

Розділ 1.

Конституціоналізм, конституція, конституційне право та їхні взаємозв'язки: загальна характеристика

1.1. Конституціоналізм: генезис, сутність і структурні елементи

Термін «конституціоналізм» походить від латинського слова *constitutio* – конституція, що, своєю чергою, етимологічно пов'язане з латинським словом *constituere*, що в перекладі українською мовою буквально означає «встановлювати» («встановити»).

На відміну від терміна «конституціоналізм», який почали використовувати в кінці XVIII – на початку XIX століття, слово «конституція» вживали ще у своїх творах античні мислителі, у текстах і навіть назвах офіційних документів політичного й нормативно-правового змісту Стародавньої Греції та Стародавнього Риму, тобто понад дві тисячі років тому. Його розглядали здебільшого як синонім устрою держави. Наприклад, до таких текстів належать: «Афінська політія» («Конституція Афін») Арістотеля, «Конституція Солона», «Конституція Лікурга». В епоху Середньовіччя терміном «конституція» часто позначали різноманітні документи про привілеї та вольності феодалів. Серед них слід назвати «Конституцію про права князів духовних» (1220 р.), «Конституцію про права князів світських» (1232 р.) та найвідомішу «Кароліну» – *Constitutio Criminalis Caroline* (1532 р.)*. На політико-правові акти, у текстах яких вживали термін «конституція», можна натрапити також у країнах Центральної та Східної Європи, зокрема в Україні.

Попри нерозривний етимологічний зв'язок між термінами «конституціоналізм» і «конституція», їх не слід ототожнювати. По-перше, сучасне розуміння терміна «конституція» досить далеке від його тлумачення в античні й середні віки. Воно склалося лише на початку ліберально-демократичних (буржуазних) антиабсолютистських революцій XVII–XVIII століть. По-друге, те, що в країні є конституція, ще не означає, що також є й конституціоналізм як явище. Яскравий приклад – держави з тоталітарними режимами. Адже ні одна з найпрогресивніших для свого часу конституцій – Веймарська конституція Німеччини 1919

* Стецюк П. Основи теорії конституції та конституціоналізму. Львів: Астролябія, 2003. С. 8-11.

року, яка формально була чинною під час правління нацистів, ні «най-демократичніша у світі» (так принаймні називали її творці) сталінська Конституція СРСР 1936 року, – не тільки не утвердили в цих країнах конституціоналізм, а навпаки – стали взірцем найбрутальнішого в історії глумління над ним.

Конституціоналізм – це не просто набір певних, навіть демократичних за своїм змістом, ідей, утілених у текстах конституцій, тим паче коли їхньою метою є створення видимості демократичності держави (ширми, зовнішнього фасаду), а й реальна політична ідеологія держави. Конституціоналізм – це також конституційна практика, яка значною мірою залежить як від справжніх намірів і волі владарюючих, так і від історичних політичних і правових традицій, рівня культури й ментальності народу, розвинутості державних і правових інститутів та інших чинників, про що йтиметься далі.

1.1.1. Витоки конституціоналізму й основні етапи його становлення

Перші ідеї про потрібність демократичного державного й суспільного устрою, про справедливість, рівність і свободу, на яких він повинен базуватися, сягають ще античних часів. Саме в цей період відбувся перехід від панівних до цього міфологічних і релігійних уявлень про побудову світу до його раціонального осмислення. Спроби такого осмислення започаткували ще давньогрецькі мудреці, як-от: Піфагор, Геракліт, Демокріт та інші. Відтак ці ідеї почали розвивати у своїх працях й інші видатні мислителі Греції: Платон з його обґрунтуванням «цілком досконалої держави», побудованої на засадах верховенства розуму, добра й справедливості*, а також його учень Арістотель, який акцентував у своїх творах на людині та її «здатності сприймати такі поняття як добро і зло, справедливість і несправедливість»**, а також конструюванні «найліпшого», що ґрунтується на верховенстві закону, державного устрою, «організація якого дає людині змогу чинити якнайліпше й жити щасливо»***. Чимало уваги у своїх творах Арістотель приділяв також вимогам до осіб, які обіймають державні посади, зокрема їхнім досконалим моральним чеснотам, що спонукають їх неухильно керуватися вимогами справедливих законів****.

– Платон. Держава / пер. з давньогр. Д. Ковалю. К.: Основи, 2000.

** Арістотель. Політика / пер. з давньогр. О. Кислюка. К.: Основи, 2000. С. 17 (1253а, 15-20).

*** Там само. С. 182 (1324а, 20-25).

**** Там само. С. 33, 203-205 тощо. (1260а, 15-20; 1333а, 30-40).

Ідеї мислителів Давньої Греції – Платона й Арістотеля – розвинув у своїх працях видатний мислитель зі Стародавнього Риму Марк Тулій Цицерон. Критично проаналізувавши їхню спадщину, Цицерон висунув і обґрунтував низку оригінальних ідей щодо «досконалої держави», зацентрувавши, на відміну від Платона й Арістотеля, не на ідеальній державі, якою вони її хотіли бачити, а на державі, що реально існує, в якій можливо помітити розумні основи громадянськості. Такою державою, на думку Цицерона, була держава, яку заснував Ромул, тобто Римська держава⁴. Особливу увагу Цицерон приділив пошуку засобів, які б убезпечили владу від свавілля й тиранії, до яких він зараховував: рівномірний розподіл прав, обов’язків та повноважень між різними інститутами (складниками) влади «з тим, щоб досить влади було у магістратів, досить впливу в ради найперших людей і досить свободи в народу»⁵. Тільки такий державний устрій, на думку Цицерона, можна вважати «найліпшим» і розраховувати на стабільність.

Якщо говорити про витоки ідей конституціоналізму, не можна лишити поза увагою один з найвідоміших документів доби Середньовіччя – англійську Magna Carta 1215 року, яку почали використовувати в багатьох країнах світу, зокрема й в Україні під назвою Велика хартія вольностей. Низка статей цього документа, який і нині не втратив своєї цінності, стали нормативним оформленням для вироблених в попередні епохи ідей, передумовою сучасного розуміння конституціоналізму й нерозривно пов’язаної з ним концепції *the Rule of Law*, що українською мовою офіційно звучить як «верховенство права».

Велика хартія вольностей спрямована проти панівних тоді в Європі, зокрема й в Англії, авторитарних методів правління, опір яким повсюдно набирав обертів, поширюючись від країни до країни. Хартія стала, по суті, мирним договором між монархом (королем) і повсталим британським дворянством, яке підтримали вояки Уельсу й Шотландії та навіть озброєне духовенство, що вимагало для себе певних прав і свобод, наголошуючи на потребі поставити короля в жорсткі правові межі.

Хартія містить низку (63 в редакції 1215 року, 61 – у текстах пізніших років) юридичних формул, які, з одного боку, суттєво обмежили свободу дій короля, а з іншого — розширили права й свободи підданих (*freeman* – вільних людей). У главі 39 Хартії в редакції 1215 року закріплено таке: «Жодну вільну людину (*no freeman*) не може бути схоплено, ув’язнено, позбавлено власності чи вольностей, оголошено

⁴ Цицерон Марк Тулій. Про державу / пер. з лат. В. Литвинова. К.: Основи, 1998. Кн. 2. С. 75 та наст. Там само. Кн. 2. С. 90-91.

злочинцем, піддано вигнанню чи в будь-який інший спосіб позбавлено юридичних прав, а також жодне рішення не буде винесено стосовно неї, жодне – стосовно засудження її інакше, ніж на підставі правомірного судового рішення»^{*}.

Ці вперше зафіксовані в Хартії гарантії недоторканності особи й справедливого правосуддя – головного інституту захисту її прав стали наріжним каменем багатьох наступних національних конституційних і міжнародних документів, присвячених правам людини.

Велика хартія вольностей містить також чимало інших надзвичайно важливих положень, спрямованих на впровадження представницького правління – загальної ради королівства, що стала своєрідним прообразом «представницького й потенційно сильного законодавчого органу», встановлення «зверхності права над волею примхи владаря»^{**} тощо.

Значення Хартії в становленні конституціоналізму й розвитку людства важко переоцінити. Про велич *Magna Carta* яскраво свідчить її оцінка в одній з провідних британських газет *Guardian* під час святкування 750-ї річниці цього історичного документа. Хартію визнано «найважливішим конституційним документом усіх часів», оскільки вона суть від суті – «основа свободи особи супроти свавільної влади деспота»^{***}. Ці ідеї стали згодом основою доктрини й практики конституціоналізму.

В епоху Середньовіччя ідеї майбутнього конституціоналізму розвивали у своїх працях такі філософи, як-от: Іоан Солсберійський обґрунтував потребу в підпорядкуванні влади закону, справедливості й загальному благу; Марсилій Падуанський, орієнтуючись на ідеї народного суверенітету, намагався розкрити кризь його призму поняття закону, його цілі й умови забезпечення; Нікколо Макіавеллі у своїх працях обґрунтував ідеї створення республіканської форми правління, основаної на законності; Жан Боден акцентував у своїй праці на ідеї суверенітету, у контексті якого розглядав державу та її форми тощо.

Ідеями мислителів Пізнього Середньовіччя завершується, як зазначає Анджеліка Крусян, передісторія конституціоналізму й починається його власне історія^{****}. Саме в епоху Нового часу й Просвітництва, тобто у XVII—XVIII століттях, унаслідок революційних подій у країнах Єв-

^{*} Антологія мирової правової думки: у 5 т. М.: Мысль, 1999. С. 390-391. Т. 2. Див. також: Головатий С. Верховенство права: у 3 т. К.: Фенікс, 2006. С. 134. Т. 1.
^{**} Головатий С. Верховенство права: у 3 т. К.: Фенікс, 2006. С. 139, 143, та ін. Кн. 1.
^{***} Guardian. 1 June 1956. Цит. за: Головатий С. Верховенство права: у 3 т. К.: Фенікс, 2006. С. 140. Кн. 1.
^{****} Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм. К.: Юрінком Інтер, 2010. С. 22-24.

ропи занепадають абсолютистські монархічні режими й формуються провідні засади сучасного конституціоналізму, основу яких становлять природні, невідчужувані права людини й теорія та практика конституційного правління.

Ідеї доктрини природного права, зокрема трьох її складників – свободи, рівності й власності – утворили фундамент, на якому ґрунтується доктрина й практика сучасного конституціоналізму. Ці ідеї відбилися в працях багатьох прогресивних мислителів Нового часу й Просвітництва, а також у перших конституційних актах англійської, американської та французької революцій. Серед найвидатніших мислителів-представників доктрини природного права тих часів слід назвати передусім таких філософів і правознавців, як-от: Самуель фон Пуфендорф, Іммануїл Кант, Георг Вільгельм Фрідріх Гегель (Німеччина), Вольтер, Жан-Жак Руссо, Шарль Монтеск'є (Франція), Томас Гоббс, Джон Локк (Англія), Гуго Гроцій, Бенедикт Спіноза (Голландія) та інші.

Саме з їхніми іменами пов'язують обґрунтування уявлень про природу людини як першоджерело права; про зв'язок походження держави та її природи зі згодою людей – суспільним договором; про верховну владу народу та його право на правомірний опір у разі зловживання державною владою; про розмежування повноважень між виборними державними органами, які ухвалюють закони, й органами, призначеними для їхнього виконання; про важливість підпорядкування всіх державних органів і їхніх посадових осіб природному закону; про засоби й способи обмеження державної влади; юридичну рівність людей; незалежне й неупереджене правосуддя як гарантію прав і свобод людей від свавільних дій влади тощо. І хоч у поглядах згаданих мислителів можна помітити чимало розбіжностей, їхній внесок у формування сучасного конституціоналізму беззаперечний.

Гуго Гроцій був одним із перших теоретиків природного права, який обстоював ідею суспільного договору як основи відносин між владою та народом.

Заслуга Томаса Гоббса, за всієї неоднозначності його спадщини через схильність до авторитаризму (абсолютизму), у тому, що він охарактеризував «вічні й непорушні природні закони», на підставі яких самоорганізується громадянське суспільство, модель якого й намагався сконструювати. Також він сформулював принципи відносин «підданих» – людей і «суверена» – держави, серед яких виокремив ті, що обмежують владу «суверена» на користь «підданого».

Суттєво вплинув на розвиток політичної й правової ідеології Нового часу видатний англійський філософ і правознавець Джон Локк. У своїх працях, зокрема найвідомішій з них – «Два трактати про врядування» (1690), він, орієнтуючись на конкретну політичну ситуацію тогочасної Англії, розвинув теорію природних прав і свобод людини, обґрунтувавши цілу низку питань, які хвилювали англійське, та й не тільки, суспільство в ті буремні роки, наприклад: поняття «політичної влади» й «політичного суспільства», їхні цілі та взаємозв'язки, «народний суверенітет», теорію «суспільного договору», теорію власності й багато інших.

Значну увагу Джон Локк приділив засобам і способам обмеження (самообмеження) державної влади на користь громадянського суспільства, прав і свобод людини. Таке обмеження він убачав у підпорядкуванні законодавчої влади природним законам, в основі яких суспільне благо. Законодавча влада не може мати іншої мети, окрім збереження цілісності суспільства, а отже, «ніколи не може мати права знищувати, поневолювати або умисно розоряти підданих»*. Виконавчу владу обмежено законами, що ухвалила законодавча влада, за допомогою яких вона повинна управляти. Одночасно основною і, по суті, єдиною метою законів повинно бути благо народу**. Верховна влада належить народові, який має право змінювати законодавчий орган, ба більше, усувати владу загалом, якщо вона не виконує своїх зобов'язань перед ним, зокрема скориставшись природним правом народу на повстання***.

Хоч у концепції Локка судової влади як окремої гілки влади немає, здійснення правосуддя він розглядав як важливу властивість держави, покладаючи її на кожну з гілок влади в процесі належного виконання своїх повноважень.

Оцінюючи теоретичну спадщину Джона Локка загалом, слід наголосити на тому, що він насправді започаткував доктрину лібералізму як цілісне вчення, що стала невіддільною частиною спочатку англійської, згодом – західної, а зрештою – і загальної інтелектуальної традиції конституціоналізму. Саме під гаслами цієї доктрини відбулася англійська Славна революція 1688–1689 рр.

Згодом цю доктрину розвинули у своїх вченнях мислителі епохи Просвітництва: Жан-Жак Руссо і Шарль Монтеск'є, що суттєво вплину-

* Антология мировой правовой мысли: в 5 т. М.: Мысль, 1999. С. 91. Т. 3.

** Там само.

*** Там само. С. 93.

ло на практичні наслідки американської й Великої французької революцій XVIII століття.

Основою політико-правової концепції одного з найяскравіших представників епохи Просвітництва, французького філософа й письменника Жан-Жака Руссо, що викладено переважно в його праці «Про суспільний договір, або Принципи політичного права» (1762 р.), стала ідея народного суверенітету, який Руссо визначав як «невідчужуваний» і «неподільний». Саме народ як спільність всіх громадян держави, об'єднаних на підставі суспільного договору (*Social Contract*) – домовленості громадян між собою, є сувереном у державі. Державна влада, за Руссо, створюється актом суверена, перебуває в нього на службі. Тільки суверенові належить право ухвалювати закони, державна ж влада має їх застосовувати й виконувати. Вона не може мати якихось окремих прав, окрім тих, якими її наділяє народ своєю «загальною волею»*. Це дало підстави багатьом авторам вважати, що Ж.-Ж. Руссо віддавав перевагу безпосереднім формам реалізації народного суверенітету. Проте в деяких наступних своїх працях він не заперечував необхідності парламенту як представницького органу, що здійснює законодавчу владу. Тому доречніше, очевидно, говорити про те, що під законом як актом «загальної волі народу» Руссо розумів те, що з часом стали називати «Основним (основоположним) законом», тобто конституцією**. У такій інтерпретації ідеї Ж.-Ж. Руссо цілком співзвучні з доктриною конституціоналізму та є її безсумнівним здобутком.

Суттєвий внесок у розвиток засадничих ідей доктрини конституціоналізму зробив ще один відомий французький правознавець і філософ – Шарль Луї Монтеск'є. В історію політичної і правової думки він увійшов як один із творців теорії поділу влади, хоч його спадщина охоплює набагато ширше коло питань. У працях Монтеск'є чимало уваги приділено, зокрема, справедливості як вічній категорії, що жодним чином не залежить від людських законів. Саме на цьому моральному ідеалі слід будувати відносини вільної людини й справедливого суспільства. Також чимало оригінальних ідей він висловив про поняття закону як вияв «людського розуму», який у своїй основі орієнтується на закони моралі; розмежування законів природи й позитивних законів; способу творення останніх тощо***.

^{*} Антология мировой правовой мысли: в 5 т. М.: Мысль, 1999. С. 129-130, 131, 134-137, 139-140. Т. 3.

^{**} Головатий С. Верховенство права: у 3 кн. К.: Фенікс, 2006. С. 349. Кн. 1.

^{***} Антология мировой правовой мысли: в 5 т. М.: Мысль, 1999. С.108-112. Т. 3.

Рефреном крізь всі ці міркування Монтеस्क'є проходить ідея людської свободи, яку можна забезпечити лише в умовах «стримуваного правління». Під ним мислитель розумів як право людини робити все, що не заборонено законом, та не робити того, до чого її закон не зобов'язує, так і побудову державної влади на інституційній основі. Відповідно до теорії Монтеस्क'є, цього досягають за допомогою поділу влади на три функції: законодавчу, виконавчу й судову, яким мають відповідати три види органів, повноваження між якими чітко розподілено, щоб унеможливити їхнє зосередження в якомусь одному органі. До того ж, відповідно до теорії Монтеस्क'є, «поділ влади слід супроводжувати системою стримувань і противаг», що передбачає взаємний контроль між законодавчими, виконавчими й судовими органами. Тільки така побудова влади, на переконання Монтеस्क'є, має майбутнє, інакше вона «загине»*.

Ці ж теоретичні ідеї Ш. Монтеस्क'є стали, по суті, хрестоматійними для концептуальної парадигми сучасного конституціоналізму. Вони, як й ідеї його попередників, про які йшлося вище, уперше знайшли своє відбиття в конституційних документах США: Декларації незалежності 1776 р., Конституції 1787 р., Біллі про права 1791 р. та конституційному законодавстві Великої французької революції кінця XVIII століття.

Ці ідеї лягли в основу нового розуміння конституції спочатку в Європі, а згодом і в багатьох інших країнах світу. Суть такого її розуміння чітко сформульовано в пункті шістнадцятому французької Декларації прав людини і громадянина 1789 року, в якому йдеться про таке: «Суспільство, в якому не забезпечено гарантії прав і не проведено розподіл влади, не має конституції»**. Саме з розумінням конституції як нормативного документа – Основного (основоположного) закону, спрямованого на обмеження владного свавілля, забезпечення прав і свобод людини й фактичного проведення розподілу державної влади за певними напрямками її діяльності (відповідними гілками), щоб не допустити її узурпації однією особою (монархом) чи певною групою осіб, починається утвердження конституціоналізму як особливої політико-правової доктрини й практики.

Там само. С. 115-116, 116-121.

Декларация прав человека и гражданина 1789 года. Конституция и законодательные акты буржуазных государств (XVII—XIX вв.): сборник документов. М.: Государственное издательство юридической литературы, 1957. С. 250-251.

1.1.2. Сутність конституціоналізму, його рівні й складові елементи. Конституціоналізм і конституція

Попри доволі тривалу історію дослідження конституціоналізму, його поняття й досі як у зарубіжній, так і вітчизняній літературі інтерпретують по-різному. Найпоширенішим є класичне визначення конституціоналізму як теорії й практики обмеження державної влади (державного правління) в інтересах громадського спокою (громадянського суспільства), захисту прав і свобод людини від державного свавілля*. Проте є й інші, ширші підходи до інтерпретації поняття конституціоналізму: доповнення його класичної сутнісної риси – обмеження (самообмеження) державної влади іншими сутнісними ознаками – розподілом влади, парламентаризмом, виборчою системою, місцевим самоврядуванням, «здатними запобігти узурпації публічної влади й безвідповідальності перед індивідами і суспільством»**, судовим конституційним контролем як гарантією обмеження публічної влади й забезпечення прав та свобод людини*** тощо.

Доволі поширеними є намагання розкривати поняття конституціоналізму через категорію «політико-правового режиму», визначаючи його як «режим функціонування державної влади відповідно до конституції..., основаної на ідеології конституціоналізму»**** або ж на верховенстві прав і свобод людини й громадянина****. Інші акцентують увагу на конституціоналізмі як на своєрідному способі мислення, за яким політика має бути спрямована згідно з правилами або концепціями, писаними або неписаними, які не можна легко змінити*****. Ще інші – розглядають конституціоналізм як багаторівневу систему, яка функційно виходить за межі конституцій і права взагалі, відбиваючи особливості менталітету й буття народу***** тощо.

* Див., наприклад: Mellwain C. Constitutionalism: ancient and modern. Ithaca: Commel Univ. Press, 1940. Р. 21;

Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / пер. с венг. М.: Юристъ, 2001. С. 24; Головатий С. Верховенство права: у 3-х книгах. *Верховенство права: український досвід*. К.: Фенікс, 2006. Кн. 3. С. 1627-1628; Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм. К.: Юрінком Інтер, 2010. С. 73.

Мала енциклопедія етнодержавознавства. К.: Генеза, Довіра, 1996. С. 244.

Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції: наукове видання. Ужгород: Ліра, 2009. С. 19, 23. Шевчук С. Основи конституційної юриспруденції. К.: Український центр правничих студій, 2001. С. 140.

Георгіца А.3. Теоретико-методологічні проблеми сучасного конституціоналізму. Чернівці: Рута, 2002. С. 18.

Elster J. Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction/University of Chicago Law Review. 1996. № 58. Р.463; Стецюк П. Основи теорії конституції і конституціоналізму. Львів: Астролабія, 2003. С. 64.

Проблеми современной конституционалистики: учебное пособие / под ред. проф. М. Ф. Орзиха К.: Юрінком Інтер, 2013. С.67.

З цього далеко неповного переліку інтерпретацій конституціоналізму видно, що ситуація, яка склалася нині в літературі з визначенням його поняття, нагадує, за висловом сучасного угорського конституціоналіста А. Шайо, ситуацію відносин Святого Августина з Богом, коли той на запитання, хто такий Бог, відповів: «Не можу дати йому визначення, але знаю, що таке безбожництво»*. Схожа ситуація також є в загальній теорії права із визначенням поняття права, підтвердженням чого є розмірковування з цього приводу одного з відомих сучасних французьких теоретиків права й конституціоналістів Ж. Веделя. За його власним визнанням, після тривалих роздумів він так і не зміг знайти однозначної відповіді на запитання «Що таке право?», зрештою дійшовши такого показового висновку: «Хоч я погано знаю, що таке право в суспільстві, думаю, що я знаю, яким би було суспільство без права»**. Приблизно те ж саме можна сказати про конституціоналізм. Як складне, багатопланове й багаторівневе явище його можна інтерпретувати по-різному: як політико-правову ідеологію, як суспільно-політичний рух, спрямований на реалізацію цієї ідеології; як практику регулювання суспільних відносин тощо***.

Проте жодна з таких інтерпретацій не спроможна дати цілісне уявлення про конституціоналізм як феномен. Тому за всієї важливості коротких операційних визначень (наприклад, як наведене вище класичне), що характеризують сутність конституціоналізму, для повного розкриття його змісту доцільно використовувати не дефініції (тим паче з претензією на універсальність), а характеристики конституціоналізму через його основні ознаки – елементи, як це роблять деякі правознавці.

