

Свого часу Конституційний Суд, даючи тлумачення цьому конституційному положенню, зазначив, що «словосполучення «пленарні засідання не можуть розпочатися», що вживається в частині другій статті 90, пункті 8 частини першої статті 106 Конституції України, треба розуміти так, що пленарні засідання Верховної Ради України не можуть розпочатися через недодержання порядку роботи Верховної Ради України, встановленого Конституцією України і Регламентом

Верховної Ради України, що унеможлиблює здійснення парламентом конституційних повноважень єдиного органу законодавчої влади в Україні» (п. 2 Рішення Конституційного Суду України № 11-рп/2004 від 19 травня 2004 року (у справі про умови дострокового припинення повноважень Верховної Ради України))¹.

Така позиція єдиного органу конституційної юрисдикції свідчить про те, що Президент України змушений вдатись до такого кардинального кроку, як розпуск парламенту, у тому разі, коли останній унаслідок тривалої бездіяльності залишається по суті нездатним виконувати своє конституційне призначення в державному механізмі. Тому ставити питання про те, що Верховна Рада після її розпуску залишається повноважною до початку роботи нового парламенту, навряд чи можливо з огляду на те, що до самого указу про дострокове припинення повноважень представницька установа вже була недієздатною.

По-третє, самою Конституцією передбачені надзвичайно стислі терміни проведення дострокових виборів — протягом 60 днів із дня опублікування рішення про дострокове припинення повноважень Верховної Ради (ч. 2 ст. 77 Конституції). Строк настільки стислий, що його можна порівняти з тривалістю так званих парламентських канікул — перервами між сесіями парламенту. Одна з таких перерв не може бути меншою 45 днів (ч. 1 ст. 10 Регламенту Верховної Ради України від 19.09.2008 р.

Усе вищевикладене дозволяє зробити попередній висновок, який, безумовно, не має безспірного характеру. На наше переконання, опублікування указу Президента про дострокове припинення повноважень ставить крапку в діяльності парламенту відповідного скликання.

Водночас прихильники позиції щодо застосування принципу безперервності в діяльності Верховної Ради цілком слушно акцентують увагу на іншому аспекту — Конституцією України передбачена така процедура оголошення воєнного та надзвичайного стану, відповідно до якої участь у цьому процесі парламенту є обов'язковою. Так, передбачається, що «у разі оголошення указу Президента України про введення воєнного чи надзвичайного стану в Україні або окремих її місцевостях Верховна Рада України збирається на засідання у дводенний строк без скликання» (ч. 3 ст. 83 Конституції). Це необхідно для затвердження

¹ Рішення Конституційного Суду України від 19.05.2004 р. за № 11-рп/2004 (у справі про умови дострокового припинення повноважень Верховної Ради України) // Офіц. вісн. України. – 2004. – № 22. – Ст. 1515.

указу Президента про оголошення відповідного державно-правового стану (п. 21 ч. 1 ст. 106 Конституції). А події, що можуть стати підставою для ухвалення такого рішення, можуть виникати в будь-який момент, у тому числі під час проведення позачергової виборчої кампанії (прикладом тому є серпневі пожежі в Криму та Херсонській області 2007р.). Отже, може виникнути і потреба в діяльності парламенту.

На сьогоднішній момент ситуація з поновленням діяльності Верховної Ради в разі оголошення Президентом України надзвичайного стану є недостатньо чіткою. Зокрема, на рівні Конституції передбачається, що «у разі закінчення строку повноважень Верховної Ради України під час дії воєнного чи надзвичайного стану її повноваження продовжуються до дня першого засідання першої сесії Верховної Ради України, обраної після скасування воєнного чи надзвичайного стану» (ч. 3 ст. 83 Конституції). До цього додамо, що, відповідно до ч. 2 ст. 21 Закону України «Про режим надзвичайного стану» № 1550-III від 16.03.2000 р., заборонено проведення виборів до Верховної Ради України в умовах надзвичайного стану. Ця норма Закону цілком відповідає конституційним приписам ч. 4 ст. 83 Конституції.

Ця проблема, на наш погляд, може бути вирішена насамперед після порівняльно-правового аналізу врегулювання в зарубіжних країнах на конституційному рівні питань функціонування парламенту після розпуску.

Аналіз конституцій понад 40 країн світу дає підстави зробити висновок, що конституційною теорією та практикою вироблені 4 моделі конституційного регулювання функціонування загальнонаціональної представницької інституції після дострокового припинення її повноважень. Безумовно, така класифікація, чи таке моделювання, є певним чином умовною, однак вона дозволяє виявити основні напрями регулювання цього питання на рівні конституцій.

1. Найбільш поширеною є ситуація, коли парламент продовжує виконувати свої функції після розпуску. Зокрема, серед зарубіжних конституцій, які були предметом аналізу, таке вирішення питання зустрічається у 13 випадках, а саме в конституціях таких країн, як Австрія, Албанія, Казахстан, Кіпр, Латвія, Литва, Молдова, Південно-Африканська Республіка, Польща, Словенія, Угорщина, Фінляндія, ФРН. Натомість ми повинні зазначити, що в окремих випадках на рівні Конституції використовується лише загальне правило відносно функціонування парламенту, у тому числі і після його розпуску.

Разом із тим у деяких із вищеназваних країн можемо зустріти достатньо специфічні правила відносно строку подальшого функціонування представницького органу після прийняття рішення главою держави про дострокові вибори. Так, відповідно до ч. 4 ст. 49 Конституції ПАР, розпущена Національна Асамблея продовжує працювати до першого дня дострокових виборів.