Сучасний американський вчений Л. Генкін, зокрема, серед ознак конституціоналізму виокремлює такі його принципи-складники:

- принцип народного суверенітету як одна з визначальних цінностей конституціоналізму та його проголошення в конституції як результат волевиявлення народу;
- принцип найвищої юридичної сили конституції, її визнання безпосередньо чинним, вищим правом, а не програмовим політичним документом;
- принцип здійснення державної влади на підставі й відповідно до конституції;

* Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма) / пер. с венг. М.: Юристъ, 2001. С. 24.

** Рулан Норбер. Историческое введение в право: учебное пособие для вузов. М., 2005. С. 23—24.
*** Стецюк П. Основи теорії конституції і конституціоналізму. Львів: Астролабія, 2003. С. 61.

- принцип визначеного конституцією представницького правління, відповідального перед народом на підставі загального всенародного, періодичного волевиявлення;
- принципи верховенства права, державного правління на демократичних засадах, що, своєю чергою, передбачають дотримання принципів обмеженого правління, поділу влади із системою стримувань і противаг;
- наявність цивільного контролю за збройними силами й іншими військовими формуваннями;
- гарантовану конституцією незалежність суддів;
- наявність інституту судового конституційного контролю як гарантії конституції;
- принцип внесення змін до конституції лише на підставі визначеної процедури, яка забезпечує її жорсткість і пріоритет (верховенство) щодо інших правових актів;
- неприпустимість обов'язкового (офіційного) тлумачення конституції політичними органами чи партіями;
- можливість певного конституційного маневру, який дає змогу враховувати конституційні традиції країни для конституціоналізації фундаментальних цінностей суспільства;
- наявність конституційних гарантій основоположних прав і свобод, їхнього захисту від державної та іншої сваволі*.

Хоча більшість перелічених ознак конституціоналізму нерозривно пов'язана з характеристикою природи й основного змісту конституції в сучасному її розумінні, неважко помітити, що їхнє коріння сягає концептуальних засад конституціоналізму, що сформулювали мислителі минулого, і які відображено вже в перших конституційних актах XVII–XVIII століть, про що вже йшлося вище.

Попри те, що ці засади конституціоналізму, як і його доктрина загалом, формувалися в умовах неліберальних суспільств – панівних тоді в Європі абсолютистських монархічних режимів, вони ґрунтувалися на ліберальних ідеалах: природних, невідчужуваних правах людини, справедливості, свободи та юридичної рівності, обмеженого державного правління (владарювання), народного суверенітету тощо, під гаслами яких здійснювали ліберально-демократичні (буржуазні) рево-

* Henkin L. New Birth of Constitutionalism: Genetic Influence and Genetic Defects. *Cordozo Law Review*. 1991. Р. 40-41; Див. також: Стецюк П. Основи теорії конституції і конституціоналізму. Львів: Астролабія, 2003. С. 63-64; Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм. К.: Юрінком Інтер, 2010. С. 62-63.

люції. Тобто конституціоналізм як явище своїм становленням зобов'язаний насамперед ідеології лібералізму, колискою якого була Європа. Для розуміння конституціоналізму це його ідеологічне підґрунтя має одне з визначальних значень. Воно дає змогу не тільки глибше осмислити його сутність, а й суттєво впливає на типологію (класифікацію) конституціоналізму, особливості практики його реалізації в різних країнах, зокрема в Україні, про що йтиметься далі.

Отже, осмислення поняття конституціоналізму слід розпочинати з усвідомлення історично достовірних його концептуальних основ, інакше кажучи, з доктринального рівня. Без цього поглиблене розуміння конституціоналізму та його втілення в нормотворчу й нормозастосовну конституційну практику країни неможливе.

Наступним, не менш важливим рівнем конституціоналізму, без якого він не може існувати як цілісне явище, є його інституційно-нормативний рівень – «переведення» засадничих ідей (ідеалів) конституціоналізму у відповідні нормативні юридичні формули, незалежно від того, будуть вони зосереджені в єдиному кодифікованому конституційному акті – Основному законі, до чого нині схиляється більшість держав, чи будуть викладені в декількох нормативно-правових актах (документах) конституційного змісту. Тобто, конституціоналізм, хоч і не є похідним від конституції держави, як вважають деякі конституціоналісти, проте нерозривно пов'язаний з нею. Конституція – це обов'язковий атрибут конституціоналізму. Без неї він перетворюється на політичну декларацію або в гіршому разі – на філософський світогляд певної інтелектуальної частини суспільства.

Водночас ще раз наголосимо, що конституціоналізм і конституція – явища не ідентичні. По-перше, самі положення конституції можуть не відповідати вимогам – елементам конституціоналізму. І як свідчить історичний досвід, такі випадки не є рідкістю. По-друге, навіть у тому разі, коли текст конституції загалом відбиває вимоги конституціоналізму, це ще не утворює його автоматично в країні. Треба, щоб ці вимоги (а отже, і текст конституції) послідовно й неухильно втілювали в життя. На жаль, розбіжності між конституційними формулюваннями (нормами) й реальною практикою їхньої реалізації в багатьох країнах часто такі разючі, що говорити про існування в них конституціоналізму можна або ж з великими застереженнями, або ж узагалі не доводиться. Отже, практичний, функційний рівень конституціоналізму часто має визначальне значення для характеристики його стану в тій чи іншій країні, до чого ми ще повернемося.

1.1.3. До питання про типи (моделі) конституціоналізму

У спеціалізованій літературі про конституціоналізм його часто класифікують за відповідними типами або моделями. Критерії такої класифікації досить різноманітні: від доктринальних особливостей до специфічних ознак тієї чи іншої моделі – особливостей розподілу влади й форми державного правління, ступеня суверенітету парламенту, наявності чи відсутності кодифікованої конституції та судового конституційного контролю, ролі судової влади в правотворчості, зокрема в розвитку конституції, моделі конституційної юстиції тощо.

Відповідно до особливостей доктринальних засад, деякі автори виокремлюють, зокрема, ліберальний і ліберально-демократичний типи конституціоналізму. В основі першого типу, на їхню думку, західна традиція права, фундаментальними цінностями якої є: самоцінність індивіда та його відповідальність за свої дії; принцип недоторканності приватної власності як основи індивідуальної свободи; вільного ринку, вільної конкуренції та рівних можливостей; розподіл влади з розвиненою системою стримувань і противаг; гарантованість прав і свобод людини, рівність людей (громадян) перед законом; верховенство права тощо.

Класичною моделлю ліберального типу конституціоналізму за вказаною класифікацією вважають американську. До цього ж типу належить також британська, або вестмінстерська модель. На відміну від американської моделі, британська відбиває ідею суверенітету (верховенства) парламенту за одночасного визнання активної правотворчої ролі судової влади, відсутність писаної конституції тощо. Коріння традиції цієї моделі сягає вже згаданої Великої хартії вольностей (1215), а також Петиції прав та Білля про права (1689), Акта про устрій (1700).

Ліберально-демократичний тип конституціоналізму, згідно з такою класифікацією, притаманний переважно країнам континентальної Європи. Він ґрунтується на таких цінностях, як-от: повага людської гідності, народного суверенітету, демократії. Особливе місце у цьому типі конституціоналізму займає вчення про правову державу (*Rechtsstaat*), на відміну від концепції верховенства права (*Rule of law*) – у ліберальному (англо-американському) типі. У межах ліберально-демократичного типу конституціоналізму виокремлюють такі його моделі: французький і німецький конституціоналізм*.

* Див. наприклад: Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції. Ужгород: Ліра, 2009. С. 29-69.

Окрім названих типів і моделей конституціоналізму, виокремлюють ще й інші його різновиди, наприклад: ісламський, латиноамериканський, далекосхідний, традиційний, перехідний конституціоналізм^{*} тощо. Деякі конституціоналісти акцентують увагу переважно на двох основних різновидах конституціоналізму – західноєвропейському й американському^{**} або ж на трьох його реально наявних моделях – американській, англійській (вестмінстерській) та європейській^{***}, які запропонували свого часу американські конституціоналісти. З цього логічно випливає, що країна, яка має намір стати на шлях конституціоналізму, з урахуванням конкретних історичних умов, традицій тощо повинна вибрати для себе одну з цих моделей. Також поширена думка про те, що кожна правова система, використовуючи світовий досвід, створює свою модель конституціоналізму^{****}.

Не заперечуючи багатоманітності виявів конституціоналізму в різних країнах, правових сім'ях і цивілізаціях, навряд чи є підстави різкого розмежування доктринальних засад конституціоналізму й конструювання на цій підставі його відповідних типів. Конституціоналізм як доктрина та явище політико-правового життя сформувався на ґрунті ліберальної ідеології й відповідних їй цінностей: людської гідності, невідчужуваних прав людини, справедливості, юридичної рівності, розподілу влади, верховенства права (правової держави), справедливого й неупередженого правосуддя тощо. У цьому плані помітних відмінностей в ідеології, на якій ґрунтується американський, англійський, європейський (французький і німецький) конституціоналізм, немає. У їхній основі одні й ті ж – євроатлантичні – ліберальні цінності, хоч окремі акценти ранжування (і сповідування) цих цінностей в американському, англійському чи континентально-європейському різновидах конституціоналізму (зокрема французькому й німецькому) розставлено по-різному, що зумовлено історичними умовами становлення конституціоналізму в цих країнах.

Ці акценти стосуються, зокрема, співвідношення людської гідності й свободи людини, обсягу позитивних зобов'язань держави в захисті прав людини, ступеня жорсткості (гнучкості) розподілу влади, особливостей судового конституційного контролю, відносин між національним і міжнародним правом тощо. Проте, по-перше, вказані акценти не

^{*} Там само.

^{**} Див. наприклад: Крусян А. Р. Сучасний український конституціоналізм. К.: Юрінком Інтер, 2010. С. 8.
^{***} Бориславська О. М. Європейська модель конституціоналізму: системно-аксіологічний аналіз: монографія. Харків: Право, 2018. С. 10, 12-30.

^{****} Проблемы современной конституционалистики. К.: Юрінком Інтер, 2012. С. 66.

виходять за межі засадничих положень конституціоналізму, а по-друге, вони або ж принаймні частина з них багато в чому залежать від загальних тенденцій розвитку конституціоналізму у світі, тобто є не статичними, а динамічними.

Попри те, що доктринальне (концептуальне) формування конституціоналізму здійснювали на підставі європейської (західної) традиції та притаманних їй цінностей, нині провідні складники – цінності конституціоналізму поступово набувають загальносоціального, універсального змісту, тобто стають надбанням усього людства. До того ж, на відміну від попередніх історичних епох, коли домінував європоцентризм як нібито єдино правильний, магістральний шлях розвитку людства й західні цінності нав'язували іншим народам, особливо колишнім колоніям, через тиск або й прямий примус, нині європоцентризм як явище відходить у минуле. Потребу в урахуванні цивілізаційних, правосімейних і національних особливостей і, як писав Л. Генкін, «певного конституційного маневру» для їхнього забезпечення нині зазвичай визнають не тільки в теорії, а й дотримуються на практиці.

Водночас у світі дедалі більше усвідомлюють, що за всієї різноманітності культур, традицій, політичних і правових систем окремих країн, регіонів і континентів, яка, безперечно, зберігатиметься й надалі, для подолання глобальних проблем і викликів, що з'явилися протягом останніх десятиліть, потрібен певний консенсус щодо базових універсальних цінностей, що, зрештою, знаходить своє відбиття в спільних концептуальних підходах і напрямках (сферах), принципах й інститутах конституціоналізму.

Як свідчить практика багатьох країн (не лише європейських і північноамериканських), у конституційному регулюванні (на інституційному й нормативному рівнях) відбуваються процеси взаємовпливу, своєрідної конвергенції, тобто зближення конституційних засад, сфер регулювання й інститутів та їхнього втілення в конституціях, інших конституційно-правових актах. З одного боку, у тексти конституцій більшості держав світу проникають цінності, традиційно притаманні конституціям країн Заходу: положення про права людини, розподіл влади, засоби й способи її обмеження тощо.

Навіть у сакралізованих мусульманських країнах з їхніми релігійними правовими системами, де позиції ісламу традиційно домінували в організації суспільного, зокрема політичного життя, нині спостеріга-

ються процеси секуляризації*, зокрема й через упровадження в національні конституції цінностей конституціоналізму, трансплантованих здебільшого з європейських конституцій. І хоч відносини між принципами конституціоналізму й ісламом, зокрема шаріатом, залишаються доволі складними, антагонізм між ними поступово відходить у минуле, поступаючись місцем взаємодоповнюваності (complementarity) один одного**. Інтенсивність і ступінь послідовності цих процесів у різних мусульманських країнах суттєво відрізняються. В одних (наприклад, в Ірані, Пакистані) іслам (шаріат) продовжує досить активно впливати як на тексти національних конституцій, так і на практику їхнього застосування; в інших (наприклад, у Нігерії) помітне прагнення до відокремлення релігії від держави й обмеження застосування шаріату конституцією***, що, очевидно, значною мірою можна пояснити «поліконфесійністю» цієї країни; у ще інших (наприклад, у Туреччині) можна спостерігати демонстративні вияви сумісності ісламу, демократії та секуляризму****.

Дедалі частіше в конституціях мусульманських (ісламських) країн закріплюють положення, присвячені правам людини, місцю міжнародних договорів про права людини в національній правовій системі, принципу розподілу влади****, інституту судового контролю за дотриманням конституції (конституційного контролю)***** тощо. Конституція Єгипту 2014 року, наприклад, хоч і підтверджує вірність принципам шаріату (Преамбула, статті 1, 2, 3), проте закріплює низку положень, які беззаперечно належать до надбань конституціоналізму: суверенітет належить лише народові, який є джерелом влади, охороняє національну єдність, основану на принципах рівності, справедливості й рівних можливостей громадян (стаття 4 Конституції Єгипту); політичну й партійну багатоманітність, мирну передачу влади, розподіл і баланс влади, її підзвітність народові, поваги до прав і свобод людини (стаття 5 Конституції Єгипту) тощо. Цінності конституціоналізму поступово проникають також в інші країни, зокрема ті, що, за поширеною класифікацією, досі зараховують до «соціалістичних», які зазвичай вважають несумісними з конституціоналізмом.

* Constitutionalism in Islamic Countries: between Upheaval and Continuity. Oxford Scholarship Online: April 2015. DOI10.1093/acprof:osobl/9780199759660.001.0001. Groter, Rodert.Introduction.p – Ozbudunc. Secularism in Islamic Countries.

** Ibid. P. 77-88.

*** Ibid. P. 147-200.

**** Ibid. P. 135-146.

***** Ibid. P. 321-470.

***** Ibid. P. 221-320.

У розвитку Китайської Народної Республіки та її правової системи, наприклад, після 1978 року помітно очевидний відхід від правової системи радянського зразка та її суттєва модернізація і «вестернізація». Це також виявляється в сприйнятті системи сучасних принципів права, зокрема одного з основних – принципу верховенства права, який китайською мовою передають термінами «фа чжи» й «іфачжигуо», що вперше було закріплено в тексті ст. 5 Конституції КНР 1982-го в редакції 1999 року*. Суттєво змінилася також низка інших принципів у публічно-правовій сфері КНР. І хоч їхній зміст не є цілком ідентичний західним аналогам, має «китайську специфіку», не помічати цих загальноцивілізаційних тенденцій конституціоналізму не можна.

Поширення конституціоналізму на інші цивілізації та народи є наслідком розширення діалогу між різними країнами, їхніми політичними й правовими системами, зокрема у сфері основ побудови суспільства й держави, визнання й гарантування прав та свобод людини тощо. Цим процесам сприяють такі чинники, як-от: глобалізаційні й інтеграційні трансформації, що відбуваються в сучасному світі; розширення інформаційних каналів спілкування, вплив міжнародного права, особливо міжнародно-правових документів у сфері прав людини, демократії, забезпечення верховенства права; рішення національних судів, які дедалі активніше звертаються до досвіду міжнародних судів та судів інших держав під час розгляду таких справ тощо.

З іншого боку, у конституціях західних країн дедалі частіше з'являються положення, характерні для конституцій інших правових сімей: принципи соціальної солідарності й соціальної справедливості в розподіленні соціальних благ, поєднання індивідуальних (традиційних для Заходу) інтересів з колективними, публічними, елементи регулювання ринкової економіки тощо. Одночасно цінності конституціоналізму значною мірою втрачають своє вихідне (первинне) ліберальне забарвлення. Зовсім не тому, що «лібералізм нині вмирає», як вважають деякі діячі російської культури**, а тому, що ідеологічні витоки прав людини, свободи, демократії та верховенства права перестають бути визначальними в сучасному світі. Вони дедалі більше набувають характеру загальнолюдських цінностей, незалежних від сповідуваної ідеології.

Дедалі помітнішим стає зближення сфер конституційного регулювання, його принципів й інститутів, понятійного апарату. У результаті

* Чан Бін Лін. Принципи права Китайської Народної Республіки: автореф. дис. канд. юрид. наук. Спеціальність 12.00.01. Одеса, 2017. С. 4, 8, 9-10.

** Газета «День». 21-22 вересня 2018 р.

конституції різних країн світу стають дедалі більш схожими (однорідними), як за основними принципами й структурою, так і, певною мірою, за своїм змістом. У сучасному світі майже немає текстів конституцій, які б повністю нехтували надбаннями людства у галузі конституціоналізму. Цього зазвичай не наважуються робити навіть диктаторські режими заради створення видимості своєї респектабельності.

Цілковите ігнорування здобутків людської цивілізації в галузі конституціоналізму неминуче спричинить ізоляцію таких режимів, а зрештою – їхнє політичне банкрутство. Тому характерною рисою сучасних авторитарних режимів є не так наявність відверто антидемократичних конституцій (а точніше їхніх текстів), як їхня фіктивність, тобто суттєві розбіжності між проголошеними в конституції положеннями й реальною практикою їхньої реалізації.

Отже, можна стверджувати, що на доктринальному рівні, який продовжує еволюціонувати, наповнюючись спільними конституційними здобутками різних країн, та інституційному, нормативно-конституційному рівні магістральний шлях розвитку конституціоналізму, як і людства загалом, простежується доволі чітко. З огляду на це, заперечувати тенденцію до його універсалізації навряд чи є підстави.

Універсалізація сфер, засад, інститутів конституційного регулювання, звісно, не веде до їхньої повної уніфікації. У текстах конституцій усіх країн, безсумнівно, є свої «родзинки», пов'язані з історією державотворення, національними традиціями й цінностями тощо, які все ж не можна вважати визначальними. Шукати, навіть з благородною метою, власний унікальний шлях конституційного розвитку, до чого інколи закликають деякі вітчизняні політики, в умовах глобалізаційних та інтеграційних процесів, які стають дедалі помітнішими в сучасному світі, – це шлях до того ж ізоляціонізму, який, зрештою, спричинить катастрофічні для держави наслідки.

Набагато складніша річ з практичним, функціональним рівнем конституціоналізму. Як засвідчує конституційний досвід більшості країн, ідеали й принципи конституціоналізму, як і відповідні конституційні положення, накладаються на конкретний соціальний ґрунт тієї чи іншої країни, правової сім'ї та цивілізації, «занурюються» в їхнє глибинне середовище: історичні традиції, особливості правових систем, правосвідомості, правової культури й менталітету народу, стилю правового мислення тощо.

Світовий досвід переконливо свідчить, що цей практичний функціональний зріз конституціоналізму (без якого його уявити неможливо)

набагато консервативніший, якщо порівняти з ідеями й принципами конституціоналізму, текстами конституцій та інших конституційних нормативно-правових актів. Швидких змін на цьому рівні конституціоналізму очікувати не доводиться. Суттєві особливості тут зберігатимуться не тільки в найближчій, а й у віддаленій історичній перспективі.

Універсальні цінності, принципи й інститути, які дедалі частіше відображаються в конституціях країн, правові системи яких належать до різних правових сімей, на практиці часто піддаються суттєвому корегуванню відповідно до притаманних тій чи іншій правовій сім'ї традиційних джерел права, правових інститутів, стилю правового мислення та інших особливостей. Не є винятком навіть одна з найбільш «вестернізованих» конституцій далекосхідної правової сім'ї (країн Далекого Сходу) – Конституція Японії (що, до речі, не дивно, оскільки її розробляли й ухвалювали під значним політичним впливом США). На практиці її положення, як і положення інших нормативних актів, піддають суттєвій «японізації», тобто «пропускають» крізь призму характерних японській правовій системі (як і китайській) традицій конфуціанства. Тим помітніше така практична трансформація конституційних положень виявляється в країнах, правові системи яких належать до релігійних та традиційних правових сімей. Під час застосування таких положень (навіть за умови їхньої зовнішньої невідрізненності від європейських) вони пристосовуються до релігійних канонів і традицій, тобто відбувається їхня «ісламізація», «індусизація», «озвичаєння» тощо.

Отже, напрашується висновок: критерії виокремлення відповідних різновидів конституціоналізму слід шукати переважно не на доктринальному рівні й навіть не на рівні закріплення його основоположних засад у конституціях (окрім хіба що конституцій мусульманських країн), а насамперед на рівні функціональному. Саме на цьому рівні можна, очевидно, виокремлювати не тільки американський, британський, континентально-європейський (французький чи німецький) конституціоналізм, а й багато інших його різновидів: скандинавський, південноамериканський, японський, індуський, ісламський, іудейський, африканський тощо.

Але у цьому разі йдеться швидше не так про моделі конституціоналізму як такого*, як про особливості правових сімей і правових систем, в яких він функціонує. Інакше кажучи, «національний кон-

* Хоч терміном «модель конституціоналізму» інколи оперують також у зарубіжній літературі, використовувати його слід доволі обережно. Для цього є кілька причин. По-перше, моделювання будь-яких соціальних, зокрема конституційних явищ і процесів – річ надзвичайно складна, а часом

ституціоналізм» як явище значною мірою формується під впливом особливостей національної правової системи й правової сім'ї, до якої вона належить. Їхня історія сягає набагато глибших пластів попередніх епох, якщо порівняти з історією конституціоналізму. З врахуванням цих застережень слід розглядати також особливості вітчизняного українського конституціоналізму.

1.1.4. Генезис українського конституціоналізму та його сучасний стан

У вітчизняній літературі з конституціоналістики інколи можна натрапити на твердження про те, що в процесі становлення нового конституційного ладу (особливо на початкових його етапах) в український «правовий ґрунт» було «пересаджено» ідеї й інститути з чужої соціально-політичної та правової реальності «західного конституціоналізму». Проте історичні факти свідчать про інше. Становлення конституціоналізму в Україні має багатовікову складну й суперечливу історію, на шляху якої були як періоди злетів, так і падінь. Історія вітчизняного конституціоналізму починається не зі здобуттям незалежності й навіть не з періоду Гетьманщини (середина XVII – кінець XVIII століть), як інколи пишуть у науковій літературі. Коріння конституціоналізму в Україні (вітчизняного конституціоналізму) набагато глибше, воно сягає ще часів Русі (України-Руси). Певні ідеї, співзвучні з ідеями конституціоналізму, можна помітити в «Руській правді», так званих вічевих договорах – угодах князів з народом, а також у міжнародних договорах Русі. Дещо пізніше – за Литовсько-Руської доби вони розвинулися в Литовських

і просто нездійсненна. Це зумовлено:

багатофакторністю, багатовимірністю цих явищ і процесів, великим впливом на них суб'єктивного чинника, який зумовлює їхню стохастичність, тобто вірогідність, випадковість;

складністю кількісного описування соціальних явищ і процесів, без якого нині уявити моделювання важко, а також їхнім високим динамізмом, який не може «уловити» жодна модель.

По-друге, у процесі моделювання конституційних, як і соціальних загалом, явищ і процесів потрібно розв'язати низку послідовних завдань: визначення мети й конкретного переліку питань, що потребують розв'язання; переведення якісних конституційних особливостей країни в кількісне їхнє вираження; зворотне переведення кількісних показників після їхнього опрацювання (бажано електронного) на мову цих явищ і процесів тощо. Зробити це ще важче. Формалізувати й змодельовувати досвід, волевтворчий пошук і навіть інтуїцію «моделювальника» неможливо. З огляду на це, важко не погодитися з думкою відомого американського філософа й правознавця Ф. Гаєка, який, критикуючи концепцію «конструктивного раціоналізму» К. Поппера, зазначав, що неможливо облаштовувати суспільство на плановій основі без того, щоб не обмежити його можливості застосовувати корисні знання. (Див: Саммигулін В. К. Право и неправо. *Государство и право*. 2002. № 3. С. 5–8; Федоренко В. А. Система конституційного права України як складник класичного конституціоналізму. *Конституція і конституціоналізм: вибіркові проблеми*: збірник наукових праць. К.: Купріянова, 2007. С. 63).

статутах і деяких інших нормативних актах, які за багатьма своїми ознаками кореспондували з розвитком ідей конституціоналізму в Європі.

Важливе значення для розвитку в Україні конституційних ідей мали акти періоду Національно-визвольної війни українського народу під проводом гетьмана Богдана Хмельницького: Зборівський договір 1649 р., Березневі статті (або їх ще називали Переяславським договором) Богдана Хмельницького 1654 р., а також Гадяцький трактат Івана Виговського 1658 р. і деякі інші «договірні» акти пізніших років. Усі вони більшою чи меншою мірою закладали основи побудови демократичної держави на теренах України тих часів.

Однак особливе місце серед вітчизняних документів конституційного змісту XVII–XVIII століть займає «Правовий уклад та конституції відносно прав і вольностей Війська Запорозького, укладеного між ясновельможним паном Пилипом Орликом – новообраним гетьманом Війська Запорозького і генеральною старшиною, полковниками, а рівно ж і самим Військом Запорозьким, схвалені обома сторонами і скріплені найяснішим Гетьманом на вільних виборах урочистою присягою року Божого 1710 квітня п'ятого дня у Бендерах». У широкий обіг цей документ увійшов як «Конституція Пилипа Орлика 1710 року» (менш поширена його назва – «Бендерська конституція 1710 року»).

Хоч за своєю природою й змістом її не можна беззастережно назвати конституцією в сучасному розумінні, низка ідей і положень цього документа цілком відповідає, а в деяких аспектах навіть випереджає європейську конституційно-правову думку тієї доби. За словами відомого українського історика Дмитра Дорошенка, «Правовий уклад та конституції... 1710 року» «перейнято дуже ліберальним і демократичним духом», що ставить його «в ряди найкращих пам'яток політичної думки того часу в цілій Європі»^{*}. І це не дивно, адже «Правовий уклад та конституції...» готувала високоосвічена, з широким європейським світоглядом еліта тогочасного українського суспільства – Пилип Орлик і його сподвижники-одномудці, – які, безсумнівно, не тільки були озайомлені, а й творчо осмислили й успішно застосували з пристосуванням до українських реалій ідейні надбання європейського, а також вітчизняного конституціоналізму, що набував розвитку.

^{*} Дорошенко Д. Нарис історії України. Львів: Світ, 1991. С. 385.

Серед найважливіших положень «Правового укладу...», які визначали засади побудови й функціонування державної влади в Україні, слід назвати:

- поділ влади між гетьманом як главою Уряду (виконавчої влади), Генеральною Радою як прообразом загальнодержавного представницького органу з законодавчими повноваженнями й Генеральним судом та судами, що здійснюють судочинство;
- обмеження влади Гетьмана Генеральною Радою та Генеральним судом;
- принцип виборності «генеральних радників» – членів Генеральної Ради та «народних радників» – «городових полковників»;
- право українських міст на самоврядування з визначенням особливого статусу столиці України – міста Києва.

«Правовий уклад...» містив також низку інших положень, спрямованих на забезпечення безпеки Вітчизни, управління громадськими справами тощо, кінцевою метою яких проголошено «спільне благо».

На жаль, після того, як російський імперський режим ліквідував Гетьманщину в Україні й посилив гніт українського народу, розвиток конституційно-правової думки в Україні майже було припинено на довгі десятиліття – аж до другої половини XIX століття. Несприятливими були й умови її розвитку також у Західній Україні, яка входила до складу Австро-Угорської імперії, попри те, що після революції 1848 р. у ній розпочалися трансформаційні процеси, які завершилися створенням конституційної монархії, благами якої могли користуватися й українці.

Посилення політичних і мовних репресій проти українського народу, зокрема сумнозвісний Валуєвський циркуляр 1863 р. й Емський указ царя Олександра II 1876 р. стали поштовхом для спротиву російському імперському режиму й національного відродження, зокрема розвитку національної конституційно-правової думки. Ці події відобразилися в низці конституційних проєктів, як-от: «Начерк Конституції Республіки» одного з членів Кирило-Мефодіївського товариства Георгія Андрузького (1848–1850 рр.), «Проект оснований устава украинского общества “Вольный Союз” – “Вільна спілка”» Михайла Драгоманова (1884 р.), «Основний закон Самостійної України» Миколи Міхновського (1905 р.) тощо.

Особливо потужним імпульсом для розвитку ідей конституціоналізму став період національно-визвольних змагань і відродження української державності (1917–1920 рр.). Ці ідеї втілено в цілій низці докумен-

тів того періоду: Універсали Української Центральної Ради, Конституція Української Народної Республіки, Статут про державний устрій, права та вольності УНР, конституційні акти Української Національної Ради у Львові, Тимчасовий Основний закон про державну самостійність земель колишньої Австро-Угорської монархії та іншому конституційному законодавстві; також у проектах Конституції України: «Основний Державний закон Української Народної Республіки» (1920 р.), «Конституція (основні державні закони) УНР» проф. О. Ейхельмана, «Конституція ЗУНР» проф. С. Дністрянського (1920 р.)^{*} тощо. Попри те, що деякі з документів поряд з ліберально-демократичними ідеями містили й певні соціалістичні державотворчі ідеї, а історики й правознавці оцінювали їх не завжди однозначно, слід визнати, що загалом конституційні засади, на яких розбудовували Українську державу тих часів, розвивалися в річищі загальноєвропейських тенденцій конституціоналізму.

Цей процес було перервано після встановлення в Україні (за активної військової підтримки Росії) радянської влади з її «новим конституційним порядком», який ґрунтувався на запереченні основних здобутків конституціоналізму:

- невідчужуваних прав людини, розглядаючи їх як встановлені, «даровані» державою, з огляду на що їхнє визнання й забезпечення вважали її внутрішньою справою;
- принципу розподілу влади, проголошеного радянськими конституціями, зокрема Конституцією УРСР різних періодів всевладдя рад, за яким, по суті, приховували монопольну владу «керівної і спрямовувальної сили» – комуністичної партії;
- принципу ідеологічного й політичного плюралізму, наслідком чого стало панування єдиної комуністичної ідеології;
- принципу верховенства права (правової державності) й підміна його «принципом соціалістичної законності»;
- принципу прямої дії конституції, її інтерпретація як акта політичного, програмового змісту, а не юридичного документа тощо.

Це не дає підстав визнавати особливу «радянську модель конституціоналізму», що інколи бачимо в пострадянській, зокрема вітчизняній літературі.^{**}

^{*} Пуздрач Ю. В. История российского конституционализма IX–XX веков. СПб.: Юридический центр «Пресс», 2004. С. 463.

^{**} Див., наприклад: Мироненко О. М. Історія Конституції України. К.: Видавничий дім «Ін Юре», 1997. С. 38–44.

І хоч в останні роки радянського конституційного порядку відбулася певна його лібералізація – проголошення ідеї «соціалістичної правової держави», упровадження інституту спеціалізованого конституційного нагляду тощо, це не змінило його сутності.

Справжній ренесанс вітчизняного конституціоналізму та його нове якісне наповнення надбаннями європейського й світового конституціоналізму відбулося лише після проголошення незалежності України (1990–1991 рр.). Уже перший історичний акт цього періоду – Декларація про державний суверенітет від 16 липня 1990 р. (ухвалено ще в умовах перебування України в складі СРСР) задекларував основні цінності конституціоналізму, як-от:

- побудова демократичної та правової держави;
- усебічне забезпечення прав і свобод людини;
- здійснення державної влади за принципом її поділу на законодавчу, виконавчу та судову;
- захист усіх форм власності, зокрема й приватної тощо.

Саме Декларація започаткувала новітній конституційний процес в Україні, ставши його світоглядно-методологічною основою.

Згодом ідеї Декларації розвинули в Концепції нової Конституції України, яку схвалила Верховна Рада Української РСР 19 червня 1991 р., тобто ще до ухвалення Верховною Радою України Акта проголошення незалежності України від 24 серпня 1991 р. Попри те, що на змісті Концепції певною мірою негативно позначилися умови, в яких її розробляли й ухвалювали, що спричинило інколи надмірну заполітизованість її окремих положень, їхню логічну неузгодженість через вимушені компроміси між різними політичними силами тощо, Концепція стала важливим кроком на шляху розвитку новітнього вітчизняного конституціоналізму. На підставі її положень Конституційна комісія та її робочі групи (за участі зарубіжних експертів) протягом 1992–1996 рр. розробляли й удосконалювали проекти нової Конституції України. Цей тривалий і складний конституційний процес урешті-решт завершився 28 червня 1996 року її ухваленням Верховною Радою України.

У Конституції України, яка відповідно до її преамбули, є Основним Законом України, що цілком відповідає її сучасному розумінню, було закріплено всі основні елементи (цінності) конституціоналізму:

- визнання людини, її життя й здоров'я, честі й гідності, недоторканності й безпеки найвищою цінністю, а прав і свобод людини невідчужуваними, такими, що визначають зміст і спрямованість

діяльності держави (статті 3, 21 тощо), а також їхньої гарантованості;

- принцип народного суверенітету (стаття 5);
- принцип представницького правління через народне волевиявлення (статті 5, 69 тощо);
- принцип поділу влади на законодавчу, виконавчу й судову (стаття 6);
- принцип верховенства права (стаття 8);
- принцип найвищої юридичної сили Конституції та прямої дії її норм (стаття 8);
- принцип судового конституційного контролю за дотриманням Конституції (стаття 147);
- принцип незалежності суду й суддів (стаття 126);
- принцип внесення змін до Конституції лише на підставі процедури, що визначено в ній (розділ XIII) тощо. Докладніше про це йтиметься в розділі шостому цього підручника.

Тому цілком логічно, що текст Конституції України позитивно оцінила Рада Європи та її структури, зокрема Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія), а також закордонні експерти.

Це, звісно, не означає, що Основний Закон України зовсім позбавлений вад. Бездоганих, ідеальних текстів конституцій у світі не існує, і Конституція України не є винятком. В окремих її положеннях відчувається вплив попередньої радянської епохи, що в умовах пошуку компромісів між ідеологічно різноспрямованими, часом діаметрально протилежними політичними силами, очевидно, було неминучим; деякі конституційні формулювання вразливі з погляду юридичної техніки; інколи виникає потреба погодити конституційні положення з розвитком конкретно-історичних умов функціонування суспільства, а також узятими на себе Україною міжнародними зобов'язаннями тощо. Та й національні особливості слід урахувати у ній дещо більшою мірою. З огляду на це, зміни до Конституції не тільки можливі, а й часом потрібні. Проте вони не повинні ставати самоціллю, а їхнє внесення не перетворюватися на реформаторський «конституційний бум», перманентну «конституціонаду», коли кожна новообрана влада (президент, парламент) намагаються підлаштувати текст Конституції під власне бачення або й вузькопартійні, вузькокорпоративні потреби, створюючи для цього «конституційні ради», «конституційні асамблеї», «конституційні комісії» тощо.

Навіть якщо зміни до Основного Закону вносять з благородними намірами – його поліпшення, помилково вважати, що такі зміни стануть запорукою (гарантією) швидких позитивних змін в українському суспільстві, а тим паче панацеєю від всіх наявних негараздів на ниві конституціоналізму. Конституційний ідеалізм, тобто схильність до перебільшення значення певних конституційних формулювань, приписування їм здатності радикально змінювати ситуацію в країні, безвідносно готовності суспільства загалом й особливо його політичних еліт до таких змін, як і традиційний, на жаль, для України правовий, зокрема конституційний, нігілізм – неповажне ставлення до права, закону і Конституції, попри їх, здавалося б, різновекторну спрямованість, насправді є двома сторонами «однієї медалі» – дефіциту політичної і правової культури, деформованої правосвідомості й непрофесіоналізму, який інколи межує з невіглаством.

Конституція – хоч і надзвичайно важливий, потрібний атрибут конституціоналізму, проте лише засіб його утвердження. Конституціоналізм реально функціонує тоді, коли цінності й положення Конституції послідовно та неухильно реалізують у практичній діяльності органи публічної влади та їхні посадові особи, громадські об'єднання, підприємства, установи й організації, зрештою – у поведінці громадян, тобто тоді, коли встановлено міцний конституційний правопорядок. Саме на цьому функційному рівні на долю українського конституціоналізму випало найбільше випробувань за роки незалежності. Їхні причини доволі різні, одні з яких сягають корінням у складну суперечливу й часто драматичну вітчизняну історію, інші, хоч і пов'язані з першими, зумовлені переважно сучасними суб'єктивними чинниками. Серед таких причин можна назвати:

- брак належного практичного досвіду державотворення і, відповідно, конституцієтворення з огляду на тривалий розвиток українського народу як «недержавного народу»;
- суттєві особливості національної правової системи України, якщо порівняти з іншими правовими системами, що належать до сім'ї континентального права. Хоч основи правової, зокрема конституційної традиції України формувалися здебільшого під впливом євроатлантичної, а не особливої «російської», «євразійської» чи «східнохристиянської» цивілізації, було б перебільшенням говорити про нинішню цивілізаційну однорідність правової системи України (особливо рівня правової свідомості й правової культури,

стилю правового мислення тощо). Перебування її частин у складі різних імперій суттєво позначилося на її нинішньому стані;

- брак справжньої національної еліти, спроможної до глибокого усвідомлення й внутрішнього сприйняття найліпших надбань сучасного конституціоналізму, духовних і державотворчих цінностей українського народу як запоруки побудови успішної демократичної та правової держави;
- наявність цивілізаційних відмінностей між різними регіонами України і як наслідок – відсутність єдиного бачення стратегічних напрямів і перспектив розвитку Української держави та її правової системи;
- брак політичної волі до проведення ефективних економічних, правових і політичних реформ, спрямованих на втілення у вітчизняну практику здобутків європейської та світової цивілізації;
- агресія Росії проти України тощо.

Та все ж найважливішою причиною випробувань, а часом і справжніх потрясінь вітчизняного конституціоналізму є хронічна хвороба – правовий і, зокрема, конституційний нігілізм. Його коріння в Україні надзвичайно міцне й не обмежується радянським періодом вітчизняної історії, а сягає глибини віків. Це коріння слід, очевидно, шукати ще в епосі Раннього Середньовіччя, зокрема в такому явищі як візантизм.

Однією з його характерних рис у галузі права є здатність створювати видимість сприйняття всього величного й престижного, що нагромаджено європейською цивілізацією в цій сфері (наприклад, Конституція України), водночас відкриваючи простір владі азійського типу з притаманними їй способами владарювання: інтригами, підкилимною боротьбою еліт, застосуванням методу війни проти опонентів, неправдою та фальсифікаціями. Виявів візантизму в сучасній вітчизняній конституційній практиці можна навести безліч: від маніпуляцій з текстом Основного Закону Верховною Радою України і Конституційним Судом України до підкилимних торгів і домовленостей, що межують з корупцією у вищих ешелонах влади й «вибіркового правосуддя». На жаль, цю візантійську традицію продовжує й сучасна українська влада з «новими обличчями».

Отже, основні зусилля, спрямовані на утвердження конституціоналізму й конституційного правопорядку в Україні, слід зосередити саме на функціональному його рівні – неухильному виконанні Основного Закону. Для цього треба не декларації й продиктовані популізмом зміни до нього, не «паперові» заходи щодо «поліпшення правово-

го виховання населення», а тверда державна воля, розрахована не на миттєві результати, а на кропітку, послідовну й тривалу роботу. І починати її треба з рішучого викорінення правового, зокрема конституційного нігілізму в органах влади, підвищення рівня правової культури й професіоналізму їхніх посадових осіб. Приклад у цьому мають подавати насамперед правники. Як підтверджує європейський і світовий досвід, стабільна, основана на Конституції, праві й законі юридична практика – суддівська, адвокатська, прокурорська тощо – є найліпшим вихователем. Без цього будь-які форми масової правової освіти будуть малоефективними.

1.2. Конституційне право та його місце в структурі знань і правовій системі

1.2.1. Конституційне право як транснаціональна наука

Належне усвідомлення сутності конституціоналізму, тенденцій і перспектив його розвитку дає змогу глибше осмислити (або й переосмислити) статус конституційного права як науки.

У вітчизняних підручниках і навчальних посібниках з конституційного права, які мають традиційну (за аналогією до підручників багатьох країн) назву «Конституційне право України», його зазвичай розглядають як окрему галузеву науку в системі інших «національних» юридичних наук: цивільного права України, кримінального права України, адміністративного права України тощо. Тому створюється враження, що «нації за своєю політичною організацією, правовою культурою і текстами конституцій розрізняються такою мірою, що не залишається місця... осмисленню конституційного права, що є по різні боки національних кордонів»^{*}. Інакше кажучи, за такою логікою кількість наук конституційного права у світі прямо пропорційна кількості держав, принаймні тих, що мають конституції.

За попередньою, уже суто радянською, традицією до особливих, окремих наук інколи зараховують також конституційне право зарубіжних країн^{**}. Проте якщо за радянських часів різке розмежування «радянського конституційного права» і «буржуазного конституційного права» мало під собою ідеологічне підґрунтя – «принципову несумісність» їхньої сутності й світоглядно-методологічних засад дослідження (що позначилося на назві відповідних навчальних дисциплін «Радянське конституційне право» і «Конституційне право буржуазних країн»), то нині, в умовах зближення конституційних систем різних країн, світоглядно-методологічного плюралізму розгляд «Конституційного права зарубіжних країн» як окремої, автономної науки має вигляд анахронізму.

Через активне впровадження в навчальний процес українських університетів уже давно започаткованого в західних університетах навчального курсу «Порівняльне конституційне право» сумнів викликає

Commers D. P. The Value of Comparative Constitutional Law. *John Marshal Journal of Practise and Procedure*. 1976. P. 685. Цит. за: Кененова И. П., Троицкая А. А., Шустров Д. Г. Сравнительное конституционное право в доктрине и судебных решениях. М.: КРАСАНД, 2015. С. 47.

Див. наприклад: Маклаков В. В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть: учебник. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 47-54.

збереження в національних університетських програмах навіть самостійної навчальної дисципліни – «Конституційне право зарубіжних країн». На відміну від цієї дисципліни, яка має переважно пізнавальну мету – ознайомлення студентів з особливостями конституційних систем зарубіжних країн на підставі аналізу їхніх конституцій та інших актів позитивного права конституційного змісту, мета «Порівняльного конституційного права» ширша. Воно не тільки розширює знання про конституційні системи зарубіжних країн, а й намагається глибше проникнути в конституційні інститути, механізми й практику їхнього функціонування, водночас використовуючи, зокрема, судову практику, яка часто дає повніше уявлення про стан конституціоналізму в тій чи іншій країні, ніж тексти їхніх конституцій; вивчити досвід конституційного регулювання зарубіжними країнами (зокрема тими, які не належать до західної традиції) та виявити в ньому приклади успішного розв'язання тих питань, які ще не вирішені в країні дослідника; глибше зрозуміти, чому запозичені з конституційної практики інших країн інститути й механізми не спрацьовують в країнах «трансплантації», та з'ясувати причини цього, щоб застерегти власну країну від таких випадків тощо.

До проникнення в глибини функціонування конституційних систем зарубіжних країн стимулює сам порівняльно-правовий метод з розгалуженою системою його вимог і правил, які лежать в основі порівняльного конституційного права.

Однак широкі можливості спеціального методологічного інструментарію, який використовує порівняльне конституційне право, також не дає підстав розглядати його як самостійну, автономну юридичну науку.

Адже науку характеризують не тільки особливості використовуваного нею методологічного інструментарію, а й специфіка її предмета, тобто тих явищ і процесів реального світу, що вивчає (досліджує) та чи інша наука. Не може бути подвійного, дуалістичного предмета – одного для дослідження внутрішніх (національних) явищ і процесів, а іншого – для вивчення тих же явищ і процесів у зарубіжних країнах.*

Будь-яка наука може мати лише один предмет. І конституційне право, як і юридичні науки загалом, не є винятком. Дуалізм предметів заперечує єдність науки і, як наслідок, породжує сумнів щодо зарахування певної сукупності знань (навіть достовірних) до класу окремої науки.

Єдності науки досягають не тільки за допомогою єдності її предмета й використовуваного нею методологічного інструментарію, а й спільністю її мови, термінологічного і понятійного апарату, зрештою,

основоположних доктринальних засад, на яких вона ґрунтується. Наука – це не просто опис й пояснювання тих явищ і процесів навколишньої дійсності, які становлять її предмет. Звідси наука конституційного права – це не просто «відображення норм конституційного права, а також урегульованих ними відносин у працях учених»* і не тільки дослідження конституційних норм та інститутів, а також суспільних відносин, що можуть або повинні вони регулювати**, як вважають деякі конституціоналісти.

Однією з визначальних ознак науки є її загальнозначущість. Тобто отримані нею знання не обмежують кордонами однієї країни, вони (або принаймні висновки концептуального змісту) повинні бути придатні для використання всіма людьми (тим паче – дослідниками) незалежно від того, в яких куточках планети ті проживають. Отже, наука – це насамперед система ідей, концепцій, теорій про природні й суспільні явища. Вона, якщо це справжня наука, позанаціональна й позатериторіальна. Національними можуть бути творці відповідних теорій, концепцій, доктрин і наукові школи. Це стосується як природничих, так і соціально-гуманітарних наук.

Звісно, соціально-гуманітарні науки мають суттєві особливості, якщо порівняти з природничими, що зумовлене насамперед специфікою об'єкта соціального пізнання. Ним є динамічна, швидкозмінювана соціальна дійсність з багатоманітністю явищ, складно переплетеними випадковими й закономірними зв'язками й суперечливими відносинами, в яких у результаті виявляються потреби й інтереси людей – представників різних соціальних груп.

Інакше кажучи, в об'єкті соціального пізнання опредмечується людська сутність; тому він незрівнянно більше «олюднений» проти природних об'єктів, що вже, само собою, не може не впливати на розвиток пізнавального процесу та його результати. Якщо до цього додати, що суб'єкт соціального наукового пізнання – дослідник-гуманітарій – не

* Такого погляду на предмет конституційного права як «єдиної юридичної галузевої науки» дотримується відомий український конституціоналіст В. М. Шаповал. На його думку, подвійність предмета науки конституційного права полягає в тому, що «його становить досвід організації та здійснення державного владарювання на політичному рівні в конкретній країні й такий самий досвід в інших країнах». Саме це «зумовлює існування двох навчальних дисциплін, які вивчають вітчизняні студенти-юристи – конституційне право України та конституційне право зарубіжних країн» (Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн: підручник. К.: Ін Юре, 2015. С. 30; Див. його ж: Конституційне право зарубіжних країн. К.: АртЕк, Вища школа, 1997. С.4.). Див: Георгіца А. З. Конституційне право зарубіжних країн. Чернівці: Видавництво «Рута» Чернівецького національного університету, 2001. С. 36.