В інших ситуаціях у конституціях передбачаються обмеження в компетенції парламенту після дострокового припинення повноважень. Наприклад, згідно з ч. 3 ст. 65 Конституції Албанії, парламент може ухвалювати рішення, які стосуються надзвичайних заходів. Відповідно до ч. 3 ст. 63 Конституції Молдови, у період між припиненням повноважень і до законного скликання Парламент не може вносити зміни до Конституції і не можуть бути прийняті, змінені чи визнані такими, що втратили чинність, органічні закони (це правило застосовується до ситуації як з черговими, так і достроковими виборами).

В окремих випадках така безперервність має, певним чином, умовний характер. Так, згідно зі ст. 49 Конституції Латвії, «якщо Сейм розпущений, то повноваження членів Сейму зберігають силу до відкриття Сейму нового скликання, але засідання попереднього складу Сейму можуть відбутись лише в тому разі, якщо Президент Республіки скликає їх». При цьому передбачається, що за главою держави залишається також виключне право визначати порядок денний таких засідань.

У деяких зарубіжних конституціях тривалість роботи розпущеного парламенту чітко залежить від підстави розпуску. Прикладом може бути вирішення цього питання на рівні Конституції Австрії. Насамперед слід відзначити, що Основний Закон цієї європейської країни виділяє одразу декілька підстав розпуску Національної ради (нижньої палати парламенту). По-перше, рішення про розпуск ради може бути прийняте Федеральним президентом на підставі його дискреційного права. При цьому сама дискреція є обмеженою: глава держави може використати одну і ту ж причину розпуску тільки один раз (ч. 1 ст. 29 Конституції Австрії). По-друге, це може бути саморозпуск (ч. 2 ст. 29). По-третє, Національна рада розпускається, якщо на ініційованому нею народному голосуванні не буде підтримане рішення про відсторонення Федерального президента від займаної посади (ч. 6 ст. 60). Однак лише в разі саморозпуску Національна рада продовжує свою діяльність «до того дня, в який буде скликана новообрана Національна рада» (ч. 3 ст. 29).

Достатньо своєрідно вирішується питання про дострокове припинення повноважень Едускунти (парламенту) Фінляндії. Виходячи зі ст. 26 Конституції Фінляндії, Президент Республіки має право за вмотивованою пропозицією Прем'єр-міністра розпустити Едускунту і призначити позачергові вибори. Однак питання про час завершення своєї діяльності Едускунта вирішує самостійно.

2. Другим варіантом вирішення проблеми, що аналізується, є продовження діяльності лише окремих парламентських органів на час до початку роботи обраного після розпуску парламенту. Відразу зауважимо, що така ситуація має місце лише в поодиноких випадках. Практично в кожному разі мова йде не про всі робочі органи, а лише про найбільш значимі.

Одним із таких прикладів є наслідки розпуску Національної Асамблеї Анголи. Згідно з ч. 3 ст. 95 Конституції Анголи, коли парламент розпущений, продовжуються повноваження його членів та функціонування Постійної комісії до першого засідання Асамблеї, обраної на дострокових виборах.

Подібну норму можемо зустріти в основних законах Іспанії та Португалії. Так, відповідно до ст. 78 Конституції Іспанії, у кожній палаті Кортесів створюється постійна депутація, яка представляє наявні парламентські групи. Саме на цю парламентську делегацію покладається обов'язок здійснювати екстраординарні повноваження парламенту в разі його розпуску. Ідеться про необхідність надання парламентом згоди на тимчасові законодавчі акти у формі декретів-законів, що видаються урядом у надзвичайних та невідкладних випадках (ст. 86); попереднє погодження декрету уряду про оголошення надзвичайного стану, затвердження декрету про «стан загрози» та прийняття рішення про «облогове положення» за пропозицією уряду (ст. 116 Конституції).

Що стосується португальського досвіду, то, мабуть, саме спосіб врегулювання питання про часові межі діяльності парламенту був взятий за основу при прийнятті Конституції Анголи. Так у ч. 3 ст. 172 Конституції Португалії зазначається: «Розпуск Асамблеї не впливає ні на права, ні на привілеї та імунітет депутатів, ні на компетенцію Постійної комісії, які зберігаються до першого засідання Асамблеї, обраної на дострокових виборах». Загалом же призначення Постійної комісії в умовах розпуску парламенту аналогічні до тих, які мають іспанські парламентські делегації. Статтею 138 Конституцією Іспанії

передбачено, що дозвіл уряду на оголошення облогового чи надзвичайного стану в разі, коли Асамблею Республіки не можна скликати, надає Постійна комісія Асамблеї. Однак таке рішення комісії повинне бути ратифіковано на пленарному засіданні «відразу, коли тільки з'явиться можливість скликання».

3. Ще один варіант вирішення проблеми полягає в припиненні діяльності парламенту після його розпуску. Одним із таких прикладів є вирішення питання про тривалість роботи загальнонаціональної представницької установи в Конституції Чехії. Нагадаємо, що мова йде про припинення постійної сесії Палати депутатів у разі її розпуску (ч. 4 ст. 34 Конституції Чехії). Аналогічна ситуація має місце і в Словаччині (ч. 5 ст. 82 Конституції).

Окрему підгрупу становлять країни, де тимчасове виконання повноважень парламенту (всіх чи лише екстраординарних) покладається на інші державні інституції, переважно главу держави. Так, згідно з ч. 2 ст. 72 Конституції Марокко, на час до обрання на дострокових виборах Парламенту його функції реалізує Король. Певну аналогію можна провести і з врегулюванням питання по тимчасовому делегуванню парламентських повноважень главі держави в Данії та Македонії. Відповідно до ст. 23 Конституції Данії, «Король вправі в умовах надзвичайного стану, коли Фолькетинг не може зібратись, приймати тимчасові закони за умови, що вони не будуть суперечити Конституції і будуть невідкладно передані Фолькетингу, як тільки він буде скликаний, для схвалення чи відхилення». Президент Македонії в умовах, коли парламент не може бути скликаний, може самостійно прийняти рішення про оголошення воєнного стану. У подальшому це рішення має бути затверджене парламентом, як тільки він буде скликаний (ч. 3 ст. 124 Конституції Македонії).