** Див.: Дорохин С. В. Деление права на публичное и частное: конституционно-правовой аспект. М.: Волтерс Клувер. 2006.

тільки частина цього «олюдненого» об'єкта, тобто перебуває всередині його, а й сам як особистість є носієм певного світогляду, особистісного та професійного досвіду, опосередкованого власними переконаннями й відповідною громадською позицією, то неважко дійти висновку: він значно більше додає до образу об'єкта властивостей суб'єкта пізнання, ніж дослідник природних явищ і процесів. Досягти в соціально-гуманітарних науках повної «стерильності», огородивши їх від особистісного ставлення дослідника до соціальної дійсності, яку він пізнає, майже неможливо. Тому беззастережне перенесення на соціально-гуманітарні науки критеріїв (стандартів) науковості, сформульованих переважно на базі природничих наук, методологічно надто вразливе.

Зокрема йдеться про такі критерії, як-от: об'єктивність, істинність, змога верифікації, стабільність набутих знань тощо.

До цих загальних особливостей соціально-гуманітарних наук у науці конституційного права слід додати відмінності конституційного регулювання в різних країнах, що зумовлено їхніми історичними традиціями, культурою, праворозумінням, джерелами права тощо, про що йшлося вище.

А проте ці відмінності не мають вирішального значення для пояснення конституційної доктрини. Вивчення чинників, що впливають на її еволюцію, тенденцій і закономірностей розвитку, тобто пізнання наукою конституційного права «самої себе» – одна з важливих умов її поступального розвитку.

Спільність доктринальних засад науки конституційного права, які стають дедалі універсальнішими, її понять і категорій, а також предмета, основних функцій та використовуваних нею загальнонаукових і спеціальнонаукових методів дає підстави констатувати, що наука конституційного права, за всіх її національних особливостей, загалом є не національною, а транснаціональною наукою.

Це зовсім не заперечує впливу на неї певного світогляду – цінностей, переконань, настанов, що регулюють ставлення людини до середовища, що її оточує, і який насправді відмінний в різних цивілізаціях і правових сім'ях (та й у різних людей також).

Проте світогляд – це переважно сфера філософії, зарахування якої до класу наук у літературі залишається дискусійним.

Розгляд науки конституційного права як єдиної, цілісної, транснаціональної допомагає подолати однобічні краєзнавчі, географічні й регіональні підходи до його вивчення, піднятися над національною обме-

женістю (а інколи й національним егоїзмом) та еклектизмом, чіткіше визначити й усвідомити магістральний шлях розвитку конституційного права та місце, стратегію і тактику України на цьому шляху, а також предметніше й повніше виявити особливості конституційно-правової системи України. Опанування базових, спільних для всіх країн цінностей конституційного права, дає змогу студентам не тільки успішно використовувати їх у своїй майбутній професійній діяльності, а й швидше адаптуватися до вивчення курсу (курсів) конституційного права під час стажування чи навчання в закордонних університетах.

Єдність науки конституційного права не перешкоджає порівняно самостійному дослідженню особливостей конституційного права різних країн, причому не обов'язково в межах «Конституційного права зарубіжних країн», а й інших напрямів, наближених до специфіки тих чи інших правових сімей. Користі від таких наукових напрямів і відповідних навчальних курсів може бути навіть більше, ніж від названої загальної навчальної дисципліни.

Розгляд науки конституційного права як транснаціональної передбачає поглиблене вивчення особливостей вітчизняного конституційного права в межах окремої навчальної дисципліни (але не самостійної науки).

1.2.2. Конституційне право й позанаукові форми освоєння дійсності: релігія, мораль, мистецтво

За всієї важливості розгляду конституційного права як науки та її значення у виявленні глобальних тенденцій, закономірностей його розвитку в сучасному світі, а також у дослідженні особливостей стану й перспектив розвитку вітчизняних конституційно-правових норм й інститутів та практики їхньої реалізації, виробленні обґрунтованих рекомендацій щодо їхнього удосконалення, значення науки конституційного права, як і науки загалом, не варто переоцінювати, як це часто буває у вітчизняній юридичній літературі.

І не лише тому, що наука не всесильна, вона не може дати вичерпні й своєчасні відповіді на всі запитання, які виникають у процесі конституційної нормотворчості, нормозастосування та іншої, пов'язаної з реалізацією конституції діяльності. Наука не є єдиною, а нині, як вважають деякі автори, і основною формою знання; вона не займає того становища, яке їй приписували в епоху так званого сцієнтизму*.

Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб.: Алеф-Пресс, 2012. С. 131.

Освоєння соціальної дійсності, з огляду на її багатоманітність, не зводиться до наукового пізнання через притаманні йому критерії – раціональність, об'єктивність, нейтральність, верифікованість тощо. Пізнавальне ставлення людини до середовища, що її оточує – це хоч і надзвичайно важлива, проте не єдина форма освоєння нею світу. Не менш суттєвими для людини є форми світосприйняття і світорозуміння, в яких переважають не так істинні знання (критерії «істинності – хибності», «істини – омани»), як спільні цінності й ідеали, що регулюють відносини між людьми в суспільстві. До того ж цінності для людини часто бувають вагомішими за теоретичні судження й висновки науки, оскільки саме цінності, як зазначав видатний математик, фізик і філософ Паскаль, визначають реальне життя людей та їхню долю. Серед ціннісних орієнтирів, за допомогою яких люди оцінюють дійсність, слід назвати насамперед такі парні категорії-антиподи як «добро – зло», «справедливе – несправедливе», «чесне – ганебне», «праведне – грішне», «корисне – шкідливе (некорисне)», «прекрасне – потворне» тощо. У філософії таке ставлення до дійсності, на відміну від пізнавального, іменують духовно-практичним.

Духовно-практичне освоєння світу здійснюють переважно у позанаукових формах, серед яких найчастіше називають релігію, мораль і мистецтво. Конституційне право пов'язане зі всіма названими формами. Про його зв'язки з релігією найпереконливіше свідчать релігійні правові системи, в яких право не відмежоване від релігії. Проте навіть у тих правових системах, насамперед європейських, де право не сакралізовано, тобто інституційно відокремлене від релігії, функційно воно залишається пов'язаним з нею. Як зазначав відомий американський правознавець Джон Берман, і нині праву й релігії властиві спільні риси, як-от: ритуальність, традиційність, авторитетність й універсальність⁶. У конституційному регулюванні ці риси простежуються значно виразніше, ніж в деяких інших сферах правового регулювання та галузях права. Почасти вони виявляються в скрупульозній послідовності конституційних процедур, зовнішній церемоніальності, почасти – у формі присяги державних високопосадовців й інших посадових осіб, підвищеній стабільності, «консервативності» тексту конституції, її найвищому авторитеті серед інших національних нормативно-правових актів і навіть міжнародних нормативних документів, поширенні її дії на всі суспільні відносини тощо. Від стану релігійної свідомості багато в чому залежить

Берман Г. Дж. Вера и закон: примирение права и религии. М.: Моск. шк. полит. исслед., 1999. С. 6.

цілісність суспільства, а зрештою – реальний стан конституціоналізму й правової системи загалом у країні.

Ще тісніші зв'язки конституційного права з мораллю. Попри те, що ці зв'язки, як і відносини між правом і мораллю загалом, у літературі продовжують інтерпретувати по-різному, залежно від типу праворозуміння, нині дедалі меншає тих, хто заперечує, що право й мораль об'єднують спільні для них цінності.

Як визначення поняття цінностей, так і їхня класифікація в літературі доволі різноманітні. Їх поділяють на позитивні й негативні, матеріальні й духовні, серед яких також виокремлюють моральні, релігійні, естетичні, наукові; абсолютні й відносні; цінності, притаманні певному суспільству, й універсальні (загальнолюдські) цінності тощо. Не вдаючись до докладного аналізу перелічених питань (це виходить за межі конституційного права), наголосимо на трьох заувагах, які стосуються цього підрозділу підручника.

По-перше, цінність – це не просто матеріальний чи духовний, природний чи соціальний об'єкт, узятий окремо. Такий об'єкт стає цінністю лише тоді, коли є виявом зацікавленого ставлення людини з погляду задоволення цим об'єктом її потреб й інтересів*. Інакше кажучи, критерій того, що зараховувати, а що ні до цінностей, залежить від самої людини, є актом її оцінювання.

По-друге, хоч оцінюють у сфері конституційного права, як і права загалом, безліч явищ, зокрема й негативних, суспільно шкідливих чи навіть небезпечних, право як феномен (зокрема конституційне) пов'язане тільки з позитивними цінностями: людською гідністю, добром, справедливістю, рівністю, свободою тощо.

По-третє, під час пояснення цінностей важливе значення мають не раціональні, логічні докази, властиві науці, а емоційне сприйняття людиною об'єкта як цінності через внутрішні переживання. Цінності та їхнє значення для людей можна описувати за допомогою мовних засобів, можна, ба більше – треба керуватися ними у своїй практичній діяльності, уявити яку поза контекстом цінностей неможливо, проте раціоналізувати цінності (наприклад, уже згадувані – людську гідність, добро, справедливість, рівність, свободу, як і праведне, порядне, прекрасне тощо), тобто аналізувати їх лише крізь призму розуму, за допомогою відповідних логічних доказів нереально. Суто наукові методи тут не спрацьовують. Зрозуміти як право загалом, так і конституційне

* Неновски Н. Право и ценности / пер. с болгар. М.: Прогресс, 1987. С. 26.

право зокрема можна тільки у зв'язку з переліченими й іншими цінностями, які не завжди відображають у текстах конституцій та інших нормативних актах конституційного змісту. Тому важливого значення набуває, як писав один з провідних сучасних американських теоретиків і філософів права Рональд Дворкін, моральне прочитання (*moral reading*) конституції, якому він присвятив одну зі своїх праць*.

Ціннісне ставлення конституційного права до світу споріднює його не тільки з релігією й мораллю, але й з мистецтвом, що у вітчизняному правознавстві залишають поза увагою.

Мистецтво – це така форма духовно-практичного освоєння світу, в якій органічно поєднуються пізнання і творення, що ґрунтуються не лише на знанні, а й на високому рівні вміння, майстерності в тій чи іншій сфері діяльності. Якщо в науці відповідні теорії і концепції прив'язані до фактів, є наслідком їхнього узагальнення, то в мистецтві знання є результатом оцінювального ставлення до дійсності. Такому ставленню властива значно більша індивідуальна свобода, якщо порівняти з науковим пізнанням.

Конституція (як і конституційне право) ґрунтується не тільки на наявному – узагальненні фактів та їхньому оцінюванні, а й на належному, вирішальне значення в якому має ціннісне ставлення її творців до навколишнього світу. Уже через це конституційне право виходить за межі «чистої» науки. Тим більшою мірою мистецька майстерність виявляється у формулюванні положень конституції, мові й стилі викладу нормативного матеріалу (його, з одного боку, лапідарності, стислості, а з іншого – чіткості, ясності), в оптимальному поєднанні в ньому загальноживаної та спеціалізованої термінології тощо.

Це дало підстави деяким правознавцям говорити про те, що юридичні тексти мають безпосередній зв'язок з естетикою**, а отже, їх слід оцінювати за категоріями, що притаманні мистецтву: досконалості, довершеності тощо; у цьому й виявляється професійна майстерність. Інакше кажучи, текст конституції та інші тексти конституційного змісту є не тільки результатом наукового пізнання, а й витвором нормативно-правового мистецтва. Найяскравіше спорідненість конституції і конституційного права з мистецтвом демонструє процес її тлумачення, про що йтиметься в наступних розділах.

Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution. Cambridge. MA, 1996.

Бурлай Є. В. Право як тип соціального регулювання: естетичний аспект. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. Т. 26. К., 2014. С.14.

Звісно, майстерність правники опановують разом з набуттям професійного досвіду. Проте завдання юридичної освіти в умовах сучасних постіндустріальних глобалізаційних трансформацій, коли цінності стають особливо важливими, не слід зводити до озброєння майбутніх правників теоретичними знаннями (за всієї потреби), а передбачає формування навичок самостійного мислення, уміння творчо застосовувати набуті знання в нормопроектувальній, нормозастосовувальній та іншій практичній діяльності. Без усвідомлення спорідненості права, зокрема конституційного, з цінностями й мистецтвом це зробити неможливо.

1.2.3. Конституційне право: галузь права чи фундаментальна основа – стрижень національної правової системи

За усталеною традицією, конституційне право у вітчизняній та закордонній науковій літературі, підручниках і навчальних посібниках з конституційного права розглядають як галузь національного права поряд з галузями адміністративного, цивільного й кримінального права тощо. Щоправда, галузь конституційного права, на відміну від інших його галузей, часто супроводжують епітетами: «провідна», «ключова», «центральна», «інтегрувальна» тощо. Іноді її взагалі інтерпретують як «надгалузь», норми якої одночасно є в усіх галузях права*.

За тією ж традицією, конституційне право зараховують до галузей публічного права, тобто тієї підсистеми права, що регулює відносини, пов'язані зі здійсненням публічної влади – державної влади й місцевого самоврядування.

Критеріями виокремлення певної сукупності правових норм у галузь конституційного права, як й інших галузей права, також традиційно (принаймні для вітчизняного правознавства) вважають наявність у цієї сукупності норм спільного предмета регулювання, тобто якісно однорідних відносин, які вони регулюють, та методу правового регулювання, тобто засобів, способів і прийомів впливу держави на суспільні відносини, що становлять предмет регулювання відповідної галузі.

Якщо звернутися до аналізу визначень предмета конституційного права, що є як у вітчизняній, так і в закордонній літературі, то бачимо, що ці визначення суттєво різняться не тільки за мовно-стилістичними ознаками (що цілком природно, оскільки вони виражають індивідуальні вподобання їхніх авторів), а й за змістом. За традицією, яка сягає

Общая теория государства и права. Академический курс: учебник для вузов: в 2 т. / отв. ред. проф. М. Н. Марченко. М.: Зерцало, 1998. С. 241. Т. 2.

ще часів домінування в Європі назви сфери регулювання суспільних відносин, пов'язаних з організацією і функціонуванням державної влади, та відповідної їй сукупності норм – «державне право», чимало конституціоналістів продовжують зводити предмет конституційного права переважно до відносин владарювання. Проте більшість спеціалістів з конституційного права, усвідомлюючи, очевидно, вразливість такої позиції через суттєве розширення сфери конституційного регулювання в сучасних умовах, якщо порівняти навіть з першими конституціями США та Європи, підходять до визначення предмета конституційного права дещо по-іншому. Одні з них, вважаючи, що публічно-правові галузі права регулюють відносини державного владарювання, тобто суспільні відносини, пов'язані з організацією і здійсненням влади в державі, предметом конституційного права охоплюють лише ті з них, що реально мають політичний зміст, одночасно «розглядають їх у контексті визнання людини найвищою цінністю і належного забезпечення прав людини»^{*}. Інші на перший план у предметі конституційного права ставлять не відносини владарювання, а відносини особи і держави^{**} або й взагалі відносини охорони прав і свобод людини (М. В. Баглай, Б. Н. Габричідзе)^{***}. Ще інші вважають, що предметом конституційного права є «політичні й інші найважливіші (підкреслення наше – М. К.) відносини, зміст яких полягає в утвердженні та гарантуванні конституційних прав і свобод людини, реалізації публічної влади..., а також забезпеченні взаємодії громадянського суспільства з державою на паритетних засадах»^{****}. Нарешті, серед зарубіжних (пострадянських) і вітчизняних конституціоналістів є й ті, які вбачають специфіку предмета конституційного права в тому, що його норми регулюють основи правового статусу людини, громадянина і їхніх добровільних об'єднань, основи взаємозв'язків особистості – колективу, держави – суспільства – державної влади, а також основи відносин в усіх сферах життєдіяльності суспільства: політичній, економічній, соціальній, духовній^{*****} або ж до предмета конституційного права зараховують усі «суспільні відносини, які не можна ефективно врегулювати за допомогою інших соціальних норм»^{*****}.

^{*} Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн: підручник. К.: Ін Юре, 2015. С. 6.

^{**} Фрицький О. Ф. Конституційне право України: підручник. К.: Юрінком Інтер, 2004. С. 10.

^{***} Там само. С. 9.

^{****} Федоренко В. Л. Конституційне право України: підручник. К.: Видавництво «Ліра», 2016. С. 14.

^{*****} Чиркин В. Е. Конституционное право России: учебник. 6-е издание. М.: НОРМА, 2009. С. 20, 1-21;

Вітик І. Р., Вітик Ю. І. Конституційне право України: навчальний курс. К.: Вадим Карпенко, 2012. С. 3.

^{*****} Савчин М. Конституціоналізм і природа конституції. К., 2013. С. 268.

Навіть цей неповний перелік визначень предмета конституційного права свідчить про те, що відносини, які він охоплює, не є «якісно однорідними», що вже само собою ускладнює інтерпретацію конституційного права як галузі права.

З огляду на сумнівність такого традиційного підходу до визначення природи конституційного права, деякі конституціоналісти, обстоюючи позицію його інтерпретації як галузі національного права, у такій неоднорідності предмета конституційного права намагаються побачити суттєву особливість цієї галузі, якщо порівняти з іншими галузями права^{*}, акцентувати увагу на тому, що воно, мовляв, «за своєю структурою... загалом відтворює систему національного права»^{**}, є загальною частиною всіх інших галузей права тощо. Ю. Б. Ключковський узагалі сумнівається в єдності предмета конституційного права, наголошуючи на його багатопредметності й доцільності, з огляду на це, виокремлення цілого переліку його предметів^{***}.

Не менше запитань виникає з виокремленням специфічного методу конституційно-правового регулювання. У конституційному праві використовують майже весь арсенал засобів, способів і прийомів регулювання суспільних відносин, притаманних праву:

- імперативних, владно-авторитарних, побудованих на відносинах субординації, які виявляються насамперед у «вертикальних» відносинах, пов'язаних з організацією виконавчої влади, вимогах до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та їхніх посадових осіб діяти лише на підставах, у межах повноважень і в спосіб, що передбачені конституцією та законами, тобто лише на підставі дозвільного типу правового регулювання – «дозволено лише те, що безпосередньо передбачено законом»;

- диспозитивних, побудованих на засадах автономії, юридичної рівності суб'єктів, координаційних зв'язків між ними, які передбачають змозгу врегульовувати відносини на підставі загальнодозвільного типу регулювання, тобто за принципом «дозволено все, що безпосередньо не заборонено законом», який поширюється насамперед на громадян.

* Козлова Е. И., Кутафин О. Е. Конституционное право России: учебник. 4-е изд., перераб. и доп. Москва: ТК «Велби», Проспект, 2007. С. 67.

** Скрипнюк О. В. Курс сучасного конституційного права України: академічне видання. Харків: Право, 2009. С. 9.

*** Ключковський Ю. Б. Принципи виборчого права: доктринальне розуміння, стан та перспективи законодавчої реалізації в Україні: монографія. К.: ВАІТЕ, 2018. С. 38-39.

Пошуки особливих відмінностей у методах конституційного регулювання в тому, що конституційне право:

- «регулює найважливіші політичні, економічні, соціальні, культурні (духовні) й інші тісно пов'язані з ними суспільні відносини, що є предметом конституційного права»^{*};
- «сприяє реалізації інтегративної функції конституційного права щодо інших галузей національного права»^{**}

або ж:

- у колі суб'єктів, яких держава визнає правоздатними і дієздатними;
- у порядку визначення та здійснення юридичних прав й обов'язків суб'єктів^{***} тощо, як це часто буває в підручниках з конституційного права, мають доволі непереконливий і фактично безперспективний вигляд.

Зазначені «особливості методу конституційного права» насправді стосуються або предмета конституційного права, ще раз підтверджуючи якісну неоднорідність суспільних відносин, що воно регулює, або ж інших особливостей самого конституційного права, але аж ніяк не особливостей його методу.

Навряд чи можна погодитися з поширеною думкою про те, що владно-імперативний метод, який базується на відносинах влади й підпорядкування, є панівним у конституційному праві. Адже важко назвати відносини між законодавчими, виконавчими й судовими органами чи відносини між державою і місцевим самоврядуванням відносинами субординації, як це було в минулому, особливо за радянських часів, коли діяв так званий принцип демократичного централізму. Тим паче це стосується відносин між громадянином (людиною) і державою. У регулюванні всіх цих відносин дедалі ширше використовують диспозитивний метод, основу якого становлять відносини координації, а не підпорядкування. Цей метод дедалі помітніше проникає навіть у сферу виконавчої влади, де відносини субординації залишаються і, вочевидь, залишатимуться надалі домінантними.

Акцентування уваги у визначенні предмета конституційного права на державно-політичних відносинах владарювання, навіть з відповідними застереженнями – це, по суті, відлуння попереднього державно-центристського підходу до інтерпретації суспільних відносин, що ви-

^{*} Федоренко В. Л. Конституційне право України: підручник. К.: Видавництво «Ліра», 2016. С.16.

^{**} Там само. С. 16.

^{***} Фрицький О.Ф. Конституційне право України: підручник. К.: Юрінком Інтер, 2004. С.10-11.

никають у зв'язку з організацією і функціонуванням державної влади, сформульованих позитивістськими концепціями. Такий підхід відображено в уже згадуваній назві відповідної сукупності норм, що регулюють ці відносини – державне право.

І хоч ця їхня назва, за традицією, досі зберігається у деяких країнах, більшою чи меншою мірою наповнюючись новим, сучасним змістом, концептуально державне право й конституційне право не слід ототожнювати, як це трапляється у вітчизняній (та й певною мірою зарубіжній, особливо пострадянській) літературі з конституційного права. Не можна не погодитись з думкою відомого німецького конституціоналіста Конрада Гессе, який ще у 80-х роках минулого століття писав: «Державне право не ідентичне конституційному, оскільки останнє стосується не лише держави, але й суспільного життя загалом (власність, сім'я, гідність людини), хоча, з іншого боку, конституційне право містить засади державного»*.

Розвиваючи думку Гессе, слід додати, що конституційне право містить не просто засади державного права, а засади державного владарювання, побудованого на принципово відмінній від юридичного позитивізму, людиноцентристській методологічній основі. Як слушно наголошував один із творців доктрини *the Rule of Law* – верховенства права й сучасного конституціоналізму – визначний англійський конституціоналіст Альберт Дайсі, права й свободи особи є «основою, а не результатом права країни», а правила, що становлять конституційний кодекс, є «не джерелом, а наслідком прав осіб»**. Хоча ці висновки Дайсі робив на підставі порівняльного аналізу британської конституційної системи й конституційних систем континентальної Європи, нині вони сприйняті всією європейською спільнотою.

Саме невідчужувані права й свободи людини, як свідчить досвід сучасних розвинутих країн, визначають організацію і функціонування державного механізму, утворюють основу стримувань і противаг державної влади, яка завжди схильна до виходу з-під контролю суспільства. Це той обмежувальний бар'єр, який не може бути подоланий на власний розсуд ні законодавчою, ні виконавчою, ні судовою гілками влади. По суті, права й свободи людини є першоджерелом права, зокрема конституційного.

* Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М.: Прогресс, 1982. С. 29.

** Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 1959 (1961). P. 232.

Визначальне значення невідчужуваних прав і свобод людини щодо обов'язків держави, організації і функціонування її механізму прямо зафіксоване у Конституції України. Зокрема, у частині другій статті 3 Основного Закону йдеться: «Права і свободи людини та їхні гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави».

Така людиноцентристська спрямованість Конституції дає підстави стверджувати, що:

- по-перше, вихідними, визначальними для конституційного права є людина та відносини, пов'язані з гарантуванням її прав і свобод. Відносини владарювання вторинні, похідні від них і підпорядковані їм. Від того, наскільки вони людиноспрямовані («людиноцентричні»), залежить не тільки життя і здоров'я, недоторканність і безпека кожної людини, її гідність, а й стан громадянського суспільства в цілому, його духовна атмосфера;
- по-друге, конституційне право за своєю природою і змістом виходить далеко за межі публічного права. Тому немає підстав беззастережно зараховувати його за попередньою традицією (за аналогією до державного права) до публічного права. Поділ системи права на публічне й приватне право в сучасних умовах його помітного «олюднення» стає дедалі умовнішим. Знайти нині «чисту» галузь права, яка захищала б тільки публічний чи приватний інтерес майже неможливо. Тим паче це стосується конституційного права. Засади конституційного ладу – однієї з визначальних категорій конституційного права визначають базові, відправні засади функціонування всіх сфер суспільних відносин і всіх галузей права:
 - конституційні засади власності становлять базу цивільного права;
 - засади формування уряду, його повноважень, відносин з підпорядкованими йому органами виконавчої влади та іншими інститутами — для становлення і функціонування інститутів адміністративного права;
 - принцип вільного вибору праці й змоги заробляти нею собі на життя – для трудового права;
 - принцип рівних прав подружжя в шлюбі та сім'ї – для сімейного права;

- принцип, згідно з яким особу вважають невинуватою у вчиненні злочину й не можна піддати кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку й встановлено обвинувальним вироком суду – для кримінального й кримінально-процесуального права;
- засади рівності перед судом і незалежності, безсторонності суду й суддів – для галузей процесуального права;
- принцип *non bis in idem* – неможливості притягнення до юридичної відповідальності двічі за одне й те ж саме правопорушення – для всіх галузей права тощо.

Конституційне право не тільки визначає відправні засади функціонування вже усталених традиційних галузей права, а й закладає основи формування нових його галузей.

Ще в середині 90-х років минулого століття у вітчизняному правознавстві пролунали аргументи на користь становлення такої нової галузі національного права як парламентське право України*. Поряд з широким переліком якісно однорідних відносин, що становлять предмет регулювання парламентського права – основних функцій та повноважень парламенту, його структури, організації діяльності парламенту та його допоміжних органів, парламентських процедур тощо, істотно визначенішою, якщо порівняти з конституційним правом, видається також специфіка методу регулювання парламентських відносин. Одним з вагомих аргументів на користь виокремлення парламентського права в автономну галузь права став досвід деяких зарубіжних країн, правові системи яких належать до сім'ї континентального права, зокрема Франції, ФРН тощо, де такі галузі вже фактично сформувалися**. Відтоді кількість прихильників виокремлення парламентського права в окрему галузь національного права зростає.

Ряд як вітчизняних, так і зарубіжних правознавців уже досить давно активно обстоюють самостійність судового права як галузі національного права***. Під судовим правом розуміють не характерне для сім'ї

* Див.: Городецький О. В. Парламентське право України: процес становлення. *Науковий вісник Чернівецького університету*. Вип. 4-5. Правознавство: збірник наукових праць. Чернівці: ЧДУ, 1996. С.138-144.

** Див., наприклад: Урьяс Ю. П. Парламентское право ФРГ. *Очерки парламентского права (зарубежный опыт)* / под ред. Б. Н. Топорнина. М.: ИПГ РАН, 1993; Крутоголов М. А., Ковлер А. И. Парламентское право Франции. Там само. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть. М.: Изд-во БЕК, 1996. С. 437-438.

*** Див.: Бойко В. Ф., Євдокимов В. О., Юлдашев О. Х. Право людини на правосуддя (Судове право України): навчальний посібник. К.: Варта. МАУП, 2003. 256 с.; Прилуцький С. В. Вступ до теорії судової влади (Суспільство, правосуддя, держава): монографія. К.: Інститут держави і права ім. В.

загального права «суддівське право» (*judge-made law*), тобто право, створене суддями, а систему юридичних норм, предметом регулювання яких є порядок формування й статус органів судової влади, їхня структура, порядок організації і функціонування, відносини між судами й іншими органами державної влади, статус суддів та інших посадових осіб судового відомства, їхнє забезпечення тощо. Галузі судового права властива не тільки якісно однорідна сфера суспільних відносин, які воно регулює, а й специфіка методів їхнього регулювання та високий ступінь внутрішньої організації судового права. Про це свідчить, зокрема, його кодифікація в низці держав (у Бельгії, наприклад, діє Судовий кодекс, у Франції – Кодекс про судоустрій тощо).

Досить переконливими також є аргументи на користь виокремлення виборчого права як автономної галузі національного права, що зумовлено передусім зростанням значення суспільно-політичного інституту виборів і відповідно виборчого права для функціонування сучасної демократичної держави та громадянського суспільства. Одним із наслідків такого зростання стало значне розширення обсягу суспільних відносин, що воно регулює, та ускладнення внутрішньої структури виборчого права. По-друге, вагомою підставою виокремлення системи норм, що регулюють виборчі відносини, з-поміж інших правових норм є якісна однорідність відносин, що виникають у зв'язку з підготовкою і проведенням виборів усіх типів і видів (органів державної влади, органів місцевого самоврядування, його посадових осіб). По-третє, набагато виразнішою, якщо порівняти з методами деяких інших галузей права, є специфіка методологічного інструментарію правового регулювання, властивого виборчому праву. По-четверте, важливою підставою виокремлення виборчого права в автономну галузь права є, окрім того, високий «ступінь внутрішньої організації (системності) виборчого права, навіть всупереч відсутності його кодифікації»^{*}. Цей недолік його системності в Україні нещодавно подолано завдяки ухваленню Виборчого кодексу.

Уже останнього десятиліття не тільки виокремлено, а й за аналогією до низки європейських держав, насправді офіційно визнано окремою галуззю вітчизняної системи права муніципальне право. Підтвердженням цього є додавання його до номенклатури спеціальностей із захисту дисертацій поряд з конституційним правом, яка була до недавньо-

М. Корецького НАН України, 2012. С. 24, 28 та ін.

Ключковський Ю. Б. Принципи виборчого права: доктринальне розуміння, стан та перспективи законодавчої реалізації в Україні: монографія. К.: ВАІТЕ, 2018. С. 40.

го часу. Розташування його в одному з конституційним правом ряду є доказом того, що воно «виросло» саме з конституційного права.

Значно раніше від нього відокремилися, ставши самостійними галузями національного права, адміністративне право, фінансове право тощо.

Викладене дає підстави вважати, що процес поліструктуризації національних систем права, зокрема через відокремлення від конституційного права нових галузей права, триватиме й надалі.

Безперспективно «утримувати» названі й майбутні нові нормативні утворення в межах конституційного права на правах його підгалузей, інститутів тощо. По-перше, традиційні підходи до конструювання структури конституційного права за принципом «російської матрьошки» – «надгалузь», яка інтегрує в собі суміжні галузі (типу парламентського, виборчого, судового тощо), що також поділяють на підгалузі й субінститути, які містять низку простих інститутів, що складаються з правових норм, методологічно застаріли й у конституційному праві не працюють. Вони не враховують зростаючого динамізму сучасного суспільного, зокрема політичного життя й зумовлених ним суттєвих змін у сферах, обсязі та змісті конституційного регулювання та процесів поліструктуризації національної системи права.

По-друге, виокремлення названих, а в майбутньому й інших галузей, як автономних дає змогу конституційному праву звільнитися від претензій на всеосяжність, універсальність регулювання навіть тих відносин, які мають політичний зміст, зосередившись переважно на засадах їхнього регулювання.

По-третє, слід урахувувати, що поділ системи права на галузі та їхнє об'єднання – публічне й приватне право, типовий для континентальної правової сім'ї, властивий не всім правовим сім'ям. Проте це не заважає конституціоналістам – представникам цих правових сімей плідно розвивати конституційне право та визначати його місце в національній правовій системі. Прикладом є правова система Великобританії, для якої, на відміну від правових систем сім'ї континентального права, ніколи не було властиве виокремлення сукупності норм, що регулюють відносини владарювання, в автономну галузь державного права чи підсистему публічного права. Їх завжди розглядали й продовжують розглядати в ширшому контексті – конституційного права, предмет якого не зводився до регулювання відносин владарювання. Та й у підручниках з конституційного права, виданих у країнах, правові

системи яких належать до континентальної правової сім'ї, зокрема й постсоціалістичних країнах (окрім більшості пострадянських), його характеристика як галузі національного права нині майже не зустрічається*, хоч державне право, за традицією, продовжують зараховувати до публічного права.

Отже, предмет конституційного права, з одного боку, охоплює не весь комплекс (обсяг) відносин навіть політичного змісту, а тільки ті з них, які є базовими, визначальними для цієї сфери життєдіяльності. З іншого боку, предмет конституційного права не слід обмежувати політичними відносинами владарювання. Конституційне право визначає базові, вихідні засади регулювання в усіх інших найважливіших сферах життя суспільства й держави, насамперед пов'язаних з основами правового становища особистості та значенням держави в його забезпеченні.

Такий підхід не розмиває предмета конституційного права, а, навпаки, робить його визначенішим і динамічнішим. Він дає змогу включати в орбіту конституційного права нові відносини, підвищений суспільний інтерес до яких зумовлений сучасними викликами (потреба в захисті довкілля, забезпечення екологічної, інформаційної та іншої безпеки тощо). Як свідчить досвід інших країн, визначення базових засад регулювання цих та інших нових відносин стає предметом конституції і, відповідно, конституційного права доволі часто.

У конституційному праві Австрії, наприклад, спеціальну увагу приділяють такій поки що екзотичній для вітчизняного конституційного права сфері як захист тварин (*Tierschutz*)**.

Розкриваючи природу сучасного конституційного права, слід звернути увагу на ще одну його надзвичайно важливу особливість – вихід за межі суто національного, внутрішнього права країни.

Якщо предмет регулювання більшості конституцій XVIII–XIX століть обмежували здебільшого положеннями про організацію державної влади та права і свободи громадян, то згодом до них додали положення, присвячені зовнішньополітичним функціям держав. Уперше такі положення з'явилися у Французькій конституції 1791 року. Щоправда, вони стосувалися лише відмови Франції від загарбницьких війн.

* Katz A. Staatsrecht: Grundkurs im öffentlichen Recht, (Jurathek Studium), 2010. P. 446.

** Berka W. Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium. Verlag. Österreich, 2016.; Garlicki L. Polskie Parwokonstytucyjne. Zarys Wykładu. Wydanie 14. Warszawa, 2010.

Питання війни й миру та способів розв'язання міжнародних спорів переважали також у конституціях наступних історичних періодів. Тільки після Другої світової війни в конституціях стали з'являтися положення, що закріплюють ширший спектр принципів міжнародного права. Майже всі сучасні конституції проголошують підпорядкованість своєї зовнішньополітичної діяльності загальновизнаним принципам міжнародного права, хоч здебільшого й не закріплюють їхній перелік.

Цього правила дотримується також Конституція України (стаття 18). Більшість конституцій містить також положення щодо порядку укладення і ратифікації міжнародних договорів та їхнього місця в національній правовій системі (стаття 9 Основного Закону України) тощо. Це свідчить про те, що деякі положення конституцій і відповідно конституційного права, мають наднаціональне значення, уособлюючи його зв'язки з міжнародним правом. Їм зазвичай, на відміну від вітчизняних підручників, приділено доволі значну увагу в підручниках з конституційного права, виданих у західних країнах*. Це є додатковим аргументом на користь вразливості розгляду конституційного права лише як галузі національного права.

Відносини конституційного і міжнародного права, як підтверджує світовий досвід, є доволі складними. Ці складнощі зумовлені внутрішніми й зовнішніми чинниками, належне усвідомлення яких має суттєве значення як для конституційної теорії, так і для практичної юридичної (а часто й не тільки юридичної) діяльності. Про це йтиметься в підрозділі 1.3.

Отже, конституційне право за своєю природою набагато масштабніше за сферою свого регулювання та методами традиційної галузевої диференціації права. Воно становить особливу базову підсистему національного права, його фундаментальну основу, є системостворювальним стрижнем усієї правової системи.

* Berka W. Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts for das juristische Studium. Verlag. Österreich, 2016. S. 78-112.

1.3. Співвідношення конституційного й міжнародного права

1.3.1. Генезис питання та його актуалізація в умовах сучасних глобалізаційних процесів

Проблема співвідношення внутрішньодержавного й міжнародного права така ж давня, як і міждержавна правова співпраця.

Проте її активне доктринальне осмислення розпочали лише у XIX столітті. Хоч його й започаткували представники внутрішнього, до того ж саме державного права, зокрема такі відомі німецькі фахівці в цій царині, як-от: П. Лабанд, Г. Еллінек, Р. Ієринг та інші, – досить скоро центр дослідження цієї проблеми перемістили в міжнародне право. За останні півтора століття правознавці-міжнародники їй присвятили безліч праць, зокрема монографічних. Фахівці з міжнародного права й досі продовжують задавати тон в осмисленні названої проблематики, принаймні на пострадянському просторі.

Тим часом, як свідчить зарубіжний і вітчизняний досвід, проблема співвідношення національного, особливо конституційного й міжнародного права, має яскраво виражений міждисциплінарний зміст.

Чимало принципів питань цієї проблематики залишаються гостродискусійними, і які не можуть розв'язати тільки правники-міжнародники. Для цього повинні докласти спільних зусиль фахівці з міжнародного й конституційного права.

Серед цих проблем слід назвати, зокрема, питання, що є здебільшого предметом конституційного регулювання: про місце міжнародних договорів і загальновизнаних принципів та норм міжнародного права в національній правовій системі; про конституційні підстави, засоби й способи подолання колізій між міжнародними договорами та національним законодавством тощо.

Для України ці питання особливо актуальні, оскільки вона почала набувати самостійного досвіду їхнього розв'язання тільки після здобуття незалежності. Браком такого досвіду, очевидно, значною мірою можна пояснити як надзвичайно широкий діапазон підходів (аж до діаметрально протилежних) до розв'язання зазначених питань серед вітчизняних фахівців, так і невизначеність окремих положень Конституції України, що регулюють ці питання.

Щораз більший вплив міжнародного права й міжнародних правових систем на національне право, національні правові системи та їхні сім'ї — одна з характерних ознак процесів глобалізації в сучасному світі, що не спроможні заперечити навіть запеклі антиглобалісти. Напрями й способи цього впливу залежать від різних чинників, одним із визначальних серед них традиційно вважають прихильність тієї чи іншої держави до відповідної концепції співвідношення національного й міжнародного права — дуалістичної чи моністичної*. Проте останнім часом під впливом глобалізаційних й інтеграційних процесів різкі межі між цими концепціями дедалі більше розмиваються. Принаймні в конституційній теорії та практиці більшості країн у чистому класичному вигляді вони майже не трапляються, поступаючись різним варіантам так званих гібридних концепцій — «поміркованого дуалізму й помірного монізму», «стриманого дуалізму», «реалістичного дуалізму», «діалектичного дуалізму» тощо, уловити відмінності між якими часто також досить складно**.

Вагомішими за ці концепції, щоб з'ясувати співвідношення національного й міжнародного права, є такі чинники, як-от: національні традиції, ступінь інтегрованості тих чи інших держав (і, відповідно, їхніх правових систем) у міжнародну спільноту й регіональні міжнародні організації, вибраний державами вектор політичного та правового розвитку тощо.

Як свідчить зарубіжний досвід, саме від цих чинників передусім залежать національні особливості конституційного регулювання питань, пов'язаних із взаємодією національного й міжнародного права, що суттєво відрізняється в різних країнах. Це виявляється, зокрема, у визначенні природи, статусу й місця міжнародних договорів у національній правовій системі, ставленні держав до взаємозв'язків загальноновизнаних принципів і норм міжнародного права та національної правової системи, співвідношення норм міжнародного права і національної конституції тощо.

* Див.: Мережко О. О. Право міжнародних договорів: сучасні проблеми теорії та практики: монографія. К.: Таксон. 2002. С. 275-276; Савчук К. О. Механізм взаємодії міжнародного права з національною правовою системою України. *Механізм гармонізації законодавства України з європейським та міжнародним правом*: наукова доповідь. К., Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. 2011. С. 28-49.

** Див.: Шамрай В. В. До питання доктрини співвідношення міжнародного договору та конституційного права України в умовах європейської інтеграції. *Право і громадянське суспільство*. 2015. № 2. С. 22-32, 25; Стрельцова О. В. Конституціоналізація процесу асоціації України з Європейським Союзом. Теорія та практика: монографія. К.: Правова єдність, 2017. С. 429.

1.3.2. Конституційне право й міжнародні договори

Міжнародні договори більшість сучасних держав визнають частиною національних правових систем.

Проте певні складнощі з визначенням їхнього місця в національній правовій системі виникають уже тому, що конституції різних держав вживають різну термінологію: міжнародні договори визнають «частиною національної правової системи» (наприклад, в Албанії, Естонії, Литві, Польщі, Росії), «частиною права федерації» (ФРН), «частиною внутрішнього правопорядку» (наприклад, в Іспанії, Хорватії), частиною внутрішнього (національного) законодавства (наприклад, у Північній Македонії, Україні). Ця різнорідна термінологія потребує юридичного тлумачення і, як свідчить практика, досягти під час цього потрібної визначеності, а тим паче уніфікованого розуміння для всіх держав важко, а часом і просто неможливо.

Неоднозначно вирішують різні держави також питання про природу міжнародних договорів, що становлять частину національної правової системи. Більшість з них зараховують до таких договорів усі ратифіковані, відповідно до визначеної законом процедури, міжнародні договори, деякі ж – лише належно схвалені міжнародні договори щодо прав і свобод людини (наприклад, Словаччина, Чехія, Ефіопія, Бенін, Мадагаскар).

Проте найбільші розбіжності в ставленні різних держав до співвідношення міжнародних договорів, які стали частиною національної правової системи, із законами й іншими нормативними актами за юридичною силою. В одних, хоч і небагатьох, державах належно укладений і схвалений міжнародний договір має пріоритет над внутрішнім правом загалом. В інших (їх більшість) – визнають пріоритет міжнародних договорів лише над законами й іншими нормативними актами незалежно від часу набуття ними чинності – до ратифікації договору чи після. Ще інші – дотримуються принципу *lex posterior derogate priori*, згідно з яким міжнародні договори одержують переважальну силу над попередніми законодавчими актами, проте на них можуть впливати наступні законодавчі акти. Нарешті статус певних видів договорів (здебільшого тих, що не потребують ратифікації) зазвичай нижчий ніж статус законодавчих актів. Деякі ж держави, серед них і Україна, питання про юридичну силу міжнародних договорів, що стали частиною національної правової системи, та їхнього місця в ієрархії джерел права в

конституціях узагалі оминають. Це спричинило різну, часто діаметрально протилежну інтерпретацію цього питання у вітчизняній літературі.

Одні автори вважають, що, за логікою статті 9 Конституції України, яка регулює питання співвідношення міжнародних договорів і національного законодавства України, його частину становлять лише ті міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України*. Тільки вони мають перевагу над внутрішніми законами й іншими нормативними актами (окрім Конституції). Міжнародні договори, які не потребують такої згоди, тобто не підлягають ратифікації Верховною Радою, частиною національного законодавства не стають, тому не набувають обов'язкової юридичної сили для внутрішньодержавних суб'єктів. Звідси інколи роблять висновок, що зобов'язання за цими міжнародними договорами Україна може не виконувати**. Інші стверджують, що ратифікований парламентом України міжнародний договір через ухвалення закону об'єктивно має силу закону. Його співвіднесеність із законами за змістом й наслідками здійснюваного регулювання повинні визначати за принципом «наступний закон скасовує попередній»***. Тобто питання про їхню юридичну силу вирішують відповідно до вже згадуваного принципу *lex posterior derogate priori*, оскільки стаття 9 Конституції України, на відміну від інших конституцій, не визнає примат міжнародного права над національним законодавством України****. Ще інші дотримуються позиції, що частиною національного законодавства України стають не лише міждержавні договори, що ратифікувала Верховна Рада України у формі закону, а й міжурядові й відомчі договори*****. Невизнання їх частиною національного законодавства, на думку прихильників такої позиції, позбавляє їх юридичної сили й робить невиконуваними, навіть якщо вони створю-

* Конституція України: науково-практичний коментар. Національна академія правових наук України. 2-е вид. Харків: Право, 2011. С. 72.

** Назаренко О. А. Міжнародні договори України в системі джерел конституційного права України: автореф. дис..... канд. юрид. наук. 12.00.02 - конституційне право. К., 2006. С. 14.

*** Шаповал В. Системи національного та міжнародного права і конституційне регулювання. Вісник Конституційного Суду України. 2004. № 2. С. 61-80.

**** Скомороха В. Окремі питання імплементації норм міжнародного права і конституційна юрисдикція України. Український часопис міжнародного права. 2002. № 1. С. 6-11; Окрема думка судді Конституційного Суду України В. Шаповала про справу щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення абзацу 2 частини 1 статті 39 Закону України «Про вищу освіту» (справа про граничний вік кандидата на посаду керівника вищого навчального закладу) від 7 липня 2004 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v014p710-04#Text> (дата звернення: 24.04.2021).

***** Див., наприклад: Забокрицький І. І. Проблеми правового статусу міжнародних договорів України у системі джерел конституційного права України. Вісник Національного університету «Львівська політехніка»: юридичні науки. 2015. № 825. С. 69-78, С. 73.

ють міжнародно-правові зобов'язання для держави*. Усі ці види міжнародних договорів, відповідно до вказаної позиції, мають пріоритет над національним законодавством України в разі колізій між ними.

Основні аргументи на користь цієї позиції зводять до того, що це впливає з конституційного принципу сумлінного виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань (*pacta sunt servanda*)**, що, своєю чергою, зумовлено зміцненням універсальних тенденцій у сучасному міжнародному співтоваристві, до якого належить застосування примату міжнародного права***.

На розвиток або ж на додачу до цих аргументів часто покликаються:

- на статті 26 і 27 Віденської конвенції «Про право міжнародних договорів» 1969 року (ратифікованої Україною 14 травня 1986 року, коли вона була ще в складі СРСР), в яких зафіксовано, що «кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників, і який слід сумлінно виконувати» (*pacta sunt servanda*) та що його «учасник не може посилається на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору»;
- на частину другу статті 19 Закону України «Про міжнародні договори України» від 22 червня 2004 року (до цього діяв Закон з аналогічною назвою від 22 грудня 1993 року), в якому прямо визначають: «...якщо міжнародним договором України, який набув чинності в установленому порядку, встановлені інші правила, ніж ті, які передбачено законодавством України, то застосовують правила міжнародного договору України»;
- на статтю 18 Конституції України, відповідно до якої «зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства за загальновизнаними принципами і нормами міжнародного права»****;

Баймуратов М. А., Батанов А. В., Слиденко И. Д. и др. Курс конституционного права Украины. Т. I. Общая часть. Основы теории конституционного права: учебник / под ред. М. А. Баймуратова, А. В. Батанова. Харьков. Одиссей. 2008. С. 255; Стрельцова О. В. Конституціоналізація процесу асоціації України з Європейським Союзом. Теорія та практика: монографія. К.: Правова єдність. С. 435. Денисов В. Н. Статус міжнародних договорів у Конституції України. *Вісник Академії правових наук України*. 1997. № 1. С. 32.