Інший варіант вирішення питання дає нам камбоджійський досвід. Конституційна Асамблея цієї країни вирішила при прийнятті Конституції запровадити правило, відповідно до якого в разі розпуску Національної Асамблеї на час до обрання нового парламенту Королівський уряд уповноважений вирішувати лише поточні справи (ч. 3 ст. 78 Конституції Камбоджі).

Повертаючись до австрійського варіанту, зазначимо, що в усіх інших випадках, окрім прийняття рішення парламентом про саморозпуск, його повноваження припиняються одразу після оголошення Президентом про розпуск парламенту (ст. 29 Конституції Австрії).

Конституцією Японії передбачається можливість пролонгації поновачень лише верхньої палати Парламенту — Палати радників у разі розпуску Парламенту. Згідно зі ст. 54 Конституції, розпуск нижньої палати автоматично призводить до розпуску і верхньої палати. Однак остання може бути скликана Кабінетом на надзвичайну сесію, «якщо це вкрай необхідно в інтересах країни». Разом із тим рішення, прийняті Палатою радників на такій сесії, носять «тимчасовий характер і втрачають силу, якщо вони не будуть схвалені Палатою представників протягом 10 днів з моменту відкриття наступної сесії Парламенту».

4. Останній варіант вирішення питання про часові межі роботи парламенту полягає у можливості відновлення його діяльності після розпуску (на весь час до початку роботи нового парламенту чи лише для прийняття окремих рішень) у разі настання екстраординарних подій, до яких насамперед можна віднести смерть монарха, введення надзвичайного стану чи необхідність вирішення невідкладних питань державного життя.

Так, відповідно до ст. 90 Конституції Бельгії, у разі смерті Короля, якщо перед цим палати (парламенту) були розпущені, а їх скликання призначено пізніше ніж через 10 днів, колишні члени палат поновлюють свої повноваження до обрання нових парламентаріїв.

Італійською конституцією передбачається, що розпущені палати парламенту спеціально скликаються і збираються протягом п'яти днів у разі видання урядом тимчасових розпоряджень для їх затвердження (ч. 2 ст. 77 Конституції). Такі тимчасові розпорядження приймаються урядом під власну відповідальність «у випадках особливої необхідності та терміновості». Ці акти за юридичною силою прирівнюються до законів.

Потреба у вжитті невідкладних заходів є підставою для поновлення роботи розпущеного парламенту на Мальті. У цьому випадку мова йде про те, що, коли, на думку Прем'єр-міністра, виникає крайня необхідність у скликанні такого парламенту, Президент своїм актом закликає таку представницьку інституцію зібратись. Поновлений парламент буде вважатись розпущеним з того дня, коли буде завершений підрахунок голосів на дострокових виборах (ч. 4 ст. 76 Конституції Мальти).

Вищенаведений аналіз інституту розпуску парламенту дозволяє зробити такі висновки.

1. Такий інструмент, як розпуск парламенту, спрямований перш за все на забезпечення дієздатності та легітимності виконавчої влади, а точніше, вищого органу цієї гілки влади. Аргументами на користь цієї позиції є, по-перше, те, що в переважній більшості випадків саме нестворення уряду або ж висловлення йому недовіри є основною підставою для прийняття главою держави рішення про дострокове припинення повноважень парламенту. По-друге, знову ж таки в переважній більшості випадків питання про розпуск парламенту не є характерним для країн із президентською формою правління, тому що питання про формування виконавчої вертикалі повною мірою покладеться на президента, який і очолює виконавчу гілку влади, а отже, у жодному разі від дій та рішень парламенту не залежить доля урядової команди.

Таким чином, президент уповноважується народом на дострокове припинення повноважень парламенту в тому разі, коли останній не буде спроможний виконати одне з основних своїх завдань — сформувати уряд. Питання про існування уряду тісно пов'язане з питанням про функціонування самого парламенту з огляду на те, що державне управління (у широкому розумінні цього терміна) повинно мати завершений та системний характер, тобто уряд повинен діяти в унісон із парламентською більшістю. У свою чергу остання має законодавчо забезпечувати програмні кроки уряду. Коли ж цей системний зв'язок втрачається, повинні відбутися позачергові вибори, для того щоб народ, як єдиний носій влади визначився відносно подальшого курсу держави.

2. Сам інститут розпуску може бути використаний як інструмент врегулювання державно-правових конфліктів лише в ситуації, коли використання інших засобів не дало очікуваного результату. Як приклад можемо навести ситуацію із достроковими виборами в Португалії у 2005 році. Тодішній прем'єр-міністр Португалії Ж. Дурау Баррозу був обраний Головою Європейської комісії. Це означало по суті початок урядової кризи. Однак Президент республіки Ж. Сампайо провів консультації з усіма політичними силами і вирішив не застосовувати надане йому право розпустити парламент, а надати можливість сформувати уряд новому лідеру Соціал-демократичної партії П. Сантані Лопешу. Утім новому Прем'єр-міністру не вдалося вгамувати протиріччя, які періодично виникали всередині урядової команди, що, врешті-решт, вилилось у втрату довіри до уряду серед населення. Тому Президент

після 5 місяців діяльності уряду П. Сантані Лопешу прийняв рішення про проведення дострокових парламентських виборів.