Евинтов В. И. Международный и внутренний правовой порядок в структуре международного сообщества. *Реализация международно-правовых норм во внутрисударственном праве*. К., 1992. С. 26. Буроменский М. В. К вопросу о действии норм международного права во внутреннем правовом порядке Украины. *Международное право как основа современного миропорядка: коллективная монография Liber Amicorum к 75-летию проф. В. Н. Денисова* / под ред. А. Я. Мельника, С. А. Мельник, Т. Р. Короткого. Киев-Одесса: Феникс. 2012. 878 с.

- на положення статті X Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р., формулювання низки законодавчих актів України щодо пріоритетності застосування договірних норм, у разі колізій між ними й національним законодавством України тощо.

Не вдаючись до докладного аналізу всіх названих аргументів, зацентруймо на основних заувагах, які слід урахувувати під час вирішення питання про юридичну силу норм міжнародних договорів, у разі колізій між ними й національним законодавством України.

По-перше, міжнародний договір через згоду Верховної Ради України на його обов'язковість (така згода набуває форми ухваленого Верховною Радою закону про ратифікацію міжнародного договору) вводять у систему національного законодавства України. Це означає, що положення ратифікованого Верховною Радою (а не будь-якого) міжнародного договору повинні безпосередньо застосовувати вітчизняні правозастосовні органи. Жодних застережень з цього приводу Конституція України, на відміну від конституцій інших держав (стаття 91 Конституції Польської Республіки, наприклад, обумовлює безпосереднє застосування міжнародного договору випадками, коли його застосування не залежить від ухвалення закону), не робить. Тобто очікувати, поки положення договору будуть трансформовані в акти внутрішнього законодавства, правозастосовним органам України не потрібно. Вони зобов'язані їх застосовувати одразу ж після набрання ратифікованим міжнародним договором чинності.

Одночасно ратифікований міжнародний договір набуває подвійного змісту. З одного боку, він залишається джерелом міжнародного права, що регламентує зовнішні зобов'язання України, а з іншого – стає джерелом внутрішнього, національного права України.

По-друге, не сумніваючись у важливості дотримання Україною принципу сумлінного виконання взятих на себе міжнародних зобов'язань (*pacta sunt servanda*), слід звернути увагу на те, що цей принцип безпосередньо не зафіксований в Конституції України, а впливає із загальновизнаних принципів і норм міжнародного права, якими Україна, відповідно до статті 18 Конституції, як і більшість інших держав (стаття 24 Конституції Болгарії, стаття 135 Конституції Литви, стаття 8 Конституції Молдови, стаття 17 Конституції Узбекистану тощо), зобов'язується керуватися у своїй зовнішньополітичній діяльності.

І хоч остання перебуває під юрисдикцією не тільки міжнародних органів, а й України, що, як зазначає М. В. Буроменський, «передбачає безумовну змогу оцінювання такої діяльності національними судами»*, це зовсім не означає, що принцип *pacta sunt servanda* поширюється на внутрішньодержавну діяльність такою ж мірою, як і на зовнішньополітичну. Суттєва відмінність позицій міжнародного права й конституційного права в підходах до цього питання в тому, що міжнародне право зобов'язує державу дотримуватися будь-яких укладених нею або її органами міжнародних договорів, незалежно від їхнього змісту й статусу (потребує такий договір ратифікації чи ні). Тобто вимога міжнародного права в цьому плані є абсолютною.

Конституційне ж право, не заперечуючи обов'язку держави дотримуватися принципу *pacta sunt servanda*, одночасно не визнає абсолютного пріоритету будь-яких міжнародних договорів над усіма внутрішньодержавними законами й іншими нормативними актами. Такий пріоритет може бути визнано лише щодо міжнародних договорів певного виду чи рангу – тих, які, по-перше, повинна схвалити держава в особливому порядку (ратифікації) та, по-друге, внутрішньодержавна діяльність із забезпечення яких за сучасними міжнародними стандартами не є лише внутрішньою справою держави, тобто стала наднаціональною і надтериторіальною. До таких сфер внутрішньодержавної діяльності належить передовсім забезпечення прав і свобод людини, що нині беззастережно визнано як у багатьох міжнародно-правових документах, так і в конституційній доктрині та практиці більшості країн світу.

Загальноглобалізаційна тенденція до розширення наднаціонального міжнародно-правового регулювання питань, які раніше належали до внутрішньодержавної компетенції, зовсім не веде до відмови від поваги державного суверенітету, зокрема права держав поза межами універсальних багатосторонніх міжнародних договорів (угод, конвенцій, пактів, статутів тощо), загальнозобов'язальних для всіх держав, що до них долучилися, самостійно визначати сфери, в яких норми міжнародних договорів мають пріоритет над нормами національного законодавства загалом, в яких – частково, а в яких не мають такого пріоритету взагалі. Цього досягають різними способами. Одним з найпоширеніших є ухвалення окремого закону (іншого нормативно-пра-

Буроменский М. В. К вопросу о действии норм международного права во внутреннем правопорядке Украины. Международное право как основа современного миропорядка: коллективная монография Liber Amicorum к 75-летию проф. В. Н. Денисова / под ред. А. Я. Мельника, С. А. Мельник, Т. Р. Короткого. Киев-Одесса: Феникс. 2012. С. 264.

вового акта), який положення міжнародного договору імплементує в національне законодавство, тобто відтворює у відповідному його акті. До його ухвалення пряме застосування такого договору у внутрішній діяльності держави через безпосереднє покликання на нього, на відміну від ратифікованих договорів, по суті, є неконституційним. Його, згідно зі статтею 9 Конституції України, можна застосовувати лише в зовнішньополітичній діяльності, якщо це, звісно, можливо без імплементачії. Доволі поширеним у таких випадках є введення до текстів імплементачійних законів спеціальних колізійних норм, спрямованих на подолання колізій між цими законами й нормами міжнародних договорів.

Аналіз законодавства України свідчить, що вітчизняний законодавець вдається до таких норм доволі часто. Положення про те, що, в разі суперечності норм кодексу ратифікованому міжнародному договору України, застосовують положення відповідного міжнародного договору, містять більшість українських кодексів: цивільний, господарський, митний, податковий, повітряний, водний, лісовий тощо. Такі положення мають й інші (звичайні) закони України – «Про кінематографію» від 13 січня 1998 р.⁺, «Про топографо-геодезичну й картографічну діяльність» від 23 грудня 1998 р.⁺⁺, «Про рослинний світ» від 9 квітня 1999 р.^{***} тощо, на що звертають увагу В. Н. Денисов і А. Я. Мельник, слушно зазначаючи, що серед міжнародних договорів, яким надають пріоритет над нормами названих законів, є не тільки договори, «згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України»^{****}.

Наведені В. Н. Денисовим і А. Я. Мельником приклади, як не важко помітити, стосуються специфічних сфер діяльності держав, які мають регулюватись їх внутрішнім законодавством ідентично, орієнтуючись на «стандартизовані» міжнародно-правовими договорами (зокрема й деякими міжурядовими й відомчими), зразки чи вимоги. До цього спонукають узяті на себе міжнародні зобов'язання держави. Введення в текст названих законів (їх можна навести значно більше) колізійних норм є однією з гарантій виконання державою цих зобов'язань.

Проте колізійні норми, що доволі часто зустрічаються в національному законодавстві, свідчать не про універсальність принципу пріоритетності норм всіх міжнародних договорів над національним зако-

⁺ Відомості Верховної Ради (далі ВВР). 1998. № 22, ст. 114.

⁺⁺ ВВР. 1999. № 5-6, ст. 46.

^{***} ВВР. 1999. № 22-23, ст. 198.

^{****} Денисов В. Н., Мельник А. Я. Розвиток правових засад та механізмів верховенства міжнародного права у внутрішньому праві України. *Взаємодія міжнародного права з внутрішнім правом України*: монографія. К.: Юстиніан. 2006. С. 33.

нодавством України, як вважають названі автори, а про самостійність вибору підходів Української держави до розв'язання зазначених питань як вияву її суверенітету. Це підтверджує, зокрема, той факт, що навіть деякі кодекси України автоматично не визнають пріоритету міжнародних договорів над положеннями цих кодексів, покладаючи розв'язання цих питань на законодавця в кожній конкретній ситуації. У частині третій статті 4 Бюджетного кодексу України, наприклад, ідеться: «Якщо на ратифікацію подають міжнародний договір України, виконання якого потребує ухвалення нових або внесення змін до чинних законів України, що регулюють бюджетні відносини, проекти таких законів подають на розгляд Верховної Ради України разом з проектами закону про ратифікацію і ухвалюють одночасно»*.

З цього випливає, що співвідношення норм міжнародних договорів і національного законодавства України не таке однозначне, як це видається деяким вітчизняним правознавцям, особливо фахівцям з міжнародного права. Його остаточне вирішення з урахуванням як сучасних тенденцій у міжнародному співтоваристві, досвіду інших країн, так і національних особливостей України можливе завдяки внесенню відповідних змін до Конституції України. До його належного конституційного унормування (урегулювання) основним орієнтиром його вирішення в кожній конкретній ситуації можуть бути не так статті 9, 18 Конституції України й тим паче не закон «Про міжнародні договори України» (визначення загального правила про пріоритетність норм міжнародних договорів – це зазвичай прерогатива Конституції, а не ординарного закону), як частина перша статті 8 Основного Закону України, яка закріплює принцип верховенства права. Водночас цей принцип треба розглядати не як абстрактну категорію, що дає змогу обґрунтовувати з покликанням на нього, будь-які, навіть неконституційні позиції, як це інколи є у вітчизняному правознавстві, а як поняття, нерозривно пов'язане з людиною, її правами та свободами. Саме вони, ще раз наголосимо, становлять загальноцивілізаційну, загальнокультурну, універсальну цінність незалежно від націй, ідеологій, релігій, а тому вже давно не є лише внутрішньою справою держави, ставши об'єктами міжнародно-правового регулювання**.

Див.: Бюджетний кодекс України. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2456-17> (дата звернення: 24.04.2021).

Див. докладніше: Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. К.: ВАІТЕ, 2015. С. 347-351.

Показовою у цьому плані є позиція Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційської комісії) Ради Європи, що озвучена на ухваленому нею на 106-му пленарному засіданні 11–12 березня 2016 року документі *Rule of Law Checklist* (у неофіційному перекладі українською мовою члена цієї Комісії від України Сергія Головатого документ звучить як «Мірило правовладдя»^{*}). У спеціальному підрозділі цього документа «Зв'язок між міжнародним і внутрішнім правом» розділу А «Законність» – одного з провідних складників верховенства права Комісія, з одного боку, констатує, що «принцип *pacta sunt servanda*»... є способом, у який міжнародне право виражає принцип законності й звертає увагу на «критичну важливість» реалізації міжнародного права в національній правовій системі^{**}. Проте, з іншого боку, у ньому наголошено, що це не означає, що міжнародне право завжди повинно мати верховенство (*supremacy*) над Конституцією і звичайним законодавством (*ordinary legislative*), логічно залишаючи певний простір для розв'язання цього питання в конкретних ситуаціях на розсуд держави. Водночас стан верховенства права в державі Комісія узалежнює, зокрема, від відповіді на питання: чи забезпечує держава відповідність національного законодавства міжнародному праву *щодо прав людини (виділення наше – М. К.)* разом із обов'язковістю рішень міжнародних судів^{***}. Тобто послідовне увідповіднення внутрішнього законодавства міжнародно-правовим договорам з прав людини й національної судової практики – з практикою міжнародних судів у таких справах Венеційська комісія розглядає як один з найважливіших критеріїв (мірил) верховенства права. На такі позиції слід насамперед орієнтуватися під час аналізу співвідношення міжнародних договорів і національного законодавства в правовій системі України.

1.3.3. Загальновизнані принципи й норми міжнародного права та конституційне право

Проблема взаємозв'язків загальновизнаних принципів і норм міжнародного права та національних правових систем є ще невизначеною, якщо порівняти зі статусом та місцем міжнародних договорів у них.

Попри те, що до таких принципів і норм більшість сучасних держав ставиться загалом прихильно, засвідчуючи їм свою повагу й намагаю-

^{*} Мірило правовладдя: Rule of Law Checklist / Переклад. Коментар. Глосарій С. Головатого. К.: ВАІТЕ, 2017. 163 с.

^{**} Там само. С. 17, 124.

^{***} Там само. С. 17, 124.

чись узгоджувати з ними національний правопорядок, про що інколи прямо зазначають у конституціях (наприклад, стаття 10 Конституції Італії, стаття 8 Конституції Македонії (нині Північної Македонії), стаття 7 Конституції Угорщини) або навіть визнають їх частиною національних правових систем (стаття 9 Конституції Австрії, стаття 6 Конституції Грузії, стаття 15 Конституції Росії тощо) держав, які визначають співвідношення між загальновизнаними нормами міжнародного права й національним законодавством, закріплюючи пріоритетність міжнародно-правових норм перед національним законодавством (правопорядком) на рівні конституції, в Європі, тим паче у світі, небагато. Ба більше, навіть деякі з тих держав, які розглядають загальновизнані принципи й норми міжнародного права як частину національної правової системи, надають пріоритетності перед нормами національного законодавства лише ратифікованим міжнародним договорам (стаття 123 Конституції Естонської Республіки, стаття 15 Конституції РФ тощо). Одна з основних причин такої позиції – брак визначеності «загальновизнаних принципів і норм міжнародного права» проти норм міжнародних договорів.

Загальновизнаними здебільшого називають принципи й норми Статуту ООН та деякі інші, які охоплюють зазвичай норми міжнародного звичаєвого права. Це суттєво ускладнює оцінювання їхньої узгодженості з національним законодавством, що сформульовано здебільшого чіткіше.

Тому навіть визнання таких принципів і норм більшістю держав, автоматично не зобов'язує кожну державу дотримуватися їх у своїй внутрішній діяльності, а тим паче надавати їм пріоритетності перед національним законодавством доти, поки ці принципи й норми не закріплені в ратифікованому міжнародному договорі, який став частиною національної правової системи.

У вітчизняному правознавстві ставлення до місця загальновизнаних принципів і норм міжнародного права в національній правовій системі України таке ж різне, як і ставлення до міжнародних договорів. Більшість науковців, переважно представників конституційного права, не вбачають будь-яких конституційних підстав вважати загальновизнані принципи й норми міжнародного права, на відміну від міжнародних договорів, частиною національного законодавства України. Це, на їхній погляд, можливо лише тоді, коли загальновизнані принципи й норми міжнародного права будуть закріплені в універсальних міжнародних

договорах, стороною яких виступає Україна, і згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України*.

Проте у вітчизняній літературі часто є й протилежні погляди. Їхні прихильники (здебільшого фахівці з міжнародного права) стверджують, що, попри формальне неврегулювання цих питань Конституцією України, аналіз вітчизняного законодавства та практики його застосування дає підстави вважати, що загальновизнані принципи й норми міжнародного права де-факто можна застосовувати у внутрішньому правопорядку України**. Деякі ж представники міжнародного права займають ще радикальнішу позицію. Зокрема, на думку М. В. Буроменського, загальновизнані принципи й норми міжнародного права, як і міжнародні договори, становлять частину національної правової системи та мають пріоритет над національним законодавством України. Окрім аргументів, наведених вище щодо міжнародних договорів, науковець покликається на статтю X Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 року, у частині третій якої зазначено, що «Українська РСР визнає... пріоритет загальновизнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права»***.

Однак і цей аргумент надто вразливий.

По-перше, сумнів викликає беззастережне зарахування Декларації «до нормативно-правових актів конституційного змісту й рівня»****. Як відомо, навіть у міжнародному праві ставлення до природи таких документів як Декларація є неоднозначним. Чимало юристів-міжнародників вважають Декларацію актом, хоч і надзвичайно важливим для правової теорії і практики, проте юридично незобов'язувальним (винятком не є навіть Загальна декларація прав людини 1948 року).

По-друге, у завершальній частині Декларації про державний суверенітет України наголошено, що Декларація є основою нової Конституції України. Звідси випливає, що з ухваленням Основного Закону вона насправді себе вичерпала, залишившись в історії як, безсумнівно, один з найзначущіших передконституційних документів, пов'язаних зі становленням Української держави.

* Терлецький Д. С. Конституційно-правове регулювання дії міжнародних договорів в Україні: автореф. дис. канд. юрид. наук. 12.00.02. Одеса, 2007. С. 12.

— Денисов В. Н., Мельник А. Я. Розвиток правових засад та механізмів верховенства міжнародного права у внутрішньому праві України. С. 39.

— Буроменський М. В. К вопросу о действии норм международного права во внутреннем правопорядке Украины. *Международное право как основа современного миропорядка: коллективная монография*. Киев-Одеса. Феникс, 2012. С. 265-266.

— Там само. С. 264.

По-третє, навіть якщо підтримати позицію М. В. Буроменського й розглядати Декларацію як нормативно-правовий акт, то, відповідно до пункту першого розділу XV «Перехідні положення» Конституції України, «закони та інші нормативні акти, прийняті до набуття чинності цією Конституцією, є чинними в частині, що не суперечить Конституції України».

Історія її підготовки й ухвалення свідчить, що не можна беззастережно та категорично стверджувати те, що наведені вище положення статті X Декларації про державний суверенітет України відповідають чинній Конституції України. Як впливає з Концепції нової Конституції України та її проєктів, положення про пріоритетність норм міжнародного права (зокрема міжнародних договорів) у різних варіантах містили декілька конституційних проєктів, зокрема проєкт Конституції України в редакції від 15 листопада 1995 року, схвалений Конституційною комісією України 23 листопада 1995 року. Це положення вилучене з його тексту тільки на завершальному етапі опрацювання проєкту нової Конституції України, причому вилучено свідомо.

Можна припустити, що основним мотивом на користь такого вилучення було те, що чимало держав, принаймні тоді, не сповідували принцип пріоритетності норм міжнародного права перед нормами національного законодавства, очевидно, убачаючи в цьому загрозу державному суверенітету. Можна по-різному ставитися до таких мотивів, проте відкидати їх зовсім, ураховуючи складні умови становлення Української держави, мабуть, не варто.

У конституціях більшості держав немає положення про пріоритетність загальновизнаних норм міжнародного права перед нормами внутрішньодержавного права, проте це зовсім не перешкоджає національній судовій практиці використовувати їх для посилення аргументації мотивувальної частини рішення, але аж ніяк не для надання їм переваги над національними законами під час вирішення конкретної справи. На відміну від норм міжнародних договорів, загальновизнані норми міжнародного права не є частиною національної правової системи, а отже, джерелом внутрішнього права України.

І хоч у тексті Угоди про асоціацію України та ЄС багаторазово, як зазначає О. В. Стрельцова, наголошено на важливості дотримання загальновизнаних міжнародно-правових принципів і спільних європейських цінностей*, які покладено в основу цієї Угоди, джерелом національно-

Стрельцова О. В. Конституціоналізація процесу асоціації України з Європейським Союзом: моно-

го права України є (і, відповідно, мають пріоритет над її національним законодавством) не, само собою, загальновизнані принципи й норми міжнародного права, а Угода про асоціацію, в якій їх закріплено.

1.3.4. Співвідношення міжнародного права й національних конституцій

Сама постановка цього питання для багатьох вітчизняних і закордонних конституціоналістів може видатися надуманою. Адже, як вже згадували, позиція абсолютної більшості країн під час розв'язання цього питання однозначна: перевагу перед нормами міжнародного права мають національні конституції.

До того ж конституції деяких держав, визнаючи пріоритет ратифікованих міжнародних договорів перед національними законами й іншими нормативними актами, водночас прямо наголошують на безумовному верховенстві конституції та неприпустимості укладення міжнародних договорів, що їй суперечать (стаття 123 Конституції Естонії, стаття 8 Конституції Білорусі, стаття 15 Конституції Узбекистану тощо). Проте більшість держав, дотримуючись позиції верховенства національної конституції перед міжнародними договорами, підходять до розв'язання питання про співвідношення між ними й конституцією не так категорично. Показовим у цьому плані є формулювання статті 95 Конституції Іспанії 1978 р., відповідно до якої «укладанню міжнародного договору, який містить положення, що суперечать конституції, має передувати перегляд останньої». Це формулювання в тому чи іншому варіанті відтворено в багатьох конституціях нових держав Європи та Азії, що виникли внаслідок розпаду колишньої «соціалістичної співдружності», зокрема в Конституції України.

Відповідно до частини другої статті 9, «укладання міжнародних договорів, які суперечать Конституції України, можливе лише після внесення відповідних змін до Конституції України». Тобто Основний Закон України, за аналогією до Конституції Іспанії й інших конституцій, хоч і непрямо, але беззаперечно фіксує принцип верховенства Конституції щодо міжнародних договорів. Цього, до речі, не заперечують і більшість фахівців з міжнародного права, які послідовно обстоюють принцип пріоритетності міжнародних договорів перед національним законодавством України, наголошуючи на неприпустимості введення в правову систему України міжнародних договорів, які суперечать Конституції*.

графія. К.: Алерта, 2017. С. 443.

Див., наприклад: Євінтов В. І. Пряме застосування міжнародних стандартів прав людини. Коментар до статті 9 Конституції України. *Український часопис прав людини*. 1998. № 1. С. 27.

Слід зазначити, що навіть у тих державах, де таких конституційних положень немає, до повноважень органів конституційного контролю зазвичай належать попередня або наступна (після укладання і ратифікації) перевірка міжнародних договорів щодо їхньої відповідності конституції, що також підтверджує (опосередковано) її пріоритетне становище перед міжнародними договорами.

Та все ж, попри цю одностаїну конституційну практику, деякі вітчизняні правознавці продовжують спроби обґрунтування пріоритету як міжнародних договорів, зокрема Європейської конвенції прав людини*, так і загальновизнаних норм міжнародного права над Конституцією України**. Свою позицію вони аргументують, покликаючись на принципи й норми Європейського співтовариства, що зафіксовано в названій Конвенції, на верховенство комунітарного права (тобто актів наднаціональних організацій) над внутрішнім правом***, на положення згадуваної статті X Декларації про державний суверенітет України, на частину першу статті 8 Конституції України щодо верховенства права, яке «не обмежується національними межами», а охоплює загальновизнані норми міжнародного права тощо****.

Деякі з цих аргументів ми вже аналізували. До них можна додати таке: по-перше, з погляду конституційного права, загальновизнані принципи й норми міжнародного права та норми міжнародних договорів мають беззастережний (абсолютний) пріоритет тільки в міжнародно-правовій сфері. У сфері внутрішнього права їхній пріоритет обмежений. Найвищий щабель в ієрархічній системі його джерел за усталеною традицією займає конституція. Загальновизнані норми міжнародного права й норми міжнародних договорів, незалежно від їхнього рангу, у цій ієрархічній системі містяться нижче конституції. Такої позиції дотримуються як у теорії конституційного права, так і в конституційній практиці майже всіх європейських (і не тільки європейських) країн*****.

Паліюк В. Місце Конвенції про захист прав людини та основних свобод у правовій системі України. *Європейський суд з прав людини: базові матеріали застосування практики*. Український центр правничих студій. К., 2003. С. 9, 412, 418.

Буроменский М. В. К вопросу о действии норм международного права во внутреннем правопорядке Украины. *Международное право как основа современного миропорядка: коллективная монография LiberAmicorum к 75-летию проф. В. Н. Денисова*; под ред. А. Я. Мельника, С. А. Мельник, Т. Р. Короткого. Киев-Одесса: Феникс, 2012. С. 270—271.