3. Питання про дострокові парламентські вибори, як правило, ініціюється перед главою держави прем'єр-міністром. Це пов'язано з тим, що глава держави повинен виступати арбітром у врегулюванні державно-правових конфліктів. При цьому арбітраж повинен бути застосований лише тоді, коли самі сторони (сторона) конфлікту звернуться до глави держави, або ж тоді, коли сам конфлікт переросте у кризовий стан у державному управлінні, що буде мати явний характер.

4. Детальний аналіз конституційного регулювання питання про часові межі діяльності парламенту в разі його розпуску засвідчив необхідність започаткування на рівні Основного Закону інституційного механізму, який би гарантував оперативність прийняття державних рішень у найважливіших, екстраординарних ситуаціях, до яких насамперед належить введення надзвичайного та воєнного стану. При цьому такі механізми можуть полягати в поновленні роботи парламенту, збереженні повноважень за його головними робочими органами чи делегуванні окремих законодавчих повноважень іншим вищим державним інституціям. Зрозуміло, що найпростішим варіантом вирішення цього питання є продовження функціонування парламенту до початку роботи представницької установи нового скликання. Однак це питання повинне вирішуватись з урахуванням конституційних особливостей механізму кожної конкретної держави, з урахуванням підстав розпуску парламенту та відповідно правової природи рішення глави держави про розпуск.

У будь-якому разі останні події, пов'язані з конфліктним протистоянням між Президентом та Верховною Радою України, засвідчили необхідність чіткого вирішення на конституційному рівні питання про часові межі діяльності розпущеного парламенту. Це може бути зроблено або шляхом деталізації відповідних положень Основного Закону в ході наступної конституційної реформи, або ж шляхом надання офіційного тлумачення Конституційним Судом України норм статей 83 та 90 Конституції України. Наша принципова позиція полягає в тому, що, незважаючи на спосіб вирішення питання про подальшу долю розпущеного парламенту, глава держави повинен мати можливість скликати його в разі оголошення воєнного чи надзвичайного стану, при цьому поновлений парламент повинен працювати до закінчення дії цього особливого державно-правового режиму.

Преюдиціальність рішень Конституційного Суду України: проблемні питання теорії та практики¹

Попри те, що з моменту створення Конституційного Суду України минуло вже 13 років, до цього часу залишилось чимало невирішених питань, пов'язаних із організацією діяльності цього єдиного органу конституційної юрисдикції та порядком розгляду ним справ (включаючи і гарантування громадянам доступу до конституційного судочинства), так і суто доктринальні питання державно-правового розвитку, які хоча висвітлені в правових позиціях Суду, попри те їх розкриття Судом є достатньо суперечливим та неоднозначним. На окремих із таких проблемних моментів у становленні конституційної юрисдикції хотілось би зупинити увагу.

Насамперед після постановлення Судом рішень у справах про перевірку на конституційність законів про Державний бюджет збільшилась кількість рішень судів загальної юрисдикції, у яких вони задовольняли позовні вимоги в частині стягнення заборгованості за соціальні виплати, посилаючись на преюдиціальний характер цих актів органу конституційної юрисдикції. Нагадаємо, що відповідно до ст. 74 Закону України «Про Конституційний Суд України» Конституційний Суд України може вказати на преюдиціальність свого рішення при розгляді судами загальної юрисдикції позовів у зв'язку з правовідносинами, що виникли внаслідок дії неконституційного акта.

Цим правом Конституційний Суд України скористався за період, що аналізується, п'ять разів: у справі щодо стажу наукової роботи (Рішення від 19 червня 2001 року № 9-рп/2001); у справі про відшкодування шкоди державою (Рішення від 3 жовтня 2001 року № 12-рп/2001); у справі про соціальні гарантії громадян (Рішення від 9 липня 2007 року № 6-рп/2007); у справі щодо предмета та змісту закону про Державний бюджет України (Рішення від 22 травня 2008 року

¹ Оpubліковано в журналі «Право України» (2010. – № 6).

№ 10-рп/2008); у справі щодо конституційності пункту 10 Постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання соціального захисту окремих категорій громадян» (Рішення від 8 вересня 2009 року № 19-рп/2009). Як ми бачимо, у всіх без винятку випадках ідеться про відновлення порушених соціальних прав громадян.

Звертає на себе увагу при аналізі цих рішень досить поверхова аргументація, яку застосовував Суд для обґрунтування надання згаданим рішенням преюдиціального характеру. Насамперед відмічаємо, що у 2 із 5 аналізованих рішень (а саме у рішеннях у справі про соціальні гарантії громадян та у справі щодо предмета та змісту закону про Державний бюджет України) відсутня будь-яка аргументація відносно необхідності запровадження правила, передбаченого ст. 74 Закону України «Про Конституційний суд України».

Що стосується інших трьох рішень Суду, то застосована в них аргументація є явно недостатньою для того, щоб говорити про повноцінне обґрунтування органом конституційної юрисдикції потреби в «преюдиціальній» силі рішень. Так, у рішенні у справі щодо стажу наукової роботи, Суд вдався до такої мотивації застосування ст. 74 Закону: «Враховуючи, що положення Постанови № 923, яке не відповідає Конституції України, застосовувалось при призначенні пенсій та грошових допомог у разі виходу на пенсію науковим (науково-педагогічним) працівникам, Конституційний Суд України на основі ст. 74 Закону України “Про Конституційний Суд України” вказує на преюдиціальність свого рішення» (п. 5 мотивувальної частини рішення). Подібною була аргументація Суду і у двох інших рішеннях.