*** Паліюк В. М. Вказана праця. С. 418.

**** Bulletin of Constitutional Case-Law. Venice Commission Constitutional Justice. Special Edition Constitutional Principles. Strasbourg. January 2018. p. IX; Буроменский М. В. Вказана праця. С. 270-271.

***** Гарлицки Л. Международное право в конституционном порядке Республики Польша. *Международное право XXI века*. К.: Издательский дом «Промени», 2006. С. 414-436; Garlicki L. Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykladu. Wydanie 14. Liber. Warszawa. 2010. S. 142-148.

Лише деякі з них, і то із суттєвими застереженнями, визнають пріоритет міжнародних договорів над національною конституцією (Конституція Нідерландів допускає схвалення парламентом міжнародного договору, що суперечить Основному закону, але для цього потрібна згода двох третин, тобто кваліфікованої більшості депутатів парламенту).

Позицію пріоритетності конституції над нормами міжнародного права можна коригувати хіба що за умови вступу держави до певних наднаціональних (далеко не всіх) міжнародних і регіональних організацій, зокрема до Європейського Союзу. Доктрина верховенства права ЄС поширюється на всі нормативні акти держав-членів ЄС, зокрема й національні конституції. На неприпустимості протиставлення праву ЄС національних конституційних актів неодноразово наголошував Європейський суд справедливості (Суд Європейського Союзу в Люксембурзі). Проте навіть за таких обставин конституційні суди багатьох країн-членів ЄС продовжують обстоювати верховенство конституції в національній правовій системі. Найпослідовнішу позицію має у своїх рішеннях Федеральний конституційний суд Німеччини, який виступає чи не найактивнішим опонентом Європейського суду справедливості. У рішенні від 30 червня 2009 року у справі щодо Лісабонського договору (Лісабон) ФСК прямо наголосив на тому, що «й після набрання чинності Лісабонським договором Європейський Союз не стає утворенням, подібним державі... Союз – це не федеративна держава, він залишається об'єднанням суверенних держав з чинним принципом обмежених повноважень у певних випадках»^{*}. А тому до його обов'язків належить повага до суверенітету й національної ідентичності держав-членів, важливим елементом якої є конституційно-правова ідентичність, «як невіддільна частина демократичного самовизначення народу»^{**}. Вона передбачає повноваження держав-членів ЄС щодо самостійного й відповідального врегулювання суспільних відносин у політичній і соціальній сферах, зберігаючи за ними, зокрема, й право бути «господарями договорів»^{***}.

Непорушність принципу верховенства конституції в національній правовій системі неухильно обстоюють конституційні суди держав-членів ЄС, зокрема Італії, Польщі та інші. Наприклад, Конституційний трибунал Польщі у своїх рішеннях неодноразово акцентував увагу

^{*} Избранные решения Федерального конституционного суда Германии. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 912.

^{**} Там само. С. 907.

^{***} Там само. С. 909-910.

на тому, що «Конституція залишається найвищим правом Республіки Польща щодо всіх міжнародних договорів, які є для неї обов'язковими»*, і саме цей орган повинен бути судом «останнього слова» у справах, які стосуються Конституції Республіки Польща, окреслюючи, зокрема, межі дії принципу верховенства права ЄС у національному правопорядку Польщі**.

Оскільки для України членство в ЄС – це доволі віддалена перспектива, цим коротким аналізом позицій його держав-членів щодо верховенства національної конституції обмежимося.

По-друге, неправильно вважати, що у формулюванні частини другої статті 9 Конституції України, яка віддає пріоритет Основному Закону перед нормами міжнародних договорів, «переважив абсолютно позитивістський підхід». Інституційно-нормативна частина властива будь-якій системі права – міжнародній чи національній. Без неї такі властивості (вимоги-складники) верховенства права, концепція якого насправді сформувалась в річищі ліберальної доктрини природного права, як-от: визначеність, передбачуваність, упорядкованість, стабільність тощо, – недосяжні. Тому як теорія верховенства права, так і практика його застосування, зокрема Європейським судом з прав людини, також єдина. Ігнорування цих властивостей – складників верховенства права – це шлях до заперечення самого принципу верховенства права та його визначального елемента – найвищої юридичної сили конституції, а отже, до свавілля, яке, на жаль, поки що не подолано у вищих ешелонах української влади, що негативно впливає на правову атмосферу суспільства загалом.

Нарешті, не можна не відзначити, що конституція – це один з атрибутів держави й ставлення до неї як вияву національного суверенітету повинне бути особливо шанобливим, попри її недоліки, які треба усувати також у конституційно визначений спосіб, про що йтиметься в наступних розділах.

Wyrok Trybunalu Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2005 r. URL: <http://tribunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/katalog> (Last accessed: 11.08.2019).

Довгань Г. Доктрина верховенства права Європейського Союзу: національний аспект (позиція конституційних судів окремих держав-членів ЄС). *Право України*. 2019. № 1. С. 98-106.

1.4. Джерела конституційного права

1.4.1. Конституція як титульне й базове джерело конституційного права та його серцевина: загальна характеристика

1.4.1.1. Поняття конституції

Як зазначено в підрозділі 1.1 цього розділу, термін «конституція» використовують уже багато століть. Проте в науковій літературі аж до XVIII століття цей термін уживали переважно як синонім устрою держави. Лише в епоху ліберально-демократичних (буржуазних) революцій поступово утверджується розуміння конституції як нормативно-правового документа – Основного закону держави.

Нині під конституцією розуміють систему правових принципів і норм, виражених в єдиному нормативному акті найвищої юридичної сили або кількох таких актах, в яких закріплено засади правового становища (статусу) особистості та її відносин з державною владою, основи соціально-економічного устрою, політичної системи, організації й діяльності держави та її ключових органів, місцевого самоврядування, а також відносин держави зі світовою спільнотою (засади зовнішньополітичної діяльності держави).

Конституція в сучасному світі є невіддільним атрибутом держави, ознакою її суверенності. Лише поодинокі держави, здебільшого абсолютні монархії за формою правління, продовжують обходитися без конституції. Проте вони поступово зникають з історичної арени.

Це свідчить про те, що конституції стають нині універсальною й загальноцивілізаційною цінністю.

У конституціях не тільки закріплюють фундаментальні засади, на яких базуються найважливіші суспільні відносини в державі й утверджується стабільний конституційно-правовий порядок, вони також є визначальним юридичним інструментом обмеження державної влади – однієї з основних ознак конституціоналізму.

1.4.1.2. Класифікація конституцій

Попри те, що конституції в сучасному світі дедалі більше інтернаціоналізуються й набувають значення спільної для всіх держав цінно-

сті, вони суттєво відрізняються одна від одної за зв'язками з дійсністю, формою, змістом, часом дії тощо. Це, однак, не неможливіє їхню класифікацію, тобто групування за спільними, найсуттєвішими ознаками в певні види (типи). Класифікація дає змогу виявити загальну картину стану конституційного регулювання в сучасному світі, визначити особливості конституцій різних країн та ліпше орієнтуватися в їхній багатоманітності.

Спектр критеріїв класифікації конституцій, які використовують у сучасній конституціоналістиці, доволі широкий.

Залежно від відносин (зв'язків) конституції з реальністю, їх поділяють на: гарантійні, тобто справжні конституції (інколи їх називають власне конституціями), номінальні, або формальні конституції та фіктивні, або фасадні конституції.

Гарантійні, або справжні конституції – це конституції, у яких не тільки закріплюють основи правового становища людини й громадянина (особистості), соціально-економічного устрою, політичної системи, організації й функціонування держави та органів місцевого самоврядування, що відповідають надбанням конституціоналізму, а й положення яких реально втілюються у суспільних відносинах, тобто коли фактичний їх стан (його часто іменують фактичною конституцією) відповідає юридичному (юридичній конституції).

Номінальні, або формальні конституції – це конституції, які лише називають конституціями. Вони навіть не претендують на те, щоб стати справжніми конституціями, оскільки їхній зміст не відповідає елементарним вимогам конституціоналізму, виправдовуючи систему необмеженої й неконтрольованої влади, хоч їхні положення й реалізують на практиці. Такі конституції властиві зазвичай найреакційнішим державним (політичним) режимам, яких у світі залишається дедалі менше.

Фіктивні, або фасадні конституції – це конституції, тексти яких не тільки за формою, а й часто за змістом важко відрізнити від справжніх конституцій. Проте їхні положення не реалізують у реальному житті, оскільки їх нічим не гарантують. Такі конституції ухвалюють лише для збереження фасаду політичного режиму, тобто його зовнішньої респектабельності. Вони притаманні здебільшого авторитарним, диктаторським режимам, про що йшлося вище.

За способом вираження закладеного в конституцію нормативного матеріалу, тобто за її зовнішньою формою, часто розрізняють писані, неписані й змішані конституції.

До писаних належать конституції, які складено у формі єдиного нормативного акта або ж сукупності таких актів, що регулюють питання конституційного змісту та мають найвищу юридичну силу в ієрархії джерел права країни. Писані конституції, своєю чергою, поділяють на кодифіковані й некодифіковані. Кодифіковані конституції – змістовно викладені в одному, а некодифіковані – охоплюють декілька актів.

До неписаних належать конституції, які охоплюють безліч джерел – законів, які здебільшого не мають вищої юридичної сили, судових прецедентів, правових звичаїв, конституційних угод тощо.

Змішані конституції поєднують у собі ознаки першої та другої форм вираження нормативного матеріалу.

Писані кодифіковані конституції найпоширеніші в сучасному світі. До країн з писаними некодифікованими конституціями найчастіше зараховують Швецію, Фінляндію, Австрію та деякі інші країни. Конституція Швеції, наприклад, охоплює три Основні закони – Форма правління 1974 р., Акт про престолонаступництво 1810 р., Акт про свободу преси 1949 р; конституція Фінляндії – два закони – Форма правління Фінляндії 1919 р. і Сеймовий статут 1928 р.; конституція Австрії – низку актів конституційного змісту, основу яких становить Конституційний закон 1920 р. Усі ці акти офіційно визнано в названих країнах конституційними, і вони мають найвищу юридичну силу (ба більше, Конституційний закон Австрії часто сприймають як конституцію цієї держави).

До країн з неписаними конституціями зазвичай зараховують Великобританію та Нову Зеландію; до країн зі змішаними конституціями – найчастіше Ізраїль.

Саме на рівні визначення країн з неписаними й змішаними конституціями критерій поділу конституцій на вказані види виявляється найвразливішим, підтвердженням чого є плутанина із зарахуванням конституцій названих країн до відповідних видів.

Так, поряд із все ще панівною думкою про належність Великобританії та Нової Зеландії до країн з неписаними конституціями, дедалі частіше озвучують аргументи на користь того, щоб зарахувати їх до країн зі змішаними конституціями. І навпаки, конституцію Ізраїлю за попередньою традицією нерідко продовжують класифікувати як неписану. Така плутанина не випадкова. Адже за всієї значущості конституційних звичаїв, угод і прецедентів у Великобританії, у конституційному регулюванні цієї країни вагоме значення завжди мали й мають Велика хартія вольностей 1215 р., Петиція про права 1628 р., Білль про права 1689 р.,

Акт про престолонаступництво 1701 р., які становлять «біблію англійської конституції». Її доповнено численними статутами, що прийняті за останнє століття, зокрема: Акти про парламент 1911 та 1949 рр., про громадянство 1981 р., про народне представництво 1983 р., про расові відносини 1986 р., про місцеве самоврядування 2000 р. тощо. У Новій Зеландії поряд з тими ж правовими звичаями, прецедентами тощо є Конституційний акт 1986 р., який хоч і не має за своєю юридичною силою пріоритету над іншими джерелами, проте суттєво впливає на регулювання питань конституційного змісту.

Ще складніша ситуація з досить своєрідною конституцією Ізраїлю. Вона охоплює безліч (понад два десятки) ухвалених ізраїльським парламентом (кнесетом) законів: про землі Ізраїлю, про сам кнесет, про президента, про уряд, про судоустрій, про армію тощо, які (чи принаймні їхню більшість) іменують Основними законами. Проте попри їхню назву, ці закони ухвалюють і змінюють за звичайною законодавчою процедурою. Тільки в законі про кнесет одна зі статей, що стосується виборів до нього (точніше виборчої системи), потребує абсолютної більшості голосів членів парламенту. Дискусійним є питання й щодо юридичної сили названих законів. Це свідчить про те, що конституцію Ізраїлю за способом вираження нормативного матеріалу швидше слід зарахувати (хоч і з суттєвими застереженнями) до писаних некодифікованих (або за іншою термінологією несистематизованих*) конституцій.

Проте поділ конституцій на писані, неписані й змішані є не просто умовним, як зазначено в літературі, а, як впливає з викладеного, у сучасних умовах узагалі некоректним.

Залежно від часу дії конституції класифікують на постійні й тимчасові. Постійна конституція передбачає свою безстрокову дію або ж принаймні доти, поки її повністю не переглянуть або набере чинності нова конституція. Тимчасова конституція – конституція, дію якої обмежено певним терміном або ж настанням певної події. Так, відповідно до статті 146 Основного закону ФРН 1949 р. він «припиняє свою дію в день, коли набуває чинності Конституція, прийнята вільним волевиявленням німецького народу». Тобто термін дії Основного закону ФРН залежить від об'єднання Німеччини (до речі, саме розділеністю Німеччини пояснюють той факт, що Основний закон ФРН формально не отожднювали з конституцією). Тільки після внесення до нього поправок Договором про об'єднання (з НДР) 1990 р. Основний закон ФРН не

Шаповал В. М. Конституційне право зарубіжних країн: підручник К.: Ін Юре, 2015 С. 52.

тільки за змістом, а й фактично за формою (зі збереженням попередньої назви) набув статусу Конституції ФРН.

Залежно від способу встановлення (порядку прийняття) конституції поділяють на октройовані, договірні й «народні».

Октройованими (від фр. *octroyer* – дарувати, надавати) називають конституційні акти, що в односторонньому порядку дарував монарх своїм підданим без будь-якої участі їх самих або їхніх представників у розробленні чи обговоренні таких актів. Октройовані конституційні акти впроваджують держави з монархічною формою правління. У результаті такого дарування монархія з абсолютної перетворювалася на обмежену, конституційну монархію.

Після Другої світової війни октройованими стали називати конституції, які метрополії дарували своїм колишнім колоніям після їхнього звільнення від колоніальної залежності.

Договірні конституції – це конституції, що встановлено в договірний спосіб. Такий спосіб був досить поширеним у минулому, особливо у XVIII–XIX ст. Його поширенню сприяла популярна тоді концепція суспільного договору Ж.-Ж. Руссо. За договірною процедурою між монархом і виборним органом було прийнято чимало конституційних актів в Європі того періоду. Договірний спосіб між гетьманом України й генеральною старшиною та Військом Запорозьким використано, зокрема, у Конституції Пилипа Орлика 1710 р., про що йшлося в підрозділі 1.1.

Нині договірний спосіб прийняття конституції майже не застосовують, хоч сама ідея інтерпретації конституції як суспільного договору серед політиків, а часом і юристів, доволі поширена. Однак така інтерпретація має не так юридичний, як політичний зміст.

«Народними» конституціями називають конституції, джерелом становлення яких є обрані народом представницькі органи – установчі збори та парламент. До таких конституцій належать також конституції, які прийнято або затверджено на загальнонародному референдумі. Референдум зазвичай має допоміжний характер. Розроблення й попереднє схвалення конституції здійснюють установчі збори (конвент, конституційна асамблея) – спеціальний орган, що сформований на підставі загальних виборів, мета якого здебільшого полягає в підготовці тексту проекту конституції та його попереднього схвалення, відтак його виносять на референдум. Іноді установчі збори наділяють повноваженням остаточного ухвалення конституції.

Нині функції установчих зборів здебільшого виконує парламент, який зазвичай уповноважує на це конституція. Такі повноваження парламент виконує за особливою процедурою, про що йтиметься в наступних розділах. Поєднання функцій представницьких органів у підготовці й попередньому схваленні тексту конституції та загальнонаціонального волевиявлення (затвердження її на загальнонаціональному референдумі) вважають нині найоптимальнішим способом ухвалення конституції. Винесення безпосередньо на референдум тексту конституції, розробленого поза межами представницьких органів та без їхньої участі, за сучасними міжнародними та європейськими стандартами оцінюють як недемократичний спосіб.

Залежно від способу внесення змін (порядку змін) до конституції розрізняють: гнучкі, жорсткі й змішані конституції.

Гнучкими вважають конституції, до яких вносять зміни в тому ж порядку, в якому змінюють звичайні закони. Жорсткі конституції – це конституції, які змінюють в особливому, складнішому порядку, що відрізняється від порядку внесення змін до звичайних законів. До змішаних конституцій (конституцій змішаного типу) за цим критерієм належать конституції, різні частини яких змінюють (переглядають) по-різному.

Прикладом гнучких конституцій є конституції Великобританії, Нової Зеландії, а також конституція Ізраїлю (за певними винятками, про які йшлося вище). До жорстких конституцій здебільшого зараховують конституції Данії, Португалії, Японії та низки інших держав. Конституцій змішаного типу у світі небагато. До них можна зарахувати, зокрема, Конституцію Мальти та Конституцію Індії.

Про деякі з названих й інші критерії класифікації конституцій детальніше йтиметься в останньому розділі підручника, один з підрозділів якого присвячено внесенню змін до конституції.

1.4.1.3. Місце Конституції України в системі джерел національного конституційного права

Конституція України відбиває загальні родові риси, властиві природі нормативно-правового акта цього виду. Це єдиний кодифікований акт, що закріплює, як і конституція загалом, засади правового становища особистості та її відносин з державою, основи економічного, соціального й політичного устрою, організації та діяльності державної влади, її відносин з громадянським суспільством і світовою спільнотою, та має найвищу юридичну силу (ст. 8 Конституції України). За способом ухва-

лення Конституція України є народною, за часом дії – постійною (а не тимчасовою, перехідною, як вважають окремі вітчизняні конституціоналісти), за порядком внесення змін – жорсткою. Складніше із класифікацією Конституції України за критерієм її зв'язків з дійсністю. На жаль, беззастережно зарахувати її до гарантійних конституцій, де фактичний її стан відповідає юридичному, нині зарано. Про причини такої невідповідності йшлося в підрозділі 1.1.4.

На відміну від Конституції УРСР 1978 року, у назві чинної Конституції України не використовують термін «Основний закон». Проте це зовсім не означає, що вона не є таким законом. Поняття «конституція» і «Основний закон» у сучасній юридичній науці й практиці вживають як тотожні поняття. З цього виходить і Конституція України, фіксуючи цю тотожність не в назві (через очевидну тавтологію), а в завершальних рядках Преамбули. Як Основний Закон Конституція України становить ядро конституційного права й усієї національної правової системи, є юридичною базою розвитку українського законодавства в усіх галузях суспільного життя.

Найвища юридична сила Конституції України виявляється в тому, що:

- по-перше, її норми мають пріоритет (верховенство) перед нормами інших законів, а поготів – перед актами виконавчої влади й іншими джерелами національного права. Верховенство Конституції поширюється також на міжнародні договори, про що йшлося в попередньому підрозділі;
- по-друге, норми інших законів і підзаконних нормативних актів повинні ухвалюватися на основі Конституції, і їй відповідати (стаття 8 Конституції України). Будь-який акт, що суперечить Конституції (за змістом, формою, процедурою ухвалення), має бути визнаний неконституційним, а отже, недійсним.

Найвищу юридичну силу Конституції України, як і конституцій інших держав, забезпечує особливий порядок внесення до неї змін й особлива охорона Конституції, вирішальне значення в якій належить органу конституційної юрисдикції – Конституційному Суду України. Про все це докладніше йтиметься у завершальному шостому розділі підручника.

1.4.2. Основні джерела конституційного права

У вітчизняній конституціоналістиці основним джерелом конституційного права здебільшого вважають Конституцію. Проте значення конституції для конституційного права виходить за межі поняття

джерела конституційного права як способу зовнішнього вираження його норм, навіть з додаванням епітета «основне». Не тільки тому, що конституційне право зобов'язане Конституції своєю назвою, носить її титул, а насамперед з огляду на те, що Конституція є визначальним юридичним уособленням (інструментом, символом) обмеження державної влади, становить ядро як самого конституційного права, так і національної правової системи загалом. Це, звісно, не заперечує розгляду Конституції як базового, визначального джерела конституційного права, проте зведення її лише до його джерел є спрощенням. З урахуванням цих застережень, перейдімо до характеристики основних джерел конституційного права.

1.4.2.1. Джерела передконституційного змісту

Важливими джерелами конституційного права, що безпосередньо передують ухваленню конституції, досить часто були Декларації. Хоч їх здебільшого й розглядають як політичні, а не власне юридичні документи, їхнє значення у визначенні наступного змісту конституцій надзвичайно велике.

Класичними прикладами таких джерел є вже згадувані Декларація незалежності США 1776 р. й французька Декларація прав людини і громадянина 1789 р., які стали основою для прийняття, відповідно, Конституції США 1787 р. та Конституції Франції 1791 р. (французька Декларація стала її частиною, а також лишається й частиною чинної Конституції Франції 1958 р.).

Аналогічну роль виконали Декларації про державний суверенітет, що прийняли напередодні розпаду СРСР парламенти більшості колишніх радянських республік, зокрема й Верховна Рада України, про що йшлося в підрозділі 1.4.2.

1.4.2.2. Конституційні закони

Особливе місце серед джерел конституційного права належить конституційним законам. Здебільшого до них зараховують закони, за допомогою яких вносять зміни до конституції (Португалія, Замбія, Шрі-Ланка, Румунія, Чехія, Молдова, Україна тощо), що інколи прямо визначено в конституції, наприклад, стаття 72 Конституції Румунії.

Теоретичною підставою виокремлення особливого виду конституційних законів є доктрина двох різновидів влади – установчої та законодавчої. Перша з них ухвалює конституцію й зміни до неї, а друга – усі

інші закони. У більшості сучасних держав носієм обох цих різновидів влади є парламент, який виконує функцію як установчої влади (ухвалення конституції та внесення змін до неї), так і законодавчої влади (ухвалення інших законів). Після набуття чинності конституційними законами в такій їхній інтерпретації вони зазвичай стають частиною тексту конституції, утрачаючи своє самостійне значення.

Проте таке розуміння конституційних законів притаманне не всім державам. У деяких з них (наприклад, в Австрії, Канаді тощо) конституційними законами називають закони, що разом утворюють некодифіковану (несистематизовану) конституцію. У Франції поряд із законами, за допомогою яких вносять зміни до конституції, конституційними визнають також закони, що визначають принципи, за якими Конституційна рада Франції (аналог конституційних судів) визнала конституційне значення. Відповідно до цього, в конституційній доктрині Франції сформульовано таке поняття як «конституційний блок», в який, поряд з Конституцією (1958), додано нормативні акти й загальні принципи, що мають конституційне значення (Декларацію прав людини й громадянина (1789), преамбулу Конституції (1946), основні принципи, визнані конституційними Конституційною радою, тощо)*.

У низці країн (Грузії, Італії, Казахстані, Словаччині тощо) конституційними законами офіційно визнають закони, ухвалені з питань, спеціально визначених конституціями цих країн. Тобто вони розвивають особливо важливі положення конституцій, але не стають частиною їхнього тексту. До таких законів належать, наприклад, Федеральний конституційний закон «Про нейтралітет Австрії», конституційний закон «Про конституційний суд» в Італії, який, відповідно до статті 137 Конституції Італії, «визначає умови, форми й строки порушення справ про конституційну законність, а також гарантії незалежності суддів Конституційного суду» тощо. Попри те, що такі закони ухвалюють зазвичай за процедурою внесення змін до конституції кваліфікаційною більшістю складу парламенту (про це докладніше йтиметься в наступних розділах), за своєю юридичною силою вони нижче за конституцію (в ієрархії законів розташовані одразу ж після неї). У деяких державах (зокрема більшості балканських держав) конституційними офіційно іменують акти, які вводять конституцію в дію, хоч їх іноді (наприклад у Хорватії) ухвалюють за звичайною законодавчою процедурою.