З цього приводу певну цікавість становить виокремлення Рішень Конституційного Суду України, в яких Суд прямо, не цитуючи норму ст. 74 Закону, застосовував загадане «преюдиціальне» правило. На одне із таких рішень звертає увагу Г. Христова. Йдеться про Рішення у справі щодо несумісності депутатського мандата від 13 травня 1997 р. № 1-зп. В п. 6 резолютивної частини Рішення було зазначено, що «рішення судів загальної юрисдикції про дострокове припинення повноважень народних депутатів України на підставі ст. 78 Конституції України у зв’язку з рішенням КСУ підлягають перегляду»¹.

В іншому випадку, Суд, знову ж прямо таки не використовуючи правило «преюдиціальності», забороняв поширювати своє рішення

¹ Христова Г. О. Юридична природа актів Конституційного Суду України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / НЮАУ ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2004. – С. 124.

на правовідносини, що виникли внаслідок дії акту, визнаного неконституційним. Як приклад, Рішення у справі щодо призначення заступників голів місцевих державних адміністрацій від 24 грудня 1997 р. № 8-зп КС¹. Про те що згадане рішення Суду має відношення до питання преюдиціальності, свідчить посилання Судом при винесенні Рішення ст. 74 Закону (дивним при цьому є те, що в попередньому Рішенні (у справі щодо несумісності депутатського мандата), орган конституційної юрисдикції не зробив необхідного посилання на ст. 74).

Отже, маємо на сьогодні ситуацію, коли право на визнання за власними рішення преюдиціального характеру стало звичною практикою для Конституційного Суду. Правда при цьому обґрунтування застосування такого заходу не отримало доктринального характеру, оскільки правові позиції Суду щодо необхідності надання «преюдиціальної» сили своєму рішення носять настільки поверховий та формальний характер, що не дають можливість сформулювати цілісну схему аргументації використання ст. 74 Закону. Можемо лише припустити, що Суд вдається до такого кроку, коли йдеться про масштабні порушення соціальних прав громадян внаслідок ухвалення вищими органами влади неконституційних актів у бюджетно-фінансовій сфері.

Не дає чіткості у розумінні ст. 74 Закону вивчення стенограм обговорення проекту Закону України «Про Конституційний Суд України» на пленарних засіданнях Верховної Ради України. Так, під час обговорення проекту цього Закону у другому читанні на засіданні парламенту 18 вересня 1996 року ця норма через її відсутність у тексті взагалі не розглядалась, а при обговорення проекту у 3 читанні (3 та 16 жовтня 1996 року) аналізувались лише ті положення, які на засіданні Погоджувальної ради викликали дискусію, а серед них цієї норми також не було. Таким чином досліджувати зміст цієї норми ми можемо, насамперед, з точки зору доктринального усвідомлення дії актів органів конституційного судочинства в часі, практики використання цієї норми Конституційним Судом та зарубіжного досвіду законодавчої регламентації подібних питань.

Насамперед, те що стосується теоретико-методологічної складової цього питання, то аналіз категорій, що були використані при констру-

¹ Хрестова Г.О. Юридична природа актів Конституційного Суду України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / НЮАУ ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2004. – С. 124.

юванні норми статті 74, ще більше заплутує ситуацію. Оскільки поняття «преюдиціальності» в традиційному його розумінні у процесуально-правових науках фактично не має жодних логічних зв'язків із подальшим словосполученням «при розгляді судами загальної юрисдикції позовів у зв'язку з правовідносинами, що виникли внаслідок дії неконституційного акта». На цьому абсолютно слушно акцентували увагу у своїй роботі Ю. В. Білоусов та А. М. Івановська¹. Дійсно, як би ми розглядали преюдиціальність в конституційному судочинстві саме в традиційному розумінні, то це б означало, що в тому разі, коли в процесі розгляду справи в Конституційному Суді будуть встановлені і перевірені певні обставини і це знайде відображення в рішенні Суду, то в подальшому, при розгляді справи в суді загальної юрисдикції такі обставини будуть вважатись такими, що не підлягають доведенню.

Подібного роду «преюдиціальні» правила ми можемо зустріти в процесуальних кодексах, зокрема в ч. 3 ст. 61 Цивільного процесуального кодексу України та ч. 1 ст. 72 Кодексу адміністративного судочинства України. При цьому ми звертаємо увагу на те, що у обох випадках йдеться лише про обставини, які були встановлені судовим рішенням в цивільних, адміністративних та господарських справах, тобто в згаданому переліку відсутня згадка про встановлення обставини в конституційному судочинстві.

Мабуть що, при конструюванні згаданих норм процесуальних законів далась взнаки доктрина абстрактного контролю, яка виключає розгляд органом конституційного судочинства питань факту (див., наприклад, Ухвалу Конституційного Суду від 27 грудня 2001 року № 47-у/2001) та яка на момент прийняття згаданих процесуальних нормативно-правових актів вже мала своє належне відображення у рішеннях Суду.

Натомість більш вагомим в цьому контексті є зв'язок правила ст. 74 закону України «Про Конституційний Суд України» з інститутом перегляду справ за нововиявленими обставинами. Так, згідно п. 5 ч. 2 ст. 245 КАСУ підставою перегляду справи за нововиявленими обставинами є, в тому числі, встановлення Конституційним Судом України неконституційності закону, іншого правового акта чи їх окре-

¹ Білоусов Ю. В., Івановська А. М. Шляхи забезпечення виконання рішень Конституційного Суду України // Університетські наук. записки. – 2006. – № 2. – С. 61.

мого положення, застосованого судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконано. Аналогічну норму ми можемо віднайти і у ЦПК України (п. 4 ч. 2 ст. 361) (натомість, подібного нормативного припису ми не зустрінемо у Господарському процесуальному та Кримінально-процесуальному кодексах). З одного боку може здатись, що через формулювання згаданих норм, ніякого логічного зв'язку між інститутом перегляду справ у загальному судочинстві та преюдиціальністю рішень Конституційного Суду не має, оскільки у згаданих нормах КАСУ та ЦПК говориться про усі рішення Суду, а не тільки про ті із них, яким Суду надав характер «преюдиціального». Натомість, відповідно до роз'яснень Пленуму Верховного Суду України, сформульованих у Постанові Пленуму «Про практику перегляду судами у зв'язку з нововиявленими обставинами рішень, ухвал і постанов у цивільних справах, що набрали законної сили» № 1 від 27 лютого 1981 року. В абз. 1 п. 5 згаданої Постанови чітко зазначається, що як нововиявлені обставини може розглядатись, зокрема, вказівка Конституційного Суду про преюдиціальність його рішення при розгляді судами загальної юрисдикції позовів, пов'язаних із правовідносинами, що виникли внаслідок дії неконституційного акту. При цьому слід зазначити, що загадана Постанова Пленуму не була змінена внаслідок прийняття нового Цивільного процесуального кодексу України 2004 року. І фактично у цій Постанові Пленум Верховного Суду давав роз'яснення з приводу застосування судами п. 5 абз. 2 ст. 347-2 Цивільного процесуального кодексу України 1963 року, в якому зазначалось, що підставою для перегляду справ за нововиявленими обставинами є «визнання неконституційним закону, який був застосований судом при вирішенні справи». Тобто в даному випадку була відсутня вказівка на те, що підлягають перегляду справи, рішення по яким ще не було виконано.

Окрім цього слід також зважити на той факт, що до ухвалення чинних ЦПК і КАСУ переважна більшість адміністративних справ розглядалась у порядку, визначеному ЦПК 1963 року, а також через відсутність відповідних роз'яснень Вищого адміністративного суду України з приводу застосування положень КАСУ в частини перегляду справ за нововиявленими обставинами, адміністративні суди, в тому числі і ВАСУ, при аргументації своїх рішень у порядку перегляду справ за нововиявленими обставинами посилаються на вказану

Постанову Пленуму ВСУ (як приклад, ухвали ВАСУ від 29 листопада 2006 року № 407395 (згідно даних Єдиного державного реєстру судових рішень) та від 30 листопада 2006 року у справі № 404269).

Якщо аналізувати конкретні випадки застосування судами положень про визнання закону неконституційним, як підставу для перегляду справи за нововиявленими обставинами, то досить ілюстративною в цьому відношенні є ухвала ВАСУ від 16 січня 2007 року № 519709. Фабула справи полягала в тому, що у січні 2004 року позивач звернувся в суд із завою про перегляд за нововиявленими обставинами рішення Шевченківського районного суду міста Києва від 29 березня 2002 року, ухваленого по справі за його скаргою на рішення територіальної виборчої комісії Шевченківської районної у м. Києві ради про скасування реєстрації його кандидатом у депутати райради. Вимоги обґрунтовував тим, що вказаним рішенням суду позивачеві було відмовлено в задоволенні позову, оскільки реєстрація була скасована виборчою комісією у зв'язку з тим, що він не проживав в Шевченківському районі м. Києва, а відповідно до ст. 30 Закону України «Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних міських голів» громадяни, які самовисуваються, можуть бути зареєстровані кандидатами лише за умови, якщо вони проживають або працюють у виборчому окрузі. Однак Рішенням Конституційного Суду України від 23 жовтня 2003 року №17-рп/2003 зазначена норма визнана неконституційною. В зв'язку з цим, позивач вважав, що назване Рішення Конституційного Суду України є нововиявленою обставиною, а тому просив скасувати рішення Шевченківського районного суду міста Києва від 29 березня 2002 року.

Однак такі вимоги скаржника не були підтримання ні Шевченківським районним судом, ні Апеляційним судом м. Києва, ні Вищим адміністративним судом України. При цьому аргументація ВАСУ полягала в наступному. «Судами попередніх інстанцій встановлено, що в рішенні Конституційного Суду України, на яке посилається заявник, відсутні вказівки на його преюдиціальність, а лише вказано, що положення частини 3 статті 30 Закону України «Про вибори депутатів місцевих рад та сільських, селищних міських голів» втрачають чинність з дня ухвалення цього рішення, тобто з 23 жовтня 2003 року. Отже, правильними є висновки судів про те, що в даному випадку рішення Конституційного Суду України від 23 жовтня 2003 року

№ 17-рп/2003 не є нововиявленою обставиною, оскільки воно не має преюдиціальності»¹.

Водночас такий погляд на преюдиціальність не є односпайним у науковому середовищі. Так, колишній Голова Конституційного Суду України М. Ф. Селівон стверджує, що, незважаючи на наявність чи відсутність у Рішенні Конституційного Суду вказівки на його преюдиціальність, воно є підставою для перегляду рішень судів загальної юрисдикції за нововиявленими обставинами².

Знову ж таки, автори Науково-практичного коментарю до Цивільного процесуального кодексу України зазначають, що для перегляду справи у зв'язку з визнанням закону неконституційним обов'язкова наявність таких трьох умов у сукупності: визнання акту Конституційним Судом неконституційним; застосування цього акту судом при вирішенні цивільної справи і покладення його в основу судового рішення; таке рішення суду загальної юрисдикції ще не було виконано³. Тобто серед цього переліку вказівки Судом на преюдиціальність свого рішення не розглядається дослідниками, як обов'язкова умова для перегляду справи за ново виявленими обставинами. Не вказують на необхідність надання Конституційним Судом своєму рішенню статусу преюдиціального як умови визнання ухвалення такого рішення як нововиявленої обставини і автори Науково-практичного коментарю до Кодексу адміністративного судочинства України⁴.