Див.: Сравнительное конституционное право. М.: «Манускрипт», 1996. С. 26.

1.4.2.3. Органічні закони

Серед законів – джерел конституційного права конституції низки держав (Франція, Алжир, Туніс, Марокко, Малі, Іспанія, Португалія, Румунія, Молдова тощо) виокремлюють спеціальну категорію законів, яку іменують органічними. Сама їхня назва свідчить про те, що вони органічно пов'язані зі змістом конституції, є її доповненням.

Коло питань, яке регулюють органічні закони, за своїм змістом неоднакове в різних країнах. У більшості з них вони стосуються передусім організації і діяльності найважливіших органів державної влади: парламенту, президента, уряду, конституційних та загальних судів тощо. Проте цим предмет регулювання органічних законів у низці країн не вичерпується. Такими законами нерідко регулюють також виборчу систему, організацію і проведення референдумів, організацію місцевого самоврядування, політичні партії, загальний правовий режим власності й успадкування, трудові відносини, профспілки й соціальний захист, релігійні культи, загальну організацію освіти, режим надзвичайного та воєнного стану, покарання та режим їхнього відбування тощо. Звідси й досить широкий діапазон кількісних показників предмета регулювання органічних законів. У Марокко, наприклад, його обмежено чотирма питаннями, тоді як у Румунії нараховує аж 25 питань.

Органічні закони ухвалюють зазвичай у порядку, відмінному від порядку ухвалення як конституційних, так і звичайних (ординарних) законів, що визначає їхнє місце в ієрархії законів. Вони в цій ієрархії знаходяться між першими й другими законами.

Органічний закон як специфічний (особливий) вид законів уперше було запроваджено у Франції (відповідно до конституції 1958 р.), згодом він поширився в більшості країн – колишніх французьких колоній в Африці, а в останні десятиліття його визнали в конституційному праві низки інших держав, зокрема європейських. В Україні такого виду законів як органічні немає. Проте прихильників вказаної градації законів серед вітчизняних теоретиків права й конституціоналістів останнім часом з'являється дедалі більше.

У такої підвищеної уваги є вагомі підстави. По-перше, доцільність виокремлення органічних (як і конституційних) законів в окремий вид законів дає змогу убезпечити Основний Закон України від докладної регламентації низки питань, пов'язаних з організацією державної влади, інших політичних інститутів та деяких інститутів громадянського суспільства, зосередившись на визначенні фундаментальних засад ор-

ганізації та функціонування цих інститутів, у чому й полягає основне призначення конституції. По-друге, особливий, якщо порівняти зі звичайними законами, порядок ухвалення органічних законів збільшує їхню стабільність, оскільки їх можна змінити тільки органічними законами в тому ж порядку, в якому відбувалося їхнє ухвалення, що позитивно впливає на стабільність функціонування державного механізму. По-третє, запровадження органічних законів з особливим порядком їхнього ухвалення та внесення змін до них відкриває можливості для певного спрощення (пом'якшення) процедури ухвалення звичайних (ординарних) законів, якщо порівняти з чинним нині в Україні порядком, у відповідливши його з порядком, властивим більшості держав, в яких запроваджено градацію законів. Це, своєю чергою, може сприяти подоланню маніпуляцій під час голосування за менш важливі законопроекти, що нині практикують у Верховній Раді України, та дотриманню процедури особистого голосування, як того вимагає Конституція України.

1.4.2.4. Звичайні (ординарні) закони

Це найчисленніший і найдинамічніший різновид законів. Вони регулюють найрізноманітніші види суспільних відносин, зокрема дотичних до предмета конституційного права. Зазвичай сферу таких відносин предметно не обмежено, хоч у більшості конституцій, зокрема в Конституції України, порівняно поширені так звані бланкетні норми, які відсилають до законів, що мають бути ухвалені у відповідних сферах суспільних відносин, передусім тих, які стосуються конституційного права. Звичайні (ординарні) закони ухвалюють за спрощеною, якщо порівняти з органічними законами, процедурою зазвичай на підставі правила простої більшості, тобто більшістю від присутніх депутатів і мінімально визначеного кворуму в парламенті.*

Предметна необмеженість сфери законодавчого регулювання не означає, що парламент під час ухвалення законів абсолютно вільний у своїй дискреції. Його свобода розсуду в законодавчій діяльності обме-

* Прийнято вважати, що звичайні (ординарні) закони регулюють майже всі види суспільних відносин, які складають предмет конституційного права. Однак, зважаючи на те, що предметом конституційного права є передусім встановлення засад (основ) правового регулювання у всіх найважливіших сферах суспільного життя, про що йшлося у підрозділі 1.2.3, ця поширена думка вимагає уточнення. За умов конституційної градації законів, звичайні закони слід пов'язувати, очевидно, не стільки з предметом конституційного права (оскільки засади регулювання ними за таких умов встановлюватися не повинні), скільки з предметом галузей права, які вже відокремилися від конституційного права – виборчого права, парламентського права, муніципального права тощо.

жена, по-перше, невідчужуваними правами людини, які, як зазначалося, є першоджерелом права й, відповідно, закону, тобто тим критерієм, якому парламент має підпорядковувати свою законотворчу діяльність, мета якої в демократичній і правовій державі полягає в кінцевому підсумку у створенні правових за змістом законів. По-друге, дискреційні законодавчі повноваження парламенту обмежені конституцією, яка вимагає, щоб закони ухвалювали на основі конституції і відповідали їй, про що прямо йдеться в частині першій статті 8 Конституції України. Такі положення є також у багатьох інших конституціях (стаття 102 Конституції Естонії, стаття 7 Конституції Литви, стаття 153 Конституції Словенії, стаття 5 Конституції Хорватії, стаття 16 Конституції Узбекистану, стаття 2 Конституції Словаччини тощо).

Проте навіть якщо такого положення в конституціях немає, воно впливає із самої сутності конституції як Основного закону держави, що має найвищу юридичну силу. Виняток із цього загального правила становлять конституції Великобританії, Нової Зеландії та небагатьох інших країн, правові системи яких належать до сім'ї загального права.

Конституційний контроль за відповідністю законів конституції здійснюють органи конституційної юрисдикції, якими нині є переважно конституційні суди (конституційні ради, трибунали), про що докладно йтиметься в розділі шостому цього підручника. По-третє, свободу розсуду (дискреції) парламенту обмежено принципом розподілу влади. Він не може ухвалювати закони, які посягають на автономність і незалежність судової влади (що, як не прикро, інколи було в практиці українського парламенту). Та й до нормотворчих повноважень виконавчої влади, які впливають з її визначених конституцією функцій, парламент має ставитися з повагою, не перебираючи на себе тих повноважень, які, за конституцією, належать органам виконавчої влади.

На відміну від конституцій Франції та деяких інших держав (переважно її колишніх колоній), які визначають сферу законодавчої компетенції парламенту (стаття 34 Конституції Франції), за межами якої нормативне регулювання здійснює так звана регламентарна влада, насамперед уряд (стаття 37 Конституції Франції), у Конституції України розмежування нормотворчої компетенції між законодавчою та виконавчою владою за сферами регулювання не передбачене. Законодавча компетенція за Основним Законом України поширюється на всі сфери нормативно-правового регулювання. Проте це не означає, що вона формально безмежна, тобто що законом можна регулювати будь-яке питання з цієї сфери.

Стаття 92 Основного Закону України доволі чітко визначає, в яких сферах закон регулює відповідні відносини вичерпно, не залишаючи будь-яких можливостей підзаконного нормативного регулювання, а в яких закон визначає лише засади (основи) регулювання, конкретизація яких належить до компетенції органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування. Це дає їм змогу оперативніше (проти тривалої парламентської процедури) реагувати на зміну конкретно-історичних умов життєдіяльності суспільства, враховувати регіональні, місцеві та інші особливості, без чого ефективне регулювання в сучасному динамічному світі неможливе. Цих положень статті 92 Основного Закону український парламент також дотримувався не завжди, намагаючись (значною мірою, очевидно, під впливом популізму) безпосередньо регулювати відносини, які, за Конституцією і законами, повинні регулювати органи виконавчої влади й органи місцевого самоврядування. Одним з найпоказовіших прикладів у цьому плані була спроба Верховної Ради встановлювати законом конкретні ціни й тарифи на житлово-комунальні послуги та послуги громадського транспорту, що надають громадянам України. Конституційний Суд України, розглядаючи справи щодо відповідності таких законів Конституції, обґрунтовано визнав їх неконституційними на тій підставі, що Верховна Рада України під час ухвалення вказаних законів вийшла за межі повноважень, визначених Конституцією України, і втрутилась у повноваження органів виконавчої влади й органів місцевого самоврядування, чим порушила статті 6 (розподіл влади) та 19, відповідно до якої вона, як й інші органи державної влади, зобов'язана діяти лише на підставі, у межах повноважень та в спосіб, що передбачено Конституцією та законами України*.

По-четверте, дискрецію парламенту обмежують ухвалені ним закони. Теорію про «підзаконність» самого законодавця було сформульовано ще в працях відомих конституціоналістів минулого, як-от: Леона Дюгі, Моріса Оріу, Людвіга Гумплович та інших. Проте й нині вона залишається актуальною, особливо для посттоталітарних держав, зокрема й для України. Вихідної ідеї цієї теорії, згідно з якою закон є обов'язковим для всіх органів і посадових осіб, зокрема й законодавця, доти, поки його не скасовано або не змінено у визначеному конституцією і парламентським регламентом порядку, український парламент нерідко не дотримується. Це спричинює неузгодженість між законами, ух-

* Див.: Рішення КСУ у справі про комунальні тарифи від 2 березня 1999 року. *Конституційний Суд України. Рішення. Висновки.* 1997–2001. Кн. 1. С. 342–346; Рішення КСУ у справі про ціни та тарифи на житлово-комунальні та інші послуги від 10 лютого 2000 року. *Конституційний Суд України. Рішення. Висновки.* 1997–2001. Кн. 2. С. 24–29.

валеними в різний період і своєчасно не скасованими, що врешті-решт породжує законодавчий хаос, подолати який юристу-практику, особливо початківцю, надзвичайно важко.

Окрему групу звичайних законів становлять закони про ратифікацію міжнародних договорів. За загальним правилом такі закони виконують лише функцію схвалення парламентом укладеного міжнародного договору. Вони не вносять у договір будь-яких змін, хіба що можуть містити певні застереження до договору, якщо можливість таких застережень передбачена самим міжнародним договором.

1.4.2.5. Міжнародні договори

Міжнародні договори належать до одного з доволі давніх, можна сказати традиційних, джерел конституційного права, питома вага якого в умовах сучасних глобалізаційних й інтеграційних процесів серед джерел конституційного права зростає.

Проте не всі міжнародні договори стають джерелами конституційного права. По-перше, за своїм змістом вони повинні регулювати саме конституційно-правові відносини; по-друге, тільки ті відносини, які припинили бути внутрішньою справою держави, ставши наднаціональними; по-третє, міжнародні договори мають бути введені («допущені») в національну систему конституційного права лише після спеціальної процедури їхньої ратифікації. Особливо важливе значення для конституційного права мають Загальна декларація прав людини (1948), Міжнародний пакт про громадянські й політичні права (1966), Міжнародний пакт про економічні, соціальні й культурні права (1966), а також регіональні міжнародно-правові акти про права людини, ухвалені регіональними наднаціональними організаціями – Європейська конвенція прав людини (1950), Американська конвенція прав людини (1969), Африканська хартія прав людини і народів (1981), Хартія основних прав Європейського Союзу (2000), Декларація прав людини Асоціації держав Південно-Східної Азії (АСЕАН) (2012) для держав-членів цих організацій.

Одним з провідних джерел українського конституційного права є Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони (Угода про асоціацію між Україною і Європейським Союзом) (2014). Оскільки цим питанням, зокрема співвідношенню міжнародного договору та конституції і законів, при-

свячений попередній підрозділ підручника, обмежимося тут цими загальними заувагами.

1.4.3. Інші джерела конституційного права

1.4.3.1. Підзаконні нормативні акти

Підзаконні нормативні акти — ще одна група джерел конституційного права, що регулює відносини, які становлять його предмет. До них належать переважно парламентські регламенти (у тому разі, якщо вони не є законами), нормативні акти глави держави й нормативні акти уряду. Зазвичай вони мають підзаконний зміст, тобто їх повинні ухвалювати на основі закону, і які мають відповідати йому. Виняток становлять згадувані акти регламентарної влади, притаманні Франції та деяким іншим державам. Проте сфера регулювання всіх цих актів часто тісно переплітається зі сферою регулювання адміністративного права, тому провести чітку межу між актами виконавчої влади, що є джерелом конституційного й адміністративного права, складно. Цього досягають здебільшого в процесі їхнього тлумачення під час розгляду конкретних правових ситуацій. Інші нормативні акти органів виконавчої влади (міністерств, відомств, місцевих державних адміністрацій) та органів місцевого самоврядування, які також часто зараховують до джерел конституційного права, здебільшого не належать до них. Вони швидше є джерелами адміністративного, муніципального, виборчого й інших галузей права.

1.4.3.2. Акти органів конституційного контролю

Акти органів конституційного контролю — ще одне важливе джерело конституційного права. До таких актів належать насамперед рішення спеціалізованих органів конституційної юрисдикції: конституційних судів (за європейською моделлю конституційного контролю) або судів загальної юрисдикції (за американською моделлю конституційного контролю) щодо відповідності конституції нормативних актів законодавчої і виконавчої влади або їхніх окремих положень.

Здійснюючи конституційний контроль, його органи усувають з правової системи закони й інші нормативні акти (їхні окремі положення), які суперечать конституції, у такий спосіб забезпечуючи її верховенство. У таких випадках органи конституційного контролю виступають у ролі «негативного законодавця». Їхні акти (рішення) набувають само-

стійного значення, їх можуть застосовувати безпосередньо, породжуючи відповідні юридичні наслідки (тобто не очікуючи внесення змін до нормативних актів, положення яких визнані неконституційними).

Набагато складніше з визнанням рішень органів конституційного контролю актами «позитивного законодавця», тобто актами позитивної нормотворчості. У країнах, правові системи яких належать до сім'ї загального права, нормотворче значення органів судового конституційного контролю, функції якого виконує зазвичай Верховний суд держави, визнають майже беззастережно, що впливає з прецедентного змісту його рішень. У країнах, правові системи яких належать до сім'ї континентального права, як і в інших споріднених з цією правовою сім'єю правових системах, ситуація не така однозначна. Переважно природу органів конституційного контролю, якими є зазвичай конституційні суди, як «позитивних законодавців» рішуче заперечують. Основним аргументом на користь такої позиції є посилення на принцип розподілу влади, відповідно до якого формулювання позитивних норм (норм закону чи інших нормативних актів) належить до виняткової компетенції законодавчої або виконавчої влади, підміна яких органом конституційного контролю недопустима.

Проте в юридичній літературі, особливо західних країн і постсоціалістичних країн Центральної Європи, нерідко можна натрапити на протилежні думки. Чи не найрадикальнішу з них висловив ще в кінці 80-х років минулого століття польський конституціоналіст Лех Гарліцкі: «У сучасній практиці образ “негативного законодавця” поступається місцем образу суду, що діє не тільки як звичайний “позитивний законодавець”, але й як конституційний законодавець»^{*}. Можна, очевидно, говорити про надмірну категоричність такого висновку, проте заперечувати його раціональне зерно навряд чи можливо.

Погоджуючись з важливістю дотримання конституційними судами поваги до принципу розподілу влади, водночас не можна не визнати, що в реальному житті ці органи іноді виявляються в ситуації, коли їм доводиться робити вибір між різними цінностями в ієрархії конституційних цінностей, зокрема між захистом прав людини й принципом розподілу влади. Однією з найпоширеніших і найсуперечливіших таких ситуацій є, наприклад, відсутність писаної норми в законодавчому регулюванні, тобто наявність прогалини в ньому, що спричинює порушення конституційних прав людини (та їхніх об'єднань). З погляду

Garlicky L. *Sadownictwo Konstytucyjne w Europie Zachodniej*. Warszawa, 1987. S. 282.

принципу розподілу влади, усунення прогалин – це прерогатива законодавця чи іншого суб'єкта нормотворчості. Однак відмова на цій підставі конституційного суду в прийнятті до розгляду конституційної скарги, якщо в ній йдеться про порушення в результаті законодавчих прогалин конституційних прав суб'єкта оскарження, не може бути оцінена інакше як формально-догматична. З погляду конституції (зокрема статті 3 Конституції України) таку відмову слід розглядати і як неконституційну, оскільки вона позбавляє особу права на судовий захист, що гарантує стаття 55 Основного закону України. Практика Конституційного Суду України в цьому плані, на відміну від практики органів конституційного контролю інших країн, доволі суперечлива.

Тим часом, зважаючи на відносну поширеність й актуальність вказаних ситуацій, деякі держави намагаються врегулювати їх у своїх конституціях. Так, відповідно до статті 283 Конституції Португалії (1976), об'єктом контролю Конституційного трибуналу цієї країни може бути брак потрібних законодавчих норм, якщо це спричинює порушення конституційних положень. Аналогічної позиції дотримуються органи конституційного контролю низки інших країн (навіть якщо немає відповідних положень конституцій): Італії, Польщі, балтійських країн, Румунії, Молдови тощо.

У практиці органів конституційного контролю можливі й інші ситуації, коли їм доводиться вдаватися до «добудови» і розвитку права, зокрема конституційного, якщо аргументи забезпечення і захисту прав людини виявляються переконливішими в ієрархії конституційних цінностей за аргументи дотримання принципу розподілу влади в конкретній ситуації. Права людини – це і є той базовий критерій, який визначає межі правотворчості органів конституційного контролю.

До джерел конституційного права належать також акти офіційного тлумачення конституційними судами конституції в тих країнах, де таке тлумачення виокремлено в самостійне повноваження конституційного суду, зокрема в Україні. Офіційне тлумачення конституції не має самостійного значення, тобто його акти не можуть застосовувати окремо від текстів положень конституції, які тлумачать. Проте це не означає, що мета офіційного тлумачення обмежується з'ясуванням волі творців конституції на час її ухвалення (історичного конституцієдавця), як все ще за попередньою радянсько-позитивістською традицією нерідко продовжують вважати у вітчизняній конституціоналістиці. Мета тлумачення здебільшого набагато ширша. Воно передбачає з'ясування глибинного змісту самого положення конституції, її духу, зокрема з урахуванням

змін, які відбулися в суспільному житті після ухвалення конституції. Тобто, відповідно до духу часу, може змінюватися дух конституції чи окремих її положень. А це, своєю чергою, не може не супроводжуватись додаванням до їхнього змісту, «без відповідних словесних змін», нових моментів, про виникнення яких історичний конституцієдавець міг навіть не здогадуватися. Зарубіжна судова конституційна практика має чимало прикладів такого еволюційного тлумачення конституцій. З огляду на це, поширені серед вітчизняних правознавців твердження про те, що акти судового тлумачення «не можуть містити в текстах нічого нового, що не входить до змісту норми, яку тлумачать»*, є досить сумнівними. Такі твердження небезпідставно критикують в юридичній літературі, що, правда, передусім західній.

Докладніше про юридичну природу актів органів конституційного контролю та тлумачення йтиметься в розділі шостому цього підручника.

1.4.3.3. Конституційні судові прецеденти

На відміну від попередніх джерел конституційного права, що поширені майже в усіх країнах, судовий прецедент як джерело конституційного права притаманний переважно країнам, правові системи яких належать до сім'ї загального права: батьківщині прецедентного права – Великобританії, а також США, Канаді, Австралії, Новій Зеландії тощо. В основі прецедентного права лежить принцип *stare decisis* – дотримання того, що було вже вирішено. За своїм змістом конституційні судові прецеденти стосуються здебільшого прав і свобод людини та механізмів їхньої реалізації. Попри те, що минулого століття Великобританія й інші країни англосаксонської правової сім'ї приєдналися до Міжнародних пактів про права людини та Європейської конвенції прав людини, а також ухвалили власні акти, що регулюють окремі права й свободи, це не применшило значення судових прецедентів у регулюванні цієї сфери.

Ба більше, їх визнають також у країнах, в яких традиційно значення прецедентів як джерела права заперечували, зокрема в Україні. Цьому сприяє прецедентна практика Європейського суду з прав людини, рішення якого офіційно визнано джерелом національного права. До цього ми ще повернемося в розділі другому під час розгляду принципів конституційного права.

Загальна теорія держави і права: підручник / за ред. проф. М. В. Цвіка, проф. О. В. Петришина. Харків, Право, 2009. С.433.

1.4.3.4. Конституційні звичаї

Конституційні звичаї – джерело конституційного права також британського походження, яке властиве низці англomовних країн. Конституційний звичай виникає в результаті тривалої повторюваної типізованої поведінки владних суб'єктів у конституційно-правовій сфері, яка (поведінка) стала загальноновизнаною й перетворилася на звичаєве правило. Конституційні звичаї регулюють переважно відносини, пов'язані з функціонуванням органів державної, передусім виконавчої влади: Кабінету Міністрів, міністерств, а також відносин між ними.

Хоч такими звичаями в англосаксонських країнах керуються досить часто, вони не завжди підлягають судовому захисту, оскільки чимало з них мають не юридичний, а політичний зміст.

Це особливо помітно в конституційних звичаях-угодах, поширених у тій же Великобританії та інших країнах загального права. Їхній спектр доволі широкий: від конституційних угод між королевою і парламентом, дотримання звичаїв-домовленостей під час призначення прем'єр-міністра до заборони суддям брати участь у політичному житті, а членам парламенту – критикувати судову владу.

У країнах, правові системи яких належать до інших правових сімей (окрім хіба що сім'ї звичаєвого права), конституційні звичаї та конституційні звичаєві угоди як джерело конституційного права майже не використовують. Україна не є винятком з цього правила. Проте договірний спосіб регулювання окремих конституційних відносин застосовують чимало держав. До цих відносин належать передусім відносини між територіальними одиницями держави й центральною владою з питань їхньої компетенції. *Внутрішньодержавними договорами* нерідко розмежовують компетенцію федерації та її суб'єктів у федеративних державах, центру й автономних утворень – у складних унітарних державах тощо.

У пострадянський період доводилося вдаватися до конституційної угоди й Україні. Йдеться про Конституційний договір між Президентом та Верховною Радою про основні засади організації та функціонування державної влади й місцевого самоврядування в Україні на період до ухвалення нової Конституції України від 8 червня 1995 року. Попри те, що він мав певне позитивне значення в подоланні конституційної кризи, що тоді була в Україні, назвати цей Договір юридичним документом, до того ж в умовах чинності багаторазово «латаної», але не скасованої Конституції України, важко.

До перелічених джерел конституційного права можна додати:

- доктринальні джерела – викладені в різних працях узагальнення й висновки вчених-юристів чи інших фахівців з конституційного права;
- релігійні джерела, притаманні релігійній правовій сім'ї, про які вже згадували й до яких ми ще повернемося в наступному розділі, тощо.

Однак ці джерела є або допоміжними (доктринальні джерела), або обмежено поширені (релігійні джерела). Вітчизняного конституційного права вони безпосередньо не стосуються.