Іншим вагомим джерелом для розкриття справжньої сутності такої зворотної дії актів органів конституційного судочинства є зарубіжна практика законодавчої регламентації конституційного судочинства.

Що стосується країн із усталеними демократичними традиціями, то насамперед звернемо увагу на досвід правового регулювання діяльності Федерального конституційного суду Німеччини, який, за свідченнями розробників чинного Закону «Про Конституційний Суд України», став підґрунтям для створення законодавчої бази діяльності вітчизняного органу конституційного судочинства. Так, відповідно до абз.1 §79 Закону ФРН «Про Федеральний конституційний суд», до-

¹ Білоусов Ю. В., Івановська А. М. Шляхи забезпечення виконання рішень Конституційного Суду України // Університетські наук. записки. – 2006. – № 2. – С. 61.

² Електронний ресурс: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/519709>.

³ Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. С. С. Бичкової. – К. : Атіка, 2008. – 690 с.

⁴ Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар. – К. : Правова єдність, 2009. – 575–576 с.

зволюється поновлення провадження у кримінальній справі, вирок за якою вже набрав законної сили, в тому разі, коли норма, на підставі якої був винесений вирок, в подальшому була визнана конституційним судом неконституційною¹. На думку німецького конституціоналіста К. Хессе, подібна зворотна сила рішень Суду розповсюджується також на інші судові та правозастосовчі акти, які після ухвалення рішення про неконституційність відповідного закону, «втрачають з цього моменту правову основу»². Рішення ж які не були переглянуті (чи не підлягають перегляду) в будь-якому разі не підлягають виконанню. При цьому, що є вкрай важливим для вітчизняної практики конституційного судочинства, «претензії щодо збагачення, яке не відбулося, виключаються»³. Аналогічним є правове регулювання зворотної дії актів органу конституційної юрисдикції і в Угорщині (див. ч. 3 ст. 43 Закону Угорщини «Про Конституційний Суд» № XXXII від 1989 року).

Разом з тим слід мати на увазі наявність в системі конституційного судочинства зазначених країн інституту індивідуальної конституційної скарги і, як доводить практика, переважна більшість рішень конституційних судів ухвалюються саме на основі розгляду таких конституційних скарг (для прикладу, за період з 1951 по 2005 роки більше 96 % справ у Федеральному конституційному суді Німеччини було розглянуто саме за індивідуальними скаргами)⁴.

Відмічаємо, що подібні варіанти вирішення питання про зворотню дію актів органів конституційної юрисдикції не є універсальними для всіх європейських країн. Так, відповідно до ч. 2 ст. 45 Закону Словенії «Про Конституційний Суд», якщо при визнанні Судом неконституційності чи незаконності акту, виданого на реалізацію владних повноважень, Суд визнає за необхідне усунення шкідливих наслідків такої неконституційності, він ухвалює рішення про скасування такого акту, яке має зворотну силу. Це означає, насамперед, що будь-яка особа, яка зазнала шкідливих наслідків у зв'язку із прийняттям такого акта, має право вимагати усунення таких наслідків. Якщо шкода завдана прийняттям індивідуального рішення, заснованого не неконституційному акту, то особа може вимагати, щоб орган, який прийняв це індивідуальне рішення у першій інстанції, змінив його або ж скасував (ч. 1 ст. 46 Закону).

¹ Конституционный контроль в зарубежных странах. – М. : Норма, 2007. – С. 282.

² Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. – М. : Юрид. лит., 1981. – С. 322.

³ Там само. – С. 322.

⁴ Конституционный контроль в зарубежных странах. – М. : Норма, 2007. – С. 255.

На пострадянському просторі досить уживаною є формула, відповідно до якої «рішення судів та інших правозастосовчих органів, заснованих на такому законі або іншому нормативному правовому акті (*ідеться про закони та акті визнані неконституційними в силу того, що вони обмежують конституційні права і свободи людини.* — Ю. Б.), виконанню не підлягають» (ч. 2 ст. 39 Указу Президента Республіки Казахстан, що має силу Конституційного закону, «Про Конституційну Раду Республіки Казахстан» від 29 грудня 1995 року). В Литовській Республіці до цієї формули додана обов'язкова вимога щодо того, що це правило застосовується лише тоді, коли «такі рішення не були виконані до введення в дію відповідної постанови Конституційного Суду» (ч. 4 ст. 72 Закону Литовської Республіки «Про Конституційний Суд» від 3 лютого 1993 року). В Російській Федерації згадана формула розширена за рахунок вимоги обов'язкового перегляду подібного роду рішень, але у випадках, встановлених федеральним законом (ч. 3 ст. 79 Федерального конституційного закону «Про Конституційний Суд Російської Федерації» від 21 липня 1994 року). Зокрема, мова може йти про випадок, коли за наслідками розгляду індивідуальної чи колективної конституційної скарги Суд визнає закон, який був застосований у відповідній конкретній справі, неконституційним (ч. 2 ст. 100 Федерального конституційного закону «Про Конституційний Суд Російської Федерації»). Доречі, свого часу Конституційний Суд Росії роз'яснив зміст ч. 3 ст. 79 Федерального конституційного закону в частині кола випадків, на які розповсюджується ситуація можливості перегляду рішень. На думку Суду, якщо не має місце ситуація, описана у ч. 2 ст. 100, то прийняття Судом рішення про визнання неконституційним закону слід розглядати як нововиявлену обставину (п. 2 мотивувальної частини Ухвали Суду від 14 січня 1999 року № 4-О)¹.

Повертаючись до української практики, варто зважити на те, що вітчизняні суди у переважній більшості випадків розглядають преюдиціальний характер рішень Конституційного Суду саме як надання Судом зворотної дії своєму рішенню, тобто втрату чинності неконституційним актом не з моменту ухвалення відповідного рішення Суду, а з дати, коли цей акт вступив в силу (як приклад, постанова Рівненського окружного адміністративного суду у справі № 2-а-2471/8 від 28 серпня 2008 року)².

¹ Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суд России. — М. : Городец, Формула права, 2003. — С. 156–157.

² [Http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/5956890](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/5956890).

Таким чином можемо констатувати такі моменти.

1. Формулювання ст. 74 Закону України «Про Конституційний Суд України» є досить суперечливим і викликає неоднозначне розуміння його на практиці. Насамперед, така неоднозначність проявляються в тому, що окремі суди розуміють преюдиціальність, як зворотну дію рішення Конституційного Суду, інші ж розглядають преюдиціальність в тому сенсі, в якому ця категорія використовується в інших процесуальних галузях.

2. На думку вищих судових інстанцій, преюдиціальний характер рішень органу конституційної юрисдикції, означає, насамперед те, що винесення таких рішень є підставою для перегляду справ за нововиявленими обставинами, при тому, що подібна вимога (про вказівку Конституційним Судом на преюдиціальний характер свого рішення) не передбачається відповідними нормами процесуальних кодексів.

3. Незважаючи, на нечисленність випадків застосування правила ст. 74 Закону України «Про Конституційний Суд України», майже кожного разу мова йшла про надання преюдиціального значення рішенням Суду, в яких він визнавав неконституційним обмеження соціальних виплат чи нехтування державою інших соціальних стандартів. Разом з тим, як доводить подальша практика судового захисту порушення таких соціальних прав, їх відновлення (в частині повернення неотриманої суми соціальних виплат) є практично нездійсненим через особливості бюджетного процесу.

4. В законодавстві про функціонування органів конституційної юрисдикції зарубіжних країн найбільш розповсюдженим випадком фактичного надання зворотної дії рішенням конституційних судів, яка проявляється у перегляді рішень судів загальної юрисдикції, є ситуація із визнанням неконституційним акту, на підставі якого був винесений вирок у кримінальній справі. В інших же випадках може йти мова про перегляд за наслідками визнання неконституційним відповідних нормативних актів судових та правозастосовних рішень, ухвалених на підставі цих актів, у межах розгляду конституційним судом індивідуальної конституційної скарги.

5. Особливим чином вирішується питання про розгляд і визнання неконституційними актів бюджетно-фінансового законодавства в зарубіжному законодавстві. Певну цікавість для нас може становити досвід нормативного вирішення цього питання в Польщі. По-перше, згідно з ч. 2 ст. 224 Конституції Польщі Конституційний Трибунал

має право здійснювати попередній конституційний контроль щодо бюджетного закону. Трибунал перевіряє такий закон за поданням Президента до його підписання. По-друге, особливим чином вирішується питання щодо набуття чинності тими рішеннями Трибуналу, які пов'язані із фінансовими витратами, не передбаченими бюджетним законом: у такому випадку Трибунал визначає строк втрати сили неконституційного акту після ознайомлення із думкою Ради Міністрів (ч. 3 ст. 190 Конституції).

6. Питання щодо преюдиціальності рішень Суду не може бути вирішено однозначно на користь наявності чи відсутності у рішень Суду, визнаних преюдиціальними, зворотної сили. Так само, як і питання про те, чи стосується преюдиціальність рішень Суду виключно ситуації із переглядом ухвалених попередньо рішень судів загальної юрисдикції за нововиявленими обставинами, чи йдеться як про перегляд попередніх рішень, так і про можливість поновлення в судовому порядку порушених прав з моменту набуття чинності визнаного неконституційним акту. Як на нас, то це питання має вирішуватись скоріш на користь виключного розгляду преюдиціального характеру рішень Конституційного Суду як підстави перегляду рішень судів загальної юрисдикції за нововиявленими обставинами. Адже у протилежному випадку Конституційний Суд мав би вказувати на преюдиціальність свого рішення не тільки судам, але іншим правозастосовним органам, які ухвалили рішення на основі неконституційної норми. Інакше важко було б збагнути «правовідновлювальний» характер преюдиціальних рішень.

На наше глибоке переконання, ми будемо залишатись заручниками такої ситуації із невизначеністю правової природи преюдиціальних рішень Конституційного Суду до того часу, поки не буде реформовано законодавство в сфері конституційного судочинства на нових доктринальних засадах, які будуть передбачати можливість індивідуального звернення громадян до суду, чітку вказівку на долю тих правозастосовних рішень, які були ухвалені на підставі неконституційного акту, та особливе провадження із перевірки на конституційність бюджетно-фінансових нормативних актів. До цього часу у судочинстві будуть виникати серйозні ускладнення як із застосуванням преюдиціальних рішень органу конституційного судочинства, так і з реалізацією рішень судів загальної юрисдикції, заснованих на згаданій преюдиціальності, особливо у випадку із відновлення порушених соціальних прав.

Наукове видання

Барабаш Юрій Григорович

Нариси з конституційного права

Коректор *О. В. Синицина*
Комп'ютерна верстка *В. М. Зеленька*

Підписано до друку 11.01.2012.
Формат 60×84 $\frac{1}{16}$. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 9,3. Обл.-вид. арк. 8,8. Вид. № 700.
Тираж 300 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного університету «Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого»
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: proizvodstvo@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Виготовлено в друкарні «Мадрид»
Тел. (057) 717-41-79